

Unterrichtung**durch die Bundesregierung****Neunzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2010/2011**

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	16
Kurzfassung	21
Einleitung	
Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik	45
1. Wettbewerb auf Glücksspielmärkten	45
1.1 Einleitung	45
1.2 Politischer Zielkonflikt behindert gesellschaftlich effiziente Regulierung der Glücksspielmärkte	47
1.3 Die historische Regulierung der Glücksspielmärkte im Spannungsfeld der Interessen	50
1.4 Institutionelle Analyse der Regelungen des neuen Glücksspielstaatsvertrags	52
1.4.1 Konzessionierung und Besteuerung von Sportwetten	54
1.4.2 Lotterieveranstaltung, Lotterievertrieb und Vermittlung	56
1.4.3 Verhältnismäßigkeit der Regulierung unterschiedlicher Glücksspielformen	58
1.4.4 Regulierung der Werbung, des Online-Glücksspiels und weitere Suchtpräventionsmaßnahmen	59
1.5 Fazit mit Empfehlungen	60
2. Wettbewerbsdefizite im deutschen Seelotswesen	61
2.1 Anlass für eine Stellungnahme zum Lotswesen	61
2.2 Das deutsche Seelotswesen: Ein Überblick	62
2.3 Rechtfertigung der Regulierung?	65
2.4 Handlungsempfehlungen der Monopolkommission	68

	Seite
3. Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich	68
4. Novellierung des Postgesetzes	71
4.1 Keine Deregulierung	72
4.2 Regulierung von Massensendungen und Teilleistungen	72
4.3 Zugang zu Adressänderungen, Postfächern und anderen Komponenten der postalischen Infrastruktur	73
4.4 Stärkung der Rechte Dritter im Verfahren	74
4.5 Postzustellungsaufträge	74
4.6 Verweisung auf Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes ..	74
4.7 Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission	74
4.8 Post-Universaldienstleistungsverordnung	74
4.9 Entgeltregulierung	74
4.10 Arbeitsmarktbedingungen im Postgesetz	75
5. Stellungnahme zur geplanten Markttransparenzstelle im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 2. Mai 2012	75
5.1 Einführung	75
5.2 Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas ..	75
5.2.1 Inhalt des Regierungsentwurfs	75
5.2.2 Beurteilung durch die Monopolkommission	77
5.3 Marktbeobachtung im Bereich Kraftstoffe	78
5.3.1 Inhalt des Regierungsentwurfs	78
5.3.2 Beurteilung durch die Monopolkommission	80
5.4 Zusammenfassung der Handlungsempfehlungen	81
6. Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission	81
6.1 Gesetzlicher Auftrag	81
6.2 Gegenwärtig geltende Regelungen	82
6.3 Aktuelle Probleme	83
6.4 Stellungnahme und Empfehlung	84
7. Die 8. GWB-Novelle	84
Kapitel I	
Neuausrichtung der Konzentrationsberichterstattung	89
1. Modernisierungsbedarf	89
1.1 Gegenstand und Ziel der Untersuchung	89
1.2 Industrieökonomische Forschung	90

	Seite
1.3 Einschätzung des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung	91
1.4 Perspektiven der Konzentrationsberichterstattung	93
1.5 Verfügbarkeit von Unternehmensdaten	94
1.6 Veröffentlichung der klassischen Konzentrationstabellen	94
2. Sonderauswertung Energie: Einflussfaktoren auf die Vertriebsmarge von Grundversorgern auf dem Stromendkundenmarkt	94
2.1 Einführung	95
2.2 Datengrundlage	95
2.3 Deskriptive Auswertungen	97
2.4 Ökonometrisches Modell	99
2.5 Ausblick	102
Anhang: Erläuterung des statistischen Verfahrens aus Kapitel I, Abschnitt 2	102
Kapitel II	
Stand und Entwicklung der Konzentration von Großunternehmen (aggregierte Konzentration)	105
1. Gegenstand und Ziel der Untersuchung	105
2. Die 100 größten Unternehmen 2008 und 2010	108
2.1 Methodische Vorbemerkungen	108
2.2 Seit dem Berichtsjahr 2008 eingetretene Veränderungen	110
2.3 Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der „100 Größten“	121
2.3.1 Wertschöpfung	121
2.3.2 Beschäftigte	129
2.3.3 Sachanlagen	131
2.3.4 Cashflow	132
2.4 Rechtsformen der „100 Größten“	133
3. Branchenspezifische Betrachtung	134
3.1 Aussagegehalt der branchenspezifischen Geschäftsvolumina	134
3.2 Industrie	135
3.3 Handel	141
3.4 Verkehr und Dienstleistungen	144
3.5 Kreditgewerbe	146
3.6 Versicherungsgewerbe	149

	Seite
4. Verflechtungen der „100 Größten“	151
4.1 Problemstellung	151
4.2 Anteilsbesitz an den „100 Größten“	152
4.2.1 Gegenstand und Datenquellen	152
4.2.2 Zusammenfassende Betrachtung aller Anteilseigner der „100 Größten“	153
4.2.3 Beteiligungen aus dem Kreis der „100 Größten“	167
4.3 Personelle Verflechtungen	173
4.3.1 Methodische Vorbemerkungen	173
4.3.2 Darstellung der personellen Verflechtungen zwischen den „100 Größten“	173
4.3.3 Personelle und Kapitalverflechtungen zwischen Unternehmen des gleichen Wirtschaftszweigs	180
4.3.4 Aufschlüsselung der Kontrollorgane nach Gruppen von Mandatsträgern	182
5. Die Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundes- kartellamt angemeldeten Unternehmenszusammen- schlüssen und an den Freigabeentscheidungen	184

Kapitel III

Internationale personelle Unternehmensverflechtungen	191
1. Gegenstand und Ziel der Untersuchung	191
2. Methodische Vorbemerkungen und Stichprobenauswahl	191
2.1 Theoretische Grundlagen	191
2.2 Datengrundlage und deskriptive Statistiken	192
3. Empirische Befunde	197
3.1 Entwicklung personeller Unternehmensverflechtungen nach Ländern im Zeitverlauf	197
3.2 Entwicklung personeller Unternehmensverflechtungen nach Branchenzugehörigkeit im Zeitverlauf	200
3.2.1 Personelle Unternehmensverflechtungen nach Branchen	200
3.2.2 Inter- und Intra-Branchenverflechtungen national verflochtener Unternehmen	203
3.2.3 Inter- und Intra-Branchenverflechtungen international verflochtener Unternehmen	206
3.3 Die Bedeutung von Finanzdienstleistungsunternehmen im europäischen Netzwerk aus personellen Unternehmens- verflechtungen	208
3.4 Deutsche Unternehmen im Netzwerk europäischer Unternehmens- verflechtungen	210
4. Zusammenfassung und Ausblick	213

	Seite
Kapitel IV	
Kartellrechtliche Entscheidungspraxis	215
1. Allgemeines zur deutschen Kartellrechtspraxis	215
1.1 Kartellrecht in der Wirtschafts- und Finanzkrise	215
1.2 Kartellrechtsanwendung in spezialgesetzlich überformten Wirtschaftsbereichen	215
1.3 Kartellrechtsanwendung im Grenzbereich hoheitlicher Tätigkeit	217
1.4 Nutzung des vollen Spektrums der kartellamtlichen Handlungs- formen	218
1.4.1 Nichtförmliche Kartellrechtsdurchsetzung, insbesondere Compliance Förderung	218
1.4.2 Vorgabe positiver Maßnahmen und Verbindlicherklärung von Verpflichtungszusagen	221
1.4.3 Freistellungsentziehung	221
1.4.4 Sektoruntersuchungen	222
1.5 Breites Spektrum von Verlautbarungsformen	222
1.6 Ökonomische Begriffe, Theorien und Methoden in der Kartellrechtsanwendung	224
2. Kartellverfolgung durch das Bundeskartellamt	227
2.1 Begrifflichkeit: Unerlaubte Kartelle und effiziente Kooperationen	228
2.2 Institutioneller Rahmen	228
2.3 Doppelkontrolle von Gemeinschaftsunternehmen	230
2.4 Kartellschwelle in Oligopolmärkten	231
2.5 Kartellschaden, Bußgeldhöhe und effiziente Abschreckungs- wirkung	231
2.6 Kartellschadensersatz	234
2.7 Sonderfall: Strafbare Submissionsabsprachen	234
2.8 Bonusregelung und einverständliche Verfahrensbeendigung	235
2.9 Kartellbewertung in Zivilprozessen	236
2.10 Ausgewählte Kartellverfahren des Bundeskartellamtes	236
2.10.1 Ein fast normales Kartell: Feuerwehrlöschfahrzeuge	236
2.10.2 Preisbindung der zweiten Hand	238
2.10.3 Einschränkungen des Internetvertriebs	240
2.10.4 Informationsaustausch, Marktinformationsverfahren und der Schutz des Geheimwettbewerbs	243
2.10.5 Ausschreibungsdesign: Recycling, Autobahntankstellen und Fußballzentralvermarktung	246
2.10.5.1 Recycling	246

	Seite
2.10.5.2 Autobahntankstellen	246
2.10.5.3 Fußball-Zentralvermarktung	247
2.10.5.4 Fazit	248
2.10.6 Abkauf von Wettbewerb	249
2.11 Fazit: Effiziente Beschränkung der Privatautonomie mit Effektivitätspotenzial	250
3. Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt	252
3.1 Missbrauchsaufsicht in Oligopolmärkten, insbesondere im Kraftstoffmarkt	252
3.1.1 Koordinationsfördernde Praktiken im Tankstellen-Oligopol	254
3.1.2 Abhilfe durch Preissetzungsregeln?	254
3.1.3 Wettbewerbssteigernde Informationsangebote	255
3.2 Missbrauchsaufsicht als regulierungsähnliche Marktaufsicht	256
3.2.1 Zugang zu Infrastruktureinrichtungen des Fährhafens Puttgarden	256
3.2.2 Transaktionsentgelte an Geldautomaten	259
3.2.3 Aspekte des Vorgehens der Kartellbehörden im Wassersektor	260
3.2.3.1 Würdigung der Verfahren des Bundeskartellamtes nur eingeschränkt möglich	260
3.2.3.2 Kooperation und Synergien im Netz der deutschen Kartellbehörden	261
3.2.3.3 Benchmarking als anreizregulierungsähnliches Instrument?	263
3.2.3.4 Maßstäbe der Trinkwasser-Preissmissbrauchsaufsicht: Kosten- oder Erlösprüfung	264
3.2.4 Methodische Aspekte der Preissmissbrauchsverfahren im Energiesektor, speziell im Heizstromsektor	265
3.2.4.1 Vergleichsmaßstab bei der Anwendung des Erlösvergleichs mit gleichzeitiger Kostenkontrolle	266
3.2.4.2 Ökonomische Fundierung der Bemessung von Erheblichkeitszuschlägen	268
3.2.5 Kartellrecht als Ersatz für Vergaberecht bei Konzessionsneuvergaben im Energiesektor	270
3.2.6 Kartellrecht – mehr Komplement als Alternative zur Regulierung	271
4. Zusammenschlusskontrolle durch das Bundeskartellamt	272
4.1 Statistischer Überblick	272
4.2 Verfahrensfragen und Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften	272
4.2.1 Verstoß gegen das Vollzugsverbot	272
4.2.2 Deutsche Fusionskontrolle für internationale Zusammenschlussvorhaben	275
4.3 Marktabgrenzung	278
4.3.1 Heuristisches und rechtliches Instrument Marktabgrenzung	278
4.3.2 Sachliche Marktabgrenzung	279
4.3.2.1 Differenzierung zwischen Einzelnutzer- und Mehrnutzerverträgen bei Kabelnetzbetreibern	279

	Seite
4.3.2.2 Getrennte (Beschaffungs-)Märkte für Sauen- und Schweinefleisch	280
4.3.3 Probleme und Folgen der Abgrenzung von Endkundenmärkten in Strom- und Gassektor	282
4.3.4 Räumliche Marktabgrenzung – Pressegrasso-Gebietsmonopole ..	284
4.4 Marktbeherrschung	285
4.4.1 Leitfaden des Bundeskartellamtes zur Marktbeherrschung	285
4.4.2 Marktbeherrschung in Oligopolmärkten	286
4.4.3 Einbeziehung künftiger Marktveränderungen	287
4.4.4 Bewertung potenziellen Wettbewerbs	288
4.4.4.1 Besondere Bedeutung potenziellen Wettbewerbs auf Presse- märkten	288
4.4.4.2 Prognosemaßstab potenziellen Wettbewerbs	289
4.4.5 „Vorschädigung“ des Wettbewerbs durch bestehende Koope- rationsvereinbarungen	290
4.5 Abhilfemaßnahmen	291
4.5.1 Verhaltenszusagen, insbesondere Plattformoffenheit als Auflage	291
4.5.1.1 FRAND-Lizenzierung	291
4.5.1.2 Technische Plattformen und Kollusion	292
4.5.1.3 Technische Plattformen und Marktmacht	293
4.5.2 Markttöffnung als Nebenbestimmung	294
4.5.2.1 Kabelfernsehen, Aufgabe von Exklusivitätsrechten und Sonder- kündigungsrechte	294
4.5.2.2 Kalbfleischmarkt und Freigabe von Mastkapazitäten	294
4.5.3 Echte Alternative: Untersagung	295
5. Europäische Fusionskontrollpraxis	296
5.1 Einführung	296
5.2 Statistische Angaben	297
5.3 Verfahrensfragen	298
5.3.1 Informelles Vorverfahren	298
5.3.2 Parallele Zusammenschlüsse	300
5.3.3 Kooperation der Wettbewerbsbehörden	303
5.3.3.1 Kooperation der nationalen Wettbewerbsbehörden der Europäischen Union	303
5.3.3.2 Kooperation mit den US-amerikanischen Wettbewerbs- behörden	304
5.4 Erweiterung des Zusammenschlusstatbestands in der Fusionskontrollverordnung?	304
5.5 Marktabgrenzung	310
5.5.1 Einführung	310
5.5.2 Pragmatische Marktabgrenzung im Fall CAT/MWM	310
5.5.3 Marktabgrenzung im Verkehrssektor	312
5.5.4 Anwendung des SSNIP-Tests zur Marktabgrenzung	315

	Seite
5.6 Wettbewerbliche Beurteilung	316
5.6.1 Einführung	316
5.6.2 SIEC-Test	317
5.6.2.1 Der Fall Oracle/Sun Microsystems	317
5.6.2.2 Der Fall T-Mobile/Orange	319
5.6.3 Relativierung von Marktanteilen	322
5.6.4 Maßgebliches „counterfactual“	324
5.6.5 Quantitative Ermittlungsmethoden	325
5.6.5.1 Die Verfahren Unilever/Sara Lee und Kraft Foods/Cadbury	326
5.6.5.2 Bewährte Verfahrensweisen zur Übermittlung quantitativer Analysen und Daten	329
5.7 Abhilfemaßnahmen	330
5.7.1 Einführung	330
5.7.2 Effektivität der Abhilfemaßnahmen	330
5.7.3 Up-front-buyer-Lösungen	332
5.7.4 Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen	333
5.7.4.1 Der Fall Intel/McAfee	333
5.7.4.2 Der Fall T-Mobile/Orange	335
5.7.5 Unverbindliche Abhilfemaßnahmen	336
5.7.6 Regulierungsähnliche Zusagen	338
5.7.7 Nachträglicher Verzicht auf Zusagen	339
5.8 Rechtsprechung	342
5.8.1 Ryanair gegen Europäische Kommission	342
5.8.2 Aer Lingus gegen Europäische Kommission	344
Kapitel V	
Wettbewerb und Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel	347
1. Einführung	347
2. Entwicklungslinien im Lebensmitteleinzelhandel	348
2.1 Zentralisierung der Systeme und Integration von Groß- und Einzelhandel	348
2.2 Anhaltender Wandel der Betriebsformen	349
2.3 Zunehmende Bedeutung von Handelsmarken	351
3. Wettbewerb auf der Handelsstufe	351
3.1 Relevanter Markt	351
3.2 Überblick über die führenden Handelsunternehmen	352
3.2.1 ALDI-Gruppe	352
3.2.2 EDEKA-Gruppe	353
3.2.3 METRO-Gruppe	355
3.2.4 REWE-Gruppe	356
3.2.5 Schwarz-Gruppe	358

	Seite
3.3 Wettbewerbsintensität im Lebensmitteleinzelhandel	359
3.3.1 Stand und Entwicklung der Konzentration	359
3.3.2 Ladennetzstruktur und Verkaufsfläche	361
3.3.3 Preise für Lebensmittel und Gewinne der Handelsunternehmen . .	362
3.3.4 Fazit	363
4. Wettbewerb auf den Beschaffungsmärkten des Lebensmittel- einzelhandels	365
4.1 Relevanter Markt	365
4.2 Konzentration der Nachfrage	365
4.3 Die Bedeutung der Einkaufskooperationen	366
4.4 Marktstrukturen in der Ernährungsindustrie	366
4.5 Fazit	368
5. Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel	368
5.1 Definition von Nachfragemacht	368
5.2 Ursachen von Nachfragemacht	369
5.3 Fähigkeit und Anreize zu Ausübung von Nachfragemacht	370
5.4 Wirkungen von Nachfragemacht	371
5.4.1 Überblick	371
5.4.2 Wasserbetteffekt	372
5.4.3 Verschleißungseffekt	372
5.4.4 Verdrängungseffekt	373
5.4.5 Spiraleffekt	373
5.4.6 Investitions- und Innovationsverzerrungen	373
5.4.7 Qualitätsreduktion	374
5.4.8 Fazit	375
5.5 Empirische Befunde	375
5.5.1 Vorbemerkungen	375
5.5.2 Großbritannien	375
5.5.3 Portugal	376
5.5.4 Deutschland	377
5.5.5 Fazit	378
5.6 Die Kontrolle von Nachfragemacht	378
5.6.1 Nachfragemacht im geltenden Wettbewerbsrecht	378
5.6.1.1 Vorbemerkungen	378
5.6.1.2 Fusionskontrolle	379
5.6.1.3 Missbrauchsaufsicht	380
5.6.1.4 Einkaufskooperationen	381
5.6.2 Initiativen zur Erweiterung des Instrumentariums zur Kontrolle von Nachfragemacht	381
5.6.2.1 Deutschland	381
5.6.2.2 Europäische Union	382

	Seite
5.6.3 Wettbewerbliche Beurteilung	385
5.6.3.1 Ausweitung des Schutzbereichs des § 20 Absatz 3 GWB auf große Unternehmen	385
5.6.3.2 Verbot von Verkäufen unter Einstandspreisen	386
5.6.3.3 Verbot unzulässiger Einkaufspraktiken	387
5.6.3.4 Auskunftsanspruch für Verbände in § 33 GWB	387
5.6.3.5 Verhaltenskodex	388
5.6.3.6 Ombudsmann	389
5.6.3.7 Transparenzstelle	390
6. Schlussfolgerungen und Empfehlungen	390
6.1 Wettbewerb auf der Handelsstufe	390
6.2 Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel	391
Kapitel VI	
Einfluss des Planungsrechts auf den Wettbewerb im (Lebensmittel-)Einzelhandel	395
1. Überblick	395
1.1 Übersicht über die untersuchte Regelungslandschaft	395
1.2 Zentralität und die belebte Innenstadt als planungsrechtliche Ziele	396
1.3 Marktteilnehmer und Wettbewerbsspannungen	396
1.4 Planungsrelevante Entwicklungstendenzen des Einzelhandels ...	396
1.5 Rechtliche und internationale Entwicklungen	397
2. Der Einzelhandel in der planungsrechtlichen Regelungs- landschaft	398
2.1 Planungsrecht im engeren Sinne und Einzelhandelssteuerung ...	398
2.1.1 Raumplanerische Beschränkung des großflächigen Einzel- handels	398
2.1.2 Schutz zentraler Versorgungsbereiche	399
2.1.3 Verkaufsflächenobergrenzen, Sortimentsbeschränkungen, Ausschlussplanungen	400
2.1.4 Einzelhandels- und Zentrenkonzepte	400
2.1.5 Synthese: Wettbewerbswirksame Prinzipien des Planungs- rechts	400
2.2 Grundsätzliche Wettbewerbseffekte planerischer Steuerung des Einzelhandels	401
2.3 Beispiel: mögliche Implikationen einer Veränderung der Groß- flächigkeitsschwelle	402
2.4 Exkurs: Städtebauliche Verträge, Förderungspolitik und integrierte Zielverfolgung	403
2.4.1 Städtebauliche Verträge und Grundstücksveräußerungen mit Auflagen	403

	Seite
2.4.2 Städtebauförderung, Immobilien- und Standortgemeinschaften und Innenstadtinitiativen	403
2.4.3 Förderpraxis und integrierte Zielverfolgung städtebaulicher Ziele	404
3. Synthese und Empfehlungen	404
3.1 Vielfach faktische Wettbewerbsfeindlichkeit des Planungsrechts	404
3.2 Wettbewerbsfreundlichkeit planerischer Entscheidungen ohne Steuerungsverlust	404
3.2.1 Grundsatz	404
3.2.2 Wettbewerb und befürchtete Verödung von Einzelhandelsflächen	405
3.3 Empfehlungen der Monopolkommission im Einzelnen	405
3.3.1 Einbeziehung des Wettbewerbsschutzes in das Planungsrecht ...	405
3.3.2 Wettbewerbliche Spielräume bei der Abgrenzung zentraler Versorgungsbereiche	406
3.3.3 Wettbewerbsneutralität städtebaulicher Verträge und Fördermaßnahmen	406
3.3.4 Anreizkompatible Umsetzung planerischer Ziele	406
3.4 Fazit	407
Anhang	
Anhang A: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Auszug: §§ 44 bis 47) in der Bekanntmachung der Neufassung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114) A.1-3	410
Anhang B: Untersagungen durch das Bundeskartellamt B.1-19	412
Anhang C: Veröffentlichungen von im Auftrag der Monopolkommission erstellten Gutachten C.1-5	430
Anhang D: Gutachten der Monopolkommission D.1-4	435
Verzeichnis der Abbildungen	
Abbildung E.1 Entwicklung von Bruttospielerträgen der Glücksspielsegmente in Deutschland	53
Abbildung E.2 Veränderung der Bruttospielerträge und Staatseinnahmen gegenüber 2005	53
Abbildung I.1 Aufteilung des Einzelhandelspreisniveaus Strom für Haushalts-Kunden	96
Abbildung I.2 Eigentümerstruktur der Grundversorger	97
Abbildung I.3 Durchschnittspreis der Standardgrundversorgung	98
Abbildung I.4 Durchschnittliche Marge der Grundversorger	99

	Seite
Abbildung II.1 Entwicklung der Nettowertschöpfung im Zeitraum 1978 bis 2010	122
Abbildung II.2 Kumulierter Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“ nach Zehner-Ranggruppen	128
Abbildung II.3 Regionale Verteilung der „100 Größten“ nach dem Sitz der Konzernobergesellschaften und nach Wirtschaftsbereichen im Berichtsjahr 2010	129
Abbildung II.4 Entwicklung der Beschäftigung im Zeitraum 1978 bis 2010	131
Abbildung II.5 Entwicklung des Geschäftsvolumens der 50 größten sowie aller Industrieunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2010	141
Abbildung II.6 Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Handelsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2010	144
Abbildung II.7 Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2010	146
Abbildung II.8 Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Kreditinstitute im Zeitraum 1978 bis 2010 ..	148
Abbildung II.9 Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Versicherungskonzerne im Zeitraum 1978 bis 2010	150
Abbildung II.10 Entwicklung der Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ im Zeitraum von 1978 bis 2010	172
Abbildung II.11 Netzwerk der Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ im Jahr 2010	172
Abbildung II.12 Personelle Unternehmensverflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder in den Kontrollorganen der „100 Größten“ im Jahr 2010	179
Abbildung II.13 Personelle Verflechtungen der „100 Größten“ in den Jahren 1978 bis 2010	181
Abbildung III.1 Personelle Verflechtungen im Ländervergleich 2010 ...	198
Abbildung III.2 Personelle Verflechtungen im Ländervergleich 2006 ...	199
Abbildung III.3 Verflechtungsnetzwerk nach der Anzahl der erfassten internationalen personellen Verbindungen im Jahr 2010	200
Abbildung III.4 Personelle Unternehmensverflechtungen nach Branchen 2010	201
Abbildung III.5 Personelle Unternehmensverflechtungen nach Branchen 2006	202
Abbildung III.6 Nationale personelle Verflechtungen nach Branchen 2010	204
Abbildung III.7 Nationale personelle Verflechtungen nach Branchen 2006	205
Abbildung III.8 Internationale personelle Verflechtungen nach Branchen 2010	206

	Seite
Abbildung III.9 Internationale personelle Verflechtungen nach Branchen 2006	207
Abbildung IV.1 Anzahl der Fusionskontrollverfahren und der Untersagungsentscheidungen 1973 bis 2011	273
Abbildung IV.2 Anzahl der Fusionskontrollanmeldungen und der Hauptprüfverfahren 1999 bis 2011	275
Abbildung V.1 Lebensmitteleinzelhandelsbetriebsformen – Anzahl	350
Abbildung V.2 Lebensmitteleinzelhandelsbetriebsformen – Umsatz ...	350
Abbildung V.3 Umsatzanteil von Handelsmarken im Lebensmittel-einzelhandel	351
Abbildung V.4 Anteil der Handelsmarken am Gesamtumsatz nach Unternehmensgruppen im Jahr 2010	351
Abbildung V.5 Entwicklung der Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel im Zeitraum 1995 bis 2015	359
Abbildung V.6 Entwicklung der Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel im Zeitraum 1995 bis 2011	360
Abbildung V.7 Ladendichte im europäischen Lebensmitteleinzelhandel	361
Abbildung V.8 Lebensmittelpreisindizes Europa 2009	362
Abbildung V.9 Gewinnvergleich (EBIT) im europäischen Lebensmittelhandel	363
Abbildung VI.1 Internationaler Vergleich der rechtlichen Restriktionen im Einzelhandel	407

Verzeichnis der Tabellen

Tabelle E.1 Gewichtung und Erläuterung der risikoverstärkenden Glücksspielmerkmale	49
Tabelle E.2 Suchtrisiko nach Art des Spiels	50
Tabelle I.1 Deskriptive Statistiken	100
Tabelle I.2 Regressionsergebnisse	101
Tabelle II.1 Die nach Wertschöpfung 100 größten Unternehmen 2008 und 2010	111
Tabelle II.2 Die inländische und die weltweite Wertschöpfung der zehn größten Unternehmen 2008 und 2010	123
Tabelle II.3: Aufschlüsselung der 100 größten Unternehmen 2008 und 2010 nach Wirtschaftsbereichen	128
Tabelle II.4 Die nach Beschäftigten zehn größten Unternehmen 2010	130
Tabelle II.5 Die nach Sachanlagen zehn größten Unternehmen 2010 (ohne Kreditinstitute und Versicherungen)	132
Tabelle II.6 Die nach Cashflow zehn größten Unternehmen 2010 (ohne Kreditinstitute und Versicherungen)	133
Tabelle II.7 Rechtsformen der „100 Größten“ 2008 und 2010	134
Tabelle II.8 Die nach Umsatz 50 größten deutschen Industrieunternehmen 2008 und 2010	135

	Seite
Tabelle II.9 Die nach Umsatz zehn größten deutschen Handelsunternehmen 2008 und 2010	142
Tabelle II.10 Die nach Umsatz zehn größten deutschen Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen 2008 und 2010	145
Tabelle II.11 Die nach Bilanzsumme zehn größten deutschen Kreditinstitute 2008 und 2010	147
Tabelle II.12 Die nach Beitragseinnahmen zehn größten deutschen Versicherungsunternehmen 2008 und 2010	149
Tabelle II.13 Die Anteilseigner der 100 größten Unternehmen 2008 und 2010 nach Gruppen	154
Tabelle II.14 Aufschlüsselung der 100 größten Unternehmen 2008 und 2010 nach Arten der Beteiligungsverhältnisse	166
Tabelle II.15 Die Anteilseigner der 100 größten Unternehmen im Jahr 2010 nach Gruppen	167
Tabelle II.16 Kapitalverflechtungen aus dem Kreis der „100 Größten“ 2008 und 2010	168
Tabelle II.17 Die personellen Verflechtungen zwischen den 100 größten Unternehmen 2008 und 2010	174
Tabelle II.18 Häufigkeit der personellen Verflechtungen zwischen den 100 größten Unternehmen über Mandatsträger in den Kontrollorganen 1996 bis 2010	181
Tabelle II.19 Aufschlüsselung der Mandatsträger in den Kontrollorganen der 100 größten Unternehmen 2008 und 2010 nach Gruppen	183
Tabelle II.20 Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlüssen und der Zahl der Freigabeentscheidungen	185
Tabelle II.21 Häufigkeit der Beteiligungen der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an Unternehmenszusammenschlüssen nach Ranggruppen	189
Tabelle III.1 Fallzahlen und Verteilung der in der Stichprobe erfassten Unternehmen nach Ländern	194
Tabelle III.2 Fallzahlen und Verteilung der in der Stichprobe erfassten Personen nach Ländern	195
Tabelle III.3 Fallzahlen und Verteilung der in der Stichprobe erfassten Unternehmen nach Branchen	196
Tabelle III.4 Personelle Unternehmensverflechtungen im Ländervergleich 2006 und 2010	209
Tabelle III.5 Anzahl der Unternehmen in der Teilstichprobe ohne Finanzdienstleistungen nach Ländern	210
Tabelle III.6 Fallzahlen und Verteilung deutscher Unternehmen nach Branchen	211
Tabelle III.7 Personelle Unternehmensverflechtungen deutscher Unternehmen nach Branchen 2010	212
Tabelle IV.1 Vergleich des Vorgehens der Landeskartellbehörden bei Wasserpreisen	262

		Seite
Tabelle IV.2	Übersicht über die Anzahl der angezeigten und vollzogenen Zusammenschlüsse und der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission	274
Tabelle IV.3	Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2009 bis 2011	276
Tabelle IV.4	Art des Zusammenschlusstatbestandes der beim Bundeskartellamt zwischen 2009 und 2011 angemeldeten Unternehmenszusammenschlüsse	277
Tabelle V.1	ALDI-Gruppe	353
Tabelle V.2	EDEKA-Gruppe	354
Tabelle V.3	REAL	355
Tabelle V.4	REWE-Gruppe	357
Tabelle V.5	LIDL	358
Tabelle V.6	KAUFLAND	358
Tabelle V.7	Eckdaten zur Ernährungsindustrie	367

Vorwort

[1] Gemäß § 44 Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB)¹ legt die Monopolkommission der Bundesregierung ihr Neunzehntes Zweijahresgutachten (Hauptgutachten 2010/ 2011) vor.² Es trägt den Titel

Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen.

[2] Das Gutachten behandelt in einem einleitenden Kapitel aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik:

- Mit dem ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag, der am 1. Juli 2012 in Kraft treten soll, wird das zentrale Regulierungsinstrument des streng reglementierten, stark staatlich dominierten und kaum wettbewerbsfähigen Marktes für Glücksspielwesen in Deutschland novelliert. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass die gesellschaftlichen Ziele der Regulierung und deren Neuregelung immer noch nicht erreicht werden können.
- Das deutsche Lotswesen ist durch eine für klassische freie Berufe typische, strikte Regulierung gekennzeichnet. Nach Auffassung der Monopolkommission sind die wettbewerbsbeschränkenden Regelungen im vorliegenden Umfang nicht allein durch Sicherheitsbedenken zu rechtfertigen. Vielmehr schießt die Regulierung über das Ziel hinaus.
- Die Monopolkommission setzt sich seit längerer Zeit für eine grundlegende Veränderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen im Eisenbahnsektor ein. Vor diesem Hintergrund nimmt die Kommission zu besonders relevanten Regelungen des nun vorliegenden Entwurfs eines Gesetzes zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung Stellung.
- Ziel der vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie im März 2012 vorgelegten Vorschläge für eine Novellierung des Postgesetzes ist es, den Regulierungsrahmen zu verbessern und gegebenenfalls in einzelnen Märkten die Regulierung abzubauen. Die Monopolkommission begrüßt die Novellierung des Postrechts, sieht jedoch bei den vorgeschlagen Änderungen noch Nachbesserungsbedarf.
- Die Monopolkommission hatte in ihren ersten beiden Sondergutachten zur Energiewirtschaft nach § 62 Absatz 1 EnWG die Einrichtung einer Markttransparenzstelle vorgeschlagen. Gegenwärtig liegt der Regierungsentwurf eines entsprechenden Gesetzes für den Großhandel mit Strom und Gas vor. Die Monopolkommission nimmt zu den wesentlichen Aspekten dieses Entwurfs Stellung.
- Aus aktuellem Anlass erörtert die Monopolkommission die Erfordernisse einer uneingeschränkten Einsicht in die Akten des Bundeskartellamtes sowie der Bundesnetzagentur.
- Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat im November 2011 einen Referentenentwurf für die Achte GWB-Novelle vorgelegt. Die Monopolkommission hat hierzu im Februar 2012 ein Sondergutachten erstattet. Im März 2012 hat die Bundesregierung einen Gesetzentwurf vorgelegt. In diesem Hauptgutachten werden die im Sondergutachten enthaltenen Empfehlungen aufgegriffen und in das Einleitungskapitel aufgenommen.

[3] Die ersten drei Kapitel des Hauptgutachtens enthalten eine Fortschreibung der Analyse der Unternehmenskonzentration aus den vergangenen Zweijahresgutachten. Kapitel I weist Kennzahlen der klassischen Konzentrationsstatistik aus und liefert ferner eine ausführliche Analyse zum Preissetzungsverhalten auf dem deutschen Stromendkundenmarkt. Kapitel II schreibt die Konzentration und Verflechtung von

¹ BGBl. I S. 2114. Ein Auszug aus dem Gesetz (§§ 44 bis 47 GWB) ist im Anhang des Gutachtens (Teil A) abgedruckt.

² Die bisher veröffentlichten Haupt- und Sondergutachten der Monopolkommission sind im Anhang dieses Gutachtens (Teil D) aufgelistet.

Großunternehmen (aggregierte Konzentration) auf der Basis der Wertschöpfung der größten deutschen Konzerne bzw. der größten inländischen Konzernbereiche deutscher Unternehmen fort. In Kapitel III setzt die Monopolkommission die im Achtzehnten Hauptgutachten begonnene Untersuchung zu internationalen Unternehmensverflechtungen mit der Analyse des personellen Verflechtungsgrads börsennotierter Unternehmen in den sog. EU-15-Mitgliedstaaten (zuzüglich Norwegen und der Schweiz) fort.

[4] Wie bisher würdigt die Monopolkommission in Kapitel IV die kartellrechtliche Entscheidungspraxis im Berichtszeitraum des Gutachtens. Das betrifft in erster Linie das deutsche Kartellrecht mit der Anwendung der Vorschriften zum Kartellverbot, zur Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und zur Fusionskontrolle.³ Einen zweiten Schwerpunkt bilden die Ausführungen zur Entscheidungspraxis der europäischen Fusionskontrolle. Neben der amtlichen Entscheidungspraxis werden auch Gerichtsentscheidungen in die Betrachtung mit einbezogen, soweit sie im Sinne des gesetzlichen Auftrags für die Berichterstattung relevant sind.

[5] Auf der Grundlage einer aktuellen Untersuchung der Wettbewerbsintensität auf den Märkten des Lebensmittelhandels behandelt die Monopolkommission in einem Sonderkapitel (Kapitel V) Fragen der Nachfragemacht von Handelsunternehmen gegenüber den Anbietern der Ernährungsindustrie.

[6] Der Einfluss des öffentlichen Planungsrechts auf den Wettbewerb im Einzelhandel wird in einem weiteren Sonderkapitel erörtert. Untersuchungsgegenstand sind die auf unterschiedlichen Regelungsebenen wirksamen Vorgaben, welche die Entscheidungen über Neuansiedlungen oder Erweiterungen von Einzelhandelsbetrieben mitbestimmen.

[7] In den methodischen und statistischen Anlagen zu den ersten drei Kapiteln dieses Gutachtens sind ergänzende empirische Ergebnisse der Konzentrationsuntersuchungen in tabellarischen Übersichten zusammengestellt. In einem ausführlichen Tabellenteil werden die vom Statistischen Bundesamt aufbereiteten Daten zur wirtschaftlichen Konzentration als Fortschreibung gegenüber den vergangenen Gutachten dokumentiert. Außerdem enthalten die Anlagen ausführliche methodische Erläuterungen sowie weiterführende Übersichtstabellen zur Untersuchung der aggregierten Konzentration in Kapitel II. Zudem werden ergänzende deskriptive Befunde zu Kapitel III ausgewiesen. Die methodischen und statistischen Anlagen werden – wie schon in den letzten beiden Hauptgutachten – in elektronischer Form auf einer CD-ROM beigelegt.

[8] Zur Vorbereitung des Hauptgutachtens war die Monopolkommission erneut auf die Mitarbeit und den fachlichen Rat von Sachverständigen aus den verschiedensten Bereichen angewiesen. Die Kommission dankt allen im Gutachten genannten Wissenschaftlern sowie Angehörigen von Behörden, Unternehmen und Verbänden für ihre Unterstützung.

[9] Der Präsident des Bundeskartellamtes, Herr Andreas Mundt, der Vizepräsident, Herr Dr. Peter Klocker, sowie die zuständigen Beamten, insbesondere die Leiter der Beschlussabteilungen und der Grundsatzabteilung, haben zu den Vorarbeiten maßgeblich beigetragen. Sie haben der Monopolkommission und ihren wissenschaftlichen Mitarbeitern in gemeinsamen Sitzungen und zahlreichen Einzelgesprächen Gelegenheit zur Erörterung der Entscheidungspraxis wie auch allgemeiner wettbewerbspolitischer Fragestellungen gegeben.

Das Statistische Bundesamt unter Leitung des Präsidenten, Herrn Roderich Egeler, hat wesentliche Vorarbeiten zu den Konzentrationsstatistischen Untersuchungen der Monopolkommission geleistet. Insbesondere der Referatsleiter der Gruppe E 101 des Amtes, Herr Roland Sturm, sowie Frau Dr. Susanne Maus haben in enger Zusammenarbeit mit der Geschäftsstelle der Monopolkommission das im Gutachten ausgewertete Datenmaterial aufbereitet.

³ Im Anhang dieses Gutachtens (Teil B) ist eine Zusammenstellung aller Untersagungen durch das Bundeskartellamt seit Bestehen der Fusionskontrolle (1974) aufgeführt.

[10] Die Unternehmen aus dem Berichtskreis der Untersuchungen zur aggregierten Konzentration stellten mit teilweise erheblichem Aufwand Jahresabschlussdaten für ihre inländischen Konzernteile zusammen. Das Bundeskartellamt lieferte der Monopolkommission Angaben zur Beteiligung der „100 Größten“ an den gemäß § 39 GWB vor dem Vollzug anzumeldenden Zusammenschlüssen sowie an der Anzahl der Freigabeentscheidungen.

[11] Die Daten für die Sonderauswertung Energie im Kapitel I wurden durch die Firmen Verivox GmbH, Verband der Vereine Creditform e. V. und Acxiom GmbH erhoben und der Monopolkommission dankenswerterweise zur Verfügung gestellt.

Für die Analysen im Rahmen von Kapitel III konnte auf umfassende Datenbestände von Thomson Reuters Corp. zurückgegriffen werden.

[12] In zwei Anhörungen von Vertretern des Lotswesens am 10. Februar 2012 in Hamburg waren folgende Institutionen vertreten:

- Vereinigung Hamburger Schiffsmakler und Schiffsagenten e. V.,
- Zentralverband der Deutschen Seehafenbetriebe e. V. (ZDS),
- Verband Deutscher Reeder e. V. (VDR),
- Hansaport Hafenbetriebsgesellschaft mbH,
- Hamburger Hafen und Logistik AG (HHLA),
- Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord,
- Lotsenbrüderschaft Elbe,
- Bundeslotsenkammer.

Zum gleichen Thema fand am 16. März 2012 im Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung in Bonn ein Gespräch von Mitarbeitern der Monopolkommission und Vertretern des Ministeriums aus den Referaten WS 21 (Nationale See- und Binnenschifffahrtspolitik, Hafenwirtschaft) und WS 22 (Gefahrenabwehr in der Seeschifffahrt, Lotswesen, Seeunfalluntersuchung) statt.

[13] In einer schriftlichen Befragung hat sich die Monopolkommission an Sachverständige und Marktteilnehmer der Glücksspielbranche gewandt. Stellung genommen haben

- Prof. Dr. Christoph Degenhart (Universität Leipzig),
- Herr Sebastian Frevel (Advice Partners),
- Prof. Dr. Friedrich Schneider (Universität Linz),
- Prof. Dr. Ulrich Schmidt (Universität Kiel),

sowie Vertreter der Unternehmen

- Betfair,
- Bwin.party,
- Deutscher Lotto- und Totoblock,
- Faber Lotto-Service GmbH,
- Goldmedia GmbH Strategy Consulting,
- Jaxx SE,
- Tipico,
- Tipp24 SE.

[14] Zur Problematik der Einflüsse, die von der Raum- und Stadtplanung auf die Konzentration und den Wettbewerb im Einzelhandel ausgehen, hat die Monopolkommission eine Vielzahl von Sachverständigen folgender Institutionen um schriftliche Stellungnahme gebeten:

- Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung,
- für das Planungsrecht zuständige Landesministerien,

- Landeswirtschaftsministerien,
- Deutscher Städte- und Gemeindebund sowie Deutscher Städtetag,
- Einzelhandels- und Immobilienverbände,
- Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen,
- Forschungsinstitute (Stadt- und Raumforschung).

Der Bitte um Mitwirkung der Befragten ist überwiegend bereitwillig entsprochen worden.

[15] Das Consultingunternehmen Lademann & Associates hat unter der Leitung von Prof. Dr. Rainer P. Lademann im Auftrag der Monopolkommission ein Gutachten über „Marktstruktur und Wettbewerb im Lebensmittelhandel“ erstellt.⁴

[16] Im Berichtszeitraum hat die Monopolkommission folgende Sondergutachten veröffentlicht:

- Sondergutachten 59, Strom und Gas 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten (Sondergutachten gemäß § 62 Absatz 1 EnWG),
- Sondergutachten 60, Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang (Sondergutachten gemäß § 36 AEG),
- Sondergutachten 61, Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern (Sondergutachten gemäß § 121 Absatz 2 TKG),
- Sondergutachten 62, Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen (Sondergutachten gemäß § 44 PostG in Verbindung mit § 81 Absatz 3 TKG 1996),
- Sondergutachten 63, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht (Sondergutachten gemäß § 44 Absatz 1 Satz 4 GWB).

[17] Während des Berichtszeitraums hat sich die Zusammensetzung der Monopolkommission verändert. Frau Christiane zu Salm legte ihr Amt als Kommissionsmitglied zum 31. Dezember 2011 nieder. An ihre Stelle berief der Bundespräsident für die verbleibende Amtszeit bis zum 30. Juni 2012 Frau Dagmar Kollmann. Sie wurde wie auch die Kommissionsmitglieder Dr. Angelika Westerwelle und Prof. Dr. Daniel Zimmer, deren Amtszeit ebenfalls am 30. Juni 2012 endet, für eine weitere Amtszeit berufen. Die Amtszeiten der Kommissionsmitglieder Prof. Dr. Justus Haucap und Dr. Thomas Nöcker enden am 30. Juni 2014. Die Monopolkommission wählte Herrn Prof. Zimmer für die Zeit ab der kommenden Berichtsperiode zu ihrem Vorsitzenden.

[18] Die Vorarbeiten zu diesem Zweijahresgutachten und zu den Sondergutachten in dieser Berichtsperiode wurden von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Monopolkommission geleistet. Dem wissenschaftlichen Stab gehörten in diesem Zeitraum Herr Dr. Horst Greiffenberg als Generalsekretär sowie Herr Marc Bataille, Herr Dr. Achim Buchwald, Frau Dr. Ulrike Hösel, Herr Dr. Klaus Holthoff-Frank, Herr Dr. Salem Saljanin, Herr Kai Schmidt, Frau Melanie Schmillen, Frau Dr. Juliane Scholl, Herr Dr. Alexander Steinmetz, Frau Dr. Susanne Thorwarth sowie in der Anfangsphase Herr Dr. Benjamin Balsmeier an. Bei der Erstellung des Gutachtens haben außerdem Herr Peter Göbel, Frau Marion Gottschalk-Cselovszky, Frau Roswitha Möller sowie Frau Elke Windscheidt mitgewirkt. Die Monopolkommission dankt allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für die geleistete Arbeit, die insbesondere in der Schlussphase der Gutachten weit über die Erfüllung der Dienstpflichten hinausgegangen ist.

[19] Die Monopolkommission dankt in ganz besonderer Weise ihrem langjährigen Generalsekretär, Herrn Dr. Horst Greiffenberg, für seine äußerst wertvolle Mitarbeit und Unterstützung. Herr Dr. Greiffenberg beendet mit Fertigstellung dieses Gutach-

⁴ Eine Zusammenstellung aller Veröffentlichungen von im Auftrag der Monopolkommission erstellten Gutachten ist im Anhang dieses Gutachtens (Teil C) enthalten.

tens seine Tätigkeit als Generalsekretär der Monopolkommission. In seine Fußstapfen wird Herr Dr. Klaus Holthoff-Frank treten, der ab 1. September 2012 die Nachfolge als Generalsekretär antritt.

Bonn, den 30. Juni 2012

Justus Haucap

Dagmar
Kollmann

Thomas
Nöcker

Angelika
Westerwelle

Daniel
Zimmer

Kurzfassung

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 steter 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 Spieleinrichtungen 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 Lotterie- 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 Lotterierprodukten 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 kurzfristig 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 Automatenspiele 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 Absatz 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 uneteiligte 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 Informations-

asymmetrien 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. Insgesamt 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 Ge-

setzentwurfs. 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, so dass 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 Mindesteinlieferungsmenge 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 marktherrschenden 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 Absatz 2 Satz 2 PostG sowie § 3 Absatz 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 Absatz 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 marktherrschenden 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 Gutachtauftrags 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 vorgese-

nenen 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 Regelernergie 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 intensivierte 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 Evaluation 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-Kosten-Scheren 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 Dieselmotorkraftstoff 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 Absatz 1 Satz 1 GWB). Obligatorisch ist nach § 42 Absatz 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 Absatz 1 Satz 3 GWB). Neben diesen Pflichtgutachten gehört zum gesetzlichen Auftrag der Monopolkommission auch die Erstellung von Gutachten aus eigenem Ermessen (§ 44 Absatz 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 sach-

gerecht 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 Absatz 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 Absatz 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 Absatz 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 Absatz 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 Absatz 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 Fra-

gen 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 Absatz 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 Wettbewerbsin-

tensität in einem Markt dar. Weitere wichtige Einflussfaktoren, wie beispielsweise 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 Gutachterauftrag 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 in-

teressant, 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 Standardgrundversorgungsvertrag aufweisen, die Vertriebsmarge jedoch im Durchschnitt bei den kommunalen Anbietern am höchsten ist. In einem nächsten Schritt wurden mittels eines ökonometrischen 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 Absatz 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 Prozent gestiegene inländische Wertschöpfung von rund 273 Mrd. Euro. Im gleichen Zeitraum sank die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße in Deutschland geringfügig um 0,5 Prozent auf etwa 1 669 Mrd. Euro. In der Folge erhöhte sich der Anteil der betrachteten Großunternehmen an der Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen im Jahr 2010 leicht auf 16,4 Prozent, nachdem er im Jahr 2008 auf 15,7 Prozent gesunken war.

Die zehn größten Unternehmen erhöhten ihren Anteil an der Wertschöpfung aller untersuchten Großunternehmen um 1,1 Prozent auf 40,4 Prozent. Dies entspricht einem Anteil von 6,6 Prozent (2008: 6,2 Prozent) an der gesamtwirtschaftlichen Nettowertschöpfung. Die Unternehmen auf den Rängen 1 bis 50 trugen mit einem Anteil von 81,8 Prozent (2008: 81,5 Prozent) 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 Prozent in 2008 auf 55,6 Prozent 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 Prozent (2008: 12,6 Prozent). Die durchschnittliche Wertschöpfung pro Arbeitnehmer in den 92 untersuchten Unternehmen im Jahr 2010 erhöhte sich infolge des Anstiegs der inländischen Wertschöpfung in Verbin-

dung mit der leicht rückläufigen Beschäftigtenzahl um 4,1 Prozent auf 85 000 Euro (2008: 81 000 Euro). Die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße betrug 66 000 Euro pro Kopf (2008: 67 000 Euro).

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 Millionen Personen und damit etwa 7 Prozent 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 Prozent bzw. 2,6 Prozent. Der Anteil der „50 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße belief sich auf 31,9 Prozent (2008: 31,6 Prozent). 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 Prozent bzw. 13,1 Prozent). 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 Prozent auf 49,3 Prozent bzw. um 3,0 Prozent auf 59,6 Prozent.

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. überwiegend 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. Euro je Unternehmen 36,4 Prozent der durchschnittlich kontrollierten Wertschöpfung in Streubesitz befand.

16,7 Prozent bzw. 13,4 Prozent 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 Prozent bzw. 3,2 Prozent 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 Prozent auf 5,1 Prozent.

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 Prozent) 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 Prozent auf 3,6 Prozent.

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 Prozent (2008: 9,2 Prozent) betrug. Der Anteil der Anteilseignervertreter, die der Kategorie „Vertreter der öffentlichen Hand“ zuzurechnen sind, belief sich auf 11,3 Prozent (2008: 10,7 Prozent). Zumeist übten Vertreter dieser Gruppe

Kontrollmandate zur Überwachung öffentlicher Kapitalbeteiligungen aus. 35 bzw. 36,5 Prozent (2008: 39 bzw. 40,6 Prozent) 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 Prozent der Fälle (2008: 37 bzw. 38,5 Prozent) zuvor ein Geschäftsführungsmandat 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 Prozent (2008/09: 18,1 Prozent) an den insgesamt angemeldeten Zusammenschlüssen beteiligt. Zudem entfielen im Berichtszeitraum 14,9 Prozent (2008/09: 16,5 Prozent) 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 Prozent allerdings unverändert deutlich unter dem langjährigen Durchschnitt von 18,2 Prozent. Der Anteil der Arbeitsplätze, der sich bei einem der 100 größten Unternehmen befindet, reduzierte sich seit dem Berichtsjahr 2004 stetig auf nunmehr 12,8 Prozent. 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 Prozent 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 Prozent an der Gesamtzahl aller Unternehmen in der Stichprobe liegt der Sitz der Konzernzentrale im Vereinigten Königreich. 16 Prozent der betrachteten Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, gefolgt von Frankreich mit einem Anteil von knapp 13 Prozent.

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 Prozent. 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 Prozent 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 Prozent gegenüber 68,4 Prozent 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 Prozent (2006: 62,7 Prozent). Der Anteil derjenigen Unternehmen, die mit einem Unternehmen desselben Wirtschaftszweiges verflochten sind (Intra-Branchenverflechtungen), belief sich im Jahr 2010 durchschnittlich auf 31,0 Prozent (2006: 30,2 Prozent). 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 Prozent der Unternehmen mindestens eine nationale Unternehmensverflechtung besteht (2006: 65,4 Prozent), wurden nur für 24,0 Prozent der Unternehmen internationale Verflechtungsbeziehungen festgestellt (2006: 22,7 Prozent). 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, wenngleich 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 marktbasierten 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 Hin-

sicht 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 Insolvenzgefährdung 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 Grenzreich 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 Unterneh-

mensleitung 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 Fachöffentlichkeit 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 angewendet 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 Preismissbrauchsverfahren gegen marktmächtige Versorgungsunternehmen vorgegangen. Die vorgenommene Missbrauchsaufsicht weist dabei erhebliche Parallelen zu einer Preisregulierung auf. Im Trink-

wasserbereich 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 Preismissbrauchsaufsicht 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 Preismissbrauchsaufsicht 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 Gemeinschaftsunterneh-

men 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 Verbotsentscheidung der Europäischen Kommission gemäß Artikel 8 Absatz 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 umfänglichen 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 Wechselträgheit 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 ökonometrischen 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 ökonometrische Untersuchung der Marktabgrenzung im vorliegenden Fall im Zusammenhang mit einer ökonometrischen 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 Verfahren Ryanair/Aer Lingus ihre Auffassung, wonach Marktanteile in Höhe von 50 Prozent 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 Berichtszeitraum – 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 Fusionseffekte 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 Artikel 10 Absatz 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 vortragenen 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 Verhaltenszusage 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 Artikel 8 Absatz 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 Zusagenangebote mehr vorlegen, sondern nur öffentliche Ankündigungen machen müssten. Dies würde 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 Zusagenangeboten 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 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 ökonometrische 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 Absatz 1 Nummer 3 lit. b GWB und eines qualitativen Tatbestands wie im US-amerikanischen und britischen Recht sowie in § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB abzuwägen. Eine dritte Möglichkeit besteht darin, beide Tatbestände 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 sei-

tens 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 Prozent besaßen. Wird die Schwarz-Gruppe (LIDL, KAUFHOF) 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 Prozent. 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 Informations-

technologie 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 dekonzentrativer 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 Vollsortimentern 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 nach-

weisen, 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 aufgenommen handelsspezifischen Vorgaben im Bereich der Missbrauchsaufsicht – Erweiterung des Schutzbereichs des § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB auf große Unternehmen und das generelle Verbot des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis gemäß § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 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 Absatz 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 Absatz 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 Beschwer-

deführers 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 Handelstufe 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 Neuanordnungen 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 Anschlussplanungen zu beobachten. Bedeutsam ist insoweit auch die sog. Großflächigkeitsschwelle, die eine er-

schwerte 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 quan-

tifizierender 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.

Einleitung

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

1. Wettbewerb auf Glücksspielmärkten

1.1 Einleitung

1. Der Markt für Glücksspielwesen ist in Deutschland streng reglementiert, stark staatlich dominiert und bietet nur geringen Raum für Wettbewerb. Der seit 2008 bestehende und auf vier Jahre befristete Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV) ist dabei die zentrale Regulierungsgrundlage. Dieser Staatsvertrag zwischen den Bundesländern schafft bundeseinheitliche Rahmenbedingungen für die Veranstaltung von Glücksspielen. Am 15. Dezember 2011 unterzeichneten die Ministerpräsidenten aller Bundesländer mit Ausnahme von Schleswig-Holstein den ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag (GlüÄndStV), der am 1. Juli 2012 in Kraft treten soll. Derweil ist die Rechtslage zwischen dem Auslaufen des alten Glücksspielstaatsvertrags am 31. Dezember 2011 und dem Inkrafttreten des neuen Staatsvertrags unsicher, was sich z. B. in einer erheblichen Zunahme der bisher untersagten Werbung für verschiedene Wettangebote niedergeschlagen hat. Im Rahmen einer institutionellen Analyse der neuen Regulierung der Glücksspielmärkte soll nachfolgend hinterfragt werden, ob durch die Neuregelung die gesellschaftlichen Ziele unter den vorliegenden Rahmenbedingungen erreicht werden.

2. Durch die im Glücksspielstaatsvertrag ebenso wie im Nachfolgewerk festgeschriebene staatliche Verfügungsgewalt über öffentlich zugängliche Glücksspiele besteht grundsätzlich ein staatliches Monopol zur Durchführung von Lotterien, Sportwetten und über Spielbanken. Die Einnahmen, die dem Staat durch dieses Monopol entstehen, sind durchaus erheblich (vgl. Abschnitt 1.3). Die deutlichen Unterschiede der Gegebenheiten und Entwicklungen in den einzelnen Marktsegmenten erfordern eine Differenzierung der Glücks- und Geldgewinnspielmärkte. Dazu zählen insbesondere die staatlichen Lotterien (Lotto 6 aus 49, Spiel 77, Keno), die Sportwette Oddset und Spielbanken. Im gewerblichen Bereich sind besonders die Geldgewinnsspiele relevant, die bisher rechtlich nicht zu den Glücksspielen zählten (§ 2 Absatz 3 GlüÄndStV). Hinzu kommen Pferdewetten und einzelne Anbieter von Sportwetten. Nicht regulierte bzw. kaum regulierte und kontrollierbare Spielmöglichkeiten mit zunehmender Bedeutung ergeben sich durch zahlreiche Angebote im Internet. Dieser sog. Graumarkt mit neuen Spielmöglichkeiten und Anbietern und sehr eingeschränkten Möglichkeiten der Durchsetzung bestehender Regeln führt zu einem deutlichen Wachstum des

Online-Marktes.¹ Damit ist neben der Regulierung das Internet der wesentliche Treiber von Veränderungen des Marktes.

3. Die strenge Reglementierung des deutschen Glücksspielsektors hat zu zahlreichen juristischen Verfahren und stetigen Anpassungen der staatlichen Vorgaben geführt (vgl. Abschnitt 1.3). So wurden auch die bestehenden Rahmenbedingungen von verschiedenen Gerichten kritisch bewertet. Neben der Befristung des seit 2008 geltenden Vertrags waren somit juristische Bedenken und die praktischen Schwierigkeiten, die sich aus der gegenwärtigen Glücksspielordnung ergeben, Anlass für erneute Bemühungen um eine Reform des Rechtsrahmens. Der im Dezember 2011 unterzeichnete erste Glücksspieländerungsstaatsvertrag soll diesen Bedenken Rechnung tragen.

4. Mit dem ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag sind einige strukturelle Veränderungen des bisherigen Spielwesens in Deutschland geplant. In einigen Bereichen wird das staatliche Monopol gesichert, im Sportwettenmarkt in Grenzen aufgelöst, während gewerbliche Spielangebote wie Spielhallen stärker beschränkt werden als zuvor. Weiterhin bleiben nach § 4 Absatz 1 GlüÄndStV alle Glücksspiele, die nicht explizit vom jeweiligen Bundesland erlaubt werden, ebenso wie der dies betreffende Zahlungsverkehr verboten. Da im Staatsvertrag nicht nur die Veranstaltung, sondern auch die Vermittlung von Spielen reguliert wird, betrifft dies auch die Spielvermittlung. Mit Ausnahmen für Lotto und Sportwetten (§ 4 Absatz 5 GlüÄndStV) bleiben das Spielen im Internet gemäß § 4 Absatz 4 GlüÄndStV und die Werbung in Internet und Fernsehen gemäß § 5 Absatz 3 GlüÄndStV grundsätzlich explizit verboten.²

5. Verschiedene (Neu-)Regelungen des Staatsvertrags können erhebliche Auswirkungen auf die Entwicklung des Glücksspielmarktes im Ganzen und die Marktteilnehmer im Einzelnen haben:

- Für staatliche Lotterie- und Wettanbieter werden Möglichkeiten von Internetangeboten geschaffen. Internet-spiele können von den Ländern erlaubt werden, wenn

¹ Als Angebote aus dem Graumarkt werden diejenigen Angebote auf dem Glücksspielmarkt bezeichnet, die zwar europarechtlich zulässig, nach deutschem Glücksspielstaatsvertrag jedoch unzulässig sind und deren Status in Deutschland nicht abschließend geklärt ist. Dazu zählen z.B. Online-Sportwetten. Schwarzmarktangebote sind dagegen eindeutig illegale Angebote. Dazu zählen insbesondere Hinterzimmer-spiele.

² Im unterzeichneten Staatsvertrag nicht mehr enthalten sind die nach § 9 Absatz 1 Satz 3 Nummer 5 im Entwurf vom April 2011 noch geplanten Websperren von Online-Casinos.

bestimmte Bedingungen wie die Festlegung eines Höchsteinsatzes erfüllt sind (§ 4 Absatz 5 GlüÄndStV).

- Für staatliche Lotterie- und Wettanbieter werden die Werbemöglichkeiten erweitert. So können die Länder Werbung für Spiele dieser Anbieter gestatten (§ 5 Absatz 3 Satz 2 GlüÄndStV).³
- Lotterien mit einem planmäßigen Jackpot dürfen auch grenzüberschreitend in Zusammenarbeit mit ausländischen Anbietern betrieben werden (§ 22 Absatz 1 Satz 3 GlüÄndStV).⁴
- Für private Anbieter von Sportwetten wurde probe- weise eine neue „Experimentierklausel“ zur Marktöff- nung geschaffen (§ 10a i. V. m. §§ 4a bis 4e GlüÄndStV). Die Öffnung wird durch die Vergabe von maximal 20 zeitlich befristeten Konzessionen ge- testet. Dabei wird neben einer Konzessionsgebühr (§ 9a Absatz 4 GlüÄndStV) eine Konzessionsabgabe in Höhe von 5 Prozent des Spieleinsatzes fällig (§ 4d Absatz 2 GlüÄndStV).
- Nach § 5 Absatz 3 Satz 2 GlüÄndStV kann für Sport- und Pferdewetten auch Werbung erlaubt werden.
- Insgesamt wird der Geltungsbereich der Rechtsgrund- lage des Staatsvertrags erweitert, sodass gemäß § 2 Absatz 3 bis 5 GlüÄndStV nun auch Pferdewetten und gewerbliche Geldgewinnsspiele vom Staatsvertrag er- fasst werden.⁵
- Für gewerbliche Spielhallen, in denen Geldgewinn- spiele angeboten werden, wird eine zusätzliche Er- laubnispflicht eingeführt (§ 24 GlüÄndStV).⁶ Für die Erteilung dieser Erlaubnisse durch die Glücksspielauf- sichtsbehörden der Länder sind gewisse Bedingungen zu erfüllen (§§ 24 bis 26 GlüÄndStV).⁷ Außerdem

werden Erlaubnisse zeitlich begrenzt erteilt und kön- nen (auch nachträglich) mit Auflagen versehen wer- den. Auch derzeit bestehende Spielhallen müssen nach einer Übergangsfrist von fünf Jahren eine Erlaubnis entsprechend diesen Vorgaben einholen.

6. Schleswig-Holstein hat den Glücksspieländerungs- staatsvertrag nicht unterzeichnet. Damit beteiligt sich erstmals ein Bundesland nicht an einer einheitlichen Re- gelung des Glücksspiels im Rahmen eines solchen Ver- trags.⁸ Der Landtag Schleswig-Holsteins hat bereits am 14. September 2011 mit dem Gesetz zur Neuordnung des Glücksspiels (Glücksspielgesetz – GlückGSH) einen ei- genen Regulierungsrahmen verabschiedet.⁹ Das Gesetz belässt es zwar beim staatlichen Veranstaltungsmonopol für Lotto, jedoch werden die allgemeinen Beschränkun- gen bei Vertrieb und Werbung weitgehend aufgehoben und der Sportwetten- und Online-Geldgewinnspiemarkt wird weitgehend liberalisiert. Private Anbieter für Sport- wetten und Online-Casinos können vom Bundesland Li- zenzen (in unbegrenzter Zahl) für jeweils fünf Jahre er- erwerben. Mit der teilweisen Liberalisierung sollen Glücksspiele aus dem nicht regulierten bzw. kontrollier- baren Bereich in eine rechtlich definierte und geschützte Ordnung überführt werden.¹⁰

7. Im Hinblick auf die Neuregelungen sind zahlreiche rechtliche Fragen zu klären. Dies betrifft speziell den grundgesetzlich garantierten Schutz des Eigentums, die Berufsfreiheit und die europarechtlich verankerte Nieder- lassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Sowohl der erste Entwurf des Glücksspieländerungsvertrags von April 2011 als auch die aktuelle und von den Ministerpräsi- denten unterzeichnete Fassung wurden im Rahmen des Noti- fizierungsverfahrens von der Europäischen Kommission – teilweise erheblich – kritisiert.¹¹ Die bemängelten Rege- lungen des Glücksspieländerungsvertrags müssen korri- giert bzw. begründet werden, um eine europa- und verfas- sungskonforme Rechtslage schaffen zu können. Dabei ist

³ Im Umfeld von Sportveranstaltungen ist Fernsehwerbung für Sport- wetten weiterhin verboten. Dazu können auch Banden- und Trikot- werbung zählen.

⁴ Dementsprechend wurde bereits „EuroJackpot – das neue europäi- sche Lotto“ eingeführt.

⁵ Damit soll vor allem der vom Europäischen Gerichtshof geäußerten Kritik der fehlenden Konsistenz der Regulierung Rechnung getragen werden (Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 6. Oktober 2011, A.1.2). Der Gerichtshof hat jedoch nicht die ge- trennten Regelungen für verschiedene Spielbereiche bemängelt.

⁶ Derzeit wird das gewerbliche Geldgewinnsspiel in § 33c GewO und der hierzu erlassenen Spielverordnung geregelt. Mit diesen Regelun- gen soll unter anderem sichergestellt werden, dass Spielgäste in kur- zer Zeit keine unangemessen hohen Verluste erleiden. So sind Eck- daten für Laufzeit, Höchsteinsatz und -gewinn, maximaler Stundenverlust und durchschnittlich maximaler Stundenverlust fest- geschrieben. Ergänzend finden sich Vorschriften für den Betrieb von Geldspielgeräten im Strafgesetzbuch, im Jugendschutzgesetz und für die Ansiedlung von Spielhallen im Baugesetzbuch und in der Bau- nutzungsverordnung sowie für Öffnungszeiten in den Länder-Sper- rezeitenverordnungen.

⁷ Zu diesen Regelungen zählen unter anderem ein Mindestabstand zwischen Spielhallen, das Verbot von Mehrfachkonzessionen (mehrere Spielhallen mit einer zentralen Infrastruktur) und die Unzuläs- sigkeit von mehreren Spielhallen in einem Gebäudekomplex. Außer- dem darf die äußere Gestaltung der Immobilien nicht werbend für die Spiele sein und es müssen ausführliche Aufklärungsangebote und ein Sozialkonzept eingerichtet und für alle Angebote vorgehalten wer- den.

⁸ In den Diskussionen über die Weiterentwicklung des bundesweiten Rechtsrahmens wurden drei grundlegende Modelle diskutiert. Neben einem sehr restriktiven Modell mit der vollständigen Beibehaltung des staatlichen Monopols für Sportwetten, dem nun unterzeichneten Modell mit Experimentierklausel stand noch die relativ weitgehende Liberalisierung zur Debatte, die das Land Schleswig-Holstein schließlich individuell beschloss.

⁹ Gesetz zur Neuordnung des Glücksspiels (Glücksspielgesetz) vom 20. Oktober 2011, GVBl. 2011, S. 280.

¹⁰ Obwohl das entsprechende Glücksspielgesetz des Landes bereits seit Januar 2012 in Kraft ist, gibt es bisher keine hinreichenden prakti- schen Erfahrungen mit den Neuregelungen, da ergänzende Verord- nungen erst sukzessive in Kraft traten oder noch nicht in Kraft sind (z. B. die Landesverordnung über die Genehmigung des Glücksspiel- betriebs (Glücksspielgenehmigungsverordnung – GGVO), die Lan- desverordnung über nähere Bestimmungen hinsichtlich der für den beabsichtigten Spielbetrieb erforderlichen Leistungsfähigkeit und der technischen Anforderungen (ÜVO), die Landesverordnung zur Be- stimmung der zuständigen Behörden nach dem Glücksspielgesetz (GlüGZustVO) und die Landesverordnung zur Änderung der Lan- desverordnung über Verwaltungsgebühren).

¹¹ Stellungnahmen der Europäischen Kommission im Notifizierungs- verfahren nach Richtlinie 98/34/EG vom 18. Juli 2011 und 20. März 2012, <http://gluecksspieldatenbank.de/Gesetzesdatenbank/Staatsver- trage/Erster-Gluecksspielaenderungsstaatsvertrag>, Notifizierung Nr. 2011/0188/D.

insbesondere die Frage zu beantworten, ob das Ziel der Verminderung von mit Glücksspielen verbundenen Gefahren so umfassend verfolgt werden muss oder ob eine weniger restriktive Regulierung ausreichend ist. Ob der beschlossene Entwurf den rechtlichen Anforderungen entspricht, werden wahrscheinlich abermals die Gerichte entscheiden müssen.

8. Der Glücksspielstaatsvertrag ist mit Ablauf des 31. Dezember 2011 außer Kraft getreten¹², jedoch haben die Bundesländer abgesehen von Schleswig-Holstein im Rahmen der Übertragung des Staatsvertrags in Landesrecht Möglichkeiten zur Fortgeltung geschaffen. Allerdings war mit Außerkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags lediglich in fünf Bundesländern die Fortgeltung des Glücksspielstaatsvertrags als Landesrecht gesichert. In den übrigen Ländern herrschte ab dem 1. Januar 2012 ein unregelter Zustand im Bereich des Glücksspielrechts. Obwohl mittlerweile in den meisten Bundesländern nachträglich das Fortgelten des Staatsvertrags geregelt wurde¹³, ist es durch die Verzögerungen des Inkrafttretens des Glücksspieländerungsstaatsvertrags zu deutlichen Rechtsunsicherheiten gekommen. Diese Unsicherheiten werden dadurch verstärkt, dass unklar ist, ob der geplante Glücksspieländerungsstaatsvertrag im Einklang mit europäischen Vorgaben steht. So wird dieser Vertrag noch vor Inkrafttreten geschwächt. Deutlich wird dies durch die massiven Werbemaßnahmen, die seit Anfang des Jahres insbesondere von Sportwettenanbietern des Graumarktes durchgeführt werden, obwohl dies weder mit dem bestehenden noch mit dem geplanten Staatsvertrag vereinbar ist.¹⁴ Die vermeidbare Unsicherheit der Rechtslage führt damit zu einer mit den Zielen des Glücksspielstaatsvertrags in eklatantem Widerspruch stehenden Praxis.

9. Durch die Schaffung von Möglichkeiten für Internetangebote und die Erweiterung von Werbemöglichkeiten für staatliche Lotterien und Wettanbieter und die praktisch unverändert liberalen Regelungen für Spielbanken auf der einen Seite und die eher restriktiv gehaltene Experimentierklausel für private Sportwettenanbieter sowie die Einschränkungen von gewerblichen Geldgewinnspielbetreibern auf der anderen Seite gehen vom Glücksspieländerungsvertrag sehr unterschiedliche Wirkungen für staatliche und gewerbliche Anbieter aus. Nachfolgend

wird analysiert, wie die gesellschaftlichen Ziele der Regulierung der Glücksspielmärkte effizient erreicht werden können.

1.2 Politischer Zielkonflikt behindert gesellschaftlich effiziente Regulierung der Glücksspielmärkte

10. Die Regulierung des Glücksspiels ist in Deutschland seit jeher Gegenstand einer regen öffentlichen Diskussion. Die intensive Auseinandersetzung lässt sich vor allem dadurch erklären, dass eine Vielzahl unterschiedlicher Gruppen von den gesellschaftlichen Entscheidungen gegenüber dieser Branche betroffen ist und mit jeweils eigenen und teils gegenläufigen Anreizen agiert. Akteure sind zum Beispiel die für die Gestaltung der Regulierung und Einnahmenerzielung verantwortlichen Landesregierungen, öffentliche und private Glücksspielanbieter, Spieler, Suchtforscher, begünstigte Sportvereine oder Anbieter von Werbeplattformen. Die Gemengelage öffentlich geäußerter Meinungen im Hinblick auf die Frage nach einer gesamtgesellschaftlich geeigneten Regulierung des Glücksspiels hat eine starke Vorprägung erzeugt. Eine auf den Glücksspielsektor verengte Betrachtung von Basis und Zielen der Diskussion erweckt dabei zuweilen den Eindruck, als ginge man von einer staatlichen Monopolisierung als Normalzustand aus, während die wettbewerbliche Öffnung dieser Märkte – von deren Gegnern häufig als Kommerzialisierung bezeichnet – nun durch Argumente gerechtfertigt werden müsse, die jedoch wiederum nach subjektiven Maßstäben gewichtet werden. Vor dem Hintergrund einer solchen Betrachtungsperspektive ist eine sachliche Auseinandersetzung mit der Frage nach einer geeigneten Glücksspielregulierung jedoch schwerlich möglich.

11. Es sei deshalb zunächst darauf hingewiesen, dass einer marktwirtschaftlichen Gesellschaftsordnung das Gegenteil des heute im Bereich des Glücksspiels vielfach vorzufindenden staatlichen Monopols eigen ist. Durch den freien Zugang von im Wettbewerb stehenden Anbietern und Nachfragern zu Märkten soll es vielmehr zu einem möglichst hohen Wohlfahrtsniveau kommen. Diese Perspektive schließt dabei keinesfalls aus, dass eine Regulierung, eine staatliche Monopolisierung oder sogar ein Verbot des Angebots auf Märkten, wie z. B. im Bereich des Glücksspiels, auch wohlfahrtsökonomisch gerechtfertigt oder zumindest vertretbar sein kann. In einem solchen Fall eines mit Effizienzkriterien zu rechtfertigenden Eingriffs dienen die Maßnahmen des Staates jedoch einer Korrektur der auch unter dem Begriff Marktversagen bezeichneten Fehlwirkungen, die in bestimmten Eigenschaften eines Marktes begründet sind. Die Monopolkommission hält es daher für die geeignete Herangehensweise, zunächst diese Gründe zu beleuchten, die einen Eingriff des Staates im Glücksspielsektor erfordern.

12. Eine effiziente Regulierung der Glücksspielbranche muss sich daran messen lassen, inwiefern sie geeignet ist, mögliche Fehler unregulierter Marktergebnisse zu begrenzen. Für ein Versagen unregulierter Glücksspielmärkte können dabei verschiedene Gründe vorgebracht

¹² Zwar ermöglicht § 28 Absatz 1 GlüStV das Fortgelten des Staatsvertrags, jedoch ist dazu der Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz mit mindestens 13 Stimmen nötig, welcher nicht erfolgte.

¹³ Der Großteil der Landesregelungen erfordert für das Fortgelten der Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags eine amtliche Bekanntmachung des zuständigen Ministeriums. Eine solche notwendige Bekanntmachung über die Fortgeltung des Glücksspielstaatsvertrags als Landesrecht ist nach Informationsstand der Monopolkommission zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses für dieses Gutachten in den Ländern Hessen, Niedersachsen, Saarland und Sachsen-Anhalt nicht veröffentlicht worden.

¹⁴ So wurde in jüngster Vergangenheit regelmäßig Werbung sowohl für staatliche als auch private Sportwettenanbieter untersagt; vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 24. November 2010, 8 C 13.09, 8 C 14.09, 8 C 15.09; BVerwG, Beschlüsse vom 1. Juni 2011, 8 C 2.10, 8 C 4.10, 8 C 5.10; BVerwG, Beschlüsse vom 11. Juli 2011, 8 C 11.10, 8 C 12.10, sowie VG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 11. April 2011, 4 MB 14/11.

werden, von denen das Problem der Glücksspielsucht besonders hervorsticht. Neben der Spielsucht existieren jedoch weitere Probleme, die nicht übersehen werden dürfen. Insbesondere das Problem asymmetrisch verteilter Informationen zwischen Spielern und Anbietern von Glücksspielen ist hier zu nennen, das sich darin äußern kann, dass ein Glücksspieler die Gewinnwahrscheinlichkeit und Ausschüttungsquote eines Glücksspiels nicht richtig einschätzt. Ein Anbieter, der über diese Informationsbasis verfügt, kann dies dazu nutzen, dass die Spieler den ihnen entstehenden Nutzen aus einem Spiel überschätzen, um dadurch ineffizient hohe Erlöse zu erzielen. Im Extremfall kann eine Manipulation der Spieleinrichtungen zu einer gezielten Übervorteilung der Spieler führen. Eine effiziente Marktordnung muss deshalb für das Problem asymmetrischer Information Lösungen finden.

13. Die öffentliche Diskussion um die Regulierung des Glücksspiels wird vor allem von der Bekämpfung möglicher Suchtgefahren und damit eines anderen wesentlichen Problems des Glücksspiels bestimmt. Im Hinblick auf das Problem der Spielsucht ist zunächst zwischen dem gewöhnlichen Spieltrieb und sog. pathologischem Verhalten zu unterscheiden. Die Ausprägung des Spieltriebs zeigt sich beispielsweise dadurch, dass bei repräsentativen Umfragen etwa ein Drittel bis die Hälfte der Befragten angibt, im letzten Jahr an Glücksspielen teilgenommen zu haben.¹⁵ Nur bei einem Teil aller Spieler tritt jedoch pathologisches Spielverhalten auf.¹⁶ Dabei handelt es sich um ein Syndrom psychopathologischer Störungen auf der Verhaltens-, kognitiven und emotionalen Ebene, bei dem ein Betroffener dem Impuls zu Glücksspiel oder Wetten nicht widerstehen kann, auch wenn sich für ihn daraus erhebliche negative Folgen ergeben. Das Verhaltensmuster eines pathologischen Spielers wird typischerweise als für den Betroffenen irrational angesehen, da er durch die Störung den Nutzen des Glücksspiels für ihn selbst nicht richtig einordnet. Im Fall der Spielsucht ist deshalb augenscheinlich, dass die Spieler zu viel Glücksspiel konsumieren, mit immer höheren Einsätzen spielen und sich damit ganz erheblich selbst gefährden. Aus öko-

nomischer Perspektive kann Glücksspiel vor diesem Hintergrund als demeritorisches Gut betrachtet werden, da der Nutzen von bestimmten Gruppen als zu hoch wahrgenommen wird und ein unregulierter Markt nicht zu einem wohlfahrtsökonomisch effizienten Ergebnis führen kann.

14. Bestehen für Menschen Möglichkeiten, an Glücksspielen teilzunehmen, ist ein Gefährdungspotenzial gegeben. Ein Verbot des Angebots von Glücksspielen ist daher diskutabel, stellt aber nach ganz überwiegender Meinung keine Lösung dar, da der Spieltrieb dadurch nicht unterbunden würde. Bei einem Verbot wandern die Spieler vielmehr in kaum kontrollierbare Schwarz- und Graumärkte ab. Auch durch das zunehmende Aufkommen des Online-Glücksspiels speziell im Bereich der Sportwetten und Casinospiele stehen dem Staat für diese Spielformen heute kaum Möglichkeiten zur Verfügung, um die Teilnahme der Bürger an Glücksspielen zu beschränken. Eine stärkere gesetzliche Einschränkung der legalen Märkte führt bei diesen Spielformen deshalb zu einer höheren Abwanderung der Spieler in die Schwarz- und Graumärkte. Maßnahmen des Staates müssen daher stets an ihrer faktischen Wirksamkeit gemessen werden und Ausweichmöglichkeiten berücksichtigen, um die gesellschaftliche Effizienz einer Regulierungsmaßnahme positiv zu beeinflussen.

15. Ziel einer staatlichen Aktivität ist es deshalb, den Spieltrieb durch eine Lenkung des Angebots zu begrenzen. Eine effektive Begrenzung sollte möglichst die Begrenzung von Spielsucht auslösenden Faktoren im Blick haben. Auslöser pathologischer Spielsucht sind medizinisch zwar nicht exakt ergründbar; ihnen liegen vielmehr multifaktorielle Erklärungsansätze zugrunde. Allerdings lassen sich Auslöser identifizieren, die eine mögliche Tendenz zur Glücksspielsucht verstärken. Eine Sekundärstudie von Meyer u. a.¹⁷ untersucht verschiedene auslösende Faktoren und deren Gewichtung im Hinblick auf das Risiko, spielsüchtig zu werden, wobei die Ergebnisse vor allem die Bedeutung einer hohen Ereignisfrequenz – auch im Rahmen multipler Spiel- und Einsatzmöglichkeiten – herausstellen (vgl. Tabelle E.1). Neben Auslösern, die direkt in den Eigenschaften eines Spiels zu suchen sind, können auch weitere Faktoren pathologisches Spielverhalten auslösen, wobei insbesondere der erhebliche Effekt von Werbung für das staatliche Handeln von Interesse ist.¹⁸

16. Die bezeichneten Anforderungen an das, was der Staat tun sollte, um einen möglichst wirkungsvollen und effizienten gesellschaftlichen Ausgleich zwischen Suchtgefahren und einem wettbewerblichen Angebot zu schaffen, stellen einen geeigneten Maßstab für das heutige Handeln des Staates dar. Plausibel ist zudem, dass in den abzugrenzenden Bereichen des Glücksspiels die Merk-

¹⁵ Für Deutschland sind in verschiedenen Untersuchungen Werte zwischen 39 und 55 Prozent festgestellt worden; vgl. Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA), Glücksspielverhalten und Glücksspielsucht in Deutschland. Ergebnisse aus drei repräsentativen Bevölkerungsumfragen 2007, 2009, 2011, Köln 2012, S. 12 und die dort zitierte Literatur. Insbesondere in vielen angelsächsischen und skandinavischen Ländern ist das Spielen um Geld deutlich populärer. Auch die Prävalenzen problematischen und pathologischen Spielens differieren zwischen den einzelnen Ländern; vgl. Buth, S./Stöver, H., Glücksspielteilnahme und Glücksspielprobleme in Deutschland: Ergebnisse einer bundesweiten Repräsentativbefragung, Suchttherapie 9, 2008, S. 1–9, 4.

¹⁶ Es existieren eine Reihe von Primär- und Sekundärstudien, die das Problem pathologischer Spielsucht in Deutschland beleuchten. Gewöhnlich wird darin eine Stichprobe ausgewählter Spieler (bestimmter Mindestspieleinsatz in der Vergangenheit) untersucht und nach bestimmten Merkmalen zwischen unproblematischen Spielern, problematischen Spielern und pathologischen Spielern unterschieden. Vgl. aus jüngerer Zeit Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA), a. a. O.; Bühringer, G. u. a., Pathologisches Glücksspiel in Deutschland: Spiel- und Bevölkerungsrisiken, Sucht 53(5), 2007, S. 296–308; Buth, S./Stöver, H., a. a. O.

¹⁷ Meyer, G. u. a., Die Einschätzung des Gefährdungspotenzials von Glücksspielen: Ergebnisse einer Delphi-Studie und empirischen Validierung der Beurteilungsmerkmale, Sucht 56(6), 2010, S. 405–414.

¹⁸ Hierzu liegen jedoch weniger spezifische Erkenntnisse vor. Werbung als erheblicher Verstärkungsfaktor beschreiben Grant, J. E./Kim, S. W., Demographic and Clinical Features of 131 Adult Pathological Gamblers, Journal of Clinical Psychiatry 62(12), 2001, S. 957–962.

male nicht alle homogen vorliegen, es also Glücksspiele gibt, die aufgrund ihrer Spieleigenschaften ein höheres bzw. niedrigeres Suchtrisiko aufweisen. Staatliche Stellen werden in Deutschland im Rahmen der bestehenden Regulierung des Glücksspiels hier prinzipiell auch selektiv tätig, indem manche Spielformen, wie Lotterien und Casinos, staatlich monopolisiert wurden, während bei anderen Spielformen, etwa Spielhallen, nur ein privates Angebot existiert, das reguliert wird. Tabelle E.2 zeigt das unterschiedliche Risikopotenzial in den verschiedenen Segmenten der Glücksspielbranche. Eine Interpretation

ist jedoch vor allem vor dem Hintergrund schwierig, dass die vorliegenden Studien nicht das grundsätzliche Risiko abbilden, sondern das Risiko im Rahmen der bestehenden regulativen Struktur. Allerdings ist die strengere Behandlung von Casinos gegenüber Spielhallen bzw. Automaten nicht unmittelbar anhand der Suchtrisiken zu erklären, da Ereignisfrequenz und multiple Spiel- und Einsatzmöglichkeiten bei Automaten gegenüber Casinos in mindestens ähnlichem Maße vorliegen, während vor allem Automaten andere wesentliche Auslöser von Spielsucht, wie Ton- und Lichteffekte, aufweisen.

Tabelle E.1

Gewichtung und Erläuterung der risikoverstärkenden Glücksspielmerkmale¹

Glücksspielmerkmale	Erläuterung	Gewichtung nach Meyer u. a. (2010) ²
Ereignisfrequenz	Zeitspanne zwischen Einsatz, Spielausgang und der nächsten Möglichkeit zum Spieleinsatz; schnelle Spielabfolge und zeitlich nahe Gewinnauszahlung verringern emotionale Distanz zum Glücksspiel	0,612
Multiple Spiel- und Einsatzmöglichkeiten	Möglichkeit, mehrere Einsätze gleichzeitig zu tätigen oder an verschiedenen Spielen gleichzeitig teilzunehmen	0,354
Gewinnwahrscheinlichkeit	Wahrscheinlichkeit, einen Gewinn zu erzielen (auch Gewinne unterhalb des Einsatzes)	0,264
Ton- und Lichteffekte	Visuelle und auditive Effekte während des Spiels, welche dem Spieler einen Eindruck von Spaß und Aktivität vermitteln und positive Ereignisse betonen.	0,230
Variable Einsatzhöhe	Möglichkeit der Selbstbestimmung der Einsatzhöhe des Spielers in einem Spiel; Chance, durch Erhöhung der Einsätze vergangene Verluste wettzumachen	0,184
Verfügbarkeit	Zugangsmöglichkeit zu einem Glücksspiel	0,173
Jackpot	Höhe eines Gewinns durch die fortlaufende Aufsummierung von Einsätzen aller Spieler, die nicht als Gewinn ausgeschüttet wurden	0,171
Auszahlungsintervall	Zeitspanne zwischen Spielausgang und Gewinnauszahlung	0,157
Fast-Gewinne	Spielausgänge, die dem Spieler suggerieren, fast gewonnen zu haben	0,143
Kontinuität des Spiels	Zeitspanne, in dem das Spiel ohne Unterbrechung gespielt werden kann bzw. ein Wechsel zu einem anderen Spiel ohne Unterbrechung möglich ist	0,092

¹ Weitere risikoverstärkende Merkmale sind der Einsatz von Geldersatzmitteln, die persönliche Beteiligung des Spielers und die Suggestion von der Kompetenzabhängigkeit des Spielausgangs sowie die Unterstützung kognitiver Irrtümer wie einer falschen Wahrnehmung von Gewinn- und Verlustwahrscheinlichkeiten.

² Die Werte bezeichnen den Einfluss unterschiedlicher Faktoren auf das Risiko, spielsüchtig zu werden. Der Gewichtung liegt die Annahme zugrunde, dass die Merkmale mit unterschiedlicher Bedeutung und Intensität in die Gesamtbewertung einer Glücksspielform hinsichtlich ihres Gefährdungspotenzials eingehen.

Quelle: Eigene Darstellung nach Meyer, G. u. a., Die Einschätzung des Gefährdungspotenzials von Glücksspielen: Ergebnisse einer Delphi-Studie und empirischen Validierung der Beurteilungsmerkmale, Sucht 56(6), 2010, S. 405–414

Tabelle E.2

Suchtrisiko nach Art des Spiels

Suchtrisiko ¹	Lotterien	Sportwetten (insgesamt)	Sportwetten (online)	Pferdewetten	Automaten- spiele	Casino (großes Spiel)
nach BZgA (2012)	0,63 0,40 (Lotto) 3,91 (Keno)	5,09 0,27 (Toto)	4,55	8,99	4,93	3,66
nach Bühringer u. a. (2007)	0,1 (Lotto, Toto, Keno)	1,9	2,0	n.a.	5,1	2,8
nach Buth/Stöver (2008)	0,4 (Lotto, Toto, Keno)	4,2	n.a.	6,7	8,7	5,2

¹ Definitionen des Suchtrisikos bei BZgA: Risiko für das Auftreten von Problemspielverhalten in Abhängigkeit der jeweils genutzten Glücksspiele (im Verhältnis zum Risiko, das vorläge, wenn diese Glücksspielform nicht gespielt worden wäre); bei Bühringer u. a.: Prozentualer Anteil der aktuellen Spieler eines Spiels mit pathologischem Spielverhalten je Glücksspielform; bei Buth/Stöver: Prozentualer Anteil der pathologischen Spieler in der jeweiligen Glücksspielform.

Quelle: Eigene Darstellung

17. Vor allem vor dem Hintergrund einer möglichen Divergenz zwischen wohlfahrtsoptimalem und tatsächlichem Angebot des Staates stellt eine mögliche Verzerrung der Anreize der politischen bzw. staatlichen Akteure ein erhebliches Problem dar. Eine solche Verzerrung könnte deshalb vorliegen, weil dem Staat aus der Durchführung oder Besteuerung des Glücksspiels hohe Einnahmen entstehen, die dieser durch die Form der Regulierung beeinflussen kann. Diese Einnahmen stellen einen wichtigen Bereich innerhalb der Landeshaushalte dar (vgl. Abschnitt 1.3). Häufig erfolgt damit eine zweckgebundene Verwendung, z. B. im Rahmen der Sportförderung.¹⁹ Die Glücksspieleinnahmen ermöglichen es beispielsweise den politischen Akteuren, prinzipiell positiv wahrgenommene Gestaltungspolitik zu betreiben, während die Einnahmenerzielung gleichzeitig mit der Suchtbekämpfung gerechtfertigt werden kann. Eine ähnliche Rechtfertigung ist bei der Einnahmenerzielung mittels anderer allgemeiner Besteuerung, bei der sich politische Akteure stärker verantworten müssen, ungleich schwerer möglich. Insbesondere wenn die Form der Suchtbekämpfung von einem Wähler-

aufgrund von Informationsproblemen nur bedingt bewertet werden kann, kommt es anreiztheoretisch bei den politischen Akteuren zu einer Priorisierung der Einnahmenerzielung und damit zu einer Verschiebung des Optimierungsziels. Unter dieser Annahme würde die Regulierung des Glücksspiels so angepasst, dass es zu einer Optimierung der Staatseinnahmen kommt. Die Folge könnte z. B. eine Über- oder Fehlregulierung bzw. Verstaatlichung sein, wenn auf diese Weise höhere Einnahmen erzielt werden können als bei einer wohlfahrtsoptimalen Regulierung. Aus der Koinzidenz zwischen bestimmten Regulierungsmaßnahmen und Veränderungen der Einnahmen, die im nachfolgenden Abschnitt dargelegt werden soll, ergeben sich Hinweise darauf, dass eine solche Priorisierung der Einnahmenerzielung vorliegt.

18. Es zeigt sich, dass ein Zielkonflikt zwischen einer Regulierung des Glücksspiels zur geeigneten Optimierung der Wohlfahrt und der Erzielung von Staatseinnahmen besteht. Zwar wirkt eine geeignete Regulierung zur Bekämpfung von Spielsucht und sonstigem Marktversagen und eine Regulierung zur Erzielung von Einnahmen tendenziell in die gleiche Richtung, da in beiden Fällen vermutlich eine Beschränkung der Glücksspielmärkte erfolgt. Allerdings können sich dabei sehr unterschiedliche und bei einer Priorisierung der Einnahmenerzielung gesellschaftlich ineffiziente Regulierungsniveaus einstellen.

1.3 Die historische Regulierung der Glücksspielmärkte im Spannungsfeld der Interessen

19. Die Vielzahl konkurrierender Interessen um das Glücksspiel, insbesondere um die Erzielung von Markterträgen daraus und deren Verteilung, hat dazu geführt, dass sich für die Branche in den letzten Jahren kein langfristi-

¹⁹ Die staatlichen Einnahmen aus dem Glücksspiel lassen sich in Steuereinnahmen (insbesondere Lotterien-, Totalisator- und Buchmachersteuer) und Gewinnabgaben (vor allem die Spielbankabgabe und andere Gewinnablieferungen) unterscheiden. Die Verwendung der Einnahmen aus den Gewinnabgaben ist in der Regel zweckgebunden. Zumeist werden soziale, sportliche oder kulturelle Zwecke unterstützt. Entsprechende Regelungen finden sich in § 10 Absatz 4 GlüStV und in den Ländergesetzen; z. B. ist im Baden-Württembergischen Spielbankgesetz eine Verwendung von „mindestens 50 vom Hundert der Erträge“ (§ 10 SpBG) für die Förderung gemeinnütziger und kultureller Zwecke vorgesehen. Steuereinnahmen stehen dagegen vornehmlich für die Deckung des gesamten Finanzierungsbedarfs der Länder zur Verfügung; vgl. Dietz, O., Öffentliche Einnahmen aus Glücksspielen, Wirtschaft und Statistik 3/2003, S. 255.

ges und stabiles Regulierungsgleichgewicht herausbilden konnte. Vielmehr hat sich die rechtliche und tatsächliche Lage der Glücksspielmärkte zuletzt mehrfach erheblich verändert. Die vielfachen Regulierungsversuche im Glücksspielsektor lassen sich dabei als eine Art Tauziehen beschreiben, bei dem vor allem in den vergangenen zehn Jahren die Macht der Bundesländer ihre Interessen durchzusetzen, durch die deutsche und europäische Rechtsprechung und durch Umweltveränderungen begrenzt worden ist. Vor diesem Hintergrund lässt sich die historische Regulierung der Glücksspielmärkte in Deutschland prinzipiell in zwei Phasen einteilen: zum einen in eine Phase bis etwa zur Jahrtausendwende, in der die Absicherung des staatlichen Monopols im Mittelpunkt stand, zum anderen in den anschließenden Zeitraum, in dem der Staat bzw. die Bundesländer gezwungen waren, im Zuge der Rechtsprechung und des Drucks neuer Schwarz- und Graumärkte eine konsistentere und teilweise marktöffnende Regulierung der Glücksspielmärkte durchzusetzen.

20. Nicht nur das Glücksspiel selbst, sondern auch die staatliche Aktivität in dieser Branche hat eine lange Tradition. Das Ziel der staatlichen Einnahmenerzielung stand bereits im Vordergrund, als 1611 in Hamburg eine Lotterie beschlossen wurde, aus deren Einnahmen der Bau eines Zuchthauses finanziert werden sollte. Im 18. Jahrhundert wurde das Lottospiel in Deutschland populär. Im Jahr 1763 unterzeichnete der preußische König das „Patent“ auf die aus Italien stammende Lotterie „5 aus 90“, einem Vorläufer des heutigen „6 aus 49“, die als Preußische Staatslotterie durchgeführt wurde. Diesem Beispiel folgten andere Länder, sodass die deutschen Länder bereits 1771 26 staatliche oder staatlich lizenzierte Lotterien zählten.²⁰ Auch die Gefahren des Glücksspiels wurden erkannt und – ähnlich wie heute – vor allem in der möglichen Spielmanipulation und den hohen Verlustrisiken gesehen. Sie führten zu einem weitgehenden Verbot des Glücksspiels im 19. Jahrhundert, das bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges anhielt. Danach blieb es in den meisten Spielformen beim staatlichen Monopol. Insbesondere Lotterien, dabei vor allem das beliebte „6 aus 49“, waren vollständig in Hand der Bundesländer, die jeweils eine eigene Lotteriegesellschaft betreiben, jedoch zum Zwecke der Gewinnpoolung im Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengeschlossen sind.

21. In dieser ersten Phase der Regulierung wurde vor allem das Lotteriemonopol nur durch das Auftreten privater Spielvermittler und die Tätigkeit des Bundeskartellamtes angegriffen. Hintergrund des Vorgehens des Bundeskartellamtes war die Überlegung, dass zwar die Monopolisierung des Lottos durch die Bundesländer zulässig sein könnte, diese jedoch durchaus miteinander in Konkurrenz treten könnten, indem die jeweiligen Landeslottogesellschaften ihre Spielscheine auch in anderen Bundesländern anböten. Ein solcher Wettbewerb kam durch gewerbliche Vermittler von Lottospielen wie etwa

das Unternehmen Faber auf, da die Vermittler Lottoscheine in jedem Bundesland annahmen, aber (auch abhängig von der angebotenen Provision) nur an bestimmte Landeslottogesellschaften weitervermittelten. 1995 untersagte das Bundeskartellamt dem Deutschen Lotto- und Totoblock deshalb, gewerbliche Spielvermittler von der Spielteilnahme auszuschließen.²¹

22. Die zweite Phase der Glücksspielregulierung in Deutschland wurde im Wesentlichen im Jahr 2003 durch ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs im Fall Gambelli eingeleitet.²² Darin mahnte der Gerichtshof an, dass die staatliche Monopolisierung des Glücksspiels eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle. Sie sei deshalb nur dann zulässig, wenn zwingende Gründe des Allgemeininteresses vorlägen. Dazu zählt der Gerichtshof explizit die Bekämpfung der Spielsucht und schließt die Einnahmenerzielung des Staates als mögliche Rechtfertigung aus. Bis dahin bestand auch in Deutschland kein besonderer Spielerschutz und es wurde massiv Werbung für Ausspielungen gemacht. Daraufhin trat 2004 der erste Lotteriestaatsvertrag in Kraft, in dem die Bundesländer gemeinsam die Grundlagen für eine einheitliche Begrenzung des Glücksspiels im Bereich der Lotterien und Wettangebote legten, die weitgehende Monopolisierung des Marktes fortschrieben und dabei einer Reihe von Anforderungen, z. B. an Ausschüttungsquoten und Gewinnverwendung, definierten. Als selbstständiges Ziel sah der Lotteriestaatsvertrag neben der Kanalisierung des Spieltriebs und der Suchtbekämpfung in § 1 Absatz 5 explizit Regelungen zur gemeinnützigen Einnahmenverwendung vor.

23. Bereits die mit dem ersten Lotteriestaatsvertrag geschaffene Rechtslage wurde in verschiedener Hinsicht als problematisch wahrgenommen. Der zusammen mit dem Lotteriestaatsvertrag unterzeichnete Regionalisierungsstaatsvertrag, der die Einnahmenaufteilung zwischen den Ländern regelte, diente nach Ansicht des Bundeskartellamtes unmittelbar der Beschränkung des Wettbewerbs der Lottogesellschaften um die Leistungen gewerblicher Spielvermittler. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Vermittler Jaxx erstmals angekündigt, ein Netz von Annahmestellen in Supermärkten und Tankstellen aufzubauen. Der Wettbewerb um Provisionszahlungen für vermittelte Spielscheine drohte die Einnahmenerzielung der Landeslottogesellschaften zu schmälern, sodass der Deutsche Lotto- und Totoblock unter anderem mit einem Boykottaufruf reagierte, den das Bundeskartellamt untersagte.²³ Im Be-

²⁰ Vgl. Houtman-de Smedt, H., North-West Europe Under the Spell of Lotteries and Lotto in the Eighteenth and Nineteenth Centuries; in: Bauer, Günther G. (Hg.): Lotto und Lotterie. München [u. a.] 1997, S. 69–99; hier S. 87.

²¹ BKartA, Beschluss vom 22. November 1995, B8-92713-VX 127/95.

²² EuGH, Urteil vom 6. November 2003, Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-13031.

²³ BKartA, Beschluss vom 23. Juni 2006, B10-92713-Kc-148/05, vom Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt (VI-Kart 15/06 (V), Kart 15/06 (V) vom 8. Juni 2007), vom Bundesgerichtshof im Hinblick auf den vom Bundeskartellamt ebenfalls beanstandeten Blockbeschluss zum Ausschluss gewerblicher Spielvermittler aufgehoben. Gewerbliche Spielvermittler müssen sich seither um die erforderlichen Erlaubnisse der einzelnen Länder bemühen, da es sich bei dem Erlaubnisvorbehalt nicht um eine kartellrechtswidrige Gebietsaufteilung, sondern um die ordnungsrechtliche Durchsetzung der Gemeinwohlbelange handelt; vgl. BGH, Beschluss vom 14. August 2008, KVR 54/07.

reich der Sportwetten sorgte zudem insbesondere ein im Jahr 2006 getroffenes Urteil des Bundesverfassungsgerichts für Aufsehen.²⁴ Am Beispiel Bayerns stellte das Gericht darin die Unvereinbarkeit der bestehenden Glücksspielordnung mit der verfassungsrechtlich geschützten Berufsfreiheit fest, da das Monopol nicht konsequent am Ziel der Bekämpfung der Suchtgefahren ausgerichtet sei. Ähnlich wie der Europäische Gerichtshof im Gambelli-Urteil machte das Bundesverfassungsgericht deutlich, dass fiskalische Interessen des Staates als solche nicht zur Rechtfertigung der Errichtung eines Wettmonopols dienen dürfen. Das Gericht verpflichtete den Gesetzgeber, die Rechtslage bis zum Ende des Jahres 2007 zu überarbeiten.

24. Im Jahr 2008 trat der jetzige Glücksspielstaatsvertrag in Kraft, der von den Bundesländern als Nachfolger des Lotteriestaatsvertrags geschlossen wurde. Die Einnahmenaufteilung ist im neuen Vertrag kein erklärtes Ziel mehr. Vor dem Hintergrund des Urteils des Bundesverfassungsgerichts versuchten die Länder allerdings, die staatliche Monopolisierung des Sportwettenmarktes dadurch verfassungskonform zu gestalten, dass in diesem Vertrag unter anderem ein striktes Werbeverbot festgelegt wurde. Dies führte in der Folge mehrfach zu Konflikten z. B. mit Sportvereinen, etwa bei Trikotwerbung, auch bei Spielen ausländischer Vereine in Deutschland. Neben dem Werbeverbot enthielt der Vertrag auch ein explizites Verbot des Veranstaltens und der Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Internet. Durch diese Neuregelungen wurde auch das Geschäftsmodell der privaten Spielvermittler infrage gestellt, da diese typischerweise auf andere Vertriebswege und auf Werbemöglichkeiten angewiesen waren, die durch den Glücksspielstaatsvertrag erheblich limitiert wurden.

25. Neuer Druck auf die deutsche Marktordnung im Glücksspiel wurde einerseits vonseiten der Europäischen Union, andererseits durch Entwicklungen des Marktes entfacht. Bereits im Januar 2008 leitete die EU-Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland hinsichtlich des Glücksspielstaatsvertrags ein.²⁵ Seit der Stellungnahme der Bundesregierung am 20. Mai 2008 ruht das Verfahren jedoch faktisch. Zwischenzeitlich erklärte der Europäische Gerichtshof im September 2009 in seinem Urteil in Sachen Liga Portuguesa die Beschränkung der Tätigkeit eines in der Europäischen Union niedergelassenen Sportwettenanbieters in einzelnen Mitgliedstaaten mit dem Gemeinschaftsrecht für vereinbar, sofern verschiedene Voraussetzungen vorliegen, die im Wesentlichen denen des Gambelli-Urteils entsprechen.²⁶ Neben der juristischen Beschränkung des Angebots sorgten jedoch die faktischen Marktentwicklungen für einen zusätzlichen Druck auf die Regulierung des Glücksspiels. Durch die zunehmende Verbreitung des Internets wuchs

auch der Marktanteil des Grau- bzw. Schwarzmarktes von Sportwetten- und Casinospielangeboten, da die Angebote in diesem Medium in vielen Fällen auch deutschen Spielern ohne weiteres zugänglich sind. Offiziell ist ein solches Angebot in Deutschland zwar untersagt, faktisch ist jedoch eine Kontrolle dieser Webseiten bzw. der Ausschluss deutscher Spieler kaum möglich. Die Zunahme unregulierter Angebote spiegelt sich wiederum in einem Wachstum der zurechenbaren Bruttospielerträge wieder. Demgegenüber hatten die staatlichen Spielangebote Umsatzrückgänge zu verzeichnen, die sich auch in einem Absinken der Staatseinnahmen niederschlugen (vgl. die Abbildungen E.1 und E.2).

26. Diese jüngeren Entwicklungen haben die neueste Novelle des deutschen Glücksspielrechts durch den Glücksspieländerungsstaatsvertrag erheblich beeinflusst. So eröffnet der neue Glücksspieländerungsstaatsvertrag, der eine Liberalisierung des Sportwettenmonopols durch Konzessionierung vorsieht, einen Weg für private Anbieter von Sportwetten, in den legalen Markt zurückzukehren.²⁷ Weitere Neuerungen betreffen z. B. die Öffnung des Online-Vertriebs und die Lockerung der Werbevorschriften insbesondere für die staatlichen Lotterieangebote, deren Einnahmen zuletzt gesunken sind. Vor dem Hintergrund der vergangenen Regulierungsversuche, die vielfach den Eindruck haben aufkommen lassen, dass die Regulierung des Glücksspielsektors vor allem an fiskalischen Anreizen ausgerichtet wurde, sind Konsistenz und Wirkungen der jüngsten Regelungen von großem Interesse und sollen nachfolgend genauer untersucht werden.

1.4 Institutionelle Analyse der Regelungen des neuen Glücksspielstaatsvertrags

27. Mit der Unterzeichnung des Glücksspieländerungsstaatsvertrags am 15. Dezember 2011 soll der auslaufende Glücksspielstaatsvertrag modernisiert werden, der am 1. Januar 2008 in Kraft getreten war.²⁸ Schwerpunkt der nachfolgenden Analyse der Neuregelung sind die Spielformen Lotterien und Sportwetten sowie die generelle Wirkung, gesellschaftliche Effizienz im Sinne des

²⁴ BVerfG, Urteil vom 28. März 2006, 1 BvR 1054/01.

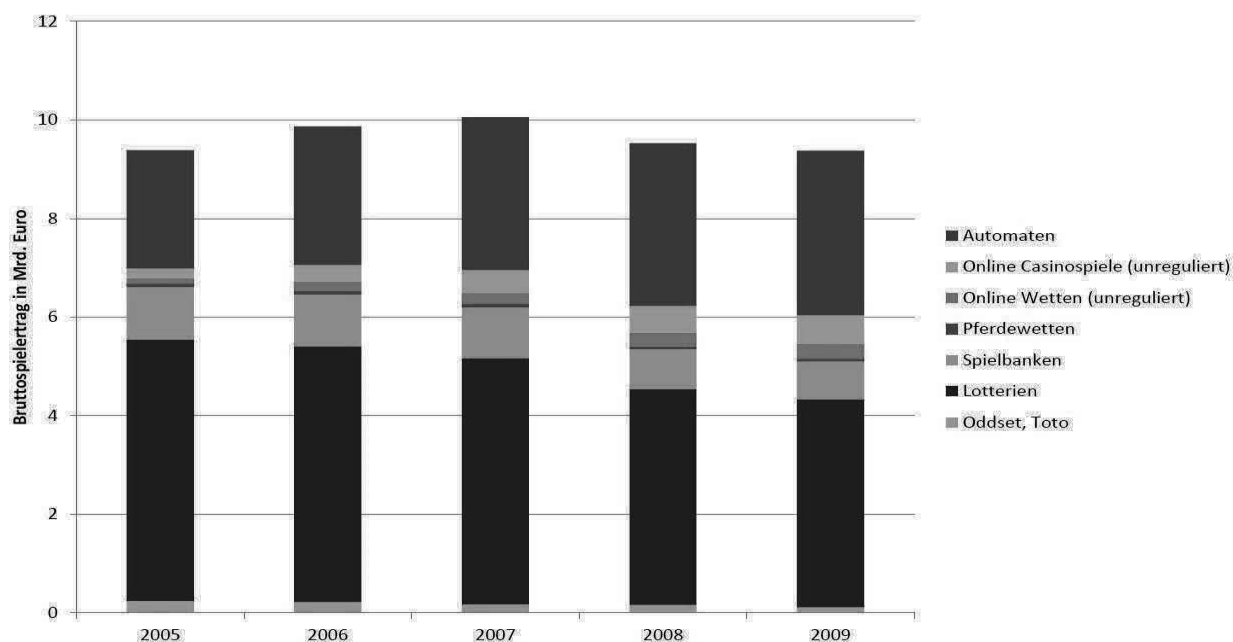
²⁵ Fraglich waren die Unionsrechtskonformität des Internetverbots, Beschränkungen der Fernseh-, Trikot- und Bandenwerbung, das Erlaubnisverfahren für Spielvermittler und das Verbot der Finanzinstitute, Zahlungen im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel zu verarbeiten und auszuführen; vgl. Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/4866, tritt dem Verfahren 2003/4350 hinzu.

²⁶ Der Europäische Gerichtshof stellt in seiner Entscheidung heraus, dass Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung der für das Monopol herangezogenen Ziele erforderlich ist und führt damit seine Linie der früheren Rechtsprechung etwa im Fall Gambelli aus dem Jahr 2003 fort; vgl. EuGH, Urteil vom 8. September 2009, Rs. C-42/07.

²⁷ Der Glücksspieländerungsstaatsvertrag dient gemäß seinem neuen erklärten Ziel in § 1 Nummer 2 dazu „durch ein begrenztes, eine geeignete Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel darstellendes Glücksspielangebot den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken sowie der Entwicklung und Ausbreitung von unerlaubten Glücksspielen in Schwarzmärkten entgegenzuwirken.“

²⁸ Aufgrund der begrifflichen Ähnlichkeit des auslaufenden Glücksspielstaatsvertrags und des neu unterzeichneten Glücksspieländerungsstaatsvertrags wird beiden Verträgen bei der folgenden Analyse zur besseren Lesbarkeit stets das Jahr ihres (geplanten) Inkrafttretens angefügt. Der am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Glücksspielstaatsvertrag wird demnach mit „Glücksspielstaatsvertrag 2008“, der am 1. Juli 2012 in Kraft tretende Glücksspieländerungsstaatsvertrag mit „Glücksspieländerungsstaatsvertrag 2012“ bezeichnet.

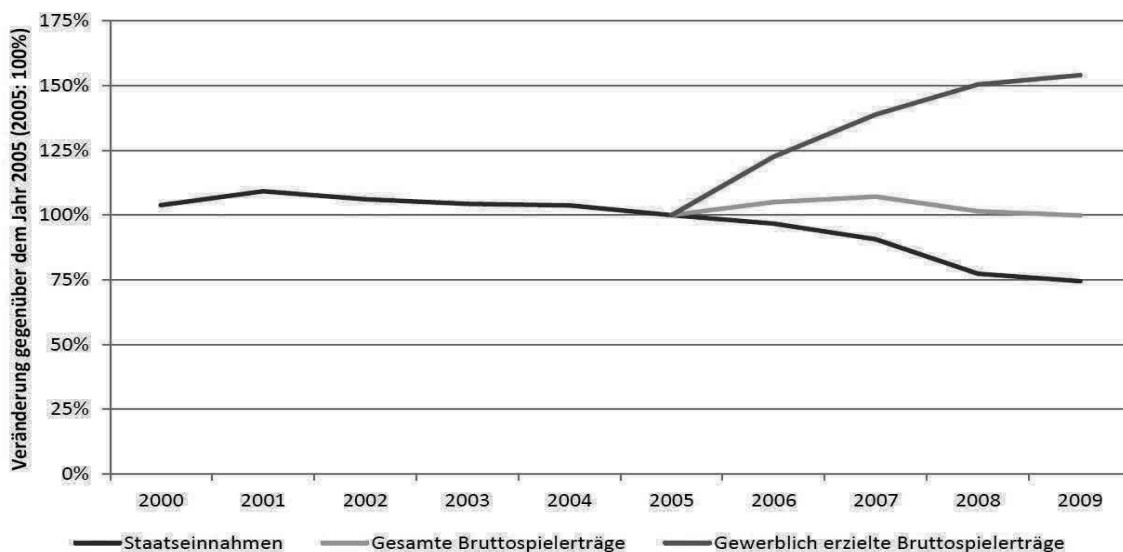
Abbildung E.1

Entwicklung von Bruttospielerträgen der Glücksspielsegmente in Deutschland

*1 Online-Poker und Online-Casino werden hier als Online-Casinospiele zusammengefasst.

Quelle: Eigene Darstellung basierend auf: Goldmedia, Glücksspielmarkt Deutschland 2015, Situation und Prognose des Glücksspielmarktes in Deutschland, Berlin 2010. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Schätzungen des Marktforschungsinstituts Goldmedia teilweise als politisch motiviert bezeichnet werden und wissenschaftlichen Ansprüchen nicht in vollem Umfang genügen. Jedoch existieren keine alternativen Statistiken oder valide Hinweise auf erhebliche Datenfehler, sodass die Illustration der aggregierten Gesamtentwicklung auf Grundlage dieser Daten möglich ist.

Abbildung E.2

Veränderung der Bruttospielerträge und Staatseinnahmen gegenüber 2005

Quelle: Eigene Darstellung, basierend auf: Goldmedia, Glücksspielmarkt Deutschland 2015, Situation und Prognose des Glücksspielmarktes in Deutschland, Berlin 2010; Meyer, G., Glücksspiel – Zahlen und Fakten, in: Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen (Hrsg.), Jahrbuch Sucht 2011, S. 109–127; Geesthacht, Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder, Bericht zur Evaluierung des Glücksspielstaatsvertrags vom 1. September 2010.

Abschnitts 1.2 und Verhältnismäßigkeit wichtiger Vorgaben.

1.4.1 Konzessionierung und Besteuerung von Sportwetten

28. Eine der auffälligsten Veränderungen des Glücksspieländerungsstaatsvertrags 2012 ist die probeweise Öffnung des Sportwettenmarktes für private Anbieter. Waren nach dem Glücksspielstaatsvertrag 2008 allein staatliche Anbieter (Oddset, Toto) in Deutschland zugelassen, so sieht eine neue „Experimentierklausel“ nun eine Vergabe von maximal 20 zeitlich befristeten Konzessionen vor. Durch diese eingeschränkte Marköffnung soll insbesondere der bestehende erhebliche Graumarkt im Internet verringert werden. Dieser sehr dynamische Markt ist mit geschätzten Wetteinsätzen von über 3 Mrd. Euro heute bereits sehr groß und könnte in Zukunft auch durch weniger strenge Regelungen, wie der Aufhebung des Werbeverbots, stark wachsen.

29. Ziel der Liberalisierung des Sportwettenmonopols ist es, privaten Anbietern den Weg in den legalen Markt zu ermöglichen. Dabei sollen so viele Spieler wie möglich zukünftig legal spielen, statt illegale Angebote wahrzunehmen.²⁹ Auf diese Weise soll einerseits die Suchtprävention effektiver gestaltet werden können, da in Deutschland legal agierende Unternehmen besser kontrollierbar sind. So können diesen Unternehmen Auflagen zur Einschränkung suchtfördernder Faktoren auferlegt werden. Andererseits kann der Staat über Steuern bzw. Abgaben und Gebühren von den in Deutschland konzessionierten Anbietern zusätzliche Einnahmen erzielen.³⁰

Damit die derzeit im Graumarkt agierenden Unternehmen im Fall einer Konzessionierung in den legalen Markt zurückkehren, ist es erforderlich, hinreichende Anreize für eine solche Legalisierung ihrer Aktivität zu setzen. Im Glücksspieländerungsstaatsvertrag 2012 sind solche Anreize insbesondere dadurch zu erwarten, dass legalisierten Anbietern die Möglichkeit der Werbung eröffnet wird. Darüber hinaus hat das Agieren als legaler Anbieter im Markt weitere Vorteile. So ist anzunehmen, dass dies die Attraktivität für potenzielle Kunden erhöht, die ein legales Angebot einem illegalen ceteris paribus prinzipiell vorziehen. Auf der anderen Seite wirken die für die gesellschaftlichen Ziele des Staates notwendigen Regelungen den Anreizen für Sportwettenanbieter, sich in den legalen Markt zu bewegen, entgegen. So beschränken die Vorgaben des Staates zur Suchtprävention die Handlungsmöglichkeiten der Unternehmen.³¹ Auch können diese

Vorgaben für die Unternehmen Kosten verursachen. Außerdem erwartet der Staat eine Beteiligung an den erwirtschafteten Glücksspieleinnahmen – in Form von Steuern bzw. Abgaben und Gebühren. Diese zusätzlichen Belastungen werden durch die Glücksspielanbieter gegen die Vorteile eines Übergangs in den legalen Markt abgewogen. Der Staat als Planer einer effizienten Glücksspielregelung muss diese Abwägung antizipieren und die Rahmenbedingungen entsprechend so wählen, dass seine Zielerreichung optimiert wird. Eine effektive Suchtbekämpfung kann nur dann erreicht werden, wenn der Grad der Zielerreichung durch Maßnahmen zur Suchtprävention, die für Unternehmen Belastungen verursachen, so hoch wie möglich ist und dabei die durch den Übertritt in den legalen Markt entstehenden Belastungen für Sportwettenanbieter geringer sind als die sich dadurch bietenden Vorteile. Die staatlichen Rahmenbedingungen müssen diesen gegenläufigen Effekten Rechnung tragen.

30. Im Hinblick auf die Bewertung der Neuorganisation des Sportwettenmarktes stellen sich verschiedene Fragen. Zunächst ist die Beschränkung der Anzahl möglicher Konzessionen eine Besonderheit der Regulierung. Für die Monopolkommission ist hier nicht erkennbar, inwiefern die Beschränkung der Anzahl von Konzessionen für das Angebot von Sportwetten geeignet ist, die Ziele der Regulierung der Glücksspielmärkte zu erreichen. Da beispielsweise die für die Suchtprävention wichtige Ereignisfrequenz nicht signifikant durch die Anzahl der Wettanbieter beeinflusst wird, sondern exogen durch die globalen Sportereignisse gegeben ist, ist eine Beschränkung dieser Art nicht zu rechtfertigen. Spätestens dann, wenn die künftig vorgesehenen 20 Sportwettenkonzessionen vergeben sind, sind Rechtsstreitigkeiten seitens der nicht berücksichtigten Bewerber zu erwarten. Konkurrentenstreitigkeiten um den Konzessionserwerb sind damit kaum vermeidbar.

31. Bei der Frage einer ökonomisch sinnvollen Regulierung der Konzessionsnehmer ist der Aspekt der Besteuerung besonders bedeutsam. Die Bemessungsgrundlage beim Glücksspieländerungsstaatsvertrag 2012 ist wie bisher durch die Wett- bzw. Spieleinsätze gegeben. Diese sollen mit einem Satz von 5 Prozent besteuert werden.³²

²⁹ Dieses Ziel könnte auch durch die Sperrung der Internetauftritte nicht lizenzierter Unternehmen erreicht werden, jedoch sind derartige Sperrungen aus juristischer Sicht problematisch und technisch überwindbar. So hat wohl auch aus diesen Gründen die ursprünglich geplante Möglichkeit für Websperren von Online-Casinos keinen Eingang in die finale Version des Glücksspieländerungsstaatsvertrags gefunden. Daher ist davon auszugehen, dass es nicht flächendeckend zu solchen Sperrungen kommen wird.

³⁰ Weitere Ziele, wie die Verhinderung von Wettmanipulation oder Geldwäsche, werden hier nicht näher betrachtet.

³¹ Diese Maßnahmen zur Eindämmung der Spielsucht sind insbesondere die Begrenzung der Einsätze, Werbebeschränkungen und das Verbot besonders suchtfördernder Wettarten.

³² Der Glücksspieländerungsstaatsvertrag sieht eine Konzessionsabgabe von 5 Prozent des Wetteinsatzes vor. Nach einem vom Bundesrat eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Besteuerung von Sportwetten vom 25. Januar 2012 sollen jedoch sämtliche Sportwetten besteuert und dazu § 17 des bestehenden Rennwett- und Lotteriegesetzes angepasst werden. Damit unterlägen auch Wetten bei einem ausländischen Anbieter ohne Konzession in Deutschland der Besteuerung, wenn der Spieler seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. Für Sportwetten ist eine Steuer von 5 Prozent auf den Wetteinsatz geplant. Sachverständige haben gegen den Gesetzentwurf erhebliche juristische Bedenken vorgebracht; vgl. Finanzausschuss, 82. Sitzung, Öffentliche Anhörung zum Gesetzentwurf des Bundesrates, Entwurf eines Gesetzes zur Besteuerung von Sportwetten, Bundestagsdrucksache 17/8494, Mittwoch, 21. März 2012. Problematisch erscheint beispielsweise die Doppelbesteuerung ausländischer Anbieter und in verschiedenen Punkten die Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit dem Grundgesetz (beispielsweise aufgrund des Eingriffs der Bundessteuergesetzgebung in den Kompetenzbereich der Landessachgesetzgebung, der Vereinbarkeit der unterschiedlichen Besteuerung von Lotterieangeboten und Sportwetten mit dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz und der Vereinbarkeit der Ausgestaltung der Besteuerung mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit für Veranstalter von Sportwetten).

Eine wesentliche Alternative zu dieser Form der Besteuerung ist das Besteuerungsmodell des Landes Schleswig-Holstein. In diesem System stellt nicht allein der Spieleinsatz die Bemessungsgrundlage dar, sondern besteuert wird der Einsatz abzüglich der Gewinnauszahlung, der sog. Rothertrag. Schleswig-Holstein hat eine Besteuerung des Rothertrags von 20 Prozent festgelegt. Beide Besteuerungssysteme unterscheiden sich erheblich. Dementsprechend hat die Wahl des Systems deutliche Auswirkungen auf die Entwicklung des nationalen Sportwettenmarktes und den Erfolg der Erreichung der staatlichen Regulierungsziele.

32. Für die Erreichung dieser Ziele (und die Höhe der erzielbaren Steuereinnahmen) ist neben der Höhe des Steuersatzes und der Bemessungsgrundlage das dadurch induzierte Verhalten der international agierenden Unternehmen relevant. Dies betrifft den Anteil der Unternehmen im regulierten Markt und deren Preissetzungsverhalten. Ohne diese Effekte auf die Aktivitäten der Unternehmen kann bei gegebener Marge und konstanten Wetteinsätzen eine Äquivalenz der Steuersysteme hergestellt werden. Bei einer üblichen Marge von 10 Prozent entspräche eine Steuer auf den Rothertrag in Höhe von 20 Prozent einer Wetteinsatzsteuer von 2 Prozent.³³ Nicht berücksichtigt sind dabei allerdings zum einen die Anreize für internationale Unternehmen, in den regulierten deutschen Markt einzutreten, und zum anderen die Anreize, eine bestimmte Preisgestaltung zu betreiben. Zwei aktuelle Schätzungen zu den Effekten der Steuersysteme für das Unternehmensverhalten vergleichen den Anteil des Umsatzes im regulierten Markt und das Steueraufkommen beider Regulierungen miteinander.³⁴ Dabei kommen die Studien beim Vergleich der Systeme mit den geplanten Steuersätzen für die Wetteinsatzsteuer zu einem jeweils geringeren Anteil des regulierten Marktes, jedoch sehen Barth/Becker diesen bei 60 Prozent, PwC bei unter 50 Prozent.³⁵ Mit der Rothertragssteuer von 20 Prozent erwarten beide Studien den Anteil bei 80 Prozent.³⁶ Hinsichtlich der Ergiebigkeit der beiden Steuersysteme kommen die Studien dagegen zu gegensätzlichen Ergebnissen, die auch in unterschiedlichen Annahmen zur Attraktivität der Wetteinsatzsteuer begründet liegen. Daneben berücksichtigt die Studie von Barth/Becker nicht, dass Anbieter bei der Wetteinsatzsteuer einen Anreiz ha-

ben, ihre Preise zu erhöhen.³⁷ Diese Verzerrung ist jedoch nicht vernachlässigbar.

Für die Suchtprävention ist die Kanalisierung des Glücksspiels in den regulierten Markt von zentraler Bedeutung, da nur dort Vorkehrungen zur Eindämmung der Spielsucht getroffen werden können. Die beiden erstellten Studien gehen auch aufgrund der prinzipiell niedrigeren Steuerbelastung für die Rahmenbedingungen des Glücksspielgesetzes Schleswig-Holsteins von einer deutlich höheren Kanalisierung aus.

33. Ein weiterer Unterschied zwischen den beiden Besteuerungssystemen liegt in der Möglichkeit, weitere Online-Glücksspiele wie Poker und andere Casinospiele in die Regulierung mit einzubinden. Während die Besteuerung des Rothertrags die Einbeziehung dieser Glücksspiele problemlos erlaubt und in Schleswig-Holstein erfolgt, ist dies bei der Besteuerung des Wetteinsatzes de facto kaum möglich. Casinospiele sind durch eine sehr hohe Einsatzfrequenz und hohe Ausschüttungsquoten gekennzeichnet, sodass eine Besteuerung des Wetteinsatzes zu einer enormen Belastung führen würde. Deshalb ist mit der Spieleinsatzsteuer auch perspektivisch eine einfache Erweiterung der Regulierung auf derartige Spielformen nicht möglich.³⁸ Außerdem ist nicht auszuschließen, dass im Bereich der Sportwetten innovative Produkte eingeführt werden, für die eine Besteuerung auf Grundlage der Wetteinsätze nicht anwendbar ist. Dagegen ist eine Besteuerung des Rothertrags immer möglich.

34. Im Ergebnis ist damit für das gesellschaftlich relevante Ziel der Suchtbekämpfung durch Kontrolle ein Besteuerungssystem, wie es in Schleswig-Holstein gewählt wurde, klar vorzuziehen.³⁹ Die Kanalisierung des Glücksspiels in den legalen Markt erfolgt unter einem derartigen System deutlich besser. Dabei sind nicht allein die Ergebnisse der wissenschaftlichen Studien zu den Sportwettenmärkten relevant, sondern auch die Möglichkeiten zur Erweiterung des Geltungsbereichs.

35. Für die Erteilung der Konzession müssen zudem weitere Vorgaben zur Eindämmung der Spielsucht getroffen werden, um die Regulierung des Marktes effizient zu gestalten. Im Glücksspieländerungsstaatsvertrag 2012 sind dazu zahlreiche Anforderungen an private Sportwettenanbieter zur Erteilung einer Konzession erhalten.⁴⁰ Diese Anforderungen wurden jedoch nicht konkret für den zukünftig teilweise geöffneten Markt der Sportwetten

³³ Vgl. Schmidt, U./Lima De Miranda, K., Regulierung des Glücksspiels in Deutschland: Das Glücksspielgesetz Schleswig-Holsteins und der Glücksspieländerungsstaatsvertrag aus ökonomischer Perspektive, Kiel Policy Brief 44, März 2012.

³⁴ PwC, Internationale Vergleichsstudie zur Besteuerung von Online Sportwetten – Szenarien für den deutschen Glücksspielmarkt, PwC Gaming Centre of Excellence, London 2011; Barth, D./Becker, T., Besteuerung von Sportwetten in Deutschland: Eine ökonomische Analyse von verschiedenen Szenarien, Universität Hohenheim 2012.

³⁵ Die noch vor der Festlegung des Steuersatzes im Glücksspieländerungsstaatsvertrag 2012 entstandene Studie von PwC untersucht Szenarien mit Wetteinsatzsteuern von 4 Prozent und 8 Prozent und errechnet Anteile des regulierten Marktes von 50 Prozent und 18 Prozent, sodass dieser Anteil bei einem Steuersatz von 5 Prozent unter 50 Prozent läge.

³⁶ Dabei ist allgemein festzuhalten, dass die Ergebnisse der vorliegenden Studien mit großer Unsicherheit behaftet sind. Insbesondere sind Schätzungen zum verbleibenden Schwarzmarkt schwierig und erscheinen wissenschaftlich wenig fundiert.

³⁷ Vgl. dazu auch Schmidt, U./Lima De Miranda, K., a. a. O.

³⁸ Vgl. Tz. 44.

³⁹ Von Interesse ist, dass – wie von PwC, a. a. O., erwartet – auch in Bezug auf die Einnahmenerzielung eine vergleichsweise niedrige Rothertragssteuer aufgrund der besseren Kanalisierung zu insgesamt höheren Einnahmen aus dem Sportwettenmarkt führen könnte. Die nur bei einer Rothertragssteuer mögliche Einbeziehung von Casinospiele würde die Steuereinnahmen erheblich steigern. Dennoch ist festzuhalten, dass die Erzielung von Einnahmen kein legitimes Ziel der Glücksspielordnung darstellt.

⁴⁰ So wird unter den allgemeinen Bestimmungen in § 4 Absatz 5 GlüÄndStV i.V.m. § 8 GlüÄndStV der Ausschluss von Spielen ermöglicht, ein Haupteinsatz pro Monat festgelegt und die schnelle Wiederholung ausgeschlossen. Zusätzlich werden in § 5 GlüÄndStV Werbemöglichkeiten eingeschränkt, Veranstalter und Vermittler nach § 6 GlüÄndStV zur Entwicklung von Sozialkonzepten und nach § 7 GlüÄndStV zur umfangreichen Aufklärung der Spieler verpflichtet.

neu geschaffen oder im Detail angepasst, sondern größtenteils aus den Bestimmungen für alle Glücksspielanbieter des Glücksspielstaatsvertrags 2008 übernommen. In diesem Punkt wäre eine Analyse dieser Anforderungen erforderlich. Die Anforderungen müssen auf der einen Seite wirksam sein, dürfen auf der anderen Seite jedoch nicht die Anreize für Wettanbieter schwinden lassen, in den regulierten Markt überzutreten. Um vor dem Hintergrund des bestehenden Schwarzmarktes eine möglichst effektive Abwehr von Suchtgefahren zu erreichen, sollten unter Berücksichtigung verschiedener suchtauslösender Faktoren insbesondere solche Vorgaben entwickelt werden, die für die Suchtprävention besonders hilfreich und für die Anbieter mit eher geringen Nachteilen verbunden sind.

1.4.2 Lotterieveranstaltung, Lotterievertrieb und Vermittlung

36. Neben den Sportwetten stellen Lotterien eine weitere Form der Glücksspiele dar, die von den Regelungen des Glücksspieländerungsstaatsvertrags wesentlich betroffen ist. Lotterien werden in § 3 Absatz 3 GlüÄndStV i. V. m. § 3 Absatz 1 GlüÄndStV als vollständig vom Zufall abhängige Gewinnspiele definiert, bei dem einer Mehrzahl von Personen die Möglichkeit eröffnet wird, nach einem bestimmten Plan gegen ein bestimmtes Entgelt die Chance auf einen Geldgewinn zu erlangen. Anstelle von Geld können auch Sachen oder andere geldwerte Vorteile gewährt werden. An der weitgehenden Monopolisierung der Veranstaltung von Lotterien durch die Vorgabe der staatlichen Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspiellangebots (§ 10 GlüÄndStV) und die strikten Auflagen der Angebote bei Lotterien mit geringem Gefährdungspotenzial (§ 12 bis 18 GlüÄndStV) haben sich durch den neuen Glücksspieländerungsstaatsvertrag keine grundsätzlichen Änderungen ergeben.

37. Die erheblichen Beschränkungen in allen bisherigen Staatsverträgen zum Glücksspiel bieten kaum nennenswerten Raum für kommerzielle Lotterieveranstaltungen. Für private Anbieter war indes der Bereich der Vermittlung staatlicher Spielscheine von größerem Interesse. Gewerbliche Spielvermittler wie Faber, Tipp24 oder Jaxx vermitteln Lottospieler gegen Provision an die Landeslottogesellschaften, schließen jedoch selbst keine Spielverträge mit den Verbrauchern ab. Ihre Dienstleistung bezieht sich vor allem darauf, attraktivere Vertriebswege zeitnah zu erschließen. Dafür erhalten sie für die vermittelten Spielscheine von den Landeslottogesellschaften eine Vermittlungsprovision. Darüber hinaus bietet insbesondere Faber mit der Teilnahme an konzipierten Tippgemeinschaften eine zusätzliche Dienstleistung im Rahmen der Vermittlung an. Für letzteres Produkt kann der Anbieter ein Teilnahmeentgelt verlangen, von dem gemäß § 19 Satz 1 Ziffer 1 GlüÄndStV mindestens zwei Drittel an die staatlichen Veranstalter weiterzuleiten sind.

38. Wie in Abschnitt 1.3 dargestellt, haben die Landeslottogesellschaften in der Vergangenheit mehrfach versucht, die Spielvermittlung und den Provisionswettbewerb zu unterbinden und sind dabei jeweils auf den Widerstand der Kartellbehörden gestoßen. Durch den Glücksspielstaatsvertrag von 2008 kam das Geschäftsmodell der Vermittlung jedoch weitgehend zum Erliegen.

Zum Teil sollen nun mit dem Glücksspieländerungsstaatsvertrag 2012 Korrekturen erfolgen. Im Wesentlichen betrifft dies die folgenden Regelungen:

- Mit einer Übergangsfrist von einem Jahr wurde durch den Glücksspielstaatsvertrag 2008 der Internetvertrieb untersagt (§ 4 Absatz 4 GlüStV, § 25 Absatz 6 GlüStV). Damit brach gleichzeitig der wichtigste Vertriebsweg der Vermittler zusammen. Dieses Verbot wurde mit dem Glücksspieländerungsstaatsvertrag 2012 durch einen Erlaubnisvorbehalt ersetzt. Vermittler müssen danach in jedem Bundesland eine Erlaubnis für die Online-Vermittlung beantragen.
- Mit dem Glücksspielstaatsvertrag 2008 wurde zudem erstmals ein allgemeiner Erlaubnisvorbehalt für die Vermittlung eingeführt (§ 4 Absatz 1 GlüStV). Die Erlaubnis ist in jedem Bundesland separat zu beantragen. Aus der auf ein Landesgebiet beschränkten Erlaubnis wird zudem gefolgert, dass mit ihr auch nur die Vermittlung von Spielscheinen an die jeweils landeseigene Lottogesellschaft erlaubt sei. Damit ist ein Provisionswettbewerb, bei dem ein Vermittler bundesweit vermittelte Spielscheine jeweils an diejenige Landeslottogesellschaft weitergibt, welche die höchste Vermittlungsprovision zahlt, ausgeschlossen. Dies hat einzelne Bundesländer dazu veranlasst, überhaupt keine Provisionen für die Vermittlung mehr zu zahlen. Der neue Glücksspieländerungsstaatsvertrag 2012 behält diesen Erlaubnisvorbehalt nun grundsätzlich bei (§ 4 Absatz 5 GlüÄndStV) und sieht für Vermittler – anders als etwa im Falle der Lotterieveranstalter und bei Sportwettenkonzessionen – auch keine Weiterentwicklung hinsichtlich einer zentralen Erlaubnis für alle Bundesländer vor. Ob und in welcher Höhe zukünftig Provisionen ermöglicht werden, ist derzeit ungeklärt.
- Die neue Rechtslage wird dadurch verkompliziert, dass das Schleswig-Holsteinische Glücksspielgesetz seit 2012 die Vermittlung staatlicher Lotterien ohne Erlaubnis ermöglicht. Damit stellte sich auch die Frage, ob die landeseigene Lottogesellschaft Nord-WestLotto dennoch darauf verzichtet, solche Spielscheine, die an Spieler in anderen Bundesländern vermittelt wurden, anzunehmen. Bisher hält sich die Gesellschaft jedoch an die Gebietsaufteilung im Deutschen Lotto- und Totoblock und fordert von Vermittlern, dass Spielscheine nur an Personen verkauft werden dürfen, die sich in Schleswig-Holstein aufhalten und dort auch ihren Wohnsitz haben.

39. Insgesamt lässt sich die derzeitige Situation im Bereich der Lotterien als gewollte Branchenmonopolisierung durch staatliche Anbieter beschreiben. Im Verbund mit der strikten und derzeit im Zuge der landesbezogenen Erlaubnis durchgesetzten Gebietsaufteilung besitzen die sich auf ihr jeweiliges Bundesland begrenzenden Landeslottogesellschaften heute für besonders populäre Spiele wie „6 aus 49“ jeweils ein Gebietsmonopol. Hinzu kommt eine vertikale Integration der Landeslottogesellschaften, da sie insbesondere mit den zugelassenen Lotto-Aannahmestellen eine eigene Vertriebsorganisation besitzen. Infolge dieser Situation erwirtschaften und verteilen die Landeslottogesellschaften derzeit Monopolrenten aus dem Lottospiel. Insbesondere das Bundeskartellamt hat mit seinen Ent-

scheidungen mehrmals versucht, eine Überwindung der Gebietsaufteilung und damit Wettbewerb zwischen den Landeslottogesellschaften herbeizuführen. Zu diesem Zweck sollte vor allem der Provisionswettbewerb dienen, den gewerbliche Spielvermittler in der Vergangenheit durch die Vermittlung von Spielscheinen zwischen den Landeslottogesellschaften initiiert haben.

40. Der Provisionswettbewerb bei der Spielvermittlung ist jedoch aus volkswirtschaftlicher Perspektive nicht zwingend gesellschaftlich effizient. Er kann, wenn überhaupt, nur bedingt zu einer effizienteren Ressourcenallokation führen. Ursache ist, dass bei der heute durch den Veranstalter vereinheitlichten Form des Lottos, das Preis-Qualitäts-Verhältnis eines Spielscheins im Wesentlichen durch die Ausschüttungsquote bestimmt wird. Diese Ausschüttungsquote ist jedoch vorab festgelegt; beim populären „6 aus 49“ ergibt sie sich beispielsweise aus den einheitlichen Rahmenteilnahmebedingungen und beträgt 50 Prozent der Spieleinsätze. Diese „Absprache“ der Ausschüttungsquote zwischen den Landeslottogesellschaften entspricht in ihren grundsätzlichen Merkmalen einem Preiskartell. Schon aus Gründen der Spielsuchtvorbeugung kann zudem davon ausgegangen werden, dass die Ausschüttungsquote aus Sicht der Spieler nicht verbessert werden kann oder soll. Damit besteht eine Rigidität innerhalb des zentralen Preis-Qualitäts-Parameters, die durch einen hypothetischen Wettbewerb zwischen den Landeslottogesellschaften nicht überwunden werden kann. Spielraum zur Qualitätsverbesserung ergibt sich im Wesentlichen lediglich aus einer Qualitätsverbesserung bei den Vertriebskanälen, auf denen auch die gewerblichen Spielvermittler aktiv sind.

Der Provisionswettbewerb kann jedoch im äußersten Extremfall dazu führen, dass die gesamten durch die Monopolisierung des Glücksspiels anfallenden Renten von den Landeslottogesellschaften auf die gewerblichen Spielvermittler übertragen werden. Denn die Landeslottogesellschaften hätten in diesem Fall den Anreiz, sich bei der Provision für vermittelte Spielscheine so lange zu überbieten, wie der verbleibende Nettoertrag aus Spieleinsatz abzüglich Provision noch Deckungsbeiträge zulässt. In dieser Situation bestünde ein Anreiz bei den Vermittlern von Spielscheinen, ihre Aktivitäten überoptimal auszuweiten, da der Wettbewerb der Vermittler untereinander ebenfalls nicht zu einer Verbesserung der Ausschüttungsquote, sondern nur zu einem verbesserten Vertrieb führen kann. Die Monopolkommission ist daher äußerst skeptisch, ob durch die Öffnung des Provisionswettbewerbs überhaupt ein volkswirtschaftlicher Vorteil entsteht.

41. Im Hinblick auf die effiziente Abgrenzung privater und staatlicher Aktivität bei der Veranstaltung und dem Vertrieb von Lotterierprodukten sind differenzierte Schlussfolgerungen zu treffen. So ist nicht auszuschließen, dass die Kontrolle wesentlicher suchtbeeinflussender Spielparameter, wie z. B. der Ereignisfrequenz, auch im Hinblick auf das Lottospiel eine enge staatliche Kontrolle im Bereich der Veranstaltung von Lotterien erfordern könnte. Dies gilt jedoch damit nicht zwingend auch für den Vertrieb von Spielscheinen. Vielmehr haben die Erfahrungen mit der kontrollierten Tätigkeit gewerblicher Spielvermittler gezeigt, dass ein staatlich beaufsichtigter

Vertrieb von Lotterierprodukten durch private Unternehmen möglich und gleichzeitig geeignet ist, möglichen Suchtrisiken entgegenzuwirken.

Vor diesem Hintergrund sind nach Auffassung der Monopolkommission auch Lösungen für die Probleme zu sehen, die sich infolge der parallelen Vertriebsorganisation bei Lottospielen mit einem Eigenvertrieb der Landeslottogesellschaften einerseits und durch gewerbliche Spielvermittler andererseits stellen. Dabei erscheint die unmittelbare Aktivität staatlicher Lotterieveranstalter auf der Vertriebsstufe nicht erforderlich, um das Marktversagen im Bereich der Suchtproblematik zu beheben. Der Vertrieb von Spielscheinen und deren mögliche „Veredelung“ durch zusätzliche Dienstleistungen wie die Bildung von Tippgemeinschaften sollte nach Auffassung der Monopolkommission daher ausschließlich auf privatwirtschaftlicher Ebene und im Wettbewerb erfolgen und durch die Erteilung von Erlaubnissen von den Aufsichtsbehörden lediglich kontrolliert werden. In einer solchen Organisationsstruktur sollten die Landeslottogesellschaften Lottoscheine für einen vordefinierten einheitlichen Betrag an Lotto-Aannahmestellen und andere private Vertriebsunternehmen weitergeben. Statt einer Vertriebsprovision können sämtliche Vertriebsstellen einen Vertriebsaufschlag in selbst gewählter Höhe festlegen. Um die theoretische Gefahr einer Übervorteilung insbesondere süchtiger oder gefährdeter Kunden zu senken, könnten den Vertriebsstellen zudem Transparenzpflichten auferlegt werden. Bei einem Vertrieb erweiterter Spielformen, etwa der Teilnahme an Tippgemeinschaften, sieht § 19 Satz 1 Ziffer 1 GlüÄndStV bereits heute vor, dass ein Vermittler klar und verständlich auf den für die Spielteilnahme an den Veranstalter weiterzuleitenden Betrag hinzuweisen hat. Diese Regelung könnte auf sämtliche Vertriebsformen ausgeweitet werden, um die Transparenz über den Vertriebsaufschlag zu verbessern.

42. Sofern die von der Monopolkommission vorgeschlagene Neuorganisation des Vertriebs von Lotterierprodukten erst infolge der nächsten Überarbeitung des Glücksspielstaatsvertrags umgesetzt werden kann, stellt sich die Frage, ob in diesem Übergangszeitraum die Voraussetzungen für das Geschäftsmodell gewerblicher Spielvermittler überhaupt gegeben sind. Da der Provisionswettbewerb auch unter dem neuen Glücksspieländerungsstaatsvertrag 2012 infolge des weiterhin bestehenden Erlaubnisvorbehalts beschränkt bleibt, ist es erforderlich, dass sich die Vermittler mit den Landeslottogesellschaften auf eine adäquate Vertriebsprovision einigen. Die Monopolkommission empfiehlt den Landeslottogesellschaften, hierbei einer möglichen Diskriminierung der Spielvermittler gegenüber den eigenen Vertriebsstellen vorzubeugen, indem sie bei ihrem Provisionsangebot als Orientierungswert diejenige Provision heranziehen, die sie den eigenen Vertriebsstellen gewähren. Aufgrund der mangelnden Bereitschaft einzelner Landeslottogesellschaften, hier in der Vergangenheit eine angemessene Provision zuzugestehen, ergibt sich möglicherweise ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gemäß § 20 Absatz 1 GWB. Dazu sind bereits Verfahren des Bundeskartellamtes anhängig. Die Monopolkommission weist zudem darauf hin, dass den Spielvermittlern auch der Weg der zivilrechtlichen Klage offensteht.

1.4.3 Verhältnismäßigkeit der Regulierung unterschiedlicher Glücksspielformen

43. An der Regulierung des Glücksspielmarktes in Deutschland wurde immer wieder auch von Gerichten deutliche Kritik aufgrund fehlender Kohärenz geäußert, am Glücksspielstaatsvertrag 2008 zuletzt durch den Gerichtshof der Europäischen Union.⁴¹ Dabei sind kohärente Rahmenbedingungen nicht als identische Regelungen für alle Glücksspielformen zu verstehen, sondern im Gegenteil als eine geeignete Differenzierung zwischen Spielen mit unterschiedlichen Suchtrisiken und damit einhergehend unterschiedlichen Regulierungsanforderungen.⁴²

44. Für Spiele mit vergleichbaren Suchtrisiken sollten jedoch entsprechend vergleichbare Rahmenbedingungen geschaffen werden. Die Einschränkung der geplanten Experimentierklausel auf Sportwetten ist vor dem Hintergrund der Zielsetzung der Suchtprävention dabei durchaus kritisch zu bewerten. So ist nicht einsichtig, warum im Bereich anderer Online-Spiele wie Poker und Casinospiele mit vergleichbarer Suchtgefahr⁴³ Anbietern und Spielern keine Möglichkeiten und Anreize gegeben werden, in den legalen Markt überzugehen. Auch weil der Markt für Online-Casinospiele inklusive Poker deutlich größer ist als der für Online-Sportwetten, sind dort Maßnahmen zur Suchtprävention durch die Kanalisierung der Einsätze in den regulierten Markt erforderlich.⁴⁴ Eine mögliche Einbeziehung weitere Online-Glücksspiele hätte auch den Vorteil, dass es dadurch nicht nur zu einer Kanalisierung dieser Märkte in den legalen und kontrollierten Bereich kommen kann, sondern dass darüber hinaus auch positive Anreize für die Kanalisierung anderer ebenso regulierter Märkte bestehen, weil viele Wettanbieter ebenso wie potenziell pathologische Spieler auf verschiedenen Online-Märkten aktiv sind. Vor diesem Hintergrund erhöht die Möglichkeit zur Lizenzierung in beiden Märkten die Wahrscheinlichkeit, dass die Anbieter diese auch tatsächlich wahrnehmen. Die Monopolkommission spricht sich daher für die Ausweitung der Experimentierklausel auch auf Online-Poker und Online-Casinospiele mit entsprechenden Maßnahmen zur Bekämpfung der Spielsucht aus.⁴⁵

Der Anwendungsbereich des Glücksspieländerungsstaatsvertrags 2012 wurde in § 2 Absatz 5, 27 GlüÄndStV auf Pferdewetten ausgeweitet. Dabei gilt, wie auch bei Sportwetten, insbesondere das Internetvertriebs- und -werbeverbot mit Öffnungsmöglichkeiten. Insgesamt wird die bisher ausschließlich bundesrechtliche Regulierung ergänzt. Auch wenn der Anteil der Pferdewetten am deutschen Sportwettenmarkt insgesamt eher gering ist, besteht für Pferdewetten unter den aktuellen Rahmenbedingungen in deutlich erhöhtes Suchtrisiko.⁴⁶ Dieses wird im geplanten Regulierungskonzept, das dem für weniger suchtfördernde Sportwetten angenähert werden soll, nicht ausreichend adressiert.

45. Durch die Erweiterung der Rechtsgrundlage sollen zukünftig auch gewerbliche Geldgewinnspiele in den Geltungsbereich des Glücksspielstaatsvertrags einbezogen werden. Für gewerbliche Spielhallen, in denen Geldgewinnspiele angeboten werden, wird eine zusätzliche Erlaubnispflicht eingeführt, wobei die Erteilung dieser Erlaubnisse an gewisse Bedingungen geknüpft ist.⁴⁷ Obwohl es durch diese Neuregelungen zu einer deutlichen Verschärfung der Regulierung für Geldgewinnspiele und einer erheblichen Verschlechterung der Rahmenbedingungen für die Anbieter kommt – welche durchaus problematisch ist⁴⁸, – ist es aus Sicht der Monopolkommission fraglich, ob diese Verschärfung tatsächlich zu einer kohärenten Regulierung führt. Automaten Spiele zeigen beispielsweise im Vergleich zu den staatlich geführten Casinos eine größere Zahl suchtspielerisikoverstärkender Merkmale⁴⁹ und weisen dementsprechend ein relativ hohes Suchtrisiko auf.⁵⁰ Im Gegensatz zu Online-Glücksspielen ist im Bereich der Automaten Spiele auch die Problematik der Abwanderung in den illegalen Markt eher unbedeutend, sodass die Kanalisierung des Spiels in die Legalität kein zentrales Mittel zur Suchtprävention darstellt. Die beschränkte Zulassung der gewerblichen Automaten Spiele auf der einen Seite und das staatliche Monopol der Spielcasinos (mit wesentlich gelockerten Werberestriktionen) auf der anderen Seite ist daher mit der Eindämmung der Spielsucht, welche die Begründung des staatlichen Monopols bildet, auch weiterhin kaum vereinbar. So sieht die Monopolkommission auch keine stichhaltigen Gründe, die gegen eine Öffnung der Casinomärkte für private Anbieter im Rahmen einer Konzessionierung sprechen.

46. Weiterhin werden sog. Geschicklichkeitsspiele nicht vom Glücksspielstaatsvertrag erfasst. Geschicklichkeitsspiele sind wie Glücksspiele Spiele, bei denen die Gewinnmöglichkeit erkaufte werden muss, jedoch die Fähigkeiten der Spieler wesentlich für den Spieldarstellung

⁴¹ EuGH, Urteile vom 8. September 2010, verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07 sowie Rs. C-46/08.

⁴² Die Probleme asymmetrischer Information und Manipulation der Spieleinrichtungen differieren grundsätzlich deutlich weniger zwischen den verschiedenen Spielarten und werden hier daher nicht explizit analysiert.

⁴³ Vgl. Tabelle E.2. Die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA), a. a. O., erkennt für Sportwetten ein höheres Suchtrisiko als für Casinospiele, während Bühringer, G. u. a., a. a. O., und Buth, S./Stöver, H., a. a. O., die umgekehrte Rangfolge finden. Aus der daraus folgenden Ambivalenz der wissenschaftlichen Ergebnisse zum Suchtrisiko lässt sich jedenfalls nicht die Teilliberalisierung der einen und das Verbot der anderen Spielart ableiten.

⁴⁴ Vgl. Abbildung E.1 sowie Goldmedia, a. a. O., S. 53 ff. Der Online-Sportwettenmarkt erwirtschaftete demnach im Jahr 2009 Bruttospielerträge in Höhe von 295 Mio. Euro, während Poker- und Casinospiele 551 Mio. Euro erzielten.

⁴⁵ Diese Ausweitung ist, wie in Tz. 31 beschrieben, nur im Rahmen der Besteuerung des Rohertrags möglich.

⁴⁶ Vgl. Tabelle E.2.

⁴⁷ Vgl. Tz. 5, Fn. 7.

⁴⁸ Vgl. Bardt, H., Markt kontra Monopol – Liberalisierung von Glücks- und Gewinnspiel in Deutschland, Beiträge zur Ordnungspolitik aus dem Institut der deutschen Wirtschaft, Nr. 51, Köln 2012, S. 38 f.; „Glücksspielbranche kündigt Klagen gegen Staatsvertrag an“, Financial Times Deutschland, 17. Januar 2012.

⁴⁹ Vgl. Tabelle E.1 und Tz. 16.

⁵⁰ Vgl. Tabelle E.2.

sind.⁵¹ Zu diesen Spielen zählen beispielsweise (Online-) Turniere im Schach, Skat, Bridge, Doppelkopf u. Ä. Eine öffentliche Veranstaltung von Geschicklichkeitsspielen ist vom Grundsatz her frei und wird nur in vergleichsweise geringem Umfang insbesondere durch das Gewerbe- und Strafrecht reguliert.⁵² Diese Spiele können öffentlich von privaten Akteuren angeboten werden. Dies gilt ebenso für Gewinnspiele, wie die sog. Call-in-Gewinnspiele.⁵³ In Bezug auf Spiele, bei denen Können oder Fähigkeiten der Spieler relevant sind, zeigen wissenschaftliche Studien, dass Spieler bei dieser Art von Spielen sehr stark der Kontrollillusion und der überschätzten Selbstsicherheit unterliegen und der (begrenzte) Einfluss der Spieler auf das Geschehen ein Spiel nicht prinzipiell weniger suchtgefährdend macht.⁵⁴ Die Suggestion von der Kompetenzabhängigkeit des Spielausgangs ist ein Glücksspielmerkmal, welches das Suchtrisiko erhöht.⁵⁵

⁵¹ Gemäß Bundesverwaltungsgericht liegt ein Glücksspiel im Gegensatz zu einem Geschicklichkeitsspiel vor, wenn der Durchschnittsspieler eine „Nichttrefferquote“ von über 50 Prozent hat (BVerwG NVwZ 2002, S. 864). Diese Regelung ist insoweit problematisch, als gerade bei echten Geschicklichkeitsspielen, wie z. B. Schach, oft Nullsummenspiele existieren, bei denen eben die Nichttrefferquote des Durchschnittsspielers bei genau 50 Prozent liegt. Dies führt dazu, dass diese Abgrenzung nur schwierig für eine rechtlich relevante Differenzierung der Spielarten zu nutzen ist. Daher wird oft vorgeschlagen, darauf abzustellen, ob ein höheres Geschick des Spielers auch automatisch zu einer höheren Gewinnwahrscheinlichkeit führt. So liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH Beschluss vom 28. November 2002, 4 StR 260/02) ein Geschicklichkeitsspiel vor, wenn der Spielausgang wesentlich von den geistigen oder körperlichen Fähigkeiten, den Kenntnissen, der Aufmerksamkeit oder der Übung des Spielers abhängt. Auch Sportwetten und Online-Pokerturniere werden in der Literatur unter Berücksichtigung empirischer Ergebnisse teilweise als Grenzfall zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspielen gesehen, während Rechtsprechung und Verwaltungen diese überwiegend als Glücksspiele einstufen; vgl. Glöckner, A./Towfigh, E., Geschicktes Glücksspiel – Die Sportwette als Grenzfall des Glücksspielrechts, Juristen Zeitung 21/2010, S. 1027–1035, S. 1030.

⁵² Regelungen zu Geschicklichkeitsspielen finden sich insbesondere in § 33c bis g GewO, § 284 StGB und in Landesgesetzen. Die Einhaltung dieser Normen wird vom Bundesfinanzhof, dem Bundeskriminalamt und die Bauart von Spielgeräten von der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt überwacht.

⁵³ Gewinnspiele liegen im Gegensatz zu Glücksspielen nach überwiegendem Verständnis dann vor, wenn der entgeltliche Einsatz fehlt. Regelungen zu Call-in-Gewinnspielen finden sich insbesondere in § 8a RStV, aber auch im Telemediengesetz und in der Satzung der Landesmedienanstalten über Gewinnspielsendungen und Gewinnspiele vom 2. Dezember 2008. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat 2009 bezüglich Call-in-Gewinnspielen entschieden, dass diese keiner behördlichen Erlaubnis bedürfen und damit nicht den straf- oder bußgeldrechtlichen Vorschriften unterliegen (BayVG, Urteil vom 28. Oktober 2009, 7 N 09.1377). Auch die Studie von Büllingen, F./Hillebrand, S./Stamm, P. (WIK-Consult), Anbieterstrategie, Geschäftsmodelle und technische Hintergründe von Call-In-Gewinnspielen und ihre Realisierung mit Hilfe von MABEZ-Rufnummern, Gutachten für die Kommission für Zulassung und Aufsicht der Landesmedienanstalten, 5. März 2009, kommt zu dem Ergebnis, dass Call-in-Gewinnspiele trotz des stark ausgeprägten Zufallselements nicht zu den Glücksspielen nach § 284 StGB zählen. Dies wird mit den geringen Spieleinsätzen begründet. Die Kosten der Teilnahme in Form von Telefonkosten sind seit September 2008 auf 0,50 Euro begrenzt.

⁵⁴ Vgl. Glöckner, A./Towfigh, E., a. a. O.

⁵⁵ Vgl. Meyer, G. u. a., Die Einschätzung des Gefährdungspotenzials von Glücksspielen, a. a. O.

Die Unterteilung in Geschicklichkeits- und Glücksspiele ist daher kaum geeignet, zwischen regulierungsbedürftigen Spielen mit hohem Suchtpotenzial und harmlosen Spielen zu differenzieren. Insgesamt erachtet die Monopolkommission eine Unterscheidung von Glücks- und Geschicklichkeitsspielen mit den erheblichen Folgen im Hinblick auf die Regulierungsziele nicht als sinnvoll. Lediglich das Suchtspielrisiko sollte für den Umfang der Regulierung relevant sein.

47. Im Ergebnis wird nach Auffassung der Monopolkommission das Ziel der Suchtprävention im Glücksspieländerungsstaatsvertrag 2012 nicht in kohärenter und systematischer Weise verfolgt. Eine unterschiedliche Regulierung der Spielformen kann in einer gesellschaftlich effizienten Glücksspielordnung nur in Unterschieden der risikoverstärkenden Merkmale und der daraus abgeleiteten wirksamen Maßnahmen der Suchtprävention und nicht in einer historischen Entwicklung begründet sein.

1.4.4 Regulierung der Werbung, des Online-Glücksspiels und weitere Suchtpräventionsmaßnahmen

48. Der aktuelle und der geplante Staatsvertrag zum Glücksspiel sehen verschiedene Regelungen vor, die erklärtermaßen der Suchtprävention dienen sollen. Kontroverse öffentliche Diskussionen haben dabei vor allem die Regelungen zum Verbot bestimmter Werbung und des Vertriebs von Glücksspielen im Internet ausgelöst. Die Regelungen in diesem Zusammenhang betreffen zunächst alle Glücksspielformen, sehen jedoch einzelne Ausnahmen vor.

49. Wie schon der Glücksspielstaatsvertrag 2008 verbietet der Glücksspieländerungsstaatsvertrag 2012 Werbung für öffentliches Glücksspiel im Fernsehen, im Internet sowie über Telekommunikationsanlagen (§ 5 Absatz 3 Satz 1 GlüÄndStV). Anders als bei der Vorgängerregelung können die Länder jedoch nun gemäß § 5 Absatz 3 Satz 2 GlüÄndStV Werbung für Lotterien und Sport- und Pferdewetten im Internet und im Fernsehen unter Beachtung der Grundsätze des § 5 Absatz 1 und 2 erlauben.⁵⁶ Innerhalb gemeinsamer Richtlinien zur erlaubten Werbung müssen zudem wissenschaftliche Erkenntnisse zur Wirkung von Werbung auf jugendliche sowie problematische und pathologische Spieler beachtet werden (§ 5 Absatz 4 GlüÄndStV).

Eine vergleichbare Regelung wie beim Werbeverbot besteht auch für das Veranstalten und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet. Hier gilt seit dem Glücksspielstaatsvertrag 2008 ebenfalls ein generelles Verbot, welches der Glücksspieländerungsstaatsvertrag grundsätzlich beibehält (§ 4 Absatz 4 GlüÄndStV). Allerdings wurde in Bezug auf den Eigenvertrieb und die Vermittlung von Lotterien sowie die Veranstaltung und Vermitt-

⁵⁶ Von diesem Erlaubnisvorbehalt ausgenommen ist die Werbung für Sportwetten im Fernsehen unmittelbar vor oder während der Live-Übertragung von Sportereignissen auf dieses Sportereignis (§ 5 Absatz 3 Satz 3 GlüÄndStV).

lung von Sportwetten im Internet ein Erlaubnisvorbehalt in den neuen Staatsvertrag aufgenommen, der an verschiedene Bedingungen zur Suchtprävention gekoppelt ist (§ 4 Absatz 5 GlüÄndStV).

50. Ein Verbot von Werbung und Internetvertrieb sowie weitere das Glücksspielangebot einschränkende Regelungen sind unter gesellschaftlichen Effizienzgesichtspunkten nur dann zu rechtfertigen, wenn dadurch die Spielsucht nachhaltig eingeschränkt oder einer Manipulation vorgebeugt werden kann. Art und Umfang der Vorschriften sollten daher auf das besondere Gefährdungspotenzial der jeweiligen Spielform einerseits und die Gefährdung durch Abwanderung in unkontrollierte Schwarzmärkte andererseits ausgerichtet sein. Dies trifft auch auf die im Gegenzug durchzuführenden Aufklärungsmaßnahmen zu. Für die Bevölkerung muss ersichtlich sein, welche Glücksspielangebote potenziell gefährdend sind. Die Monopolkommission gibt daher zu bedenken, dass einschränkende Regelungen stets deutlich machen müssen, inwiefern durch sie gesellschaftlich relevante Ziele verfolgt werden. Sie sollten daher durch entsprechende Studien belegt sein.

51. Vor diesem Hintergrund lassen sich die Ausnahmeregelungen für einzelne Spielformen betrachten. Die Öffnung von Werbung und Internetvertrieb im Bereich der Sportwetten kann dabei vor allem auf das Ziel einer Kanalisierung der Spieler in den legalen Markt zurückgeführt werden. Es erscheint dabei plausibel, dass ohne Zulassung von Werbe- und Internetvertriebsmöglichkeiten die Anreize vieler derzeit auf Schwarzmärkten agierender Sportwettenanbieter gering sind, in den legalen Markt zurückzukehren. Dahin gehend ist die Umstellung auf eine kontrollierte Erlaubnis von Werbe- und Online-Vertriebsangeboten grundsätzlich sinnvoll, sofern hierbei insbesondere eine geeignete Kontrolle spielsuchtauslösender Merkmale erfolgt. Teile der bestehenden Vorgaben, wie das Verbot von Live-Wetten (§ 21 Absatz 4 Satz 2 GlüÄndStV) sind in diesem Zusammenhang begrüßenswert. Andere, wie die Begrenzung der Einsätze eines Spielers auf 1 000 Euro pro Monat⁵⁷ (§ 4 Absatz 5 Nummer 2 GlüÄndStV) erscheinen hier jedoch willkürlich und könnten der Kanalisierung des Spiels eher entgegenwirken. Insgesamt erscheint es der Monopolkommission unerlässlich, in diesem Bereich belastbare Studien zu wirksamen Maßnahmen der Suchtprävention durchzuführen, um darauf aufbauend spezifische Regulierungsvorgaben für Sportwettenangebote abzustimmen. Nur auf diese Weise kann gewährleistet werden, dass keine Überregulierung erfolgt und dass die Vorgaben an gesellschaftlich effizienten Zielen ausgerichtet werden.

52. Im Hinblick auf die staatlichen Lotterieangebote ist die Abwanderung in unkontrollierte Schwarzmärkte kein relevantes Problem, sodass der nun erteilte Erlaubnisvorbehalt nicht dahin gehend gerechtfertigt werden kann. Allerdings ist das Gefährdungspotenzial im beste-

henden Lotteriespiel auch als deutlich geringer anzusehen. Der Deutsche Lotto- und Totoblock begrüßt die Liberalisierungsmaßnahmen bei Werbung und Online-Vertrieb. Er begründet die Öffnung des Internetvertriebs mit der besseren Erreichbarkeit junger Erwachsener. Werbung sei zudem notwendig, damit das erlaubte Angebot überhaupt entsprechend wahrgenommen wird.⁵⁸ Beide Begründungen laufen darauf hinaus, dass möglichst viele Spieler von einem moderaten staatlichen Lotterieangebot erfasst werden sollen, um diese vor einem potenziell gefährlicheren Angebot aus den Schwarz- und Graumärkten zu schützen. Die dahinter stehende These, dass Lottospieler gleichzeitig seltener auch andere stärker suchtgefährdende Angebote in Anspruch nehmen, ist jedoch bisher nicht durch entsprechende Studien belegt. Vielmehr ist nicht auszuschließen, dass durch das Lottospiel auch zusätzliche Spieler angereizt werden, additiv gefährlichere Spielformen zu konsumieren.⁵⁹ Wirken staatliche Angebote nicht als Schutz vor gefährlicheren Spielangeboten, besteht die Gefahr, dass Werbung und Internetvertrieb bei Lotterierprodukten nicht auf die Suchtprävention, sondern auf die Einnahmenentwicklung ausgerichtet werden. Empfehlenswert wäre daher, den Erlaubnisvorbehalt in diesen Regulierungsbereichen an gemeinsame Richtlinien zu knüpfen. Der Erlaubniserteilung sollte dabei eine Suchtpräventionsstudie vorausgehen, in der insbesondere Substitutions- und Komplementärwirkungen des Lottospiels vor dem Hintergrund verschiedener Suchtpräventionsmaßnahmen untersucht werden.

1.5 Fazit mit Empfehlungen

53. Die vorausgegangene Untersuchung hat gezeigt, dass eine gesellschaftlich effiziente Regulierung der Glücksspielmärkte eine genaue Abstimmung der Regulierung an die jeweiligen Glücksspielformen erfordert. Das Ziel möglicher Beschränkungen der Märkte sollte dabei stets darin liegen, den Gefahren der Glücksspielsucht und möglichen Spielmanipulationen vorzubeugen. Diese Forderung entspricht im Wesentlichen den höchstrichterlichen Urteilen auf nationaler und europäischer Ebene. Die Historie der Regulierung der Glücksspielmärkte in Deutschland lässt daher auch die Schlussfolgerung zu, dass es in der Vergangenheit nicht gelungen ist, eine konsistente und allein am Ziel gesellschaftlicher Wohlfahrt ausgerichtete Regulierung der Märkte zu entwickeln. Eine Vielzahl der mit der Regulierung des Glücksspiels vorgenommenen Beschränkungen oder Liberalisierungen der Märkte lassen sich eher durch historische Rigid-

⁵⁸ Angaben des Deutschen Lotto- und Totoblocks, vertreten durch die staatliche Lotterieverwaltung Bayern, gegenüber der Monopolkommission.

⁵⁹ Grundsätzlich zeigen die vorliegenden Studien, dass pathologische Spieler häufig mehr als eine Spielform konsumieren. Buth, S./Stöver, H., a. a. O., S. 7, zeigen jedoch, dass Lottospieler mit 46,3 Prozent die höchste Quote an Spielern aufweisen, die ausschließlich dieses Spiel konsumiert haben. Ein Nettoeffekt, bei dem die Zunahme des Anteils staatlicher Angebote die Teilnahme an anderen Spielformen und damit die Zahl pathologischer Spieler verringert, kann aus den vorliegenden Studienergebnissen nicht ermittelt werden.

⁵⁷ Personen mit geringem Einkommen oder Personen, die in angespannten finanziellen Verhältnissen leben, bietet diese Beschränkung keinen wirksamen Schutz vor Existenzbedrohung.

täten und fiskalische Interessen als durch konsequente Verfolgung der gesellschaftlichen Ziele erklären.

54. Die Analyse der jüngsten Regelungen im Glücksspieländerungsstaatsvertrag hat ferner deutlich gemacht, dass auch die gegenwärtige Situation vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Effizienzziele nicht befriedigend ist. Die Monopolkommission fordert deshalb, die Regulierung unterschiedlicher Glücksspielformen grundsätzlich daraufhin zu überprüfen, welche spezifischen Beschränkungen des Wettbewerbs auf Glücksspielmärkten unter Berücksichtigung belastbarer Studien zur Suchtprävention tatsächlich erforderlich sind. Dabei ist auch die Verhältnismäßigkeit der Beschränkungen unterschiedlicher Spielformen zu überprüfen. Insbesondere fordert die Monopolkommission die Nachbesserung des Glücksspieländerungsstaatsvertrags in folgenden Punkten:

- Die Beschränkung der Anzahl möglicher Konzessionen für Anbieter von Sportwetten ist nicht durch gesellschaftliche Ziele begründbar und sollte aufgehoben werden.
- Für die Erteilung von Sportwettenkonzessionen sind weitere Vorgaben zur Eindämmung der Spielsucht zu treffen. Diese müssen auf der einen Seite an ihrer Wirksamkeit ausgerichtet sein, dürfen auf der anderen Seite jedoch nicht die Anreize für Wettanbieter schwinden lassen, in den regulierten Markt überzutreten.
- Die Experimentierklausel zur Konzessionierung von Sportwettenanbietern sollte auch auf Online-Poker und Online-Casinospiele mit entsprechenden Maßnahmen zur Bekämpfung der Spielsucht ausgeweitet werden.
- Um eine effektive Suchtbekämpfung durch Kontrolle und Kanalisierung der Schwarzmärkte in den legalen und kontrollierten Markt zu erreichen, ist ein Besteuerungssystem, welches als Bemessungsgrundlage den Rohertrag wählt, der im Glücksspieländerungsstaatsvertrag festgelegten Spieleinsatzsteuer vorzuziehen.
- Der Vertrieb von Spielscheinen staatlicher Lotterieveranstaltungen sollte nach Auffassung der Monopolkommission ausschließlich auf privatwirtschaftlicher Ebene und im Wettbewerb erfolgen und durch die Erteilung von Erlaubnissen von den Aufsichtsbehörden lediglich kontrolliert werden.
- Die Landeslottogesellschaften sollten Lottoscheine für einen vordefinierten einheitlichen Betrag an Lotto-Annahmestellen und andere private Vertriebsunternehmen weitergeben. Statt einer Vertriebsprovision sollten sämtliche Vertriebsstellen einen Vertriebsaufschlag in selbst gewählter Höhe festlegen.
- Der Erlaubnisvorbehalt bezüglich Werbung und Online-Vertrieb für verschiedene Spielformen sollte an gemeinsame Richtlinien geknüpft werden, die kurzfristig 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.

- Die unterschiedliche Behandlung unterschiedlicher Spielformen, die 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, erscheint mit der Eindämmung der Spielsucht nicht begründbar und sollte überprüft werden.

2. Wettbewerbsdefizite im deutschen Seelotswesen

2.1 Anlass für eine Stellungnahme zum Lotswesen

55. Die Europäische Kommission hat in der Vergangenheit bereits in zwei Richtlinienentwürfen, den sog. „Port Packages“, unter anderem die Dienste der Schifflotsen in Europa aufgegriffen. Ziel der Vorschläge war die Durchsetzung der im EU-Vertrag garantierten vier Freiheiten (Niederlassungsfreiheit, Freizügigkeit der Arbeitnehmer sowie freier Waren- und Dienstleistungsverkehr) und der Wettbewerbsregeln im Hafensektor und damit eine Verbesserung der Dienstqualität in Seehäfen.⁶⁰ Konkret sollte bei den Lotsendiensten die Befreiung der Schiffe von der Lotsenannahmepflicht möglich sein, für die Erbringung von Lotsendiensten sollte eine befristet geltende Genehmigung eingeholt werden und für den Fall der begrenzten Anzahl der Anbieter in einem Revier war ein transparentes, diskriminierungsfreies Auswahlverfahren vorgesehen. Die ersten beiden Richtlinienentwürfe sind im Europäischen Parlament gescheitert, der dritte ist derzeit in Vorbereitung. Gemäß der Mitteilung der Europäischen Kommission über eine europäische Hafenpolitik aus dem Jahr 2007⁶¹ wird erneut betont, dass die Einschränkung der Freiheit der Erbringung von Lotsendiensten stets erforderlich und angemessen sein müsse und die Binnenmarktfreiheiten nicht über das zur tatsächlichen Erfüllung des Auftrags erforderliche Maß hinaus begrenzt werden sollten.⁶² Ausschließliche Rechte seien möglichst nicht für einen übermäßig langen Zeitraum zu verleihen, ein Auswahlverfahren sei europaweit und transparent bekannt zu machen und die Unparteilichkeit des Verfahrens müsse überprüfbar sein. Sofern die Sicherheitsanforderungen dies zuließen, sollten Ausnahmen von der Lotsenpflicht für regelmäßige Nutzer gewährt werden, um so die Kosten für den Seeverkehr zu senken. Aktuell wurde im

⁶⁰ Vgl. EU-Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament und an den Rat, Verbesserung der Dienstqualität in Seehäfen: Ein zentraler Aspekt für den europäischen Verkehr, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Marktzugang für Hafendienste, KOM(2001) 35, 13. Februar 2001, sowie EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zum Markt für Hafendienste, KOM(2004) 654, 13. Oktober 2004.

⁶¹ Vgl. EU-Kommission, Mitteilung über eine europäische Hafenpolitik, KOM(2007) 616, 18. Oktober 2007, S. 12.

⁶² Vgl. hierzu auch Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. EG Nr. C 17 vom 19. Januar 2001, S. 4, Rn. 23.

Rahmen der allgemeinen Überprüfung der Rahmenbedingungen für eine europäische Hafenpolitik von der Europäischen Kommission in Übereinstimmung mit dem Rat und dem Parlament eine Untersuchung des Lotswesens in Auftrag gegeben. Dabei sollen Befreiungsmöglichkeiten von der Lotsenannahmepflicht eine wichtige Rolle spielen.⁶³

56. Die Monopolkommission hat sich bereits 2006 mit Regulierungsfragen ausgewählter Freier Berufe – d. h. von Rechtsanwälten, Apothekern, Ingenieuren und Architekten – beschäftigt,⁶⁴ zu denen auch die Lotsen gehören.⁶⁵ 2010 wurde im 18. Hauptgutachten den Wettbewerbsdefiziten bei Apotheken im Einzelhandel mit Arzneimitteln ein Abschnitt im Einleitungskapitel gewidmet und die Analyse und Handlungsempfehlungen wurden vor dem Hintergrund neuer Entwicklungen aktualisiert.⁶⁶ Im Ergebnis zeigte sich, dass die betrachteten Freien Berufe einer Vielzahl von Regulierungen (Berufszugangsbeschränkungen und Beschränkungen bei der Berufsausübung) unterliegen bzw. unterlagen⁶⁷, welche sich in dieser rigiden Ausgestaltung nicht rechtfertigen lassen bzw. ließen.

57. Da Freie Berufe eine heterogene Berufsgruppe darstellen, ist es nach Meinung der Monopolkommission erforderlich, jeden Freien Beruf im Kontext seiner Charakteristika zu analysieren und anschließend einen Abgleich mit den bestehenden Regulierungen vorzunehmen. In Folgenden untersucht die Monopolkommission die Regulierung der Schiffslotsen in Deutschland unter Wettbewerbsgesichtspunkten. Im Rahmen einer Anhörung mit beteiligten Akteuren hat sie sich einen Überblick über die Märkte der Hafen- und speziell Lotsdienstleistungen verschafft. Wettbewerbsdefizite zeigten sich insbesondere im Bereich des deutschen Lotswesens. Hier war auffällig, dass im Vergleich zu anderen Freien Berufen kein Wettbewerb zwischen den Berufsangehörigen besteht, da die Börtordnung der Lotsenbrüderschaften den Lotsen explizit die Reihenfolge der Besetzung auf den Schiffen vorschreibt.

2.2 Das deutsche Seelotswesen: Ein Überblick

58. Die gesetzliche Grundlage für die deutschen Seelotsen bildet in der Hauptsache das Seelotsgesetz aus dem Jahre 1954. Mit diesem Gesetz wurde durch den Bundesgesetzgeber erstmals umfassend und einheitlich das deut-

sche Seelotswesen geregelt.⁶⁸ In ihm fand das historisch gewachsene Lotssystem mit seinen ausgeprägten regionalen Eigenheiten Eingang. Das Seelotsgesetz gilt für die See-, jedoch nicht für die Hafenlotsen. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass die Einrichtung und Unterhaltung des Seelotswesens sowie die Aufsicht über das Seelotswesen dem Bund obliegt (§ 3 Absatz 1 SeeLG), während das Hafenlotswesen Aufgabe der Länder ist.⁶⁹ Da sich in den meisten Häfen kein eigenständiger Hafenlotsbetrieb lohnt, übernehmen die vom Bund bestellten Seelotsen die Lotsberatung in den Häfen. Grundlage hierfür sind entweder Verwaltungsvereinbarungen zwischen dem Bund und den örtlichen Hafenverwaltungen (wie z. B. in den Häfen Emden, Bremen, Wismar und Rostock) oder bilaterale Vereinbarungen zwischen den Brüderschaften und den Hafenverwaltungen (so z. B. im Hafen Kiel). Einen eigenständigen Hafenbetrieb gibt es nur in Hamburg und Bremerhaven, für den die Regelungen des Seelotsgesetzes indes weitgehend übernommen wurden.

59. In Deutschland gilt als Lotse, wer nach behördlicher Zulassung berufsmäßig Schiffe als orts- und schiffsfahrtkundiger Berater geleitet. Der Lotse ist nicht Teil der Schiffsbesatzung.⁷⁰ Wer den Beruf des Lotsen ausüben möchte, benötigt zunächst ein Befähigungszeugnis ohne Einschränkungen in den nautischen Befugnissen zum Kapitän (§ 9 Absatz 2 Nummer 1 SeeLG). Nach einer Seefahrtzeit von mindestens zwei Jahren⁷¹ (§ 9 Absatz 2 Nummer 2 SeeLG) ist die Zulassung als Lotse bei der zuständigen Aufsichtsbehörde möglich. Hierbei ist die Zulassung – unter Mitsprache der Lotsenbrüderschaften – davon abhängig, ob auf dem jeweiligen Revier gemäß Verkehrsaufkommen und Personalstruktur ein Be-

⁶⁸ Das Seelotsgesetz regelt die Ordnung der Seelotsreviere, die Bestallung der Lotsen, die Rechtsstellung und Pflichten der Seelotsen, die Organisation und Aufgaben der Lotsenbrüderschaften und der Bundeslotsenkammer, das Seelotswesen außerhalb der Seelotsreviere, Grundlagen der Lotstarife, Ordnungswidrigkeiten und die Erhebung von Gebühren für Amtshandlungen.

⁶⁹ Nach Artikel 89 Absatz 1 GG ist der Bund Eigentümer der früheren Reichswasserstraßen. Die Bundeswasserstraßen verwaltet er gemäß Artikel 89 Absatz 2 Satz 1 GG durch eigene Behörden (Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes). Die grundsätzliche Zuweisung der Aufgaben im Bereich des Seelotswesens basiert auf Artikel 89 Absatz 2 Satz 2 GG. Hiernach nimmt der Bund die über den Bereich eines Landes hinausgehenden staatlichen Aufgaben der Binnenschifffahrt und die Aufgaben der Seeschifffahrt wahr, die ihm durch Gesetz übertragen werden.

⁷⁰ Vgl. § 1 SeeLG. Das Seelotsgesetz gilt nicht für die Hafenlotsen in Hamburg und Bremerhaven. Die Regelungen des Seelotsgesetzes wurden indes weitgehend in die Lotsenordnung für das Hafenlotswesen in Bremerhaven vom 28. November 1979, zuletzt geändert am 11. Oktober 2006, Brem.GBl. S. 439, sowie in das Gesetz über das (Hamburger) Hafenlotswesen vom 19. Januar 1981, zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Juli 2001, HmbGVBl. S. 251, übernommen.

⁷¹ Gemäß dem Zweiten Gesetz zur Änderung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Seeschifffahrt vom 17. Juli 1997, BGBl. I S. 1832, wurde die in § 9 Absatz 2 Nummer 2 SeeLG vorgeschriebene Erfahrungsseefahrtzeit als Kapitän als Voraussetzung für die Zulassung als Seelotsenanwärter von sechs auf zwei Jahre reduziert. Darüber hinaus wurde in § 9 der Absatz 3 neu eingefügt, der anstelle der Seefahrtzeit auch eine praxis- und revierbezogene Grundausbildung von sechs Monaten erlaubt. Dies soll indes nur möglich sein, wenn der Ausbildungsbedarf anderweitig nicht zu decken ist. Beide Maßnahmen sollen der rückläufigen Zahl von Seelotsenanwärtern entgegenwirken; vgl. Heinrich, J./Steinicke, D., Seelotswesen, Das Regelwerk, 3. Aufl., Hamburg 2011, S. 33 f., 125.

⁶³ Konkret sollen z.B. Schiffsfahrten mit und ohne Begleitung eines Lotsen hinsichtlich Sicherheits-, Umwelt- oder Zeitaspekten verglichen werden, <http://eupilotage.questionpro.com>

⁶⁴ Vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Hauptgutachten 2004/2005, Baden-Baden 2006, Kapitel VI.

⁶⁵ Vgl. § 18 Absatz 1 Nummer 1 EStG sowie § 1 Absatz 2 Satz 2 PartGG. Zu den klassischen Freien Berufen zählen Ärzte, Rechtsanwälte, Architekten, Ingenieure, Apotheker, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer.

⁶⁶ Vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Hauptgutachten 2008/2009, Baden-Baden 2010, Tz. 26 ff.

⁶⁷ So ist – im Rahmen des Inkrafttretens des neuen Rechtsdienstleistungsgesetzes am 1. Juli 2008 – das außergerichtliche Anwaltsmonopol aufgehoben worden und es wurde das Verbot eines Erfolgshonorars bei Rechtsanwälten abgeschwächt.; vgl. BVerfGE 117, 163 sowie § 4a Absatz 1 RVG.

darf für die Bestallung neuer Lotsen besteht (§ 8 Absatz 2 SeeLG). Gemäß § 9 Absatz 2 Nummer 4 SeeLG muss der Lotse die deutsche Sprache in Wort und Schrift beherrschen und gute Kenntnisse der englischen Sprache besitzen. Deutsch ist amtliche Beratungssprache und gilt daher als unverzichtbare Voraussetzung auch für Seelotsenanwärter aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.⁷² Nach erfolgreicher Bewerbung zum Lotsen durchläuft der Lotsenanwärter eine achtmonatige Ausbildung für das jeweilige Lotsrevier. Diese Aufgabe übernehmen die Lotsenbrüderschaften, die Prüfung nimmt ein durch die Aufsichtsbehörde gebildeter Prüfungsausschuss ab.⁷³ Nach bestandener Prüfung ist aus dem Lotsenanwärter ein „bestallter“, d. h. zugelassener Lotse geworden (§§ 11 ff. SeeLG).

60. Der Seelotse ist lediglich Berater der Schiffsführung und übernimmt nicht selbst die Führung des Schiffes (§ 1 Satz 1 SeeLG). Für einen in Ausübung der Lotstätigkeit verursachten Schaden ist der Seelotse dem Reeder des geloteten Schiffes oder einem anderen Auftraggeber nur insoweit zum Ersatz verpflichtet, als ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Ist für einen Schaden, den der Seelotse in Ausübung der Lotstätigkeit einem Dritten zugefügt hat, neben dem Seelotsen auch der Reeder oder ein anderer Auftraggeber verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnis zueinander der Reeder oder andere Auftraggeber zum Ersatz verpflichtet, soweit nicht dem Seelotsen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt (§ 21 Absatz 3 SeeLG).⁷⁴ Damit haftet im Außenverhältnis letztlich der Reeder bei einer durch den Lotsen nur mit einfacher Fahrlässigkeit mit verursachten Kollision.

61. In Deutschland gibt es neun Lotsreviere, welche für Schiffe die Annahme eines Lotsen erfordern: zwei Hafenreviere (Hamburg, Bremerhaven) und sieben Seereviere (Ems, Weser I, Weser II/Jade, Elbe, Nord-Ostsee-Kanal I, Nord-Ostsee-Kanal II/Kieler Förde/Trave/Flensburger Förde, Wismar/Rostock/Stralsund). Zusätzlich zu dem Seelotsen müssen auf dem Nord-Ostsee-Kanal größere Schiffe sog. Kanalsteurer annehmen.⁷⁵

62. Seit 1979 besteht in den Lotsrevieren eine Lotsenannahmepflicht für Schiffe ab einer bestimmten Größe und für Fahrzeuge mit gefährlicher Ladung.⁷⁶ Außerhalb der Seelotsreviere, d. h. zwischen den Seelotsrevieren und außerhalb Deutschlands, können die Dienste der Seelotsen auf freiwilliger Basis in Anspruch genommen werden.⁷⁷ Zur Befreiung von der Lotsenannahmepflicht gibt es grundsätzlich zwei Verfahren: zum einen die Lotsbefreiung ohne Prüfung (Regelbefreiung) und zum anderen die Lotsbefreiung mit Prüfung (Antragsbefreiung).⁷⁸ Beide Verfahren binden die Befreiung an den Schiffsführer und das jeweilige Schiff und setzen ausreichende deutsche Sprachkenntnisse bei dem Schiffsführer, ein funktionstüchtiges Radargerät sowie eine UKW-Sprechfunkanlage auf dem Schiff voraus. Die Befreiung gilt für ein Jahr. Für eine Regelbefreiung muss der jeweilige Schiffsführer die Fahrtstrecke unter Lotsberatung sechs Mal innerhalb der letzten sechs Monate befahren haben. Die Antragsbefreiung betrifft die Lotsbefreiung von Seeschiffen, deren Abmessungen die für das jeweilige Revier maximal befreibaren Schiffsgrößen darstellen. Die Prüfung ist an das Niveau der Prüfung der Seelotsenanwärter angelehnt und es müssen im Vorfeld entweder zwölf oder 24 Fahrten⁷⁹ unter Lotsberatung erbracht worden sein.⁸⁰

63. Für jedes Revier gibt es eine Lotsenbrüderschaft⁸¹ (§§ 27 SeeLG), die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind (§ 27 Absatz 1 Satz 2 SeeLG). Alle für das jeweilige Revier zugelassenen Lotsen bilden die jeweilige Lotsenbrüderschaft. Die Lotsenbrüderschaft stellt die Lotsendienste auf dem jeweiligen Revier sicher. Konkret kommt den Lotsenbrüderschaften neben Aufgaben wie der Überwachung und Regelung von Berufspflichten (§ 28 Absatz 1 Nummer 1 SeeLG) sowie der Förderung der Aus- und Fortbildung der Seelotsen (§ 28 Absatz 1 Nummer 2 SeeLG) vor allem die Regelung der Dienstfolge der Lotsen für die Besetzung der Schiffe mittels Börtordnungen⁸² (§ 28 Absatz 1 Nummer 3 SeeLG) zu. Diese Aufgabe hat aufgrund der allgemeinen Lotsen-

⁷² Die Regelungen, dass nur Deutsche in die Bewerberliste aufgenommen oder nur deutsche Befähigungszeugnisse anerkannt werden, mussten wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht (Gewährung der verbürgten Freizügigkeit) durch Artikel 3 Nummer 3 des Zweiten Gesetzes zur Änderung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Seeschifffahrt vom 17. Juli 1997, BGBl. I S. 1832, gestrichen werden. Allerdings müssen aufgrund der gleichzeitig neu eingefügten Nummer 3 (jetzt Nummer 4) Bewerber aus dem europäischen Bereich die geforderten deutschen Sprachkenntnisse besitzen; vgl. hierzu Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Seeschifffahrt, Bundestagsdrucksache 13/6438 vom 5. Dezember 1996, S. 10, sowie Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 32 ff.

⁷³ Vgl. Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 34.

⁷⁴ Vgl. ebenda, S. 18. In der Praxis geschieht es oft, dass Seelotsen nicht nur im Rahmen des Seelotsgesetzes beraten, sondern die Manövierelemente selbst bedienen. Eine solche Handlung ist allerdings im Haftungsfall nicht durch § 23 Absatz 2 SeeLG privilegiert. Unterläuft bei einer solchen Ausführungshandlung ein sorgfaltswidriger Fehler, haftet der Lotse dem Dritten und dem Reeder gegenüber dann auch für einfache Fahrlässigkeit; vgl. Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 48.

⁷⁵ Vgl. § 42 Absatz 5 Satz 1 SeeSchStrO.

⁷⁶ Von den Lotsabgaben befreit sind gemäß Lotstarifverordnung unter anderem Wasserfahrzeuge mit einer Bruttoreaumzahl bis zu 300 sowie Binnenschiffe (§ 1 Absatz 1 Nummer 1, 2 LTV). Revierspezifische Besonderheiten werden in den regionalen Lotstarifverordnungen geregelt.

⁷⁷ Vgl. hierzu §§ 42 bis 42 SeeLG sowie die Verordnung über das Seelotswesen außerhalb der Seelotsreviere (SeelotRevierV) vom 25. August 1978, BGBl. I S. 1515, zuletzt geändert durch Artikel 527 der Verordnung vom 31. Oktober 2006, BGBl. I S. 2407.

⁷⁸ Vgl. hierzu Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 100 ff.

⁷⁹ Vgl. Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 101 f.

⁸⁰ Sonderregelungen werden in den Revierlotsverordnungen für die Befreiung für Tankschiffe getroffen. Hier werden strengere Maßstäbe für eine Befreiung angelegt, um dem gewachsenen Sicherheitsbedürfnis nach den schweren Tankerunglücken zu begegnen.

⁸¹ Es gibt sieben Seelotsenbrüderschaften: Lotsenbrüderschaft Emden, Lotsenbrüderschaft Weser II/Jade, Lotsenbrüderschaft Weser I, Lotsenbrüderschaft Elbe, Lotsenbrüderschaft Nord-Ostsee-Kanal I, Lotsenbrüderschaft Nord-Ostsee-Kanal II/Kiel/Lübeck/Flensburg, Lotsenbrüderschaft Wismar/Rostock/Stralsund und zwei Hafenlotsenbrüderschaften: Hafenlotsengesellschaft Bremerhaven, Hafenlotsenbrüderschaft Hamburg, <http://www.bshl.de/ueberlotsen/reviere/index.html>

⁸² Die Börtordnungen enthalten auch Regelungen zur Organisation des Reihendienstes, zu Ausfallzeiten des Lotsen durch Urlaub oder Krankheit, zur Organisation der Radarberatung und der Besetzung von Schiffen mit mehr als einem Lotsen; vgl. Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 145.

annahmepflicht besonderes Gewicht, da ohne Verfügbarkeit eines Lotsen das annahmepflichtige Fahrzeug nicht ein- oder auslaufen darf. Die im Reihendienst befindlichen Lotsen werden in der Börtliste geführt. In dieser Liste hat sich jeder Lotse bei Ankunft auf der Einsatzstation einzutragen („Bört nehmen“). Tritt der Lotse seinen Dienst gemäß Börtfolge selbst verschuldet nicht an, muss er einen finanziellen Ausgleich entrichten.⁸³

64. Seelotsen haben zwecks berufsständischer Selbstverwaltung eine eigene Berufskammer, deren Mitglieder die Lotsenbrüderschaften sind (§ 34 Absatz 1 Satz 1 SeeLG). Die Bundeslotsenkammer ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 34 Absatz 1 Satz 2 SeeLG) und wird vom Bundesverkehrsministerium beaufsichtigt (§ 34 Absatz 2 Satz 1 SeeLG). Gemäß § 35 Absatz 2 Nummer 1 SeeLG ermittelt sie in Fragen, welche die Gesamtheit der Lotsenbrüderschaften betreffen, deren Auffassung. Sie vertritt des Weiteren unter anderem die Gesamtheit der Lotsenbrüderschaften gegenüber Behörden und Organisationen (§ 35 Absatz 2 Nummer 2 SeeLG), vermittelt bei Streitigkeiten (§ 35 Absatz 2 Nummer 3 SeeLG) und wirkt an der Gesetzgebung über das Seelotswesen gutachterlich mit (§ 35 Absatz 2 Nummer 5 SeeLG).

65. Das Versetzwesen garantiert die Beförderung des Lotsen zum Schiff (Versetzen) und das Abholen vom Schiff nach Beendigung der Lotsung (Ausholen). Dies geschieht, außer im Falle einer Versetzung mit dem Hubschrauber, mit einem Versetzschiff. Vorhaltung, Unterhaltung und Betrieb aller Lotseinrichtungen (d. h. der festen und schwimmenden Lotsenstationen sowie der Versetz- und Zubringerfahrzeuge) obliegen der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung (§ 6 Absatz 1 SeeLG), können indes durch nähere Bestimmung einer Lotsverordnung auch von der Lotsenbrüderschaft, der Bundeslotsenkammer oder natürlichen oder juristischen Personen wahrgenommen werden (§ 6 Absatz 2 Satz 1 SeeLG). Das Bundesverkehrsministerium hat von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht und den Betrieb und die Unterhaltung der Bundeslotsenkammer übertragen. Die wiederum hat diese Aufgaben dem Lotsbetriebsverein e. V. übertragen, der von den Lotsenbrüderschaften gegründet wurde.⁸⁴ Wenngleich der Lotsbetriebsverein in der Hauptsache für das Versetzwesen verantwortlich ist und aufgrund der teuren Infrastruktur wenig Anbieter auf diesem Markt aktiv sind, gibt es durchaus Ausschreibungen und alternative Anbieter. So wird der Versetzdienst durch Hubschrauber aktuell für drei Jahre ausgeschrieben. Überdies haben kleinere Reviere wie Rostock und Jade einen alternativen Anbieter. An der Küste Mecklenburg-Vorpommerns ist der Lotsversetzdienst grundsätzlich einem privaten Betreiber übertragen. Die Prüfung eines solchen Alternativangebots durch Dritte geschieht durch das Bundesverkehrsministerium.

66. Die Lotstarife⁸⁵ unterteilen sich in die beiden wesentlichen Komponenten Lotsgeld und Lotsabgabe (§ 45 SeeLG). Das Lotsgeld ist das Einkommen der Lotsen, welches am Kapitängelohnteil orientiert ist. Die Lotsabgabe soll die Kosten der Bereitstellung der erforderlichen Infrastruktur decken. Die Lotstarife sind im Wesentlichen abhängig von dem Revier und der Schiffsgröße. Die Zahlungspflicht entsteht bei den Lotsabgaben mit Befahren des Reviers, bei den Lotsgeldern mit der Anforderung des Seelotsen. Auf Basis der Lotstarifverordnung wurden 2010 fast 125 Mio. Euro an Lotsgeldern und 52 Mio. Euro an Lotsabgaben von der deutschen und der überwiegend ausländischen Schifffahrt erhoben.⁸⁶

67. Die Fortschreibung der Lotstarifverordnung obliegt dem Bundesverkehrsministerium (§ 45 Absatz 2 SeeLG). Zur Festlegung der Lotsgelder bestimmt das Ministerium zunächst die Eckdaten für die Tarifierung. Hierbei geht es im Wesentlichen um die Fortschreibung der jährlichen Sollbetriebseinnahmen⁸⁷ in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Entwicklung sowie gegebenenfalls um die Einbeziehung neuer Kostenfaktoren. Die wirtschaftliche Entwicklung bildet ein Index ab.⁸⁸ Dieser setzt sich zu 50 Prozent aus der Gehaltsentwicklung gemäß Heuertarifvertrag See und zu 50 Prozent aus dem Index der tariflichen Monatsverdienste in Deutschland gemäß Statistischem Bundesamt zusammen. Das Bundesverkehrsministerium hört zur Entscheidungsfindung die Bundeslotsenkammer, den Bundesverband der See- und Hafenlosen, die Küstenländer (Hamburg, Bremen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern), die zentralen maritimen Wirtschaftsverbände⁸⁹ und die Handelskammern Hamburg und Bremen an. Anschließend erstellen die jeweils zuständigen Wasser- und Schifffahrtsdirektionen Nord oder Nordwest einen Soll-Ist-Vergleich, der für jedes Seelotsrevier getrennt berechnet wird. Hieraus ergibt sich der Anpassungsbedarf der Tabellenwerte für das Folgejahr.⁹⁰ Eine Rückwärtstarifierung ist nicht möglich. Die Zahlen des

⁸³ Eine häufig genutzte Möglichkeit ist daher der Börttausch zwischen zwei Lotsen. Zudem ist es auch möglich, sich durch einen „Börtkauf“ von der Dienstverpflichtung freizukaufen.

⁸⁴ Der Lotsbetriebsverein führt diese Aufgabe gemäß der gegenüber der Bundeslotsenkammer erlassenen Verwaltungsanordnung und mit den hierfür über einen Wirtschaftsplan für jeweils ein Jahr zur Verfügung gestellten Haushaltsmitteln durch. Die Lotseinrichtungen müssen nicht vom Bund erworben werden, sondern können gleichsam gemietet oder geleast werden. Vgl. Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 26, S. 139 f.

⁸⁵ Die Lotskosten finden sich für Bremerhaven in § 12 der Hafengebührenordnung für die Häfen in Bremen und Bremerhaven vom 1. April 2006, zuletzt geändert am 5. Juli 2011 und 13. Dezember 2011, Brem.GBl. 2012 S. 24, und für Hamburg in der Tarifordnung für das Hafenlotsenrevier vom 7. Juli 1981, zuletzt geändert durch am 23. September 2008, HmbGVBl. S. 349.

⁸⁶ Darin enthalten sind auch die Kosten für die Radarberatungen durch Seelotsen aus den Verkehrszentralen, für die bei durchschnittlich 9 000 Radareinsätzen pro Jahr insgesamt 6 Mio. Euro von der Schifffahrt zu entrichten sind; vgl. Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 72 ff.

⁸⁷ Hierin enthalten sind sämtliche Sozialversicherungskosten sowie unter anderem die Beiträge für die Selbstverwaltung.

⁸⁸ Nach aktuellem Stand vom März 2012 beträgt die Steigerungsrate 1,62 Prozent, im Jahr 2010 waren es 2,73 Prozent.

⁸⁹ Hierzu gehört der Verband Deutscher Reeder, der Zentralverband Deutscher Schiffsmakler und der Zentralverband der Deutschen Seehafenbetriebe.

⁹⁰ Die Steigerung der Sollbetriebseinnahmen muss insoweit nicht unbedingt auch Auswirkungen auf die Tabellen der Lotsgeldtarife haben, da dies davon abhängt, wie viele Einnahmen in der Vorperiode tatsächlich generiert wurden. Die Auswirkungen sind für jedes Revier unterschiedlich, da Notwendigkeit und Höhe der Anpassung abhängig sind von der Entwicklung des Schiffsverkehrs in den entsprechenden Revieren (Einnahmen des Vorjahres und Prognose für das kommende Jahr). So steigt z.B. durch das Anwachsen der Schiffsgrößen die durchschnittliche Einnahme für eine Lotsung und somit die Gesamteinnahme.

jeweiligen Soll-Ist-Vergleichs sind Grundlage für die Beratung in fünf regionalen Arbeitskreisen. Hier hat die jeweils zuständige Wasser- und Schifffahrtsdirektion den Vorsitz. Mitglieder der Arbeitskreise sind die betroffenen Lotsenbrüderschaften, Vertreter des jeweiligen Küstenlandes und der regionalen maritimen Wirtschaft. Die Wasser- und Schifffahrtsdirektionen legen Vorschläge für die Lotsgeldtabellen unter Berücksichtigung regionalspezifischer Besonderheiten vor. Abschließend werden die Vorschläge der Arbeitskreise durch das Bundesverkehrsministerium mit der Änderung der Lotstarifverordnung umgesetzt.⁹¹

68. Die für den Lotsendienst erforderlichen Lotseinrichtungen, wie beispielsweise Versetzschiffe oder Landstationen, werden aus den Lotsabgaben bestritten. Die Lotsabgabe ist eine öffentliche Abgabe an das Bundesfinanzministerium, bei deren Festsetzung das Bundesverkehrsministerium an das Votum des Bundesfinanzministeriums gebunden ist. Gemäß § 45 Absatz 3 Satz 1 SeeLG sind die Lotsabgaben so zu bemessen, dass ihr Aufkommen höchstens die öffentlichen Ausgaben für Zwecke des Seelotswesens deckt. Allerdings ist das öffentliche Interesse an der Förderung des Verkehrs zu berücksichtigen und das Bundesverkehrsministerium besitzt einen Ermessensspielraum, um aufgrund gesamtwirtschaftlicher Nachteile von einer vollen Kostendeckung abweichen zu können. Zuletzt wurde hiervon 2009 und 2010 Gebrauch gemacht und die Lotsabgaben wurden um 10 bzw. 5 Prozent zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Seehäfen und des Nord-Ostsee-Kanals während der wirtschaftlichen Rezession gesenkt.⁹²

69. Im Ergebnis zeigt sich eine für klassische Freie Berufe typische, starke Regulierung, welche dem Berufseintritt, der Berufsausübung und auch der Nachfrage enge regulatorische Grenzen setzt. Die Struktur des Lotswesens ist geprägt von Marktzugangs- und Verhaltensvorschriften.

Bei den Marktzugangsvorschriften finden sich Zulassungsvoraussetzungen (z. B. 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 ist augenfällig, dass den Nachfragern aufgrund der Börtfolge auch nicht die Möglichkeit gegeben ist, einen Anbieter, d. h. Lotsen, frei zu wählen. In Verbindung mit dem Kontrahierungszwang

und den festgeschriebenen Preisen für die Dienstleistung wird dem Nachfrager jeder Handlungsspielraum genommen. Wettbewerb wird allenfalls marginal im Randbereich zugelassen, wie sich anhand der Ausschreibung des Versetzdienstes mit Helikoptern zeigt.

2.3 Rechtfertigung der Regulierung?

70. Regulierungsinstrumente müssen notwendig und verhältnismäßig sein.⁹³ So ist insbesondere zu prüfen, ob nicht marktnähere, weniger restriktive Lösungen gefunden werden können, die mögliche Marktunvollkommenheiten mindern oder sogar heilen können. Nach Informationen der Monopolkommission können die Lotskosten – je nach Schiffstyp und Revier – zwischen etwa 15 und 30 Prozent der gesamten Hafenanlauf- und Hafenabfahrtkosten⁹⁴ betragen. Mehr Wettbewerb in diesem Markt könnte für ein Absinken der Lotsentgelte sorgen⁹⁵ und damit auch die Wettbewerbssituation deutscher Seestraßen und Häfen im europäischen und internationalen Vergleich stärken. Außerdem ist zu erwarten, dass sich eine Belebung des Wettbewerbs auch positiv auf weitere Wettbewerbsparameter, wie z. B. den technischen Fortschritt oder die Servicequalität, auswirkt.

71. Von den Befürwortern der vorhandenen Marktstruktur wird argumentiert, dass die Erbringung von Lotsdienstleistungen eine hoheitliche Tätigkeit sei, die man nicht dem Wettbewerb öffnen könne. Im Vordergrund der Rechtfertigung steht dabei insbesondere die Sicherheit. Ohne die bestehende umfassende Regulierung, so die Begründung der Lotsenvertreter und Aufsichtsbehörden, könnten die hohen Sicherheitsstandards und die Sicherstellung einer ständigen Verfügbarkeit von Lotsen nicht gewährleistet werden. Einzig und allein die jetzt bestehende Marktausgestaltung garantiere eine optimale Marktversorgung.

72. Der seitens der Aufsichtsbehörden geäußerten Ansicht, dass die Beratung eines Kapitäns durch einen Lotsen eine hoheitliche Aufgabe darstelle, kann nicht gefolgt werden. Nach Meinung der Monopolkommission ergibt sich eine hoheitliche Aufgabe nicht bereits aufgrund der allgemeinen Lotsenannahmepflicht. Auch die Tatsache, dass Bund und Ländern die Einrichtung und Unterhaltung des Lotswesens sowie die Aufsicht über das Lotswesen obliegt, macht die Lotsleistung selbst zu keiner hoheitlichen Tätigkeit. Eine Beleihung, d. h. eine Übertragung von Hoheitsrechten auf die Lotsen, ist nicht erkennbar. Der Lotse ist lediglich Berater des Kapitäns

⁹¹ Hierbei werden noch einmal die Bundeslotsenkammer, der Bundesverband der See- und Hafenlotsen, die Küstenländer sowie die zentralen maritimen Wirtschaftsverbände und die Handelskammern Hamburg und Bremen angehört.

⁹² Vgl. Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 75 f.

⁹³ Vgl. auch Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Kapitel VI.

⁹⁴ Hierzu zählen unter anderem Agenturgebühren (Gebühren des Reeders an den Schiffsagenten), Gebühren für Port Authorities, Kosten der Müllbeseitigung, Kosten für das Fest- und Losmachen des Schiffes, Kai-Benutzungsgebühren (für einen Terminalbetreiber), Zollabfertigungsgebühren, mögliche Schleppkosten sowie Beiträge für die Gesellschaft zur Rettung Schiffbrüchiger und die Seemannsmission.

⁹⁵ Nach Informationen der Marktteilnehmer sanken durch die Öffnung des Marktes der Schleppdienste im Hamburger Hafen, durch die in den 1990er Jahren niederländische Anbieter in den Markt eintraten, die Preise daraufhin um etwa 30 Prozent.

und hat keine Weisungsbefugnis (§ 23 Absatz 1 SeeLG). Für die Führung des Schiffes bleibt der Kapitän selbst dann verantwortlich, wenn er selbständige Anordnungen des Seelotsen hinsichtlich der Führung des Schiffes zulässt (§ 23 Absatz 2 SeeLG). Hierdurch wird das Zwangslotssystem ausgeschlossen, bei dem der Lotse die Schiffsführung übernimmt. Der Lotse übt seinen Beruf als freien, nicht gewerblichen Beruf aus (§ 21 Absatz 2 SeeLG) und führt die Lotsung in eigener Verantwortung durch (§ 21 Absatz 2 SeeLG). Die Beratungsleistung erbringt er als Freiberufler auf der Basis eines mit dem Reeder geschlossenen privatrechtlichen Dienstvertrags. Demgegenüber gehören die Beförderung zum Schiff und die Abholung von dort nicht zu den vertraglichen Aufgaben des Seelotsen. Dafür ist allein der Staat zuständig, der die Beförderung der Lotsen hoheitlich erbringt.⁹⁶ 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).

73. Aus volkswirtschaftlicher Sicht besteht möglicherweise die Problematik einer gravierenden asymmetrischen Informationsverteilung. Informationsunterschiede zwischen Dienstleistungsnachfragern, typischerweise Laien, und Dienstleistungsanbietern als Berufsträgern mit hoch spezialisiertem Fachwissen⁹⁷ sind ein ganz typisches Merkmal auf den Märkten der Dienstleistungen klassischer Freier Berufe. Informationsunterschiede – und daraus abgeleitet die Transaktions- bzw. Informationskosten für deren Überwindung – sind dann am größten, wenn die Dienstleistung eine hohe Spezifität aufweist, selten nachgefragt wird und durch einen hohen Unsicherheitsgrad gekennzeichnet ist.⁹⁸ In einem solchen Fall kann der Nachfrager die Qualität und Notwendigkeit der Leistung nicht beurteilen. Tatsächlich haben Schiffslotsen teilweise aufgrund ihrer spezifischen Revierkenntnisse (z. B. geografische Verhältnisse, Wetter) einen Informationsvorsprung gegenüber dem Kapitän, der Reederei oder dem Schiffsmakler. Allerdings kann dieser Informationsvorsprung – und das spielt gerade auf diesem Markt eine entscheidende Rolle – durch ein häufiges Befahren des Reviers durch den Kapitän verringert oder sogar gänzlich aufgehoben werden, sodass hierdurch die verpflichtende Annahme eines Lotsen überflüssig wird. Im Vergleich zu den Vertragsbeziehungen anderer Freier Berufe und ihrer Nachfrager (z. B. Arzt und Patient) ist es einem Kapitän also möglich, die Aufgabe der Lotsung bei entsprechenden Ortskenntnis selbst zu übernehmen. Dies wird auch

durch die bereits jetzt bestehenden Möglichkeiten einer Befreiung von der Lotsenannahmepflicht bestätigt. Dies zeigt, dass Flexibilität innerhalb der rigiden Marktordnung – unter Wahrung von Qualitätsanforderungen – zugelassen werden können und auch bereits zugelassen werden. Überdies ist zu konstatieren, dass die Weiterentwicklung der Navigationstechnologie Unsicherheiten des Kapitäns bei der Steuerung eines Schiffes verringert hat. Um Informationsasymmetrien zu verringern, bietet sich im Übrigen auch eine vertikale Integration an, d. h. das alternative Geschäftsmodell von bei einem Reeder angestellten Lotsen.

74. Augenfällig erscheint der Monopolkommission der Unterschied gegenüber den Informationsasymmetrien auf den Märkten der Dienstleistungen der klassischen Freien Berufe. Denn im deutlichen Unterschied zu Patienten, Mandanten oder Bauherren sind der Kapitän und die Reederei mit der Materie sehr gut vertraut. Die berufliche Nähe eines Kapitäns gegenüber einem Lotsen – so ist der Lotse in Deutschland heutzutage ein ausgebildeter Kapitän⁹⁹ – bewirkt, dass der Kapitän viel eher in der Lage sein dürfte, die Dienstleistung nach bestimmten Kriterien ex ante und ex post zu beurteilen. Insbesondere ein nachvertragliches Kontrollproblem seitens des Kapitäns kann aufgrund der beruflichen und auch räumlichen Nähe des Kapitäns zu dem Lotsen auf der Kommandobrücke ausgeschlossen werden. Man kann von einer „Transaktion auf Augenhöhe“ sprechen. Die mögliche Gefahr einer Negativauslese¹⁰⁰, d. h. eines Rückgangs guter Qualitäten bei rückläufiger Zahlungsbereitschaft und eines Ausbleibens effizienzorientierter Auswahlprozesse, kann nach Meinung der Monopolkommission ausgeschlossen werden. Im Ergebnis sind Ex-ante-Informationsasymmetrien vorhanden, allerdings sind diese – im entscheidenden Unterschied zu den klassischen Freien Berufen – nicht gravierend.

75. Allerdings erkennt die Monopolkommission bei Lotsendienstleistungen die Problematik negativer externer Effekte. Das bedeutet, dass Fehler bei der Schiffsführung gravierende negative Auswirkungen auf unbeteiligte Dritte haben können und damit nicht allein den Kapitän und den Reeder schädigen. So können bei einer Havarie neben dem entsprechenden Reeder auch andere Schiffe und die Umwelt (z. B. wenn das Schiff Rohöl oder Chemikalien geladen hat und diese im Falle einer Kollision austreten) negativ betroffen sein. Es besteht die Gefahr, dass Kapitäne oder Reeder derartige negative Externalitäten nicht berücksichtigen (wollen) und daher – zumindest wenn keine entsprechenden Haftungsregeln bestehen – nicht ausreichend Sorgfalt walten lassen. Die verpflichtende Beratung eines Lotsen kann in einem derartigen Fall durchaus qualitätssichernd wirken und die Gefahr ne-

⁹⁶ Vgl. Hanseatisches OLG Hamburg, Urteil vom 19. August 2010, 6 U 8/09, Rn. 43.

⁹⁷ Man spricht von einer Principal-Agent-Problematik, bei welcher der Auftraggeber (Principal) gegenüber dem Auftragnehmer (Agent) einen Informationsnachteil hat. Allen sich hieraus ergebenden Problemen und auch Lösungsmöglichkeiten widmet sich die Principal-Agent-Theorie.

⁹⁸ Vgl. Williamson, O.E., *The Economic Institutions of Capitalism*, New York 1985, S. 52.

⁹⁹ Ursprünglich waren es ortskundige Fischer, die im 13. bis 14. Jahrhundert Lotsaufgaben übernahmen; vgl. Bundesverband der See- und Hafenlotsen e.V., *Die Aufgaben eines Seelotsen*, <http://www.bshl.de/ueber-lotsen/berufsbild/index.html>

¹⁰⁰ Vgl. Akerlof, G., *The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, *Quarterly Journal of Economics* 84(3), 1970, S. 488–500.

gativer externer Effekte verringern. Allerdings muss festgestellt werden, dass der Reeder und der Kapitän üblicherweise wenig Interesse daran haben dürften, hinsichtlich der Wartung bzw. der Führung des Schiffes geringe Sorgfalt walten zu lassen. Denn einerseits wird im Falle einer Kollision das eigene Schiff mitsamt der Besatzung, der Ladung oder den Passagieren ebenfalls in Mitleidenschaft gezogen und überdies bestehen Haftungsregelungen für seitens eines Schiffes verursachte Schäden,¹⁰¹ welche ex ante disziplinierend wirken.

76. Nichtsdestotrotz mag das Problem negativer externer Effekte eine gewisse Rolle spielen, sofern sich Haftungsregeln nicht oder nicht vollständig durchsetzen lassen. Nachfolgend greift die Monopolkommission nun die Regulierungen heraus, welche sie in dem bestehenden Umfang für ökonomisch nicht gerechtfertigt oder zumindest für deutlich verbesserungswürdig erachtet. Nach Ansicht der Monopolkommission sind Qualifikationsanforderungen als Zulassungsvoraussetzung grundsätzlich geeignet, um insbesondere das auf diesem Markt bestehende Risiko negativer Externalitäten zu verringern. So wirkt sich die Entscheidung eines Reeders oder Schiffsmaklers, einen Lotsen mit deutlich geringerer Qualifikation anzuheuern, beispielsweise auch auf die Sicherheit dritter Verkehrsteilnehmer aus. Überdies wirken Qualifikationsanforderungen ex ante transaktionskostensenkend. Kritisch sieht die Monopolkommission indes die bestehende Sprachreihenfolge Deutsch/Englisch. Derzeitig ist die Reviersprache vorrangig Deutsch. Dies erscheint auch insoweit widersprüchlich, da einerseits die Qualitätsanforderungen für die Lotstätigkeit in den letzten Jahren verringert wurden, um dem Nachwuchsmangel entgegenzuwirken, und andererseits die Voraussetzung des Beherrschens der deutschen Sprache in Wort und Schrift weiter aufrechterhalten wird. Dies stellt eine deutliche Marktzutrittschranke für nicht deutsche Lotsenanwärter dar.

77. 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. Dass eine Zulassungsbeschränkung Informationsasymmetrien und die Gefahr negativer externer Effekte effektiv verringern kann, ist nach Meinung der Monopolkommission nicht erkennbar.

78. Die Selbstverwaltung der Lotsen findet in den Lotsenbrüderschaften und der Bundeslotsenkammer ihren Ausdruck. Der Vorteil einer Selbstverwaltung besteht grundsätzlich darin, dass die betroffene Berufsgruppe über eine hohe Sachkenntnis verfügt. Durch die Schaffung von Standards hinsichtlich Ausbildung und Berufsausübung können Ex-ante-Informationsasymmetrien reduziert und negative externe Effekte vermieden werden. Der wesentliche Nachteil der Selbstverwaltung besteht indes typischerweise in dem Konflikt zwischen der Funk-

tion als Kontrollgremium einerseits und der Interessenvertretung andererseits. So besteht immer die Gefahr, dass bei Entscheidungen die Interessen der Berufszugehörigen gegenüber denen von Nachfragern oder potenziellen Berufseinsteigern im Vordergrund stehen. Die Verbindung aus Selbstverwaltung und Aufsicht des Bundes bewirkt ein – aus Sicht der Monopolkommission – abgeschlossenes und relativ intransparentes System, in dem Wettbewerb zugunsten von scheinbaren Sicherheitsargumenten ausgeschlossen wird.

79. Die individuelle Festlegung der Preise durch die Anbieter ist ein zentrales Merkmal marktwirtschaftlichen Handelns. Der Preis für eine Dienstleistung ist ein Knappheitsindikator, gemessen an Angebot und Nachfrage. Die Preise für Lotsungen bestimmen sich nach der Lotstarifverordnung. Dabei darf der Seelotse keine anderen als die durch Lotstarifverordnung festgesetzten Lotsgelder fordern, sich versprechen lassen oder annehmen.¹⁰² Preisregulierungen werden von ihren Befürwortern in erster Linie damit begründet, dass kein Preis-, sondern ein reiner Qualitätswettbewerb stattfinden solle.

Es ist zu konstatieren, dass festgeschriebene Preise transaktionskostensenkend wirken. Allerdings ist der Eingriff in die freie Preisfestsetzung ein besonders schwerwiegender, der mit gravierenden Problemen behaftet ist. Neben Problemen wie der Abschöpfung von Monopolrenten durch die Berufsträger ist für die Monopolkommission nicht schlüssig, dass Preisregulierungen zu mehr Qualität der Dienstleistung führen sollten. Fraglich ist dies insbesondere, weil in Verbindung mit den Instrumenten der Lotsenannahmepflicht und der Börtfolge der (Qualitäts-)Wettbewerb zwischen den Lotsen kategorisch ausgeschlossen wird. Wie in solch einem Konstrukt vermehrt Leistungsanreize entstehen sollen, ist unklar. Die etwaige Gefahr negativer externer Effekte kann mit diesem Instrument ebenfalls nicht verringert werden, da eine starre, administrative Tarifierung keine Aussage über die Qualität der Dienstleistung erlaubt. Überdies wurde der Monopolkommission berichtet, dass die fehlende Einkommensdifferenzierung zwischen den Revieren dazu führe, dass attraktive Reviere sehr großen Zulauf von Lotsenanwärtinnen hätten, während es in weniger beliebten Revieren Probleme gebe, Nachwuchs zu rekrutieren. Auch vor diesem Hintergrund hält die Monopolkommission fixe Lotstarife für nicht gerechtfertigt. In diesem Zusammenhang erachtet die Monopolkommission auch die vorgeschriebene Börtreihenfolge für nicht zwingend. Dass ein Kapitän die Möglichkeit erhält, einen Lotsen selbst auszuwählen, dürfte für mehr Wettbewerb zwischen den Lotsen sorgen.

80. Eine Lotsenannahmepflicht kann Informationsasymmetrien und die etwaige Gefahr negativer externer Effekte verringern. Wie gezeigt werden konnte, kann der Informationsvorsprung des Lotsen indes insbesondere durch ein häufiges Befahren des Reviers durch den Kapitän, eine vertikale Integration durch Anstellung der Lotsen bei einem Reeder sowie moderne Navigationstechnologie verringert oder sogar gänzlich aufgehoben werden. Hierdurch wird die verpflichtende Annahme eines Lotsen

¹⁰¹ Vgl. insbesondere §§ 484 ff. HGB.

¹⁰² § 45 Absatz 5 SeeLG.

überflüssig. Als problematisch erachtet die Monopolkommission auch die Voraussetzung ausreichender deutscher Sprachkenntnisse, um als Schiffsführer von der Lotsenannahmepflicht befreit werden zu können, da diese dazu beiträgt, die Befreiung von der Lotsenannahmepflicht für die Kapitäne zu erschweren.

2.4 Handlungsempfehlungen der Monopolkommission

81. Der Markt für Dienstleistungen der Hafen- und Seelotsen in Deutschland sollte transparenter und durchlässiger gestaltet werden. Die Monopolkommission empfiehlt daher mehr Transparenz bei der Selbstverwaltung sowie der Aufsicht des Bundes. Dies kann beispielsweise durch eine regelmäßige Veröffentlichung von Parametern, wie z. B. Gehaltszusammensetzung, Informationen über die Fortbildungsinhalte der Lotsen, Qualitätssicherungsmaßnahmen oder auch Unfallzahlen, geschehen.

82. Des Weiteren sollte die Lotstarifverordnung lediglich als nicht bindender Referenztarif ausgestaltet werden. Das heißt, dass die Lotstarifverordnung nur dann anwendbar ist, soweit bei Vertragsschluss nichts anderes vereinbart wird. Ebenso 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.

83. Die Monopolkommission spricht sich des Weiteren dafür aus, die (erste) Reviersprache von Deutsch auf Englisch zu ändern. Dies ermöglicht bessere Markteintrittschancen für nicht deutsche Lotsenanwärter und ausländische Kapitäne könnten so leichter Freifahrerregelungen in Anspruch nehmen.

84. Die Monopolkommission regt 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 von Informationsasymmetrien auch für die Option der vertikalen Integration aus, bei der Lotsen im Rahmen eines alternativen Geschäftsmodells auch bei einem Reeder angestellt werden können.

85. 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. Die Monopolkommission konnte überdies keine Argumente gegen die Zulassung möglicher konkurrierender Lotsenbrüderschaften finden. Mittelfristig spräche nichts gegen die Einrichtung konkurrierender Lotsenbrüderschaften auf diesem Markt, insbesondere vor dem Hintergrund einer zukünftig möglicherweise höheren Anzahl an Zulassungen.

3. Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich

86. Die Monopolkommission setzt sich seit längerer Zeit für eine grundlegende Veränderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen im Eisenbahnbereich ein.¹⁰³ In ihrem Koalitionsvertrag kündigte die Bundesregierung 2009 eine Überarbeitung des bestehenden Regulierungsrechts an.¹⁰⁴ Anfang des Jahres 2012 wurde schließlich der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich (ERegG-E) des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vorgelegt. Vor dem Hintergrund ihrer wiederholten Forderungen begrüßt die Monopolkommission die geplante Novellierung. Insgesamt stellt der vorliegende Gesetzentwurf einen Schritt in die richtige Richtung dar. In einigen ganz wesentlichen Punkten besteht jedoch dringender Nachbesserungsbedarf. Die grundlegende Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich sollte dazu genutzt werden, die Regulierungsziele der Stärkung des Wettbewerbs und der Steigerung der Effizienz ambitioniert zu verfolgen und bestehende Hindernisse konsequent zu beseitigen.

87. Im vorliegenden Gesetzentwurf ist die Neugestaltung und Neuausrichtung der Entgeltregulierung am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL), die Einführung einer Ex-ante-Genehmigung der Entgelte, die Stärkung der Bundesnetzagentur sowie die übersichtliche Zusammenführung aller relevanten Vorschriften aus dem Allgemeinen Eisenbahngesetz und der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung positiv hervorzuheben. Allerdings enthält der Gesetzentwurf auch 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 kritisieren. Die Monopolkommission nimmt vor diesem Hintergrund im Folgenden zu einigen besonders relevanten Punkten Stellung.

88. Die Monopolkommission begrüßt, dass der ihren eigenen Auftrag betreffende § 59 ERegG-E um einen Absatz 2 erweitert wurde, in welchem die Bundesregierung als Adressat des Gutachtens genannt ist und zum Gutachten Stellung zu nehmen hat. Jedoch wird der Monopolkommission weiterhin kein Akteneinsichtsrecht bei der Bundesnetzagentur eingeräumt. Ein solches ist aber zur Erfüllung des in § 59 ERegG-E Absatz 1 erteilten Auftrags erforderlich.¹⁰⁵

¹⁰³ Vgl. Monopolkommission, Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang, Sondergutachten 60, Baden-Baden 2011, insbesondere Abschnitt 1.1.

¹⁰⁴ Vgl. Wachstum. Bildung. Zusammenhalt – Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP, Berlin, 26. Oktober 2009, S. 37.

¹⁰⁵ Bereits in ihrer Stellungnahme zum 17. Hauptgutachten der Monopolkommission äußerte sich die Bundesregierung dahin gehend positiv, dass sie das Ziel, im Regulierungsrecht einheitliche Standards für alle regulierten Bereiche festzulegen, unterstützt. Die Bundesregierung sicherte zu, sich dafür einzusetzen, dass im Allgemeinen Eisenbahngesetz, im Energiewirtschaftsgesetz und im Postgesetz ein dem § 46 Absatz 2a GWB und dem § 121 Absatz 3 Satz 3 TKG entsprechendes Akteneinsichtsrecht vorgesehen wird; vgl. Bundestagsdrucksache 16/11558 vom 19. Dezember 2008, Tz. 14.

89. Zu bemängeln ist, dass im Gesetzentwurf keine weitergehenden umfassenden Anforderungen an die rechtliche, organisatorische und entscheidungsbezogene Unabhängigkeit der Betreiber der Eisenbahninfrastruktur gestellt werden. Die Monopolkommission hat in ihrem letzten Sondergutachten die Kosten und Nutzen einer strikten Trennung der Infrastruktur- und Transportleistungen auch auf Grundlage des aktuellen Stands der wissenschaftlichen Forschung detailliert analysiert und abgewogen. Im Ergebnis wird deutlich, dass der Nutzen einer solchen Trennung die Kosten klar überwiegt.¹⁰⁶ Insgesamt finden sich sogar kaum wissenschaftliche Belege für signifikante Nachteile einer Trennung, die gegen die erheblichen Vorteile abgewogen werden müssten. Die aktuell geführte Diskussion hat nach Auffassung der Monopolkommission für diese Analyse keine weiteren Erkenntnisse geliefert. Daher fordert die Monopolkommission, die in §§ 40 ff. ERegG-E aufgeführten Vorgaben an die Struktur der Unternehmen diesbezüglich zu verschärfen, mindestens insoweit, dass den europäischen Vorgaben klar entsprochen wird. Dies ist insbesondere auch vor dem Hintergrund des laufenden Vertragsverletzungsverfahrens notwendig. Die Struktur der Deutschen Bahn AG sollte dementsprechend so ausgestaltet werden, dass diese Vorgaben zweifelsfrei erfüllt werden. Die sofortige Auflösung der bestehenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge ist dazu dringend erforderlich.

90. Die Monopolkommission sieht die vorgesehene Stärkung der Position der Bundesnetzagentur insgesamt positiv. Insbesondere ist gutzuheißen, dass die Regulierungsbehörde nach § 54 RefE auch dann Marktbeobachtungen durchführen können soll, wenn diese nicht auf einem konkreten Missbrauchsverdacht basieren, sondern der Informationsbeschaffung dienen. Auch ist zu begrüßen, dass die Regulierungsbehörde – und nicht mehr das Eisenbahnbundesamt – mit der Aufsicht der Einhaltung der Struktur der Unternehmen und damit insbesondere mit der organisatorischen Trennung befasst sein soll. Kritisch sieht die Monopolkommission jedoch die Verlagerung der Dienstaufsicht über die Bundesnetzagentur hinsichtlich der Eisenbahnregulierung vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie zum Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung in § 44 Absatz 2 ERegG-E. Die Dienstaufsicht für die Bundesnetzagentur liegt derzeit unabhängig vom Sachbereich beim Bundeswirtschaftsministerium und sollte nicht auf mehrere Dienstvorgesetzte aufgeteilt werden. Haushalts- und personalpolitische Entscheidungen können nicht sinnvoll durch mehrere Vorgesetzte getroffen werden. Die vom Gesetzentwurf intendierte Zusammenführung von Dienst- und Fachaufsicht, die derzeit beim Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung liegt, spricht daher eher für eine Verlagerung der Fachaufsicht zum Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, was die Monopolkommission als sachgerecht ansieht.

91. Die Monopolkommission begrüßt die von ihr lange geforderte explizite Herausnahme der Versorgung der Eisenbahnen mit leitungsgebundener Energie vom Anwendungsbereich des Gesetzes in § 1 ERegG-E sowie die Streichung aus der Legaldefinition des § 3 Absatz 5 ERegG-E.¹⁰⁷

92. Die Monopolkommission ist nicht der Auffassung, dass die gesetzlich zugesicherte Möglichkeit des Aufstellens von Fahrkartenautomaten in Bahnhöfen nach § 4 Absatz 12 ERegG-E ausreicht, um die fortwährenden Probleme der bestehenden Tarif- und Vertriebsstruktur zu lösen. Es ist nicht zu erwarten, dass so auch andere Eisenbahnverkehrsunternehmen als die Deutsche Bahn AG ein bundesweites Ticket- und Tarifsystem anbieten können und die Deutsche Bahn AG ihre marktbeherrschende Stellung im gesetzlich vorgegebenen, bundesweit einheitlichen System verlieren wird. Das Verfahren, durch das Eisenbahnverkehrsunternehmen ihrer Mitwirkungspflicht zu bundesweit durchgehenden SPNV-Tarifen nachkommen, sollte daher durch gesetzliche Vorgaben ausgestaltet werden. Der gemeinsame Tarif sollte durch einen zu gründenden bundesweiten Tarifverbund festgelegt werden, in dem kein einzelnes Verkehrsunternehmen eine dominierende Stellung besitzt.¹⁰⁸

93. Die Vorschriften zur Entgeltregulierung wurden vergleichsweise weitgehend neu gestaltet. Die Einführung einer Ex-ante-Entgeltgenehmigung und die Orientierung am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sind dabei prinzipiell positiv zu bewerten. Die Anwendung dieses Maßstabs (zuzüglich einer Gesamtkapitalrendite) ist dem bestehenden Vollkostenmaßstab vorzuziehen. In Bezug auf die geplante Ex-ante-Genehmigung der Entgelte nach §§ 27 ff. ERegG-E besteht die Hoffnung, dass diese die bestehende Ex-post-Prüfung, die in der Praxis teilweise sehr langwierig und damit in ihrer Wirkung eingeschränkt ist, zumindest teilweise nutzenstiftend ersetzen kann. Dass durch die geplanten Neuerungen in der Praxis tatsächlich signifikante Verbesserungen eintreten, ist aufgrund der im Folgenden dargestellten Einschränkungen jedoch unwahrscheinlich.

94. Ziel der Neuerungen der Entgeltregulierungsvorschriften ist nach Angaben des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung eine Anpassung der Vorschriften an die Standards anderer regulierter Bereiche. Dies wird durch das Fehlen eines klaren Petitus für eine Anreizregulierung jedoch nicht erreicht. Die Verordnungsmächtigung für eine Anreizregulierung nach § 60 Absatz 1 Nummer 2 RefE ist nicht ausreichend, da keine konkreten Pläne des Bundesverkehrsministeriums zur Einführung einer entsprechenden Verordnung bekannt sind. Nur durch die Einführung einer Anreizregulierung für die Eisenbahninfrastrukturbetreiber können echte Anreize zur Senkung der mit der Bereitstellung der Infrastruktur verbundenen Kosten und Entgelte geschaffen werden. Auch kann durch eine Anreizregulierung mit einer Differenzierung verschiedener Leistungskörbe

¹⁰⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 60, a. a. O., Abschnitt 1.2.

¹⁰⁷ Vgl. ebenda, Abschnitt 2.1.3.

¹⁰⁸ Vgl. ebenda, Abschnitt 3.4.

Diskriminierungspotenzial wirksam eingeschränkt werden.¹⁰⁹ So fehlt im Gesetzentwurf die von der Monopolkommission als entscheidend angesehene Veränderung der Entgeltregulierung.

Die im Entwurf vorgesehene kostenbasierte Ex-ante-Regulierung mit einer Orientierung am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bedeutet demgegenüber nicht nur eine erheblich geringere Anreizwirkung zur Effizienzsteigerung und Entgeltsenkung, sondern auch einen deutlichen Mehraufwand für Regulierer und Unternehmen. Außerdem ist unklar, wie gut eine solche Regelung im Eisenbahnsektor mit der extremen Vielzahl unterschiedlicher Produkte in der Praxis zu handhaben ist. Die praktischen Probleme der vorgesehenen Regulierung führen somit dazu, dass deren Wirkung in Bezug auf Effizienzsteigerungen gegenüber einer Anreizregulierung weiter zurückfällt.

Im Ergebnis wäre es wünschenswert, wenn die Einführung einer Anreizregulierung auf Grundlage der von der Bundesnetzagentur erarbeiteten Vorschläge im Gesetz konkret vorgegeben wird.

95. Dadurch, dass nach § 29 Absatz 1 Sätze 3 bis 5 ERegG-E Aufwendungen für Investitionen und Instandhaltung nicht der Regulierung unterliegen sollen, würde die Wirksamkeit der Regulierung drastisch eingeschränkt. Ein Großteil der Gesamtkosten wäre so komplett von der Effizienzkontrolle ausgenommen. Die Monopolkommission sieht diese explizite Ausnahme der Investitions- und Instandhaltungskosten als inakzeptabel an. Ein effizienter Einsatz der Mittel kann so nicht sichergestellt werden.

Die Begründung, dass bereits die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung eine ausreichende Effizienz sicherstellt, wurde bereits im letzten Bahn-Sondergutachten der Monopolkommission deutlich zurückgewiesen.¹¹⁰ Die analoge Argumentation gilt für die außerhalb der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung von den Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes finanzierten Investitionen ebenso wie für den Neu- und Ausbau des Schienennetzes im Rahmen des „Bedarfsplans für die Bundesschienenwege“. Zu diesem Ergebnis kam wiederholt auch der Bundesrechnungshof, der „immer wieder“ festgestellt hat, „dass die Eisenbahninfrastrukturunternehmen Bundesmittel für Schienenwegbau zweckwidrig oder unwirtschaftlich verwendeten“.¹¹¹ Auch bemängelte der Bundesrechnungshof, dass der Netzzustandsbericht im Rahmen der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung für die „Outputkontrolle bei der Schienenwegefinanzierung bislang nicht geeignet“ sei.¹¹² Die intendierte Überprüfung der Infrastrukturqualität erfolgt damit nur unzulänglich. Darüber hinaus ist eine echte Effizienzkontrolle nicht einmal vorgesehen. Mit der Leistungs- und Fi-

nanzierungsvereinbarung sind daher keinerlei Anreizwirkungen zur Entgeltsenkung, sondern aufgrund der real sinkenden Zuwendungen im Gegenteil Anreize zu Entgeltsteigerungen verbunden.¹¹³ Eine Regulierung dieser Bereiche ist daher unentbehrlich. Der Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung muss umfassend gelten. Dazu sollten die Sätze 3 bis 5 des § 29 Absatz 1 ERegG-E ersatzlos gestrichen werden.

Um die bisher ausgenommenen Kosten der KeL-Kontrolle zu unterwerfen, dürfen die Informationsbefugnisse der Bundesnetzagentur auch in Bezug auf diese Kosten nicht, wie in § 25 Nummer 1, letzter Halbsatz und § 38 Absatz 1 Nummer 1 ERegG-E vorgesehen, beschränkt werden.

Kritisch sind auch die Vorgaben des § 30 Absatz 2 Nummer 2 und 3 ERegG-E zu bewerten, wonach Aufwendungen außerhalb der KeL-Kontrolle immer zu berücksichtigen sind, wenn diese auf Grundlage von Verträgen über die Sicherung von Arbeitsplätzen entstehen bzw. pauschal die Sicherheit erhöhen. Diese sehr unkonkreten Ausnahmen schwächen die Entgeltregulierung deutlich, da durch diese Begründungen fast beliebige Entgelterhöhungen ermöglicht werden.

96. Die Monopolkommission befürwortet die nach § 32 Absatz 1 ERegG-E geplante Vorgabe einer Gesamtkapitalrendite als zulässige Verzinsung des eingesetzten Kapitals. Dies ist der bestehenden Vorgabe einer Eigenkapitalrendite in Verbindung mit der dadurch notwendigen Regulierung der Kapitalstruktur deutlich vorzuziehen, da so keine Fehlanreize für die Wahl der effizienten Kapitalstruktur entstehen. Ebenso ist die Orientierung am Capital Asset Pricing Model nach § 32 Absatz 2 ERegG-E zu begrüßen.¹¹⁴

Abzulehnen ist jedoch die in der Gesetzesbegründung zu § 32 ERegG-E ausgeführte intendierte Andersbehandlung der bundeseigenen Eisenbahninfrastrukturunternehmen bei der Bemessung der Eigenkapitalrendite. Obwohl in der Begründung des Entwurfs von der Erstattung von Refinanzierungskosten wie im wettbewerblichen Kontext gesprochen wird, sollen die bundeseigenen Eisenbahninfrastrukturunternehmen explizit anders behandelt werden, damit es nicht zu „überhöhten Trassenentgelten“ kommt. Diese Argumentation sieht die Monopolkommission als nicht konsistent an. Aus der Zielsetzung der Herstellung von Als-ob-Wettbewerb kann keine Andersbehandlung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes abgeleitet werden. Außerdem dient die Erstattung der Refinanzierungskosten nicht dem Ziel, Trassenentgelte möglichst niedrig anzusetzen. Für die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit des Eisenbahnsektors sind aus ordnungspolitischen Gründen andere Instrumente wie die Finanzierung der Infrastruktur vorzuziehen.¹¹⁵

97. Zu begrüßen ist, dass die vorgegebenen Entgeltgrundsätze des § 34 ERegG-E nach § 35 ERegG-E nun

¹⁰⁹ Vgl. ebenda, Abschnitt 2.1.2.1.

¹¹⁰ Vgl. ebenda, Tz. 89 ff.

¹¹¹ Vgl. Bemerkungen des Bundesrechnungshofes 2011 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, Bundestagsdrucksache 17/7600 vom 14. November 2011, S. 40, 216.

¹¹² Vgl. Delhaes, D., Milliarden außer Kontrolle, Handelsblatt, 27. Juni 2011, S. 14.

¹¹³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 60, a. a. O., Tz. 89 ff.

¹¹⁴ Vgl. ebenda, Tz. 138 f.

¹¹⁵ Vgl. ebenda, Tz. 131 ff.

auch für Bahnhöfe gelten sollen. Allerdings wurden diese Grundsätze nicht, wie von der Monopolkommission gefordert, grundlegend so überarbeitet, dass der Bundesnetzagentur die Überprüfung der Entgeltsysteme erleichtert und Diskriminierungspotenzial eingeschränkt wird.¹¹⁶

98. Auch die Vorgaben des § 34 Absatz 6 ERegG-E für leistungsabhängige Bestandteile der Entgelte für Infrastrukturleistungen wurden nicht so gestaltet, dass dadurch wirksame Anreize zur Verringerung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes gesetzt werden. Dazu sollten umfangreiche und detaillierte Verspätungskategorien und Grundsätze für leistungsabhängige Entgelte vorgegeben werden.¹¹⁷

99. Im Bereich des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur sieht das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung die bestehenden Vorschriften als grundsätzlich ausreichend an. Die Monopolkommission hat in ihrem letzten Sondergutachten zum Eisenbahnsektor dagegen umfangreichen Reformbedarf festgestellt.¹¹⁸ Dennoch erkennt sie an, dass insbesondere in diesem Bereich der Zugangsregulierung einige begrüßenswerte Änderungen vorgesehen sind.

100. Positiv ist zu sehen, dass die Regelungen für die Nutzung von Serviceeinrichtungen denen von Schienennetzen angepasst werden sollen, indem der vorgeschriebene Mindestinhalt der Informationen in § 13 Absatz 2 ERegG-E entsprechend dem Paket von Mindestangaben für Schienennetze nach § 7 Absatz 2 ERegG-E erweitert wird. Außerdem ist zu begrüßen, dass die Bundesnetzagentur nach § 4 Absatz 8 ERegG-E nun Einfluss auf die Schienennetz-Nutzungsbedingungen und die Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen nehmen kann. Eine grundlegende Veränderung der entsprechenden Regelungen und die Stärkung der Rechte der Bundesnetzagentur ist von der Monopolkommission gefordert worden.¹¹⁹

101. Die Monopolkommission befürwortet, dass in den Regelungen über die Möglichkeit, Rahmenverträge abzuschließen, nach § 17 Absatz 7 ERegG-E eine feste Vorlaufzeit vorgegeben wird. Allerdings ist diese als Mindestvorlauf geplant und beträgt lediglich ein statt der von der Monopolkommission geforderten zwei Jahre. Die damit einhergehende geringfügige Verlängerung des Vorlaufs gegenüber der derzeitigen Praxis ist nicht ausreichend. Außerdem ist die zeitliche Regelung so zu gestalten, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen mit ausreichendem Vorlauf Rahmenverträge angeboten bekommen können, jedoch auch ein kurzfristiger Abschluss möglich ist. Im Übrigen sieht die Monopolkommission weiteren Reformbedarf der Rahmenvertragsregelungen.¹²⁰

102. Zu begrüßen ist, dass nach § 11 Absatz 1 des Referentenentwurfs zur Änderung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG-E) die Stilllegung von Serviceeinrichtungen genehmigungspflichtig werden soll und dazu auch die Übernahme durch Dritte betrachtet wird.

103. Darüber hinaus sieht die Monopolkommission weiteren Reformbedarf im Bereich des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur.¹²¹ Zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen sind weitergehende Transparenzpflichten erforderlich. So sollten Eisenbahninfrastrukturunternehmen verpflichtet werden, den Zugangsberechtigten Bildfahrpläne bzw. Zeit-Wege-Diagramme der Trassenbelegung in anonymisierter Form zugänglich zu machen, sodass freie Kapazitäten jederzeit identifiziert werden können.¹²² Ein solches Verfahren entspräche auch grundsätzlichen Überlegungen der europäischen Richtlinie 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten.¹²³ Zusätzlich sollte der Gesetzgeber den Infrastrukturbetreibern konkrete Pflichten zur Transparenz bezüglich der Art und Beschaffenheit der Trassen auferlegen.

104. Die Monopolkommission sieht den obigen Ausführungen entsprechend dringenden konkreten Änderungsbedarf des vorliegenden Gesetzentwurfs. Grundsätzlich ist die Wettbewerbsintensität im Eisenbahnverkehr nicht zufriedenstellend. Eine aktive Wettbewerbsentwicklung im Eisenbahnsektor setzt eine effiziente Marktordnung voraus. Die gegenwärtigen Rahmenbedingungen weisen jedoch zahlreiche Schwachstellen auf, die mit dem vorliegenden Gesetzentwurf nicht ausreichend adressiert werden.¹²⁴ Die Monopolkommission mahnt daher an, die 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.

4. Novellierung des Postgesetzes

105. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat im März 2012 Eckpunkte für eine Novellie-

¹²¹ Vgl. ebenda, Abschnitt 2.2.

¹²² Vgl. ebenda, Abschnitt 2.2.2.1.

¹²³ Vgl. Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABl. EG Nr. L 75 vom 15. März 2001, S. 29, Erwägungsgrund 27.

¹²⁴ Die Monopolkommission hat in ihren Gutachten Wettbewerbshindernisse dargestellt und darauf aufbauend entscheidenden Handlungsbedarf zur Verbesserung der Rahmenbedingungen aufgezeigt; vgl. insbesondere Monopolkommission, Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung, Sondergutachten 55, Baden-Baden 2009, sowie Sondergutachten 60, a. a. O. Jedoch haben nur wenige dieser Empfehlungen Eingang in den vorliegenden Gesetzentwurf gefunden, sodass ein Großteil der aufgezeigten Schwachstellen des Regulierungsrahmens weiterhin bestehen bleiben würde. Durch die explizite Ausnahme der Investitions- und Instandhaltungskosten aus der Entgeltregulierung durch die Bundesnetzagentur fällt der vorliegende Entwurf sogar noch hinter die aktuellen Regelungen zurück.

¹¹⁶ Vgl. ebenda, Abschnitt 2.1.2.3.

¹¹⁷ Vgl. ebenda, Abschnitt 2.2.2.5.

¹¹⁸ Vgl. ebenda, Abschnitt 2.2.

¹¹⁹ Vgl. ebenda, Abschnitte 2.2.2.4 und 2.2.3.2.

¹²⁰ Vgl. ebenda, Abschnitt 2.2.2.2.

rung des Postgesetzes vorgelegt.¹²⁵ Mit der Novelle solle der Regulierungsrahmen verbessert sowie in Märkten, in denen sich bereits Wettbewerb entwickelt habe, Regulierung abgebaut werden. Zudem bestehe Anpassungsbedarf in Bezug auf die Verweise des Postgesetzes auf andere Gesetze. Die Eckpunkte der Postgesetz-Novelle wurden am 15. März 2012 für eine vierwöchige Kommentierung ins Internet gestellt. Das Bundeswirtschaftsministerium beabsichtigt, nach Auswertung der Kommentierungen einen Referentenentwurf vorzulegen. Obwohl die Monopolkommission es begrüßt, dass das Bundeswirtschaftsministerium so frühzeitig Eckpunkte für die geplante Postgesetz-Novelle veröffentlicht hat, kann eine Detaildiskussion um die Novellierung des Postgesetzes erst auf der Grundlage eines begründeten Gesetzentwurfs geführt werden. Ein solcher lag jedoch zum Zeitpunkt der Fertigstellung des vorliegenden Hauptgutachtens noch nicht vor.

106. Die Monopolkommission setzt sich seit Längerem für eine Veränderung des Postrechts ein und begrüßt darum die geplante Novellierung des Postgesetzes.¹²⁶ Die Eckpunkte für die Postgesetz-Novelle 2012 beinhalten einige wichtige, positiv zu bewertende Änderungsvorschläge. Von diesen ist insbesondere (a) die Einführung einer Pflicht der Deutschen Post AG, die Entgelte für Massensendungen ab 50 Stück vor der geplanten Einführung der Bundesnetzagentur vorzulegen, (b) die Stärkung der Verfahrensrechte Dritter sowie (c) der Abbau der Regulierung der Entgelte förmlicher Zustellungen zu nennen. Insgesamt sind die vorgeschlagenen Änderungen jedoch noch nicht weitgehend genug, sodass die Monopolkommission noch Nachbesserungsbedarf sieht. So hält die Monopolkommission beispielsweise eine Ex-ante-Genehmigungspflicht von Entgelten für Teilleistungen, die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Post AG niedergelegt sind, für erforderlich. Auch sollte § 20 Absatz 2 Satz 2 PostG sowie § 3 Absatz 4 Satz 3 PEntgV gestrichen werden, damit künftig sichergestellt ist, dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der einzig relevante Maßstab für die Entgeltregulierung sind.

107. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem Sondergutachten zur Wettbewerbsentwicklung im Postsektor 2011 analysiert, dass der Deutschen Post AG durch die Regelungen des aktuellen Postgesetzes ein zu großer Gestaltungs- und Handlungsspielraum eingeräumt wird. Auch verfügt die Bundesnetzagentur nicht über ausreichende Ermittlungsbefugnisse, um eine wirkungsvolle und effektive Ex-post-Entgeltkontrolle zu gewährleisten und missbräuchliches Verhalten der marktbeherrschenden Deutschen Post AG aufzudecken und zu untersagen. Das Postgesetz bietet somit keine ausreichenden Mittel, um den Wettbewerb zu fördern. Die Monopolkommission hat darum detaillierte Handlungsempfehlungen für eine Post-

gesetz-Novelle ausgesprochen.¹²⁷ Aus diesem Grunde werden im Folgenden die vom Bundeswirtschaftsministerium vorgelegten Eckpunkte nur kurz kommentiert.

4.1 Keine Deregulierung

108. Das Bundeswirtschaftsministerium hat in den Eckpunkten dargelegt, dass die Ex-ante-Genehmigungspflicht für Briefentgelte mit einer Mindesteinlieferungsmenge von unter 50 Stück bestehen bleiben soll. Demnach soll keine Überführung dieser Ex-ante-Regulierung in eine Missbrauchsaufsicht erfolgen. Die Monopolkommission hatte sich in ihrem Sondergutachten aufgrund der noch immer absolut marktbeherrschenden Stellung der Deutschen Post AG sowie der aktuell stagnierenden Sendungsmengen ausdrücklich gegen eine Aufhebung dieser Endkundenpreisregulierung ausgesprochen.¹²⁸ Aus diesem Grunde begrüßt sie, dass das Bundeswirtschaftsministerium ebenfalls eine Deregulierung dieses Bereichs ablehnt.

4.2 Regulierung von Massensendungen und Teilleistungen

109. Zurzeit werden von der Bundesnetzagentur lediglich die Entgelte für Briefsendungen mit einer Mindesteinlieferungsmenge von unter 50 Stück ex ante genehmigt. Die Teilleistungsentgelte und die Entgelte für Massensendungen mit einer Einlieferungsmenge ab 50 Stück unterliegen lediglich einer nachträglichen Kontrolle.¹²⁹ Das Bundeswirtschaftsministerium hat im Eckpunktepapier bezüglich der Regulierung von Massensendungen ab 50 Stück (und damit auch Teilleistungen, da die derzeitigen Teilleistungsangebote der Deutschen Post AG eine Mindesteinlieferungsmenge von mehr als 50 Stück voraussetzen) vorgeschlagen, eine Regelung ins Postgesetz einzuführen, wonach die Deutsche Post AG die Entgelte für diese Massensendungen vor der geplanten Einführung der Bundesnetzagentur vorlegen muss (analog der Vorlagepflicht im Telekommunikationsgesetz).

110. Im Hinblick auf individuelle Verträge der Deutschen Post AG mit Großkunden, die regelmäßig Massensendungen betreffen, begrüßt die Monopolkommission die angestrebte Vorlagepflicht. Sie hält diese für dringend notwendig, jedoch in ihrer Intensität auch für ausreichend. Die Bundesnetzagentur hat in diesem Bereich ein Informationsdefizit, da sie zurzeit aus eigener Initiative keine anderen Verträge als Teilleistungsverträge einsehen kann. Ohne konkrete Hinweise kann sie jedoch auch kein

¹²⁷ Vgl. ebenda, Abschnitt 3.3.

¹²⁸ Vgl. ebenda, Abschnitt 3.3.1.

¹²⁹ Teilleistungsentgelte sind nach § 28 Absatz 2 PostG von der Bundesnetzagentur grundsätzlich ex ante nach §§ 19 und 20 PostG zu genehmigen, wenn sie in die allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen werden. Da nach § 19 Satz 2 PostG Entgelte für Mindesteinlieferungsmengen von 50 Stück nicht genehmigungsbefürdigt sind und die derzeitigen Teilleistungsangebote der Deutschen Post AG Mindesteinlieferungsmengen von mehr als 50 Stück voraussetzen, prüft die Bundesnetzagentur die Teilleistungsentgelte lediglich ex post nach § 25 PostG; vgl. BNetzA, BK 5b-07/068, S. 9.

¹²⁵ BMWi, Eckpunkte zur Änderung des Postgesetzes, <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Technologie-und-Innovation/Postpolitik/postg-eckpunkte.html>

¹²⁶ Vgl. Monopolkommission, Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen, Sondergutachten 62, Baden-Baden 2012, Abschnitt 3.3.

Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle einleiten. Aufgrund dessen hat sie aktuell keine Möglichkeit, individuelle Großkundenverträge der Deutschen Post AG wirkungsvoll zu prüfen und zu kontrollieren.¹³⁰

111. Bezüglich der Entgelte für Teilleistungen, die in die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Post AG aufgenommen wurden, hält die Monopolkommission eine Vorlagepflicht nicht für ausreichend. Bis zum Ende der Exklusivlizenz der Deutschen Post AG zum 31. Dezember 2007 unterlagen Entgelte für Teilleistungen, die der Exklusivlizenz unterfielen, der Ex-ante-Regulierung. Aktuell sind Verträge über Teilleistungen nach § 30 PostG innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss von der Deutschen Post AG vorzulegen. Da die Neuregelung der Vorlagepflicht analog zur Vorlagepflicht im Telekommunikationsgesetz gestaltet werden soll, hätte die Deutsche Post AG die Verträge zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten vorzulegen. Die Bundesnetzagentur könnte die Einführung des Entgelts bei offensichtlicher Missbräuchlichkeit desselben bis zum Abschluss der Prüfung untersagen; dies müsste sie allerdings innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Anzeige der Entgeltmaßnahme tun.¹³¹

Der Teilleistungszugang hat eine sehr große Bedeutung für den Wettbewerb auf den Briefmärkten. Der Deutschen Post AG mit einem Marktanteil von knapp 90 Prozent steht eine große Anzahl kleinerer Briefdienstleister gegenüber. Diese arbeiten oftmals nur regional und können eine überregionale Zustellung nur über einen Netzzugang bei der Deutschen Post AG anbieten. Zudem hat zurzeit noch kein alternativer Briefdienstleister, auch keine Kooperation mehrerer Briefdienstleister, ein eigenes, flächendeckendes Zustellnetz aufbauen können. Angesichts dessen 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. Aus diesen Gründen wiederholt die Monopolkommission die in ihrem Sondergutachten 2011 erhobene Forderung, für Teilleistungsentgelte, die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Post AG enthalten sind, die Ex-ante-Genehmigungspflicht explizit wieder einzuführen.¹³²

4.3 Zugang zu Adressänderungen, Postfächern und anderen Komponenten der postalischen Infrastruktur

112. Bezüglich des Zugangs zur postalischen Infrastruktur sehen die Eckpunkte vor, den in § 29 PostG geregelten Zugang zu überprüfen. In den Eckpunkten wird ausgeführt, dass es sich bei Artikel 11a der Postdienstrichtlinie¹³³ um eine Option, den Zugang zur postalischen

Infrastruktur zu erweitern, handele. Die Monopolkommission versteht dies allerdings nicht als „Option“. Artikel 11a der Postdienstrichtlinie regelt, dass die Mitgliedstaaten Zugang zu den „Komponenten der postalischen Infrastruktur“ gewährleisten. Beispielhaft sind „ein Postleitzahlensystem, eine Adressendatenbank, Hausbriefkästen, Postfächer, Information über Adressänderungen, die Umleitung von Sendungen und die Rückleitung an den Absender“ genannt. Voraussetzung der Zugangsgewährung ist nach Artikel 11a, dass dies zum „Schutz der Interessen von Nutzern und/oder zur Förderung effektiven Wettbewerbs“ notwendig ist. Die Monopolkommission geht davon aus, dass bei der aktuellen Wettbewerbssituation in Deutschland eine solche Notwendigkeit vorliegt.¹³⁴

113. In den Eckpunkten ist zum einen angedacht, die Befugnisse der Bundesnetzagentur dahin gehend zu erweitern, dass diese grundsätzliche Verfahrensregeln für die Bereitstellung aktueller Informationen über Adressen und Postfächer für alle beteiligten Unternehmen verpflichtend vorgeben kann. Damit soll der Informationsaustausch zwischen den Unternehmen verbessert werden. Die Wettbewerber der Deutschen Post AG kritisierten gegenüber der Monopolkommission, dass sie keinen kompletten Zugang zu Adressänderungsdaten hätten. Es sei nicht möglich, diese Briefe bereits in der Sortierung umzuleiten. Die Briefe müssten zunächst an die angegebene Zustelladresse gesendet werden. Erst dort würde festgestellt, dass der Empfänger verzogen sei. Hierdurch benötige der Brief erheblich länger zum Empfänger, wodurch die alternativen Briefdienstleister einen Qualitätsnachteil gegenüber der Deutschen Post AG hätten.¹³⁵ Die Monopolkommission begrüßt daher, dass das Bundeswirtschaftsministerium dieses Problem mit der anvisierten Neuregelung beheben will.

114. Zum anderen sollen die Entgelte für den Zugang zu Adressänderungen und Postfachanlagen vor der geplanten Einführung der Bundesnetzagentur vorgelegt werden. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem Sondergutachten Post 2011 gefordert, die bisherige Pflicht, die Verträge innerhalb eines Monats nach Vertragsschluss vorzulegen (§ 30 PostG), zu einer Pflicht, Verträge innerhalb von zwei Monaten vor deren Inkrafttreten vorzulegen, zu ändern. Mit einer Regelung analog zur Vorlagepflicht in § 38 Absatz 1 TKG könnte die Bundesnetzagentur die Einführung des Entgelts bei offensichtlicher Missbräuchlichkeit bis zum Abschluss der Prüfung untersagen. Insgesamt würde der Bundesnetzagentur damit eine wirkungsvollere Entgeltkontrolle ermöglicht.¹³⁶ Aus diesem Grund begrüßt die Monopolkommission ausdrücklich, dass nun geplant ist, ihrem Vorschlag zu folgen.

¹³⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 62, a. a. O., Abschnitt 3.3.3.1.

¹³¹ § 38 Absatz 1 TKG.

¹³² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 62, a. a. O., Abschnitt 3.3.2.

¹³³ Vgl. Richtlinie 2008/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Februar 2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die Vervollständigung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft, ABl. EU Nr. L 52 vom 27. Februar 2008, S. 3.

¹³⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 62, a. a. O., Abschnitt 3.3.9.

¹³⁵ Vgl. ebenda, Tz. 146.

¹³⁶ Vgl. ebenda, Abschnitt 3.3.3.2.

4.4 Stärkung der Rechte Dritter im Verfahren

115. Die Eckpunkte sehen vor, die Rechte Dritter dahin gehend zu stärken, dass auch diesen das Recht gegeben werden soll, im Rahmen der besonderen Missbrauchsaufsicht nach § 32 PostG einen Antrag auf Eröffnung eines Missbrauchsverfahrens zu stellen. Die Monopolkommission begrüßt, dass Verfahrensrechte Dritter gestärkt werden sollen.¹³⁷ Sie spricht sich jedoch dafür aus, Dritten auch ein Antragsrecht im Hinblick auf die Entgeltüberprüfung nach § 25 Absatz 1 PostG einzuräumen, um deren Rechte im Verfahren umfassend und nicht nur punktuell zu stärken.¹³⁸

4.5 Postzustellungsaufträge

116. Zurzeit regelt das Postgesetz eine Ex-ante-Genehmigungspflicht für Entgelte förmlicher Zustellungen (sog. Postzustellungsaufträge) sämtlicher Anbieter, unabhängig von der Frage der Marktbeherrschung.¹³⁹ In den Eckpunkten ist vorgesehen, die Ex-ante-Genehmigungspflicht auf die Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen zu beschränken. Von einer Veröffentlichung der genehmigten Entgelte soll abgesehen werden, da diese Dienstleistungen im Regelfall öffentlich ausgeschrieben werden. Die vorgesehene Regelung entspricht der Forderung der Monopolkommission in ihrem Sondergutachten Post 2011 und wird deshalb uneingeschränkt begrüßt.¹⁴⁰

4.6 Verweisung auf Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes

117. Die Verweisungen des Postgesetzes auf das Telekommunikationsgesetz sollen angepasst werden. Aufgrund der zurzeit bestehenden Unsicherheiten über die Reichweite der Verweisung des § 44 Satz 2 PostG auf das Telekommunikationsgesetz ist es notwendig, diese Verweisungsnorm anzupassen. Angesichts der zunehmenden Verselbstständigung des Postregulierungsrechts sollten die entsprechenden Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes allerdings direkt in das Postgesetz aufgenommen werden.¹⁴¹

4.7 Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission

118. In den Eckpunkten ist die ausdrückliche Regelung eines Akteneinsichtsrechts der Monopolkommission in die Akten der Bundesnetzagentur bisher nicht erwähnt. Aus diesem Grund weist die Monopolkommission nochmals darauf hin, dass sie für eine tiefer gehende Umsetzung ihres Gutachtenauftrags auf diese Akteneinsicht angewiesen ist. Zurzeit kann die Monopolkommission nur auf die öffentlich zugänglichen Versionen der Entscheidungen zurückgreifen. In diesen sind jedoch vertrauliche

und geheimhaltungsbedürftige Unternehmensinformationen, wie z. B. die Preis- und Kostenstruktur der Unternehmen, geschwärzt. Diese Informationen können der Monopolkommission aber dabei helfen, die Marktverhältnisse sowie die Erforderlichkeit der Regelungen zur Entgeltregulierung besser zu beurteilen. Da in diesen Informationen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten sind, bedarf die Akteneinsicht der Monopolkommission bei der Bundesnetzagentur einer gesetzlichen Grundlage. Bereits in ihrem Sondergutachten Post 2011 hat die Monopolkommission die Aufnahme einer expliziten Norm in das Postgesetz gefordert.¹⁴² Diese Forderung bekräftigt sie an dieser Stelle erneut.

4.8 Post-Universaldienstleistungsverordnung

119. In den Eckpunkten wird ausgeführt, dass eine grundsätzliche Änderung und Überarbeitung der Regelungen des Universaldienstes nicht erforderlich sei. Es solle allerdings nach der Novellierung des Postgesetzes geprüft werden, inwieweit, vor allem im Hinblick auf „rechtsförmliche Aspekte“, eine Anpassung der Post-Universaldienstleistungsverordnung sowie der Postdienstleistungsverordnung erforderlich sei. Die Monopolkommission hat bereits dargelegt, dass eine zu detaillierte Regelung des Universaldienstes und der zugehörigen Dienstleistungen die Marktstrukturen verfestigt. In Wettbewerbsmärkten treten neue Unternehmen mit Produktinnovationen in den Markt ein. Wenn sie erfolgreich sind, werden diese Ideen von den etablierten Anbietern kopiert und gegebenenfalls weiterentwickelt. Dieser Prozess wird durch die Vorgaben der Post-Universaldienstleistungsverordnung behindert, da sich die Anbieter – auch wenn sie dazu nicht verpflichtet sind – bei ihrer Produktgestaltung an den Vorgaben orientieren.¹⁴³ Vor diesem Hintergrund spricht sich die Monopolkommission dafür aus, die Detailliertheit der Regelungen der Post-Universaldienstleistungsverordnung ganz grundsätzlich zu überprüfen.

4.9 Entgeltregulierung

120. Die Eckpunkte enthalten keine Änderungsvorschläge bezüglich der Vorschriften der Ex-ante-Entgeltregulierung. Es ist jedoch nach Auffassung der Monopolkommission notwendig, § 20 Absatz 2 Satz 2 PostG sowie § 3 Absatz 4 Satz 3 PEntGV zu streichen. Diese sehen vor, dass bei der Entgeltbemessung bestimmte Zusatzkosten der Deutschen Post AG (beispielsweise die Kosten für die flächendeckende Versorgung mit Postdienstleistungen) berücksichtigt werden könnten. Hierdurch besteht die Möglichkeit, der Deutschen Post AG Entgelte zu genehmigen, die über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen. Die Monopolkommission sieht dies kritisch und empfiehlt, diese Vorschriften zu streichen. Damit würde sichergestellt, dass zukünftig die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der einzig relevante Maßstab für die Entgeltregulierung sind. Eine Preisstruktur, die sich auch auf einem Markt mit Wettbewerb bilden würde, kann durch Regulie-

¹³⁷ Vgl. ebenda, Abschnitt 3.3.5; Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen, Sondergutachten 57, Baden-Baden 2010, Tz. 138.

¹³⁸ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 62, a. a. O., Abschnitt 3.3.5.

¹³⁹ § 34 PostG.

¹⁴⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 62, a. a. O., Abschnitt 3.3.7.

¹⁴¹ Vgl. ebenda, Abschnitt 3.3.8.

¹⁴² Vgl. ebenda, Abschnitt 4.5.3.

¹⁴³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 57, a. a. O., Tz. 18.

rung nur entstehen, wenn die regulierten Entgelte den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen. Entgelte, die darüber hinaus noch andere Kostenkomponenten enthalten, spiegeln weder in der Höhe noch in der Struktur die Preise wider, die bei Wettbewerb entstehen würden.¹⁴⁴

4.10 Arbeitsmarktbedingungen im Postgesetz

121. Die § 2 Absatz 2 Nummer 5 PostG sowie § 6 Absatz 3 Nummer 3 PostG regeln Arbeitsmarktbedingungen. Diese Vorschriften sollten gestrichen werden, da sie geeignet sind, dem angestrebten Wettbewerb im Postsektor entgegenzuwirken, wenn das Niveau der Deutschen Post AG als entscheidungserheblicher Maßstab angesehen wird.¹⁴⁵

5. Stellungnahme zur geplanten Markttransparenzstelle im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 2. Mai 2012

5.1 Einführung

122. Die Vorschläge der Monopolkommission zur Errichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas¹⁴⁶ sind nun zu einem Gesetzentwurf der Bundesregierung gediehen.¹⁴⁷ Der in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach § 47 GWB einzufügende neunte Abschnitt (§§ 47a bis 47k GWB-E)¹⁴⁸ umfasst die Rechtsgrundlagen der Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas sowie zusätzlich der Marktbeobachtung im Bereich Kraftstoffe.¹⁴⁹ Übergeordnetes Ziel der Einrichtung einer Markttransparenzstelle ist die Sicherstellung einer wettbewerbskonformen Preisbildung auf dem jeweiligen Markt. Neben der konkreten Aufdeckung von Verstößen wird erwartet, dass sich Transparenz in Form eines zeitnahen und kontinuierlichen Markt-Monitorings disziplinierend auf die Marktteilnehmer auswirkt. Mithilfe einer zentralen Marktbeobachtungsstelle und einer breiteren Kooperation beteiligter Institutionen soll neben der Vermeidung von Mehrfach-

meldepflichten der Marktakteure vor allem die Erfassbarkeit verbotener Verhaltensweisen auf den Märkten verbessert werden.

Die Änderungen im Energiewirtschaftsgesetz dienen im Wesentlichen der Einführung aller notwendigen Regelungen zur Sanktionierung der Verstöße gegen die EU-Verordnung über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarktes, die sog. REMIT-Verordnung,¹⁵⁰ welche am 28. Dezember 2011 in Kraft getreten ist. Die REMIT-Verordnung verbietet unionsweit unter anderem Insiderhandel und Marktmanipulation im Energiegroßhandelsmarkt, enthält für die Marktteilnehmer Vorgaben zur Datenerfassung und stellt die Grundlage für entsprechende Befugnisse der Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER, Agency for the Cooperation of Energy Regulators) dar, welche den Energiegroßhandel europaweit überwacht und die Einhaltung der REMIT-Vorgaben kontrolliert. Da der Schwerpunkt dieser Stellungnahme auf der Errichtung einer Markttransparenzstelle liegen soll, werden die Änderungen des Energiewirtschaftsgesetzes infolge der Umsetzung der REMIT-Verordnung im Folgenden nicht eingehender behandelt.

123. Angestrebt ist die Aufnahme der Tätigkeit der Markttransparenzstelle zum 1. Januar 2013. Der Beginn konkreter Datenlieferungen kann sich im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit ACER und die noch zu erlassenden Durchführungsrechtsakte zu den Meldepflichten nach der REMIT-Verordnung teilweise noch verzögern.¹⁵¹ Für die Markttransparenzstelle sind 37,5 Vollzeitstellen vorgesehen.¹⁵² Dabei entfallen vorläufig 19,5 Stellen auf die Bundesnetzagentur (hierbei sind jedoch etwa 11,5 Stellen für die Durchsetzung der REMIT-Verordnung und acht Stellen für die Erfüllung der Marktbeobachtungsaufgaben der Markttransparenzstelle vorgesehen); 18 Stellen sollen beim Bundeskartellamt angesiedelt werden.¹⁵³ Zur Errichtung und zum Betrieb der Markttransparenzstelle im Bereich Kraftstoffe wird mit einem Personalmehrbedarf von insgesamt mindestens sieben dauerhaften Vollzeitstellen sowie – während eines Zeitraums von mindestens zwei Jahren – mit mindestens zwei temporären im Rahmen von Sachmitteln zu besetzenden Vollzeitstellen gerechnet.¹⁵⁴

5.2 Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas

5.2.1 Inhalt des Regierungsentwurfs

124. Die Markttransparenzstelle soll nach dem Regierungsentwurf die Aufgabe haben, den gesamten Großhandel mit Strom und Gas laufend – unabhängig davon, ob er

¹⁴⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 62, a. a. O., Abschnitt 3.1.3.

¹⁴⁵ Vgl. ebenda, Abschnitt 3.3.6.

¹⁴⁶ Vgl. Monopolkommission, Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Sondergutachten 49, Baden-Baden 2007, Tz. 188 ff., 211 f.; Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Sondergutachten 54, Baden-Baden 2009, Tz. 214; Strom und Gas 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Sondergutachten 59, Baden-Baden 2012, Tz. 640 ff.; Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Sondergutachten 63, Baden-Baden 2012, Tz. 138 ff.

¹⁴⁷ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas (Markttransparenzstellengesetz), vorgelegt am 2. Mai 2012, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/gesetzentwurf-markttransparenzstellen-gesetz,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

¹⁴⁸ Überdies sollen gemäß Entwurf Anpassungen im § 81 GWB (Bußgeldvorschriften) vorgenommen werden.

¹⁴⁹ In dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (Bearbeitungsstand: 27. März 2012) war eine Marktbeobachtung im Bereich Kraftstoffe noch nicht vorgesehen, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Gesetz/gesetzentwurf-markttransparenzstellengesetz,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

¹⁵⁰ Vgl. Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarktes, ABl. EU Nr. L 326 vom 8. Dezember 2011, S. 1.

¹⁵¹ Vgl. Gesetzentwurf, S. 50.

¹⁵² Vgl. Gesetzentwurf, S. 4 f.

¹⁵³ Die Stellenaufteilung im Einzelnen kann sich vorbehaltlich der sich aus der Kooperationsvereinbarung ergebenden Aufgabenverteilung möglicherweise noch ändern; vgl. Gesetzentwurf, S. 30.

¹⁵⁴ Vgl. Gesetzentwurf, S. 31.

auf physikalische oder finanzielle Erfüllung gerichtet ist – zu beobachten. Auf diese Weise sollen Auffälligkeiten bei der Preisbildung aufgedeckt werden, die auf Missbrauch von Marktbeherrschung, Insiderinformationen oder Marktmanipulation beruhen. Die Markttransparenzstelle soll die Erzeugung, den Kraftwerkseinsatz und die Vermarktung von Strom und Gas durch Erzeuger sowie die Vermarktung von Regelernergie beobachten. Überdies können Wechselwirkungen zwischen den Großhandelsmärkten und dem Emissionshandelssystem berücksichtigt werden (§ 47 b Absatz 1 GWB-E). Gemäß § 47a Absatz 2 Satz 1 GWB-E nimmt das Bundeskartellamt unter Mitwirkung der Bundesnetzagentur die Aufgaben der Markttransparenzstelle wahr. Einrichtung, Besetzung und Geschäftsverteilung bestimmt der Kartellamtspräsident (§ 47a Absatz 2 Satz 2 GWB-E), die Entscheidungen der Markttransparenzstelle werden von ihrem Leiter getroffen (§ 47a Absatz 2 Satz 4 GWB-E). Die Markttransparenzstelle ist rechtlich unabhängig. Sie darf in ihrem Tätigkeitsbereich selbst Entscheidungen treffen, eine Ausgestaltung als justizähnlicher Kollegialspruchkörper ist, im Unterschied zu den Beschlusskammern des Bundeskartellamtes¹⁵⁵ und der Bundesnetzagentur¹⁵⁶ indes nicht vorgesehen.¹⁵⁷ Die Markttransparenzstelle soll gemeinsam mit der Bundesnetzagentur den Energiegroßhandel überwachen und dabei mit ACER zusammenarbeiten (§ 47b Absatz 2 GWB-E). Die konkrete Verfolgung der Rechtsverstöße obliegt dabei weiterhin der jeweils zuständigen Behörde.

125. Die Zusammenarbeit zwischen Markttransparenzstelle und Bundesnetzagentur, also beispielsweise die Koordination der Datenerhebung, wird in einer Kooperationsvereinbarung geregelt, welche das Bundeswirtschaftsministerium genehmigt (§ 47a Absatz 3 GWB-E). Dabei wird das Bundeswirtschaftsministerium ermächtigt, im Wege der Rechtsverordnung Vorgaben über die Grundlinien der Ausgestaltung der Kooperationsvereinbarungen zu erlassen (§ 47a Absatz 4 GWB-E).¹⁵⁸

126. Zu den allgemeinen Mitteilungspflichten gehören gemäß § 47e Absatz 2 GWB-E im Einzelnen durch die Markttransparenzstelle zu konkretisierende Handels-, Transport-, Kapazitäts-, Erzeugungs- und Verbrauchsdaten aus den Märkten. Nach § 47e Absatz 1 GWB-E unterliegen Großhändler, Energieversorgungsunternehmen, Betreiber von Energieanlagen, Kunden und Handelsplattformen einer Mitteilungspflicht.¹⁵⁹ Die Markttransparenzstelle besitzt die Auskunftsbefugnisse gemäß § 59 Absatz 1 und 2 GWB (§ 47d Absatz 1 Satz 1 GWB-E).

Sie kann spezielle Festlegungen gegenüber den Adressaten hinsichtlich Datenkategorie, Zeitpunkt und Form der Übermittlung treffen (§ 47d Absatz 1 Satz 2 GWB-E) und auch wieder ändern (§ 47d Absatz 1 Satz 3 GWB-E). Es ist die Möglichkeit vorgesehen, dass die Markttransparenzstelle vorgeben kann, dass eine Internetplattform zur Eingabe der angeforderten Auskünfte und Mitteilungen verwendet werden muss (§ 47d Absatz 1 Satz 4 GWB-E). Dieses Verfahren nutzen Kartellbehörden bei Auskunftserhebungen, z. B. bei Abfragen im Rahmen von Sektoruntersuchungen, bereits jetzt. Mit den eingeräumten Festlegungskompetenzen für die Markttransparenzstelle im Einvernehmen mit der Bundesnetzagentur soll sichergestellt werden, dass sie zeitnah auf Erfahrungen und neuere Entwicklungen des Marktes reagieren kann.¹⁶⁰

127. § 47f GWB-E enthält eine Verordnungsermächtigung für das Bundeswirtschaftsministerium mit der Befugnis, beispielsweise den Inhalt der Festlegungen der Markttransparenzstelle hinsichtlich Art, Inhalt und Umfang der Daten und Informationen zu konkretisieren. Nach § 47g GWB-E entscheidet die Markttransparenzstelle im Einvernehmen mit der Bundesnetzagentur, welche Daten und Kategorien von Daten wie zu übermitteln sind. Insoweit werden hier bereits Bereiche für die Adressaten konkretisiert, in denen Festlegungen erfolgen können. So kann die Markttransparenzstelle z. B. festlegen, dass Betreiber von Stromerzeugungseinheiten und von Anlagen zur Speicherung mit jeweils mehr als 10 MW blockscharf je Erzeugungseinheit und auf Stundenbasis die Nichtverfügbarkeiten aufgrund von Netzrestriktionen übermitteln müssen (§ 47g Absatz 1, 2 Nummer 2 f GWB-E).

128. Für die Datenerfassung sollen, so die Begründung, nach Möglichkeit bestehende Quellen und Meldesysteme genutzt und in das Datenerhebungssystem der Markttransparenzstelle eingebunden werden (§ 47b Absatz 3 Satz 3 GWB-E), um Kosten und zusätzliche Bürokratie zu vermeiden. Benötigt die Markttransparenzstelle Informationen, die bereits eine andere Behörde besitzt (z. B. gesetzliche Veröffentlichungspflichten der Übertragungsnetzbetreiber), dann soll eine nochmalige Anforderung an das Unternehmen vermieden werden.¹⁶¹

129. Gemäß § 47i Absatz 1 GWB-E arbeiten das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur bei der Wahrnehmung der Aufgaben der Markttransparenzstelle mit einer Reihe von Institutionen zusammen und tauschen mit ihnen Informationen aus: mit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, den Handelsüberwachungsstellen an Börsen mit Energiehandel, der Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden und der Europäischen Kommission, sofern diese energierechtliche Vorschriften anwendet, sowie mit den Energieregulierungsbehörden anderer Mitgliedstaaten. § 47i Absatz 2 GWB-E sieht vor, dass die Markttransparenzstelle mit Zustimmung des Bundeswirtschaftsministeriums allgemeine Kooperationsvereinbarungen schließen kann, um

¹⁵⁵ Vgl. § 51 Absatz 3 GWB.

¹⁵⁶ Vgl. § 59 Absatz 2 EnWG, § 132 Absatz 2 TKG.

¹⁵⁷ Vgl. Gesetzentwurf, S. 33.

¹⁵⁸ Vgl. Gesetzentwurf, S. 34.

¹⁵⁹ Gemeint sind Großhändler im Sinne des § 3 Nummer 21 EnWG, Energieversorgungsunternehmen im Sinne des § 3 Nummer 18 EnWG, Betreiber von Energieanlagen im Sinne des § 3 Nummer 15 EnWG, ausgenommen Betreiber von Verteileranlagen der Letztverbraucher oder bei der Gasversorgung, Betreiber der letzten Absperrvorrichtungen von Verbrauchsanlagen und Kunden im Sinne des § 3 Nummer 24 EnWG, ausgenommen Letztverbraucher im Sinne des § 3 Nummer 25 EnWG.

¹⁶⁰ Vgl. Gesetzentwurf, S. 38.

¹⁶¹ Vgl. Gesetzentwurf, S. 36.

so die Zusammenarbeit mit diesen Stellen zu stärken. Neben der Weitergabe von Daten für Zwecke des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und des Energiewirtschaftsgesetzes an das Bundeskartellamt, die Bundesnetzagentur, das Bundeswirtschaftsministerium und das Statistische Bundesamt sollen Bundesministerien die Möglichkeit der Nutzung anonymisierter Daten für wissenschaftliche Studien erhalten (§ 47c Absatz 4 GWB-E). 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 vorgesehenen Kooperation zwischen ACER und Bundesnetzagentur schaffen.¹⁶² Dabei unterliegen Informationen, welche die Markttransparenzstelle bei ihrer Aufgabenerfüllung im gewöhnlichen Geschäftsverkehr erlangt oder erstellt hat, der Vertraulichkeit (§ 47j Absatz 1 Satz 1 GWB-E).

5.2.2 Beurteilung durch die Monopolkommission

130. Die Monopolkommission begrüßt 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 intensivisierte 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. Hieraus könnten Synergien entstehen, welche beispielsweise für nachfolgende Sektoruntersuchungen, im Bereich der Fusionskontrolle oder mit Blick auf das gemeinsame Monitoring der Bundesnetzagentur und des Bundeskartellamtes in den Bereichen Elektrizität und Gas nach § 35 EnWG, § 48 Absatz 3 GWB genutzt werden können. Die Monopolkommission erachtet es als positiv, dass ihre Empfehlung, die Markttransparenzstelle als eine Kooperationsplattform auszugestalten¹⁶³, in den Gesetzentwurf aufgenommen wurde, da dies im Vergleich zu der in der REMIT-Verordnung lediglich zwischen ACER und der Bundesnetzagentur vorgesehenen Kooperation einen Mehrwert darstellt.

131. Allerdings wiederholt die Monopolkommission an dieser Stelle ihre bereits in zwei Sondergutachten aufgezeigte Empfehlung, die Markttransparenzstelle institutionell unabhängig auszugestalten.¹⁶⁴ Die Monopolkommission hat bereits herausgestellt, dass eine Markttransparenzstelle nur dann einen deutlichen Mehrwert gegenüber der in der REMIT-Verordnung vorgesehenen Kooperation zwischen der Bundesnetzagentur und ACER liefern

kann, wenn diese nicht nur rechtlich, sondern auch institutionell weitgehend unabhängig aufgestellt wird. Dies würde Flexibilität und Dynamik, insbesondere bei der Fortentwicklung der Datenerfassung und -analyse, weitestmöglich fördern. Auf diese Weise könnten gute Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass die Markttransparenzstelle tatsächlich als Plattform einer breiteren Kooperation zwischen den relevanten Landes- und Bundesbehörden dienen kann. In diesem Zusammenhang hat die Monopolkommission bereits vorgeschlagen, dass sich das Personal der Markttransparenzstelle aus „festen“ Mitarbeitern und aus von den betroffenen Behörden abgeordneten qualifizierten Mitarbeitern zusammensetzen sollte.¹⁶⁵ Bereits jetzt ist vorgesehen, dass in Kooperationsvereinbarungen zwischen Markttransparenzstelle und Bundesnetzagentur festgelegt werden kann, Mitarbeiter der Bundesnetzagentur, aber auch andere Personen mit spezieller technischer oder beruflicher Fachkenntnis in der Markttransparenzstelle einzusetzen.¹⁶⁶ Die Monopolkommission unterstützt ausdrücklich die Idee einer heterogenen Zusammensetzung der Markttransparenzstelle. Auf diese Weise kann ermöglicht werden, dass Spezialisten (z. B. Ingenieure) stichprobenartig und zeitnah vor Ort prüfen können, ob eine technische Restriktion an einem Kraftwerk auch tatsächlich vorliegt.¹⁶⁷

132. Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich die Abstufung der Definition der Berichtspflichten der Unternehmen, die insoweit der analogen Konstruktion der REMIT-Verordnung auf europäischer Ebene ähnelt: So werden Mitteilungspflichten nach § 47e GWB-E erst durch Rechtsverordnung, Auskunftsanordnung oder Festlegungen der Markttransparenzstelle konkretisiert. Auf diese Art wird eine dynamische Nachführung dieser Pflichten entsprechend Erkenntnisgewinnen und Methodenfortschritten ermöglicht, ohne das Gesetz anpassen zu müssen. Da im Übrigen auf bereits bestehende Berichtspflichten nach anderen Vorschriften zurückgegriffen und nach Möglichkeit bestehende Quellen und Meldesysteme für die Datenerfassung genutzt werden sollen, dürfte sich der zusätzliche Aufwand für die betroffenen Unternehmen in engen Grenzen halten. Allerdings ist nach dem Gesetzentwurf noch nicht völlig erkennbar, wie genau die Umsetzung gegenüber den Unternehmen ausgestaltet werden soll. Insoweit dürfte es ganz entscheidend auf die Definition von Datenformaten und -schnittstellen ankommen. Eine automatisierte Datenerfassung ist zwar noch nicht ausdrücklich vorgesehen, dürfte sich jedoch zumindest mittelfristig ergeben. Insoweit sollte die Markttransparenzstelle auf die Erfahrungen von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt zurückgreifen. Wichtig erscheint vor allem, auch entsprechende Erfahrungen aus anderen Bereichen nutzbar zu machen, insbesondere im Zusammenhang mit elektronischer Steuerdatenerfassung und

¹⁶² Vgl. Gesetzentwurf, S. 3.

¹⁶³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 644.

¹⁶⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 640 ff.; Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Sondergutachten 63, Baden-Baden 2012, Tz. 138 ff.

¹⁶⁵ Vgl. bereits Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 644; Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 141.

¹⁶⁶ Vgl. Gesetzentwurf, S. 34.

¹⁶⁷ Vgl. hierzu Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 489.

Bilanzierung sowie Enterprise Resource Planning Software (ERP-Software). Beispielhaft können hier die eXtensible Business Reporting Language (XBRL), aber auch entsprechende Steuertaxonomien genannt werden. Nach Ansicht der Monopolkommission könnte insoweit auch die Einbindung anerkannter externer Experten Ertrag bringend sein. Zielsetzung sollte eine effektive und effiziente Zusammenarbeit auf nationaler und internationaler Ebene sein.

133. Die Monopolkommission weist ausdrücklich darauf hin, dass aufgrund der zunehmend internationalen Ausprägung insbesondere des Stromgroßhandelsmarktes der Preis auf den Stromgroßhandelsmärkten auch durch das Verhalten bestimmter ausländischer Anbieter und Nachfrager beeinflusst wird. Da Deutschland und Österreich insoweit einen gemeinsamen Markt bilden,¹⁶⁸ haben Handelsgeschäfte oder auch Kapazitätszurückhaltungen auf dem österreichischen Markt gleichermaßen Auswirkungen auf den Großhandelspreis an der Energiebörse EEX und damit auf die Strompreise in Deutschland. Zunehmend sind auch eine Reihe weiterer benachbarter nationaler Strommärkte wie etwa Belgien, Dänemark oder die Niederlande, aufgrund des Market-Couplings integriert.¹⁶⁹ Daher müssen für eine adäquate Abbildung des Marktes die börslichen und außerbörslichen Daten aller integrierten Staaten erfasst werden. Dies erscheint auch vor dem Hintergrund einer zukünftig weiter fortschreitenden Integration der Märkte bedeutsam. Eine nur beschränkte Erfassung von Marktdaten würde insoweit ganz erheblich die Effektivität einer Marktüberwachungsstelle verringern.¹⁷⁰

134. Zwar soll nach § 47e Absatz 1 GWB-E i. V. m. Absatz 5, § 47b Absatz 8 GWB-E die deutsche Markttransparenzstelle grundsätzlich (auch) für alle Sachverhalte zuständig sein, die zwar außerhalb des Bundesgebietes veranlasst werden, sich aber (auch) in Deutschland auswirken.¹⁷¹ Die praktischen Schwierigkeiten einer derartigen grenzübergreifenden Datenerfassung dürften in Bezug auf die von rein ausländischen Sachverhalten ausgehenden Sekundärwirkungen nochmals deutlich stärker ausgeprägt sein. Die nach § 47i Absatz 1 Nummer 3, 4 GWB-E für die Markttransparenzstelle vorgesehenen Kooperationspflichten unter anderem mit ACER und den

Regulierungsbehörden anderer Mitgliedstaaten könnten hier teilweise für Abhilfe sorgen. Dabei ist jedoch noch unklar, wie weit sich derartige Kompetenzüberlappungen auch negativ auswirken können. Insgesamt sollte nach Ansicht der Monopolkommission in jedem Falle bei der Umsetzung der Datenerfassung durch die Markttransparenzstelle dem Aspekt grenzüberschreitender Effekte besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden. Vor dem Hintergrund der internationalen Erfassbarkeitsprobleme weist die Monopolkommission erneut darauf hin, dass der Mehrwert einer Markttransparenzstelle gegenüber ACER entscheidend davon abhängig erscheint, dass sie als Kooperationsplattform ausgestaltet ist.

135. 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.

136. Die Markttransparenzstelle bildet eine Schnittstelle zwischen der Regulierung der Bundesnetzagentur und der Wettbewerbsaufsicht des Bundeskartellamtes. 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.¹⁷²

5.3 Marktbeobachtung im Bereich Kraftstoffe

5.3.1 Inhalt des Regierungsentwurfs

137. Die Einbeziehung des Kraftstoffmarktes in den Gesetzentwurf der Bundesregierung soll ermöglichen, dass die Markttransparenzstelle neben dem Strom- und Gasgroßhandel auch die Preisbildung bei Kraftstoffen in Hinblick auf ihre Wettbewerbskonformität beobachten kann. Die Preisbildung auf Kraftstoffmärkten erweckt seit langer Zeit bei Wettbewerbsbehörden und Medien reges Interesse. Immer wieder wird der Verdacht illegaler Preisabsprachen geäußert, die allerdings bislang nie nachgewiesen wurden. Eine zentrale behördliche und laufende Marktbeobachtung soll die Aufdeckung und Sanktionierung von Kartellrechtsverstößen zukünftig erleichtern.¹⁷³ Die Meldepflicht wurde auf die beiden Kraftstoffarten Otto- und Dieselmotorkraftstoff begrenzt, da sie die größte Relevanz für den Wettbewerb auf den Kraftstoffmärkten ha-

¹⁶⁸ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Stromerzeugung/Stromgroßhandel, Bericht gemäß § 32e Absatz 3 GWB, B10-9/09, Januar 2011, S. 17, 75 ff., 110 ff. Den empirischen Nachweis, dass Österreich und Deutschland einen gemeinsamen Markt bilden, liefern z. B. Böckers, V./Heimeshoff, U., The Extent of European Power Markets, DICE Discussion Paper No. 50, April 2012.

¹⁶⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 85 f. 157 ff., 197 ff., 210, sowie Böckers, V./Heimeshoff, U., a. a. O.

¹⁷⁰ Derartige internationale Wirkungsketten sind auch mit Hinsicht auf die Gasgroßhandelsmärkte zu beobachten, vgl. etwa Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 263 ff., die allerdings von einer ähnlich weitgehenden internationalen Integration wie die Strommärkte noch deutlich entfernt sind. Insoweit gelten die Bedenken der Monopolkommission in Bezug auf die Erfassungsprobleme internationaler Einflüsse in deutlich geringerem Maße.

¹⁷¹ Zu einer Untersuchung der auch insoweit anwendbaren völkerrechtlichen Maßstäbe am Beispiel der Fusionskontrolle vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 477 ff.

¹⁷² Insoweit ist ausdrücklich auf die Gutachtenaufträge an die Monopolkommission nach § 44 Absatz 1 GWB und § 62 Absatz 1 EnWG hinzuweisen.

¹⁷³ Vgl. Gesetzentwurf, S. 1.

ben und sich Beschwerden beim Bundeskartellamt bislang vornehmlich auf diese beiden Sorten bezogen.¹⁷⁴ Das Gesetz soll im Hinblick auf die Kraftstoffmärkte gewisse Erleichterungen bei Missbrauchsverfahren im Bereich der Mineralölwirtschaft, im Besonderen in Bezug auf Preis-Kosten-Scheren und Verkäufe unter Einstandspreis, bewirken.¹⁷⁵ Es sollen Informationsdefizite beseitigt werden, indem Preisveränderungen im Tankstellensektor eingehender betrachtet werden.

138. Die Marktbeobachtung im Kraftstoffsektor wird in § 47k GWB-E geregelt. Ziel ist die Erleichterung der Aufdeckung und Ahndung von Verstößen gegen kartellrechtliche Verbotsvorschriften (§ 47k Absatz 1 GWB-E). § 47k Absatz 4, 5 GWB-E regelt die konkreten Meldepflichten der Unternehmen. Auf Tankstellenebene melden wöchentlich entweder der Betreiber, sofern dieser seine Preise selbst festsetzt, oder das Unternehmen, das dem Betreiber den Verkaufspreis vorgibt und damit tatsächlich über die Preissetzungshoheit verfügt, jede Änderung der Kraftstoffpreise, differenziert nach Sorte, Zeitpunkt der Preisänderung und der zu diesem Preis abgegebenen Menge (§ 47k Absatz 4 GWB-E). Unternehmen, die Kraftstoffe an Tankstellen abgeben, übermitteln ebenfalls wöchentlich die vereinbarten oder verrechneten Kraftstoffabgabepreise, differenziert nach der Sorte, der zu diesem Preis abgegebenen Menge und dem jeweiligen Anbieter (§ 47k Absatz 5 GWB-E).

Die Datenerhebung soll nicht nur jede Änderung der Endverbraucherpreise an den öffentlichen Tankstellen, sondern auch die Abgabepreise der Mineralöllieferanten oder Großhändler umfassen. Wie im Bereich des Großhandels mit Strom und Gas hat die Markttransparenzstelle beim Verdacht eines Verstoßes gegen das Kartellrecht die zuständige Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes oder die zuständige Landeskartellbehörde zu unterrichten, die dann entscheidet, ob Anhaltspunkte für ein Aufgreifen vorliegen. Die Markttransparenzstelle stellt Daten auch für die Durchführung der Fusionskontrolle und Sektoruntersuchungen zur Verfügung. Zudem soll die verbesserte Datenbasis dem Bundeswirtschaftsministerium für statistische Zwecke dienen (§ 47k Absatz 2 GWB-E). Der Mehraufwand für die Unternehmen durch die neuen Meldevorschriften soll sich lediglich in geringem Maße erhöhen: So können kleine und mittlere Unternehmen von den Meldepflichten ausgenommen werden, während die fünf großen Mineralölgesellschaften bereits jetzt über Datenbanken bzw. zentrale Meldesysteme verfügen, die hierfür einbezogen werden können.

139. § 47k Absatz 6 GWB-E stattet die Markttransparenzstelle mit den erforderlichen Befugnissen aus. Sie kann Vorgaben bezüglich der Form der Angaben machen, insbesondere mit Hinblick auf das Datenformat und die Nutzung einer Internetplattform. Gemäß § 47k Absatz 7 GWB-E sichert die Markttransparenzstelle die operationelle Zuverlässigkeit der Datenerhebung und -sammlung

und stellt die Vertraulichkeit, die Integrität und den Schutz der übersandten Daten sicher.

140. In der Begründung zum Entwurf des Markttransparenzengesetzes wird auf die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes zum Bereich Kraftstoffe vom Mai 2011 (mit Fokus auf den Tankstellenmärkten) verwiesen.¹⁷⁶ Belege für explizite Absprachen zwischen den Wettbewerbern auf den Kraftstoffmärkten konnten im Rahmen dieser Sektoruntersuchung zwar nicht erbracht werden; allerdings wurde festgestellt, dass dieser Markt eine Reihe von Strukturmerkmalen aufweist, die ein Parallelverhalten begünstigen.¹⁷⁷ So handele es sich auf dem deutschen Tankstellenmarkt um die Marktstruktur eines marktbeherrschenden Fünfer-Oligopols (BP (Aral), ConocoPhillips (Jet), ExxonMobil (Esso), Shell und Total), d. h. die fünf Oligopolisten vereinen rund 64,6 Prozent des jährlichen Kraftstoffabsatzes auf sich. Des Weiteren zeichne sich der Markt gemäß Sektoruntersuchung durch eine hohe Transparenz, (genormte) homogene Massengüter, häufig wiederholte Interaktionen der Oligopolisten, vertikale Verflechtungen und Verflechtungen zwischen den Oligopolisten, wechselseitige Abhängigkeiten, hohe Marktzutrittsschranken, Zersplitterung der Konkurrenz und eine fehlende wirksame Nachfragemacht aus.¹⁷⁸ Das Bundeskartellamt hat im Rahmen der Preisanalyse ausgeprägte wiederkehrende Muster in der Preisentwicklung, sog. Edgeworth-Zyklen, feststellen können.¹⁷⁹ Überdies wurden in der Sektoruntersuchung Untereinstandspreisverkäufe und Preis-Kosten-Scheren-Verkäufe thematisiert. Im Falle von Untereinstandspreisverkäufen bietet ein Mineralölunternehmen seinen Kraftstoff an die Autofahrer zu einem Preis an, der unter seinem Einstandspreis liegt. Von Preis-Kosten-Scheren spricht man, wenn ein Mineralölunternehmen seinen Kraftstoff Autofahrern zu niedrigeren Preisen als denjenigen anbietet, die es bei der Belieferung von Konkurrenten mit Kraftstoff fordert. In der Mineralölbranche, so das Bundeskartellamt, sei vor allem die Gefahr der Verdrängung durch Preis-Kosten-Scheren ein praktisches Problem, während Unterein-

¹⁷⁶ Vgl. Gesetzentwurf, S. 1, sowie BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, B8-200/09, Abschlussbericht Mai 2011. Die Untersuchung des Bundeskartellamtes stellt die bisher umfassendste Untersuchung des Kraftstoffmarktes in Deutschland dar und liefert eine Reihe wertvoller Erkenntnisse zum Wettbewerbsverhalten von Tankstellen.

¹⁷⁷ So legt die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes die Schlussfolgerung nahe, dass es aufgrund der Beschaffenheit des Kraftstoffmarktes expliziter Absprachen vermutlich nicht unbedingt bedarf, da eine Reihe von Voraussetzungen gegeben sind, die eine implizite Koordinierung begünstigen; vgl. dazu auch Tz. 564.

¹⁷⁸ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 50 ff.

¹⁷⁹ Edgeworth-Zyklen sind dadurch gekennzeichnet, dass die Preise zunächst durch eine einzige Preiserhöhung deutlich ansteigen und dann in vielen kleinen Preissenkungsschritten wieder abnehmen. Das Bundeskartellamt stellt in diesem Kontext auch fest, dass die Preiserhöhungen in aller Regel durch die Marktführer Aral und Shell vorgenommen werden und damit eine neue Preisrunde eröffnet wird. Zudem wurde konstatiert, dass die Geschwindigkeit der Preiszyklen in den letzten zwei Jahren deutlich zugenommen hat. So ist dem Bundeskartellamt zufolge die Anzahl der Preisveränderungen in den vergangenen Jahren z. B. in Köln bei Preiserhöhungen von 12 235 auf 18 726 und bei Preissenkungen von 30 458 auf 45 653 pro Jahr angestiegen. Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 31, sowie Tz. 565.

¹⁷⁴ Vgl. Gesetzentwurf, S. 44.

¹⁷⁵ Vgl. Gesetzentwurf, S. 6.

standspreisvorwürfe eine geringere Rolle spielen würden.¹⁸⁰

5.3.2 Beurteilung durch die Monopolkommission

141. Der Monopolkommission erscheint eine Marktbeobachtung des Kraftstoffmarktes mithilfe einer Markttransparenzstelle 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-Kosten-Scheren und von Verstößen gegen das Verbot von Untereinstandspreisverkäufen nutzbar gemacht werden könnten. Zu diesen beiden Verboten hat sich die Monopolkommission allerdings bereits in der Vergangenheit kritisch geäußert.

Preis-Kosten-Scheren können einerseits auf Grundlage von § 19 GWB, andererseits aber auch auf Grundlage von § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 GWB verfolgt werden.¹⁸¹ Während ein behördlicher Eingriff nach § 19 GWB die Feststellung von Marktbeherrschung erfordert, verlangt das spezielle Verbot in § 20 GWB lediglich den Nachweis überlegener Marktmacht. Beim Verbot von Preis-Kosten-Scheren ist fraglich, ob und inwieweit dieses Instrument tatsächlich zu niedrigeren Preisen führt. Gute Gründe sprechen für die Annahme, dass das Verbot tatsächlich zu einer Erhöhung der Verbraucherpreise führen kann, da es den Mineralölunternehmen untersagt, an Endverbraucher günstiger als an Konkurrenten zu verkaufen.¹⁸² Wie die Erfahrungen mit dieser Norm zeigen, ergeben sich in der Praxis überdies zahlreiche Praktikabilitätsprobleme.¹⁸³ Ob und wie eine größere Datenmenge im Kraftstoffbereich dieses Instrument zukünftig besser handhabbar machen wird, erscheint jedenfalls unsicher.

Zum Verbot von Untereinstandspreisverkäufen gemäß § 20 Absatz 4 GWB hat sich die Monopolkommission zuletzt in ihrem Sondergutachten zur 8. GWB-Novelle kritisch geäußert und dessen Abschaffung gefordert.¹⁸⁴ Gegen das Verbot von Untereinstandspreisverkäufen bestehen grundsätzliche ordnungspolitische Vorbehalte, weil Untereinstandsangebote vor allem ein Marketinginstrument darstellen, das dem Endverbraucher in Form günstiger Preise zugutekommt. Nach Ansicht der Monopolkommission lässt sich das auf dem Tankstellenmarkt grundsätzliche Problem eines strukturell eingeschränkten Wettbewerbs und enger Reaktionsverbundenheit durch das Verbot von Untereinstandspreisverkäufen nicht nachhaltig überwinden.

142. Des Weiteren sollen erhobene Daten der Markttransparenzstelle beispielsweise auch für Sektorunter-

suchungen des Bundeskartellamtes nutzbar gemacht werden können. Zwar ist die Monopolkommission der Auffassung, dass etwaige Wettbewerbsprobleme auf den Tankstellenmärkten nur unter Einbeziehung der Raffinerieebene gelöst werden können, und hat deswegen bereits im Sondergutachten zur 8. GWB-Novelle eine Sektoruntersuchung dieses hoch konzentrierten Marktes durch das Bundeskartellamt angeregt.¹⁸⁵ Eine derartige Sektoruntersuchung würde erheblichen Datenerfassungs- und Auswertungsaufwand erfordern. Sie wäre allerdings zeitlich begrenzt und kann den im Rahmen der Markttransparenzstelle für die laufende Marktbeobachtung geplanten erheblichen Ressourcenaufwand nicht rechtfertigen.

143. 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. Preisvergleiche zwischen mehreren Tankstellen sind für Autofahrer vor dem Hintergrund einer fehlenden Preisstabilität an den Tankstellen nur eingeschränkt möglich. Möchte der Autofahrer zeitnah Preise der Tankstellen in seiner Umgebung vergleichen,¹⁸⁶ müsste er nacheinander an mehreren Tankstellen vorbeifahren, um die Preise gegenüberstellen zu können, was allerdings – insbesondere bei einer möglicherweise nur geringen Ersparnis von wenigen Cent pro Liter – wenig praktikabel, d. h. vergleichsweise mühsam und zeitaufwendig erscheint. Zur Lösung dieses Problems gibt es in Österreich und Westaustralien eigene Online-Plattformen, die Verbrauchern die Möglichkeit bieten, den günstigsten Anbieter zu ermitteln. Dabei verpflichtet etwa das österreichische Preistransparenzgesetz alle Betreiber von Tankstellen in Österreich dazu, Preisänderungen für Superbenzin und Diesel in die entsprechende Datenbank einzuspeisen und damit die notwendigen Daten für die Informationsplattform zur Verfügung zu stellen.¹⁸⁷

144. Auch den Verbrauchern in Deutschland könnte es mit einem solchen Instrument ermöglicht werden, Preise in Echtzeit, beispielsweise mithilfe von Navigationsgeräten oder Smartphones, zu vergleichen. Private Preisfinder¹⁸⁸ gibt es bereits, allerdings sind hier die Meldungen der Tankstellen nicht verbindlich, wodurch das Ergebnis

¹⁸⁰ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 142 ff.

¹⁸¹ Vgl. dazu die Ausführungen in Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 88 ff., sowie eingehender unten Abschnitt 7.

¹⁸² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 79 ff.

¹⁸³ So ergeben sich beispielsweise Fragen der Preisberechnung bei der Einschaltung von – im Kraftstoffsektor durchaus üblichen – Zwischenhändlern; vgl. hierzu genauer Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 86 ff.

¹⁸⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 83 ff.

¹⁸⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 91. Ebenfalls für eine Untersuchung des Raffineriemarktes plädiert das Düsseldorfer Institut für Wettbewerbsökonomie, DICE, in seinem Gutachten für den ADAC; vgl. Maßnahmen zur Steigerung des Wettbewerbs auf den Kraftstoffmärkten in Deutschland, Eine Studie im Auftrag des ADAC, Düsseldorfer Institut für Wettbewerbsökonomie (DICE), Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, April 2012, S. 51.

¹⁸⁶ Ein sinnvoller Vergleich ist nur unter der Voraussetzung möglich, dass sich zwischenzeitlich die Endkundenpreise an den Tankstellen nicht in sehr kurzen Zeitabständen ändern.

¹⁸⁷ Vgl. DICE, Maßnahmen zur Steigerung des Wettbewerbs auf den Kraftstoffmärkten in Deutschland, a. a. O., S. 15.

¹⁸⁸ Ein Beispiel ist das Portal clever-tanken.de: Hier besteht neben einer Abfrage günstiger Tankstellen nach Postleitzahl bzw. Ort und des gewünschten Kraftstoffes auch die Möglichkeit, eine Tankstelle für den „Preisalarm“ zu abonnieren, d. h. man erhält nach einer Registrierung eine E-Mail-Benachrichtigung, wenn die ausgewählte Tankstelle die Preise gesenkt hat. Dieser Service ist möglich für Tankstellen, die ihre Preise selbst an clever-tanken.de übermitteln und mit denen eine entsprechende Übereinkunft existiert, <http://www.clever-tanken.de/redaktion.asp?id=1323>

verfälscht werden kann. Durch verlässliche und in Echtzeit verfügbare Informationen über die günstigsten Tankstellen in einem bestimmten Umfeld könnte allerdings – jedenfalls mittelfristig – die Preissensibilität der Verbraucher geschärft und so der Wettbewerb gestärkt werden. Voraussetzung für ein derartiges, über die bisher bereits verfügbaren Angebote hinausgehendes Informationsangebot wäre eine Pflicht der Unternehmen, ihre Kraftstoffpreise an den Tankstellen in Echtzeit einer entsprechenden Plattform zur Verfügung zu stellen. Diese Aufgabe könnte auch von Verbrauchereinrichtungen oder privaten Institutionen übernommen werden und bedarf insoweit nicht eigens einer staatlichen Markttransparenzstelle.

145. Letztlich liegt es aber in der Hand der Verbraucher, ob und wie preissensibel sie zukünftig auch mithilfe von umfänglichen Preisfindern reagieren. Derzeit vergleichen etwa 40 bis 50 Prozent der Kraftstoffkunden an den Tankstellen regelmäßig die Preise.¹⁸⁹ Die Monopolkommission weist auch darauf hin, dass nicht sicher ist, ob eine Änderung des Verbraucherverhaltens die Kraftstoffpreise an den Tankstellen wirklich nachhaltig senken kann. So basieren Kraftstoffpreise auf den Weltmarktpreisen für Rohöl, die künftig mit zunehmender Knappheit des Energieträgers und steigendem Energiebedarf von Ländern wie China und Indien¹⁹⁰ noch ansteigen dürften. Zudem besteht der Endkundenpreis zu rund 60 Prozent aus Energie- und Mehrwertsteuer¹⁹¹ sowie einem Zuschlag für die Erdölbevorratung.

5.4 Zusammenfassung der Handlungsempfehlungen

146. 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 Ertrag bringend sein. Zielsetzung sollte eine effektive und effiziente Zusammenarbeit auf nationaler und internationaler Ebene sein.

147. Die Monopolkommission weist grundsätzlich 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 Evaluation zu verlängern.

148. Nach Auffassung der Monopolkommission ist eine laufende Marktbeobachtung des Kraftstoffmarktes mithilfe einer Markttransparenzstelle in der derzeitigen Konzeption des Regierungsentwurfs vom 2. Mai 2012 recht wirkungslos. Empfohlen wird hingegen erneut eine zeitlich begrenzte, detaillierte Sektoruntersuchung vor allem der Raffinerieebene. Im Falle der Einrichtung einer Markttransparenzstelle im Bereich Kraftstoffe schlägt die Monopolkommission vor, Tankstellenbetreiber zu verpflichten, Preisänderungen für Superbenzin und Diesel in eine entsprechende Datenbank einzuspeisen, sodass den Verbrauchern in Deutschland ermöglicht wird, Preise in Echtzeit, beispielsweise mithilfe von Navigationsgeräten oder Smartphones, zu vergleichen. Die Aufgabe der Datensammlung könnte aber auch von Verbrauchereinrichtungen übernommen werden und bedarf insoweit nicht eigens der Tätigkeit einer staatlichen Markttransparenzstelle.

149. 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.

6. Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission

6.1 Gesetzlicher Auftrag

150. Bei Einrichtung der Monopolkommission im Jahre 1974 war der gesetzliche Auftrag der Kommission

¹⁸⁹ Vgl. hierzu DICE, Maßnahmen zur Steigerung des Wettbewerbs auf den Kraftstoffmärkten in Deutschland, a. a. O., S. 37.

¹⁹⁰ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Zwischenbericht Juni 2009, S. 16.

¹⁹¹ Die Energiesteuer differiert je Energieart und ist festgelegt pro Kilogramm bzw. Liter. Sie beträgt für Flüssiggas als Kraftstoff rund 18 ct/kg, für Erdgas rund 18 ct/kg, für Diesel 47,04 ct/Liter und für Benzin 65,45 ct/Liter. Mit einem jährlichen Aufkommen von rund 40 Mrd. Euro stellt die Energiesteuer die für den Staat bedeutendste Verbrauchsteuer dar. Die Mehrwertsteuer beträgt 19 Prozent des Produktpreises und der Energiesteuer. Vgl. Bundesministerium der Finanzen, Stand: 4. April 2012, http://www.bundes-finanzenministerium.de/DE/Buergerinnen_und_Buerger/Mobilitaet_und_Reisen/Rund_ums_Auto/0001_Spritpreis.html

abschließend im § 24b GWB a.F. geregelt. Im Verlaufe von bisher sieben GWB-Novellen haben sich geringfügige Änderungen und Ergänzungen in den Formulierungen der Aufgabenzuweisung an die Monopolkommission ergeben. Nach einer grundlegenden Überarbeitung und konzeptionell völligen Neufassung des Gesetzes im Zuge der 6. GWB-Novelle von 1998 sind die Vorschriften über die Monopolkommission in die (neuen) §§ 44 bis 47 GWB aufgenommen worden.

151. Zu den im Kartellrecht vorgesehenen Kernaufgaben 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 Absatz 1 Satz 1 GWB). Obligatorisch ist nach § 42 Absatz 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 Absatz 1 Satz 3 GWB). Neben diesen Pflichtgutachten gehört zum gesetzlichen Auftrag der Monopolkommission auch die Erstellung von Gutachten nach eigenem Ermessen (§ 44 Absatz 1 Satz 4 GWB).

152. Seit Mitte der 1990er Jahre ist der gesetzliche Auftrag der Monopolkommission in erheblichem Umfang erweitert worden. Die zusätzlichen Aufgaben sind in mehreren Wirtschaftsgesetzen aufgeführt, die für staatlich regulierte Sektoren mit Netzcharakter erlassen wurden. Es handelt sich dabei im Einzelnen um das Telekommunikationsgesetz (1996), das Postgesetz (1997), das Allgemeine Eisenbahngesetz und das Energiewirtschaftsgesetz (beide ursprünglich von 2005). Alle Gesetze sehen vor, dass die Monopolkommission im Abstand von zwei Jahren ein Pflicht-Sondergutachten erstellt. Im Mittelpunkt der Gutachten steht – ähnlich wie in der entsprechenden Vorschrift im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – die Frage, wie die Kommission Stand und Entwicklung des Wettbewerbs in dem jeweils zu untersuchenden Wirtschaftsbereich beurteilt.¹⁹² Außerdem soll die Monopolkommission die Anwendung von Vorschriften würdigen, welche die Regulierung durch die Regulierungsbehörde betreffen.

6.2 Gegenwärtig geltende Regelungen

153. In der Kommentarliteratur war von Beginn an unstrittig, dass die Monopolkommission ihren gesetzlichen Auftrag zur Würdigung der Entscheidungspraxis des

Bundeskartellamtes nur sachgerecht erfüllen kann, wenn sie uneingeschränkt Einsicht in die Verfahrensakte der zu begutachtenden Fälle und Verfahren nehmen kann.¹⁹³ Andernfalls würde man den Berichtsumfang der Monopolkommission auf lediglich die allgemein zugänglichen Veröffentlichungen zu den Entscheidungen begrenzen. Das hätte zur Folge, dass z. B. im Rahmen der Würdigung der Fusionskontrollpraxis die ganz überwiegende Mehrheit der anmeldepflichtigen Zusammenschlüsse unberücksichtigt bliebe, die ohne förmliche Verfügung in der ersten Phase des Kontrollverfahrens freigegeben werden. Auch ein hilfsweise anstelle der Akteneinsicht einzurichtender Auskunftsanspruch der Monopolkommission gegenüber dem Bundeskartellamt für einzelne Fälle würde die Erkenntnisdefizite nicht beseitigen, da die Kommission die – im Sinne der gesetzlichen Auftragserteilung – relevanten (kritischen) Fälle zunächst einmal identifizieren muss. Erst auf Basis dieser nur durch vollständige Akteneinsicht zu gewinnenden Kenntnisse können dann – gegebenenfalls im Dialog mit dem Bundeskartellamt – die besondere Problematik einzelner Fälle und ihre Bedeutung für die Rechtsanwendung erörtert werden. Eine fundierte Stellungnahme der Monopolkommission zu den Ministererlaubnisentscheidungen bei Zusammenschlüssen nach § 42 GWB setzt ebenfalls eine umfassende Akteneinsicht voraus, die auch die Kenntnis von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen einschließt. Die Kenntnisnahme von vertraulichen Angelegenheiten wird im Einzelfall vor allem dann wichtig, wenn nur mit derartigem Detailwissen sachgerechte Empfehlungen möglich werden, die unter anderem auch die Erteilung von Auflagen und Bedingungen betreffen, von welchen in starkem Maße interne betriebliche Vorgänge berührt sein können.

154. Für einen uneingeschränkten Aktenzugang spricht aber nicht nur der Rückschluss von der Aufgabenstellung der Monopolkommission (gesetzlicher Auftrag) auf ihre Befugnisse (Akteneinsichtsrecht). Zum gleichen Ergebnis gelangt man auch bei einer Abwägung der betroffenen Interessen. Dabei ist das öffentliche Interesse am Ergebnis des gesetzlichen Auftrags als höherwertig anzusehen im Verhältnis zu dem schutzwürdigen Interesse des Unternehmens, dessen vertrauliche Daten die Kommission zur Kenntnis nimmt. Mit der Verschwiegenheitspflicht, der die Mitglieder und Mitarbeiter der Monopolkommission nach § 46 Absatz 3 Satz 2 GWB unterliegen, ist ein vertraulicher Umgang mit Informationen sichergestellt, welche die Unternehmen für geheimhaltungsbedürftig halten.

155. Im Zuge der 7. GWB-Novelle von 2005 wurde mit § 46 Absatz 2a eine Vorschrift neu aufgenommen, die den umfassenden Zugang der Monopolkommission zu den Akten der Kartellbehörde regelt. Demnach darf sie

¹⁹² Eine Ausnahme bildet insoweit das Postgesetz das bei seinem Auftrag an die Monopolkommission eine Analogie zum Telekommunikationsgesetz (in der Fassung von 1996) herstellt. Nach damaliger Rechtslage sollte die Monopolkommission prüfen, ob auf den Märkten der Telekommunikation (und dementsprechend auch auf den Postmärkten) ein funktionsfähiger Wettbewerb besteht. Seit der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes im Jahre 2001 ist auch für die Untersuchung dieses Sektors die Frage relevant, ob nachhaltig wettbewerbsorientierte Telekommunikationsmärkte bestehen (und nicht mehr der funktionsfähige Wettbewerb), Gegenstand der Untersuchung durch die Monopolkommission. Das Postgesetz wurde dagegen seit 1997 noch nicht novelliert.

¹⁹³ So. z. B. Mestmäcker/Veelken, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Aufl., München 2007, § 44 GWB Rn. 9: „Soweit sich die Gutachten auf Sachverhalte beziehen, die Gegenstand kartellbehördlicher Verfahren waren, ist eine umfassende Information [der Monopolkommission] auf Grund der Verfahrensakte ohnehin gewährleistet.“

Akten einsehen, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie personenbezogene Daten enthalten, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihres gesetzlichen Auftrags erforderlich ist. Die neue Vorschrift beschreibt die Grundlagen der bis dahin gängigen Praxis und enthält insoweit „eine ausdrückliche Klarstellung des derzeitigen Rechtszustands“.¹⁹⁴

156. 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. Für die Untersuchungen in den Sondergutachten zu den regulierten Wirtschaftssektoren mit Netzcharakter war aber ursprünglich in keinem der vier Gesetze ein Akteneinsichtsrecht vorgesehen. Auf das Missverhältnis zwischen dem Anspruch des gesetzlichen Auftrags und den Möglichkeiten zur sachgerechten Aufgabenerfüllung hat die Monopolkommission in ihrer Berichterstattung regelmäßig hingewiesen. Die Bundesnetzagentur sah sich nicht in der Lage, der Monopolkommission vertrauliche Informationen zur behördlichen Regulierungspraxis zu überlassen, wie dies etwa in Verbindung mit § 46 Absatz 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.

157. Inzwischen hat der Gesetzgeber auf die Defizite bei den Untersuchungsmöglichkeiten der Monopolkommission reagiert. Zunächst wurde mit der Novelle des Telekommunikationsgesetzes vom 18. Februar 2007 in § 121 Absatz 2 eine Vorschrift eingefügt, die in ihrem Wortlaut der Formulierung in § 46 Absatz 2a GWB entspricht. Auch im Falle des Energiewirtschaftsgesetzes ist anlässlich der Novellierung von 2011 gemäß § 62 Absatz 1 Satz 3 der Zugang der Monopolkommission zu den entsprechenden Akten der Bundesnetzagentur geregelt worden. Für den vertraulichen Umgang wird ausdrücklich die entsprechende Geltung von § 46 Absatz 3 GWB angeordnet (§ 62 Absatz 1 Satz 4 EnWG).

158. Im März 2012 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie einen Katalog von Eckpunkten zu einer Postgesetz-Novelle vorgelegt, die eine Verbesserung des Regulierungsrahmens und einen möglichen Abbau von Regulierung zum Ziel haben.¹⁹⁵ In den Eckpunkten ist eine ausdrückliche Regelung der Akteneinsicht bei der Bundesnetzagentur nicht vorgesehen. Die Monopolkommission weist erneut auf die Notwendigkeit

der Aufnahme einer entsprechenden Norm in das Postgesetz hin.

159. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen des deutschen Eisenbahnrechts sollen ebenfalls verändert werden.¹⁹⁶ Anfang des Jahres 2012 wurde vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung der Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich (ERegG-E) vorgelegt. Die Aufgabenzuweisung an die Monopolkommission zur Begutachtung des Eisenbahnsektors ist in § 59 ERegG-E enthalten. Es ist in diesem Zusammenhang aber auch weiterhin kein Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission bei der Bundesnetzagentur vorgesehen. Die Monopolkommission erinnert noch einmal daran, dass die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zum 17. Hauptgutachten zugesichert hatte, sich für ein Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission im Falle aller Pflicht-Sondergutachten zu den Netzsektoren einzusetzen.¹⁹⁷

6.3 Aktuelle Probleme

160. Bei der Vorbereitung dieses Gutachtens haben sich kurzfristig Probleme bei der Akteneinsicht und insbesondere beim Zugang zu vertraulichen Daten des Bundeskartellamtes ergeben. Die Monopolkommission 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 Stellungnahmen zu aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen mit den im Bundeskartellamt verfügbaren Daten erstellt werden. Von besonderem Interesse sind für die Monopolkommission gegenwärtig die vom Amt erhobenen Daten über Anbieter von Trinkwasser (Missbrauchsverfahren gegen die Berliner Wasserbetriebe) sowie die umfangreichen Einzeldaten aus der abgeschlossenen Sektoruntersuchung Kraftstoffe.

161. Das Bundeskartellamt hat grundsätzliche Bedenken gegenüber einer Datenüberlassung an die Monopolkommission geäußert. Hinsichtlich der im Missbrauchsverfahren gegen die Berliner Wasserbetriebe erhobenen Daten hält das Amt – insbesondere auch aus verfahrensökonomischen Gründen – eine Überlassung an die Monopolkommission für nicht zielführend. Es handele sich um ein laufendes Verfahren, bei welchem der Prozess der Erhebung und Validierung der Daten bisher noch nicht abgeschlossen sei. Ob im laufenden Verfahren eine erste Einsichtnahme in die vorläufigen Daten durch Mitarbeiter der Monopolkommission möglich sei, bedürfe aus der Sicht des Amtes einer eingehenden Prüfung.

Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass hinsichtlich der im Rahmen der bereits abgeschlossenen Kraftstoff-Sektoruntersuchung erhobenen Daten den Mitarbeitern der Monopolkommission in vollem Umfang Einsicht in die vorhandenen Datenbestände gegeben wird und der zuständige Berichtersteller des Verfahrens für notwendige

¹⁹⁴ Vgl. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bundestagsdrucksache 15/3640 vom 12. August 2004, S. 60.

¹⁹⁵ Vgl. dazu Abschnitt 4 in diesem Kapitel.

¹⁹⁶ Vgl. dazu Abschnitt 3 in diesem Kapitel.

¹⁹⁷ Vgl. Bundestagsdrucksache 16/11558 vom 19. Dezember 2008, Tz. 14.

Erläuterungen des Datenbestands und der durchgeführten Analysen zur Verfügung steht. Dagegen werfe der Antrag der Monopolkommission, darüber hinaus „die Daten zur eigenen Nutzung zu überlassen, grundlegende rechtliche und tatsächliche Fragen auf“. Das Bundeskartellamt befürchtet aufgrund der hohen Sensibilität der Daten und der uneingeschränkten Nutzung und Auswertung durch die Monopolkommission Rückwirkungen auf die Effektivität seiner Ermittlungen.

6.4 Stellungnahme und Empfehlung

162. Die Monopolkommission teilt die rechtlichen Bedenken des Bundeskartellamtes in der aktuellen Diskussion nicht. Das gilt sowohl für den verwehrten Zugang im Falle laufender Verfahren als auch für die von der Monopolkommission angestrebte fallunabhängige Nutzung von Datensammlungen für eigenständige empirische Untersuchungen zu Markt- und Wettbewerbsstrukturen.

163. Weder aus den gesetzlichen Vorschriften noch aus der Kommentarliteratur erschließt sich ein Hinderungsgrund für eine umfassende Akteneinsicht der Monopolkommission bei noch nicht abgeschlossenen Verfahren. Die unterschiedlichsten Problemstellungen, vor denen das Bundeskartellamt in den zu entscheidenden Fällen steht, ergeben sich aus dem Sachzusammenhang des Einzelfalls. Sie können von der Monopolkommission auch schon in einer sehr frühen Phase aufgegriffen und fachlich diskutiert werden. Das Ergebnis des Verfahrens ist demgegenüber von sekundärer Bedeutung, weil die Monopolkommission nicht Revisionsinstanz für Entscheidungen des Bundeskartellamtes ist. Die Würdigung der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis ist nach gesetzlicher Vorschrift in die alle zwei Jahre erscheinenden Hauptgutachten aufzunehmen. Für aktuelle Fälle, die zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses für die Zweijahresgutachten noch nicht abgeschlossen sind, würde sich bei fehlendem Akteneinsichtsrecht die Berichterstattung an die Bundesregierung und die fachlich interessierte Öffentlichkeit um einen bedeutenden Zeitraum verzögern und dementsprechend an Aktualität verlieren.

164. 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. Für die rechtlichen Bedenken des Bundeskartellamtes gegen die Verwendung für eigenständige empirische Untersuchungen der Monopolkommission gibt es keine nachvollziehbare Grundlage. Da der gesetzliche Auftrag der Monopolkommission die Erstellung von Gutachten nach eigenem Ermessen umfasst, ist auch eine fallunabhängige Nutzung von Daten des Bundeskartellamtes durch das Akteneinsichtsrecht nach § 46 Absatz 2a GWB gedeckt. In diesem Zusammenhang erwogene Sicherheitsvorkehrungen, wie z. B. die Einsichtnahme und Datenverarbeitung ausschließlich in den Räumen des Bundeskartellamtes (ohne eigene Aufzeichnungsmöglichkeiten), sind für die Arbeit der Monopolkommission kontraproduktiv und im Zeitalter der elektronischen Datenübermittlung anachronis-

tisch. Es ist daran zu erinnern, dass mit der oben erwähnten Pflicht zur Verschwiegenheit nach § 46 Absatz 3 GWB hinreichende Vorkehrungen getroffen worden sind, um schutzwürdige Interessen von Unternehmen angemessen zu berücksichtigen.

165. Die Monopolkommission empfiehlt im Zuge der beabsichtigten Einrichtung einer Markttransparenzstelle beim Bundeskartellamt eine klarstellende Regelung des Sachverhalts durch den Gesetzgeber. Sie schlägt vor, in § 47c des Gesetzentwurfs in einem zusätzlichen Absatz 5 ein Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission ausdrücklich aufzunehmen.¹⁹⁸ Damit würde der Gesetzgeber zugleich ein Signal setzen, dass ein breiteres wirtschaftspolitisches Interesse an unabhängigen empirischen Untersuchungen zu wichtigen wettbewerbspolitischen Fragestellungen auf der Grundlage von Daten besteht, die das Bundeskartellamt erhebt.

7. Die 8. GWB-Novelle

166. Im November 2011 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie einen Referentenentwurf für die 8. GWB-Novelle vorgelegt, dem im August 2011 Eckpunkte vorausgegangen waren.¹⁹⁹ Eine Reihe von Forderungen für eine Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen war bereits im Koalitionsvertrag vom Oktober 2009 sowie im Jahreswirtschaftsbericht vom Januar 2011 enthalten.²⁰⁰

167. Die Bundesregierung hat den Gesetzentwurf im März 2012 beschlossen,²⁰¹ im April 2012 legte das Bundesministerium der Justiz in Abstimmung mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie 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.²⁰² Das weitere Gesetzgebungsverfahren im Bundestag und Bundesrat soll nach derzeitiger Planung im Oktober 2012 abgeschlossen sein und die 8. GWB-Novelle zum 1. Januar 2013 in Kraft treten.²⁰³

¹⁹⁸ Vgl. dazu Abschnitt 5 in diesem Kapitel.

¹⁹⁹ Referentenentwurf des BMWi, Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/gwb-8-aenderung-referentenentwurf,property=pdf,be-reich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

²⁰⁰ Vgl. Wachstum. Bildung. Zusammenhalt – Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP, Berlin, 26. Oktober 2009, S. 18; BMWi, Jahreswirtschaftsbericht 2011, Deutschland im Aufschwung – den Wohlstand von morgen sichern, Januar 2011, Tz. 16, 80 ff.

²⁰¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), Bundesratsdrucksache 176/12 vom 30. März 2012.

²⁰² Stellungnahme des Bundesrates, Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), Bundesratsdrucksache 176/12 (Beschluss) vom 11. Mai 2012.

²⁰³ Im Mai 2012 beschloss die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes zur Einrichtung einer Markttransparenzstelle. Zu dem Gesetzentwurf nimmt die Monopolkommission in Abschnitt 5 dieses Kapitels Stellung.

168. Nachdem die 7. GWB-Novelle hauptsächlich die Anpassung des deutschen Rechts an die europäische Kartellaufsicht zum Ziel hatte und das Preismissbrauchsbeämpfungsgesetz von 2007 dem missbräuchlichen Verhalten im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels begegnen sollte, betreffen zentrale Anliegen der aktuellen Novelle 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 bei der Fernwärme zur Diskussion. Erörtert wird darüber hinaus eine erweiterte Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf die gesetzlichen Krankenkassen.

169. Die Monopolkommission hat im Februar 2012 mit einem Sondergutachten zu mehreren wichtigen Vorschlägen des Referentenentwurfs Stellung genommen und darüber hinausgehenden Reformbedarf festgestellt.²⁰⁴ Sie kam in diesem Gutachten zu folgenden Empfehlungen:

- Die Monopolkommission spricht sich für den Übergang vom Marktbeherrschungstest zum SIEC-Test in der deutschen Fusionskontrolle aus. Auf diese Weise wird die Integration neuer ökonomischer Erkenntnisse in die fusionskontrollrechtliche Prüfung erleichtert sowie eine zweifelsfreie und flexible Erfassung aller Zusammenschlüsse, die sich potenziell negativ auf den Wettbewerb auswirken, ermöglicht. Mit der Übernahme des SIEC-Tests können außerdem bestehende Schwächen des Marktbeherrschungskonzepts abgemildert werden.
- Die Aufnahme eines ausdrücklichen Effizienzeinwands nach europäischem Vorbild in die deutsche Fusionskontrolle ist abzulehnen. Effizienzgewinne und sonstige positive Auswirkungen von Zusammenschlüssen können bereits nach geltender Rechtslage – jedenfalls teilweise – berücksichtigt werden. Gegen eine weitergehende, einzelfallbezogene Effizienzprüfung sprechen deren relativ hohe Kosten im Vergleich zu dem geringen damit verbundenen Nutzen. Der Gesetzgeber sollte eine entsprechende Klarstellung in die Gesetzesbegründung aufnehmen.
- Die Instrumente der Abwägungsklausel und der Ministererlaubnis sind beizubehalten. Ohne die Abwägungsklausel entfielen die Möglichkeit, im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung Wettbewerbsverbesserungen auf Drittmarkten zu berücksichtigen. Auch die Abschaffung der Ministererlaubnis würde beträchtliche Nachteile mit sich bringen. So sichert das zweistufige Verfahren die Transparenz der Entscheidungen und trägt zur Unabhängigkeit des Bundeskartellamtes bei. Da die Abwägung zwischen rein wettbewerblichen Aspekten und sonstigen Zielen eine politische Entscheidung ist, muss hierfür eine politisch legitimierte Instanz die Verantwortung tragen.

– Die spezifisch deutschen Zusammenschlusstatbestände in § 37 GWB haben sich bewährt und sollten nicht aufgegeben werden. Die Tatbestände des Vermögens- und Anteilserwerbs gewährleisteten regelmäßig ein hohes Maß an Praktikabilität und fördern die Vorhersehbarkeit für die Unternehmensseite. Soweit das nationale Recht Minderheitsbeteiligungen in stärkerem Maß als die europäische Fusionskontrollverordnung erfasst, ist dies zu begrüßen. Zweifellos können auch die vom Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen erfassten Formen von Minderheitsbeteiligungen zu Wettbewerbsbehinderungen führen. Die 25-Prozent-Grenze des § 37 Absatz 1 Nummer 3 lit. b GWB sorgt insoweit für ein hohes Maß an Rechtssicherheit, der Tatbestand des wettbewerbslich erheblichen Einflusses in § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB schützt vor Umgehungsstrategien der Unternehmen.

– Die Marktbeherrschungsvermutungen behalten auch unter dem SIEC-Test ihre wettbewerbspolitische Funktion. Im behördlichen Verfahren üben sie eine gewisse Signalwirkung aus und tragen dazu bei, dass die Zusammenschlussparteien alle entscheidungserheblichen Informationen vollständig und rechtzeitig übermitteln; dies ist angesichts der kurzen Prüffristen unerlässlich. Außerdem geht von den Vermutungstatbeständen eine nicht unerhebliche Vorfeldwirkung aus. Im Kartellprozess tragen die Vermutungen dazu bei, dass die Gerichte ihre Prüfung fokussieren und praktikabel halten können.

Die geplante Anhebung der Einzelmarktbeherrschungsvermutung von einem Drittel auf 40 Prozent ist wettbewerbspolitisch vertretbar.

– Die Verlagerung der Bagatellmarktklausel in die materielle Fusionskontrolle hat sowohl Vor- als auch Nachteile. Einerseits wird die Feststellung der Anmeldepflicht erleichtert und von schwierigen Auslegungsfragen befreit. Andererseits steigen die Kosten der fusionskontrollrechtlichen Prüfung von Bagatellmärkten an. Die Monopolkommission betrachtet die Auswirkungen der vorgeschlagenen Änderungen als ambivalent. Bei einer Verankerung der Bagatellmarktklausel in der materiellen Fusionskontrolle wären die Implikationen über die optimale Höhe des Schwellenwertes zu bedenken.

– Zu begrüßen sind die Vorschläge im Zusammenhang mit den Nebenbestimmungen zu fusionskontrollrechtlichen Freigabeentscheidungen. Die Beibehaltung des Verbots der laufenden Verhaltenskontrolle wirkt sich positiv aus, weil eine solche Kontrolle hohe Kosten aufseiten der Wettbewerbsbehörden und der betroffenen Unternehmen sowie gegebenenfalls auch bei Dritten verursacht, die etwa bei strukturellen Nebenbestimmungen weitgehend vermieden werden können.

Die geplante Regelung zur Fristverlängerung bei erstmaligem Zusagenangebot ist aufgrund des erheblichen zusätzlichen Ermittlungs- und Verhandlungsaufwands sachgerecht. Sie entspricht in etwa der europäischen Rechtslage in Phase-II-Verfahren.

²⁰⁴ Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O.

- Die Vorschläge zur Pressefusionskontrolle sind in ihrer Gesamtheit wettbewerbspolitisch vertretbar. Mit der Absenkung der Presserechenklausel von 20 auf 8 verringert sich zwar die Zahl der Zusammenschlussvorhaben, die der Kontrolle seitens des Bundeskartellamtes unterliegen, deutlich. Positiv ist in diesem Zusammenhang indes zu werten, dass im Hinblick auf die Bagatellmarktklausel weiterhin der Multiplikationsfaktor 20 relevant ist. Wichtig ist zudem, dass die Anwendung der Anschlussklausel auch künftig ausgeschlossen bleibt.
- Die Monopolkommission begrüßt die Neufassung der Regelungen zur allgemeinen Missbrauchsaufsicht. Systematik und Verständlichkeit der Vorschriften werden dadurch erheblich verbessert.
- Die Monopolkommission hegt grundsätzliche Bedenken gegen die Vorschrift des § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB. Einerseits kann das gesetzgeberische Ziel – der Schutz von kleineren Konkurrenten des marktmächtigen Unternehmens – kaum erreicht werden. Andererseits reduzieren behördliche Eingriffe in die Konditionengestaltung den Wettbewerb zwischen den Handelsunternehmen, begünstigen bestehende Vertriebsstrukturen und führen häufig zu höheren Preisen für die Endverbraucher.

Der Ausschluss großer Hersteller aus dem Schutzbereich der Vorschrift ist schon deshalb richtig, weil diese regelmäßig besser in der Lage sind als kleine und mittlere Produzenten, sich gegen sachlich ungeRechtfertigte Forderungen des Einzelhandels zu wehren. Große Hersteller können meist günstiger produzieren als ihre kleineren Wettbewerber und besitzen häufig auch bessere Möglichkeiten, ihre Nachfrager zu wechseln.

- Das Auslaufen des Verbots von gelegentlichen Untereinstandspreisverkäufen von Lebensmitteln ist zu befürworten. Die Vorschrift ist ungeeignet, das gesetzgeberische Ziel hoher Lebensmittelqualität zu erreichen. Erstens führen höhere Preise im Einzelhandel nicht zwangsläufig zu Qualitätsverbesserungen im Handel selbst. Und zweitens kann sich der Druck auf die Erzeugerpreise sogar erhöhen, wenn Verkäufe zu Untereinstandspreisen nicht möglich sind.

Gegen das Verbot von Untereinstandspreisverkäufen bestehen daneben grundsätzliche ordnungspolitische Vorbehalte, weil Untereinstandsangebote vor allem ein Marketinginstrument darstellen, das dem Endverbraucher in Form günstiger Preise zugutekommt. Verdrängungsstrategien sind in aller Regel nicht damit verbunden. Der Schutz kleiner und mittlerer Handelsunternehmen ist kaum erreichbar, da die filialisierten Großunternehmen des Handels allein aufgrund ihres Einkaufsvolumens häufig günstigere Einkaufskonditionen als ihre kleineren Konkurrenten erhalten und im Preiswettbewerb somit ohnehin Vorteile besitzen. Die Vorschrift hat sich in der zurückliegenden Behördenpraxis schließlich als wenig praktikabel erwiesen.

- Die Monopolkommission gibt zu bedenken, dass aus ökonomisch-theoretischer Perspektive die Nettowohlfahrtswirkungen eines Verbots von Preis-Kosten-Scheren keinesfalls eindeutig sind. Faktisch kommt es bei den zu erwartenden Wirkungen maßgeblich auf die Art der Umsetzung des Verbots und die Eigenschaften des jeweils betrachteten Marktes an. Hinzu kommen ungeklärte Auslegungsfragen und beträchtliche faktische Probleme bei der Anwendung der Norm. Die Vorschrift sollte daher nur befristet – etwa für fünf weitere Jahre – verlängert werden, um weitere Erfahrungen mit ihrer Praktikabilität und ihren praktischen Wirkungen zu gewinnen.

Nach Auffassung der Monopolkommission können etwaige Wettbewerbsprobleme auf den Tankstellenmärkten nur unter Einbeziehung der Raffinerieebene gelöst werden. Die Monopolkommission regt daher eine Sektoruntersuchung dieses hoch konzentrierten Marktes an.

- Die Vorschrift des § 29 GWB betreffend eine spezielle Missbrauchsaufsicht für Energiemärkte sollte in ihrer Geltung nicht verlängert werden, da sie die Entwicklung echten und wirksamen Wettbewerbs behindert. Nach den bisherigen Erfahrungen richtet sich die Fallpraxis insbesondere auf das einfacher zu kontrollierende Verhalten auf der letzten Stufe der Lieferkette im Strom- bzw. Gassektor. Bei dieser Stufe handelt es sich jedoch häufig um die Märkte des Energiesektors, auf denen sich der Wettbewerb am besten entwickelt. Durch die Vorschrift des § 29 GWB wird auf diesen Märkten die Chance auf Markteintritte reduziert und das Wechselverhalten der Kunden von etablierten Versorgern zu neuen Anbietern gebremst. Potenzielle wettbewerbliche Probleme auf vorgelagerten Ebenen lassen sich durch die Kontrolle der Endkundenmärkte für Strom und Gas ebenfalls nicht lösen. Schließlich macht die Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes auch methodische Probleme bei der effizienten Kontrolle dieser Märkte deutlich.
- Die sektorspezifische Missbrauchsaufsicht nach § 29 GWB sollte auch nicht auf die Märkte für Fernwärme und Trinkwasser ausgeweitet werden. Zwar ist eine Aufsicht über die Entgelte in diesen Sektoren dringend erforderlich, da es sich im Gegensatz zu den Märkten für Strom und Gas bei der Fernwärme- und Wasserversorgung in der Regel um langfristig resistente Monopole handelt. Andererseits legen methodische Probleme bei der effektiven Anwendung allgemeiner Missbrauchsvorschriften und systematische Überlegungen nahe, eine dauerhafte Kontrolle dieser Sektoren im Rahmen von Regulierung umzusetzen. Die Aufsicht über Entgelte auf den Märkten für Fernwärme und Trinkwasser ist deshalb jeweils einer eigenen sektorspezifischen Regulierung zu unterstellen.
- Für die sektorspezifische Regulierung in der Trinkwasserversorgung hat die Monopolkommission detaillierte Vorschläge unterbreitet. Sie sollte im Wege einer Anreizregulierung erfolgen und – jedenfalls zunächst – bei der Bundesnetzagentur angesiedelt sein.

Bis zur Umsetzung dieser Forderung üben die Kartellbehörden die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 31 RefE aus. In das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist die Befugnis der Kartellbehörden aufzunehmen, im Rahmen des § 31 RefE Feststellungen für die Vergangenheit zu treffen und gegebenenfalls Rückzahlungen an die Verbraucher anzuordnen. Außerdem ist auch für Missbrauchsverfügungen nach § 31 Absatz 6 RefE die sofortige Vollziehbarkeit zu gewährleisten.

Unabhängig vom Eingreifen der sektorspezifischen Regulierung oder der spezifischen Missbrauchsaufsicht im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist gesetzlich zu verankern, dass Wasserentgelte sowohl in Form von Preisen als auch von Gebühren vom Wettbewerbsrecht erfasst sind.

- Das Kartellordnungswidrigkeitenrecht weist schwerwiegende Lücken bei der Rechtsnachfolge in der Bußgeldhaftung auf. Daher erachtet die Monopolkommission eine entsprechende gesetzliche Regelung zur Gesamt- und Einzelrechtsnachfolge für erforderlich.
- Die gesetzlichen Krankenkassen sind prinzipiell dem allgemeinen Kartellrecht zu unterstellen. Dies gilt sowohl im Verhältnis der Kassen zu den Leistungserbringern als auch zu ihren Mitgliedern; zudem sind im Verhältnis der Kassen untereinander die fusionskontrollrechtlichen Bestimmungen anzuwenden. Ausnahmen von der Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts sind ausdrücklich zu benennen und auf Bereiche zu begrenzen, in denen die Kassen aufgrund ihres hoheitlichen Versorgungsauftrags zu kollektivem Handeln verpflichtet sind. Die Monopolkommission hat einen entsprechenden Gesetzesvorschlag vorgelegt.
- Die Einrichtung einer – vorerst zeitlich begrenzten – deutschen Markttransparenzstelle neben einer entsprechenden europäischen Institution (ACER, Agency for the Cooperation of Energy Regulators) erscheint der Monopolkommission erwägenswert. Sie empfiehlt, eine nationale Markttransparenzstelle von den rechtsanwendenden Behörden unabhängig einzurichten und lediglich organisatorisch dem Bundeskartellamt oder der Bundesnetzagentur anzugliedern. Hierdurch könnten Flexibilität und Dynamik, insbesondere bei der Fortentwicklung der Datenerfassung und -analyse, weitestmöglich gefördert werden.
- Die Monopolkommission befürwortet die Einführung eines allgemeinen Stellungnahmerechts des Bundeskartellamtes in Gesetzgebungsverfahren mit wettbewerblichem Bezug. Die Ausübung eines solchen Rechts durch das fachlich unabhängige und ausschließlich dem Wettbewerbsschutz verpflichtete Bundeskartellamt würde die Entscheidungsgrundlage des Gesetzgebers deutlich verbessern. Die gesetzliche Verankerung einer entsprechenden Befugnis hätte außerdem insgesamt positive Auswirkungen auf die Verbreitung des Wettbewerbsgedankens.

170. Der Ende März vorgelegte Regierungsentwurf weicht nur in wenigen wesentlichen Punkten von dem Referentenentwurf ab. Besonders hervorzuheben ist das Vorhaben der Bundesregierung, die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf das Verhältnis der gesetzlichen Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten für entsprechend anwendbar zu erklären. Mit der geplanten Neuregelung sollen das Kartellverbot und die Missbrauchsaufsicht nicht mehr nur für die Beziehungen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern, sondern ausdrücklich auch für die Beziehungen der Krankenkassen zu den Versicherten sowie für Abreden und Vereinbarungen zwischen den Krankenkassen, etwa für deren abgestimmtes Verhalten bei der Erhebung von Zusatzbeiträgen, gelten. Daneben werden die Regelungen über die Zusammenschlusskontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bei der freiwilligen Vereinigung von Krankenkassen für entsprechend anwendbar erklärt. Zudem wird die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf die entsprechende Anwendung der Kartell- und Missbrauchsaufsicht über Krankenkassen und ihre Verbände sowie die Zusammenschlusskontrolle nach den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgedehnt.

Während der Referentenentwurf noch das Auslaufen des bis 31. Dezember 2012 befristeten Verbots der gelegentlichen Untereinstandspreisverkäufe von Lebensmitteln vorsah, soll das Verbot des § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 GWB laut Regierungsentwurf um weitere fünf Jahre verlängert werden. Außerdem bezieht der Regierungsentwurf die Absenkung des Multiplikationsfaktors in der sog. Presserechenklausel (§ 38 Absatz 3 GWB) von 20 auf den Faktor 8 nun auch auf die Bagatellmarktklausel, sodass diese statt bisher 750 000 Euro jetzt 1,875 Mio. Euro betragen soll; die Anschlussklausel in § 35 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 GWB bleibt gemäß § 35 Absatz 2 Satz 2 GWB nach wie vor unanwendbar.

Dagegen enthält der Regierungsentwurf im Vergleich zum Referentenentwurf keine wesentlichen Änderungen im Bereich der sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht. Die für die Energiemärkte geltende Missbrauchsregelung des § 29 GWB soll – ebenso wie im Referentenentwurf geplant – um weitere fünf Jahre verlängert werden. Der speziellen Missbrauchskontrolle in der Wasserwirtschaft sollen weiterhin nicht sämtliche Wasserentgelte, sondern nur Preise – nicht aber Gebühren – unterliegen.

171. Der Bundesrat hat im Mai 2012 eine erweiterte Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich der gesetzlichen Krankenkassen nachdrücklich abgelehnt. Im Hinblick auf die sektorspezifische Missbrauchskontrolle sprach er verschiedene Empfehlungen aus. Nach Auffassung des Bundesrates sollte die spezielle Missbrauchsregelung des § 29 GWB dauerhaft, d. h. ohne die für den Energiesektor geplante Befristung, auf den Bereich Fernwärme erstreckt werden. Bezüglich der Missbrauchsaufsicht in der Wasserwirtschaft werden verschiedenen Empfehlungen abgegeben; der Bundesrat bittet unter anderem um eine Klarstellung, dass im Rahmen der Missbrauchskontrolle keine Durchleitungsansprüche im Bereich der Wasserversorgung ermöglicht werden. Zudem soll geregelt werden, dass Was-

serpreise alternativ zum Vergleichsmarktkonzept auch auf Basis der beim Wasserversorger entstandenen Kosten geprüft werden können. Schließlich soll ausdrücklich in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufgenommen werden, dass in Bezug auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge eine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht nicht stattfindet. Weitere Empfehlungen betreffen unter anderem für erforderlich gehaltene Regelungen zur Rechtsnachfolge und Konzernhaftung im Ordnungswidrigkeitenverfahren, eine Erweiterung der Möglichkeiten zur Vorteilsabschöpfung sowie die Einrichtung eines zweckgebundenen Sondervermögens zur Verwaltung und Verwendung von Mitteln, die im Wege der Vorteilsabschöpfung sowie anteilig von erhobenen Geldbußen der Kartellbehörde eingenommen werden. Im Rahmen der Pressefusionskontrolle spricht sich der Bundesrat – wie der Referentenentwurf – dafür aus, bei der Berechnung der Bagatellmarktklausel den Faktor 20 beizubehalten; ferner soll im weiteren Gesetzgebungsverfahren geprüft werden, welche Regelungsmöglichkeiten zur Sicherung des Pressegrösses bestehen.

172. Das für das Ordnungswidrigkeitenrecht zuständige Bundesministerium der Justiz hat einen Vorschlag zur Rechtsnachfolge unterbreitet. Nach einem neuen § 30 Absatz 2a OWiG soll es eine Rechtsnachfolge in die Bußgeldhaftung geben, wenn eine Gesamtrechtsnachfolge oder eine partielle Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung nach § 123 UmwG stattgefunden hat. Die Rechtsnachfolge soll auf den Wert des übernommenen Vermögens und auf die Höhe der Geldbuße, die gegen den Rechtsvorgänger angemessen gewesen wäre, beschränkt sein. Zudem soll nach Erlass eines Bußgeldbescheids ein dinglicher Arrest zur Sicherung der Geldbuße verhängt werden können. Darüber hinaus wird eine Anhebung des Bußgeldrahmens bei Straftaten von Leitungspersonen und für sonstige von einer Leitungsperson begangene Ordnungswidrigkeiten vorgeschlagen.

173. Die Monopolkommission bekräftigt ihre Forderung, die gesetzlichen Krankenkassen prinzipiell dem Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu unterstellen und Ausnahmen von der Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts ausdrücklich zu benennen. Sie begrüßt daher nachdrücklich die von der Bundesregierung geplanten Änderungen des Krankenversicherungsrechts als wichtigen Schritt in die richtige Richtung.

Bei den Regelungen zur 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.

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.

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.

Kapitel I

Neuausrichtung der Konzentrationsberichterstattung

1. Modernisierungsbedarf

1.1 Gegenstand und Ziel der Untersuchung

174. Die Monopolkommission veröffentlicht die Konzentrationsberichterstattung im Turnus von zwei Jahren als zentralen Bestandteil ihres Hauptgutachtens. Gemäß dem gesetzlichen Auftrag (§ 44 Absatz 1 Satz 1 GWB) hat diese zum Zweck, den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland zu beurteilen. Trotz zahlreicher Bemühungen, die Konzentrationsberichterstattung zu verbessern, bestehen weiterhin eine Reihe konzeptioneller Schwächen.

175. Die von der Monopolkommission in ihren Hauptgutachten veröffentlichten Konzentrationsmaße wurden bisher einzig auf Grundlage der Wirtschaftszweigklassifikation bzw. basierend auf dem Güterverzeichnis der Produktionsstatistik erhoben. Um jedoch geeignete Konzentrationsmaße abzubilden, anhand derer eine Abschätzung von Marktmacht möglich ist, ist eine adäquate Abgrenzung der wettbewerbspolitisch relevanten Einzelmärkte – sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht – von fundamentaler Bedeutung.

176. So umfasst der geografisch relevante Markt laut Definition der Europäischen Kommission „das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen, die relevante Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von den benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet“¹. Die von der Monopolkommission ausgewiesenen Konzentrationsmaße werden nur für die Produktion in der Bundesrepublik Deutschland ermittelt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass in vielen Fällen der räumlich relevante Markt entweder geografisch enger (lokal oder regional) oder weiter (international oder weltweit) abgegrenzt werden muss. Diese Einschätzung wird unter anderem gestützt durch die von der Monopolkommission in ihrem 18. Hauptgutachten veröffentlichten Untersuchung hinsichtlich der Bedeutung des EU-Binnenhandels und ausländischer Firmen für die deutsche Unternehmenslandschaft.² Die Auswertungen zeigen, dass rund die Hälfte aller von der amtlichen Statistik erfassten Unternehmen am EU-Binnenhandel teilnehmen. Gemessen am Umsatz bzw. der Zahl der Beschäftigten fällt das Gewicht der importierenden und der exportierenden Unternehmen mit ei-

nem Anteil am Gesamtumsatz von 72 Prozent bzw. 80 Prozent bei den Beschäftigten noch stärker aus. Dies ist ein klares Indiz dafür, dass zahlreiche Märkte nicht mehr national abzugrenzen sind und dementsprechend die von der Konzentrationsstatistik ermittelten Werte das Wettbewerbsverhalten nicht adäquat abbilden können.

177. Diese Problematik ergibt sich analog für die sachlich relevante Marktabgrenzung. Laut Europäischer Kommission umfasst der sachlich relevante Markt „sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden“.³ Auch die adäquate Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes erfordert einen enormen Aufwand, zumal dieser über die Zeit hinweg unter anderem aufgrund von Produktinnovationen und technischem Fortschritt einem steten Wandel unterliegt. So vernachlässigen gerade Konzentrationsmessungen auf Wirtschaftszweigebene die Auswirkungen des Wettbewerbs aus anderen Sektoren.

178. Die Monopolkommission stützt ihre Marktabgrenzung seit Einführung der Konzentrationsstatistik auf die vorhandene Klassifikation der amtlichen Statistik nach Wirtschaftszweigen (WZ) sowie seit dem 4. Hauptgutachten auch auf das Güterverzeichnis für Produktionsstatistiken (GP). Allerdings birgt gerade das Verfahren auf Basis der Wirtschaftszweigklassifikation Fehlerquellen und Ungenauigkeiten: Mittels der Wirtschaftszweigklassifikation (seit dem 18. Hauptgutachten WZ 2008) werden Unternehmen nach ihrer Haupttätigkeit einem bestimmten Wirtschaftszweig zugeordnet (sog. Schwerpunktprinzip). Im Falle von Unternehmen, welche mehrere Güter produzieren, werden somit auch branchenfremd erwirtschaftete Umsätze dem Wirtschaftszweig der Haupttätigkeit zugewiesen. Falls die Ausrichtung des Unternehmens sich etwa zu gleichen Teilen auf verschiedene Wirtschaftszweige konzentriert, kann der dem Unternehmen zugeordnete Wirtschaftszweig jährlich variieren.

179. Zudem wird in der Konzentrationsstatistik eine Untergliederung der Klassifikation auf Zwei-, Drei- und Viersteller-Ebene vorgenommen. Eine tiefere Untergliederung würde viele Werte aufgrund der statistischen Geheimhaltungspflicht nicht veröffentlichungsfähig machen. Durch Anwendung des Schwerpunktprinzips wird jedes Unternehmen allein einem spezifischen Wirtschaftszweig zugeordnet, selbst wenn es tatsächlich in mehreren Branchen tätig ist. Gerade größere Unterneh-

¹ Vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5, hier: S. 6, Rn. 8.

² Vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Hauptgutachten 2008/2009, Baden-Baden 2010, Tz. 146.

³ Vgl. Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, a. a. O., S. 6, Rn. 7.

men sind oft in mehreren Viersteller-Bereichen bzw. teilweise sogar in mehreren Zweisteller-Bereichen wirtschaftlich aktiv. Jedoch werden ihre sämtlichen Umsätze und Beschäftigten entsprechend ihrem Tätigkeitsschwerpunkt allein einem bestimmten Wirtschaftszweig zugeordnet, obwohl sie einen Großteil ihres Umsatzes nicht in diesem Bereich erzielt haben bzw. ein Großteil ihrer Beschäftigten faktisch nicht in diesem Wirtschaftszweig tätig ist. Daher kann es zu erheblichen Fehleinschätzungen der Konzentrationsraten und des Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) in einzelnen Wirtschaftsabschnitten kommen.

180. Die Konzentrationsstatistik nach Anbietern, welche auf dem Güterverzeichnis für Produktionsstatistiken basiert, bildet den sachlich relevanten Markt vergleichsweise besser ab als die Konzentrationsstatistik auf Basis der Wirtschaftszweigklassifikation. Im Güterverzeichnis für Produktionsstatistiken ordnen meldepflichtige Unternehmen bzw. Betriebe grundsätzlich die von ihnen produzierten Güter nach dem vorliegenden Güterverzeichnis selbst den infrage kommenden Produktgruppen zu. Im Gegensatz zur Abgrenzung nach Wirtschaftszweigen wird somit verhindert, dass den betrachteten Güterklassen auch branchenfremde Umsätze zugewiesen werden. Das Statistische Bundesamt erhebt die Daten für das Güterverzeichnis für Produktionsstatistiken jedoch lediglich für die Wirtschaftsabschnitte B (Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden) und C (Verarbeitendes Gewerbe) und nur für Unternehmen mit mindestens 20 Beschäftigten. Zudem bleiben Importe ausländischer Anbieter unberücksichtigt, die jedoch gerade für die Wettbewerbssituation auf einem Markt sehr einflussreich sein können.

181. Trotz zahlreicher Versuche bisheriger Konzentrationsberichterstattungen, dieser Problematik Rechnung zu tragen, konnten im Grunde keine wesentlichen Fortschritte erzielt werden. Vielmehr liegen den Konzentrationsmaßen nach wie vor keine räumlich und sachlich adäquat abgegrenzten Märkte zugrunde. Im Zuge der europäischen Integration und der Globalisierung hat des Weiteren die zunehmende internationale Öffnung der Märkte dieses von Beginn an bestehende konzeptionelle Problem erheblich verschärft. Darüber hinaus sind Konzentrationsmaße ohnehin lediglich ein Indikator zur Messung von Wettbewerbsintensität in einem Markt. Weitere wichtige Einflussfaktoren, wie beispielsweise Markteintrittsbarrieren, die neuen Unternehmen den Marktzugang erschweren oder unmöglich machen, werden durch die klassischen Konzentrationsstatistiken nicht abgebildet. So lassen sich anhand der traditionellen Konzentrationsmaße keine zuverlässigen Schlussfolgerungen hinsichtlich Marktmacht ableiten.⁴ Um die wirtschaftspolitische Aussagekraft der Konzentrationsstatistik zu erhöhen, hat die Monopolkommission bereits in ihren letzten beiden Hauptgutachten die Überlegung angestellt, die flächendeckende Konzentrationsberichterstattung zugunsten weni-

ger umfangreicher, jedoch tiefer gehender empirischer Analysen einzuschränken oder gar ganz einzustellen.⁵

182. Daher hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie dem Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) in Mannheim einen Gutachtauftrag erteilt, um die wirtschafts- und wettbewerbspolitische Relevanz der bisherigen Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission zu bewerten und Möglichkeiten zu erörtern, diese zeitgemäßer und nutzenorientierter zu gestalten. Damit ist es gelungen, die für eine solch umfangreiche Aufgabe nötigen fachlichen sowie finanziellen und personellen Ressourcen zu akquirieren. Das Projekt wurde Ende 2011 abgeschlossen.⁶ Die Ergebnisse der ZEW-Studie werden in Abschnitt 1.3 ausführlicher erörtert.

1.2 Industrieökonomische Forschung

183. Dank einer Vielzahl an verfügbaren amtlichen und privaten Daten stehen der Monopolkommission prinzipiell zahlreiche neue Möglichkeiten zur Verfügung, um wettbewerbsökonomisch relevante Fragestellungen empirisch zu analysieren. So stellt die Fokussierung auf datenbasierte Einzelstudien (z. B. sektorspezifische Untersuchungen; Studien zu ausgewählten, marktübergreifenden Wettbewerbsproblemen) eine äußerst Erfolg versprechende Möglichkeit dar, die Aussagekraft der Konzentrationsstatistischen Berichterstattung zu verbessern. Die Fokussierung auf marktspezifische, datenbasierte Studien hätte den großen Vorteil, das zentrale Problem einer adäquaten Marktabgrenzung z. B. durch realisierbare redaktionelle Recherchen lösen zu können. Darüber hinaus würde dies ermöglichen, eine überschaubare Anzahl an Untersuchungseinheiten zu betrachten, was tendenziell eher die Möglichkeit eröffnet, detaillierte, speziell auf die Untersuchung ausgerichtete Datensätze zu erstellen. Diese Vorgehensweise ermöglicht inhaltlich und methodisch tiefer gehende Analysen, auf deren Basis wirtschaftspolitisch relevante Aussagen und Handlungsempfehlungen gemacht werden können.

184. Auch in der Industrieökonomik, welche sich unter anderem mit der Interaktion von Markt und Unternehmen beschäftigt mit dem Anliegen, zu wettbewerbspolitischen Fragen Stellung zu beziehen, hat sich ein Paradigmenwechsel vollzogen: So lässt sich bereits seit Ende der 1980er Jahre eine Abkehr von den bis dahin verbreiteten Übersichtsstudien hin zu Fallstudien bzw. spezifischen Marktstudien feststellen. Dies ist neben neuen Datenquellen und Verarbeitungstechnologien auch auf die Erkenntnis zurückzuführen, dass Märkte sehr heterogen sind und Marktmacht bzw. Wettbewerbsintensität durch viele Faktoren beeinflusst wird.

⁴ Vgl. Motta, M., *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge 2004, S. 117 ff.

⁵ Vgl. Monopolkommission, *Weniger Staat, mehr Wettbewerb*, Hauptgutachten 2006/2007, Baden-Baden 2008, Tz. 195 ff.; Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 95.

⁶ Hunold, M. u. a. (ZEW), *Modernisierung der Konzentrationsberichterstattung*, Endbericht, Mannheim, 15. Dezember 2011; http://www.monopolkommission.de/zew/zew_konz_lang.pdf

185. Anfang der 1950er Jahre wurden ausgehend von der Pionierarbeit des Ökonomen Joe Bain,⁷ der unter Verwendung branchenübergreifender Daten einen positiven, statistisch signifikanten Zusammenhang zwischen Anbieterkonzentration und Rentabilität auf Branchenebene zeigte, eine Vielzahl an interindustriellen Querschnittstudien durchgeführt. So dürfte die Fragestellung nach dem Einfluss der Marktkonzentration auf die unternehmerische Rentabilität das zentrale Problem der damaligen Industrieökonomik gewesen sein. Dieser Ansatz wird heute oft als „Traditionelle Industrieökonomik“ bezeichnet und wurde durch das sog. Struktur-Verhalten-Ergebnis-Paradigma (Structure-Conduct-Performance-Paradigm, SCPP) charakterisiert. Dieses unterstellt eine im Wesentlichen einseitige Kausalbeziehung, derzufolge die Marktstruktur (oft gemessen am Konzentrationsgrad) das Marktverhalten (z. B. Preissetzung, Investitionen im Bereich von Forschung und Entwicklung) bestimmt, welches wiederum das Marktergebnis (meist gemessen anhand von Unternehmensrentabilität) determiniert.

186. Zu Beginn der 1980er Jahre kam jedoch zunehmend Kritik an marktübergreifenden Untersuchungen auf, die vermehrt zu Studien führte, welche sich mit spezifischen Märkten bzw. Industrien auseinandersetzen.⁸ Die Kernaussage dieser Forschungsarbeiten war, dass nicht die industriestatistische Konzentration für den Gewinn von Unternehmen entscheidend ist, sondern vielmehr der Umsatzanteil im relevanten Markt. So kann während dieser Zeitperiode eine Entwicklung der Wissenschaft weg vom Struktur-Verhalten-Ergebnis-Paradigma hin zu einer „Neuen Empirischen Industrieökonomik“ (New Empirical Industrial Organization, NEIO) beobachtet werden. Diese zeichnet sich vor allem durch Einzelmarktstudien aus und konzentriert sich schwerpunktmäßig auf eine Analyse des Marktverhaltens, wobei sie kollusionsfördernde und -hemmende Faktoren zu identifizieren versucht. Insgesamt lässt sich im Rahmen der Entwicklung der „Neuen Industrieökonomik“ auch eine Abkehr von den seit Bain verbreiteten Übersichtsstudien hin zu Fallstudien bzw. spezifischen Marktanalysen feststellen.

187. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Aussagekraft von Unternehmenskonzentration, wie sie von der Monopolkommission im Rahmen der Konzentrationsberichterstattung in der Vergangenheit stets untersucht wurde, nach aktuellem Forschungsstand als unzureichend einzustufen ist. Die Monopolkommission sollte in ihrer Funktion als wissenschaftliche Beratungseinrichtung zu Wettbewerbs- und Regulierungsfragen wettbewerbspolitisch relevante Analysen durchführen. Denn gerade fall- und marktspezifische Analysen mit institutionellem Fokus sind aus wettbewerbspolitischer Sicht besonders interessant. Dabei kann die Verwendung moderner empiri-

scher Methoden einen Mehrwert schaffen, in dem qualitative Argumente validiert und quantifiziert werden.

1.3 Einschätzung des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung

188. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem 17. Hauptgutachten interessierte Nutzer der Konzentrationsstatistik dazu aufgerufen, sich hinsichtlich einer Verbesserung bzw. Neuausrichtung der Konzentrationsstatistik zu äußern und somit eine Neuausrichtung und Modernisierung der Konzentrationsberichterstattung selbst initiiert.⁹ Unterstützt wurde sie in ihrem Vorhaben durch das vom Bundeswirtschaftsministerium vorgebene Forschungsprojekt zur „Modernisierung der Konzentrationsberichterstattung“ an das Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW), das nach fast zweijähriger Laufzeit Mitte Dezember 2011 abgeschlossen wurde.

189. Der vom ZEW vorgelegte Bericht gliedert sich in drei Teile: Im ersten Teil des Gutachtens werden einleitend die Konzentrationsberichterstattung sowie der zugrunde liegende Auftrag zur Beurteilung der Unternehmenskonzentration vorgestellt. Das zweite Kapitel beinhaltet eine ausführliche Ausarbeitung zur Evaluierung der Konzentrationsberichterstattung sowie Ergebnisse einer vom ZEW durchgeführten Expertenbefragung zur bisherigen und zukünftigen Ausgestaltung der Konzentrationsberichterstattung, der Projektratstreffen und des vom ZEW organisierten Symposiums mit geladenen Experten aus dem Bereich der Wettbewerbsökonomik. In Teil III werden im Rahmen der quantitativen Erörterung empirischer Perspektiven drei Umsetzungsbeispiele (Vergaben im Schienenpersonennahverkehr, Wettbewerbsintensität im Lebensmitteleinzelhandel und Preissetzung im Stromeinzelhandel) ausgearbeitet sowie das Potenzial branchenübergreifender Indikatorensysteme näher erläutert.

190. Auch das ZEW betont in seinem Gutachten, dass die Konzentrationsberichterstattung der bisherigen Hauptgutachten aufgrund sowohl räumlicher als auch sachlicher inadäquater Marktabgrenzung keine aussagekräftigen Konzentrationsmaße beinhalte und daher auch keine Schlussfolgerung hinsichtlich der tatsächlichen Marktstruktur und folglich auch auf Marktmacht geben könne. Das ZEW empfiehlt, die bisherige klassische Konzentrationsberichterstattung zugunsten tiefer gehender spezifischer Analysen einzelner Fragestellungen einzustellen. Die Empfehlung bestärkt die Monopolkommission in ihrer Auffassung über eine Neukonzeption, so wie sie dies selbst in ihren letzten beiden Hauptgutachten angeregt hatte.¹⁰

191. Die zentralen Argumente, die die Empfehlung des ZEW rechtfertigen, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

⁷ Vgl. Bain, Joe S., Relation of Profit Rate to Industry Concentration, Quarterly Journal of Economics 65(3), 1951, S. 293–324.

⁸ Vgl. Breshnahan, T. F./Schmalensee, R., The Empirical Renaissance in Industrial Economics: An Overview, Journal of Industrial Economics 35(4), 1987, S. 371–378.

⁹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 195.

¹⁰ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 109 ff.; Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 116.

- Selbst sorgfältig berechnete Konzentrationsmaße haben nach dem heutigen Erkenntnisstand der wettbewerbspolitisch relevanten Forschung eine relativ geringe Aussagekraft. So lassen sich allein auf Basis der Konzentration von Marktanteilen keine gehaltvollen Aussagen hinsichtlich der Wettbewerbsintensität treffen. Vielmehr kann die einfache Schlussfolgerung, eine hohe Unternehmenskonzentration in einem Wirtschaftszweig bedeute geringe Wettbewerbsintensität, in einem Markt zu wettbewerbspolitisch völlig falschen Urteilen führen.
- Eine branchenübergreifende Beurteilung von Wettbewerb ist auch international kaum üblich bzw. in der Vergangenheit gescheitert. So wird eine der Konzentrationsberichterstattung vergleichbare Statistik lediglich in den USA¹¹ und Kanada erstellt. In Australien und England wurde eine der bisherigen Konzentrationsberichterstattung ähnliche Statistik bereits im Jahr 2000 bzw. 2004 eingestellt. Zu beachten ist außerdem, dass mit diesen Statistiken nicht notwendigerweise wettbewerbspolitische Informationsziele verfolgt werden bzw. wurden. In allen weiteren untersuchten Ländern lassen sich keine branchenübergreifenden Konzentrationsstatistiken finden¹². Verantwortlich hierfür ist in erster Linie die sowohl in räumlicher als auch in sachlicher Hinsicht nicht automatisierbare Abgrenzung von Märkten.
- Es ist kein Indikator bekannt, mit dem die daraus folgenden gravierenden interpretatorischen Einschränkungen behoben oder umgangen werden könnten. Selbst das Potenzial eines umfassenden Indikatorensystems,¹³ das als Instrument der Wettbewerbspolitik in den letzten Jahren sowohl in der Wissenschaft als auch in der wettbewerbsbehördlichen Praxis verstärkte Aufmerksamkeit erfahren hat, ist als Instrument zur Fortentwicklung der Konzentrationsberichterstattung als gering einzustufen. Zudem reichen die personellen und finanziellen Ressourcen der Monopolkommission für die Entwicklung und den laufenden Betrieb eines solchen Indikatorensystems nicht aus.
- Durch eine Fokussierung auf spezifische Fragestellungen würden knappe Ressourcen freigesetzt, die tiefer gehende Analysen und damit wirtschaftspolitisch aussagekräftigere Ergebnisse ermöglichen, als dies bisher der Fall war. Das ZEW sieht in der Durchführung von fall- und datenbasierten Studien durch die Monopolkommission eine Erfolg versprechende Möglichkeit, mit den derzeit vorhandenen finanziellen und personellen Ressourcen der Monopolkommission zusätzliche wettbewerbspolitisch relevante Erkenntnisse im

Rahmen ihres aktuellen Aufgabenspektrums zu generieren.¹⁴

- Bei der Bearbeitung von empirischen Fragestellungen, die im Zusammenhang mit dem bereits vorhandenen Aufgabenbündel der Monopolkommission stehen, könnten Synergieeffekte genutzt werden. Die Monopolkommission sieht sich selbst als ein wichtiges Bindeglied zwischen ökonomischer Wissenschaft und Wirtschaftspolitik. Daher sollte nach Ansicht des ZEW ihr empirischer Beitrag darin bestehen, wettbewerbspolitisch relevante Sachverhalte zu identifizieren und bei Bedarf empirische Studien anzuregen.

192. Um eine Einschätzung zu Qualität, Anwendbarkeit und Aussagekraft der aktuellen Konzentrationsberichterstattung zu bekommen, führte das ZEW eine Umfrage unter Experten der Industrieökonomik und Wettbewerbspolitik durch. Hierzu wurden alle Mitglieder des industrieökonomischen Ausschusses, die Arbeitsgruppe Wettbewerb im wirtschaftspolitischen Ausschuss des Vereins für Socialpolitik, des Weiteren Vertreter von Wettbewerbsbehörden, einschlägiger Kanzleien und ökonomischer Beratungsunternehmen sowie eine breite Auswahl an Professoren der Wirtschaftswissenschaften befragt. Das ZEW lud insgesamt 263 Experten ein, mittels eines Online-Fragebogens an der Erhebung teilzunehmen, und erzielte einen Rücklauf von etwa 32 Prozent (85 Antworten, davon 18 durch nicht akademische Experten). Zusammenfassend bestätigen die Befragungsergebnisse des ZEW die von der Monopolkommission vorgebrachten Probleme und Einschränkungen, welche die bisherige Konzentrationsberichterstattung in sich birgt. Die Umfrage zeigt zudem, dass sich die ohnehin recht geringe Nutzung der Konzentrationsstatistik meist auf den reinen Informationszweck oder als Illustrationsbeispiel in der universitären Lehre beschränkt. Selbst in der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung wird sie lediglich zur Bereitstellung von Kontrollvariablen in branchenübergreifenden Untersuchungen verwendet, ohne jedoch notwendigerweise zur Erkenntnisgewinnung beizutragen.¹⁵

193. Diese Einschätzungen wurden ebenso durch den für dieses Gutachten einberufenen Projektrat sowie ein vom ZEW veranstaltetes Symposium mit geladenen Experten aus dem Bereich der Wettbewerbsökonomik bestätigt. So wird insbesondere von empirisch arbeitenden Ökonomen die wettbewerbspolitische Aussagekraft marktübergreifend ermittelter Konzentrationsmaße und ähnlicher Wettbewerbsindikatoren als gering eingeschätzt. Auch besteht die Auffassung, dass selbst, wenn es mittels verstärktem Ressourceneinsatz möglich wäre, bisher bestehende Qualitätsprobleme der Konzentrationsstatistik zu lindern, die Aussagekraft der Konzentrationsberichterstattung unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten doch weiterhin stark begrenzt bliebe¹⁶.

¹¹ Der Datenzugang für Wissenschaftler erfolgt jedoch mit großer Verzögerung; so waren zum Stand 2010 lediglich Daten für 1997 verfügbar.

¹² Liste der vom ZEW untersuchten Länder: Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Italien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Schweden, Schweiz und Spanien.

¹³ Für ausführlichere Informationen zur Gestaltung und Implementierung von Indikatoren vgl. Hunold, M. u. a. (ZEW), a. a. O., S. 137 ff.

¹⁴ Vgl. Hunold, M. u. a. (ZEW), a. a. O., S. 20.

¹⁵ Zu einer vollständigen Darstellung der ZEW-Expertenbefragung vgl. ebenda., S. 52 ff.

¹⁶ Vgl. ebenda, S. 59 ff.

194. Das ZEW sieht in der bisherigen Konzentrationsberichterstattung keinen nützlichen Indikator für die wettbewerbspolitische Beurteilung. Es konnte keine substantiellen wettbewerbspolitischen Argumente für den Fortbestand der Konzentrationsberichterstattung identifizieren. Vielmehr rät das ZEW der Monopolkommission, ihre wettbewerbspolitischen Analysen stärker evidenzbasiert durchzuführen und zukünftig keine Ressourcen mehr auf die klassische Konzentrationsberichterstattung zu verwenden.¹⁷

1.4 Perspektiven der Konzentrationsberichterstattung

195. Angesichts der in den vorherigen Abschnitten identifizierten Problembereiche stellt sich die Frage, inwieweit die Erstellung der „klassischen“ Konzentrations Tabellen in den Anlagen(bänden) der Hauptgutachten der Monopolkommission noch eine ausreichende Berechtigung hat. Für eine Konzentrationsmessung unter Verwendung von Konzentrationsraten sowie des Herfindahl-Hirschman-Index spricht zwar, dass eine hohe Konzentration wirtschaftlich aktiver Einheiten in einem Markt in der Tat als Indiz für eine hohe Marktmacht gesehen werden kann. Allerdings ist eine Aussage hinsichtlich Marktmacht auch nur dann möglich, wenn Marktkonzentration durch die berechneten Kennzahlen hinreichend genau beschrieben wird. Die von der Monopolkommission ausgewiesenen Konzentrationsmaße werden jedoch ohne eine ausreichende ökonomische Marktabgrenzung berechnet.

196. Die Anfänge der Konzentrationsstatistik fallen hingegen in eine Zeitperiode, in der auch in der Bundesrepublik – ausgelöst durch die wegweisende branchenübergreifende Konzentrationsstudie von Joe S. Bain für die USA¹⁸ – die Forschung zu Ursachen und Auswirkungen der Unternehmenskonzentration auf die Wettbewerbsintensität populär war. So ist es durchaus nachvollziehbar, dass die Monopolkommission – aufbauend auf der damals aktuellen empirischen Wettbewerbsforschung – versuchte, eine Grundlage für die Beurteilung von Unternehmenskonzentration zu schaffen. Diese erscheint aus heutiger Sicht jedoch nicht mehr zeitgemäß. So findet in der Neuen Empirischen Industrieökonomik eine Abkehr von branchenübergreifenden Konzentrationsstatistiken statt, da sich diese – wie bereits in den vorherigen Abschnitten erläutert – als nicht besonders aussagekräftig herausgestellt haben.

197. Zwar hat die Monopolkommission seit Erstellung ihres 1. Hauptgutachtens zahlreiche Versuche unternommen, dieser Problematik Rechnung zu tragen, jedoch ist vor allem die Herkulesaufgabe einer adäquaten Marktabgrenzung für die komplexe deutsche Volkswirtschaft mit den ihr zur Verfügung stehenden personellen und finanziellen Mitteln nicht zu leisten. So scheiden manuelle Recherchen aufgrund der Menge an Märkten, die bei einer gesamtwirtschaftlichen Berichterstattung abzugrenzen

sind, von vornherein aus. Es kommen also nur Verfahren infrage, die auf eine große Anzahl an Einheiten anwendbar sind. Über die Produktions- und Außenhandelsstatistik des Statistischen Bundesamtes stehen prinzipiell umfangreiche Daten zur Verfügung, um die Marktabgrenzung auf Basis der Wirtschaftszweigklassifikation zu verbessern. Es ist allerdings selbst bei Überwindung der enormen technischen Schwierigkeiten, die mit einem solchen Projekt verbunden sind, zu erwarten, dass eine adäquate Marktabgrenzung nicht möglich ist. Optimalerweise sind für eine empirisch gestützte Marktabgrenzung Daten zu Preisen und Mengen abgesetzter Güter, jeweils aufgeschlüsselt nach Region und veräußernden Unternehmen heranzuziehen. Derartige Informationen sind indes nur in seltenen Einzelfällen für einen eng abgegrenzten Untersuchungskreis erhältlich, weshalb auch diese Methode für eine branchenübergreifende Konzentrationsstatistik ausscheidet.

198. Die Monopolkommission hat daher beschlossen, die Konzentrationsstatistik in ihrer klassischen Form im aktuellen Hauptgutachten letztmalig auszuweisen. Zudem verzichtet sie aufgrund der in den vorherigen Abschnitten diskutierten Interpretationsschwierigkeiten – wie auch schon im letzten Hauptgutachten¹⁹ – auf eine kommentierte Auswertung der in den Anlagen zu diesem Gutachten verfügbaren Konzentrationstabellen.

199. Die Neukonzeptionierung der Konzentrationsstatistik orientiert sich an den Überlegungen der Monopolkommission im vorherigen Hauptgutachten²⁰, deren Mehrwert im Rahmen des ZEW-Gutachtens verifiziert worden ist. So plant die Monopolkommission, zukünftig frei werdende Ressourcen zur stärkeren Evidenzbasierung ihrer Analysen einzusetzen. Immerhin bieten sich sowohl bei den im Hauptgutachten analysierten wettbewerbspolitisch relevanten Themen als auch bei der Beurteilung von Wettbewerb und Regulierung in den von der Monopolkommission untersuchten liberalisierten Netzindustrien sowie bei der Ex-post-Evaluierung von Wettbewerbspolitik zahlreiche Möglichkeiten, mittels datenbasierter Analysen zusätzliche wettbewerbspolitisch relevante Erkenntnisse zu generieren.

200. Die Verwendung moderner empirischer Methoden eröffnet der Monopolkommission die Möglichkeit, z. B. ihre qualitativen Argumente der diskutierten Einzelthemen in den Haupt- und Sondergutachten zu validieren und zu quantifizieren. Des Weiteren besteht bei der Fokussierung auf beispielsweise einen spezifischen Wirtschaftszweig der große Vorteil, das zentrale Problem einer adäquaten Marktabgrenzung, z. B. durch in diesem Fall realisierbare redaktionelle Recherchen, lösen zu können. Im Rahmen derartiger Untersuchungen wird zudem regelmäßig nur eine überschaubare Anzahl an Untersuchungseinheiten betrachtet, was tendenziell eher die Möglichkeit eröffnet, detaillierte, speziell auf die Untersuchung ausgerichtete Datensätze zu erstellen, sei es

¹⁷ Vgl. ebenda, S. 3 ff.

¹⁸ Vgl. Abschnitt 1.2.

¹⁹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 120.

²⁰ Vgl. ebenda, Tz. 122 ff.

durch eigene Erhebungen oder den Erwerb eigens auf eine Fragestellung zugeschnittener Daten. Jedoch sind solche Analysen nicht gleichzusetzen mit umfangreichen Sektoruntersuchungen, wie sie beispielsweise vom Bundeskartellamt durchgeführt werden. Der hierzu benötigte Ressourcenbedarf übertrifft weit die der Monopolkommission zur Verfügung stehenden personellen und finanziellen Mittel.

1.5 Verfügbarkeit von Unternehmensdaten

201. Die für empirische Analysen notwendige Datenbeschaffung ist allerdings aufgrund der vorhandenen Budgetrestriktionen ein zentrales Problem für die Monopolkommission. Bereits in der Vergangenheit war dies ein Problem, der die Analysemöglichkeiten der Monopolkommission stark eingeschränkt hat.²¹ Diese Schwierigkeit bleibt auch bei zukünftigen Datenauswertungen bestehen und begrenzt somit das prinzipiell vorhandene Analysepotenzial. Je nach Untersuchungsgegenstand ist die Monopolkommission, bedingt durch finanzielle Restriktionen, auf die Kooperationsbereitschaft von amtlichen und privaten Datenanbietern angewiesen: So verfügen kommerzielle Datenanbieter, wie beispielsweise der Verband der Vereine Creditreform (VVC), Bureau van Dijk (BvD), Thomson Reuters, Bloomberg etc., über eine Vielzahl von Datenpaketen. Ein Rückgriff auf diese Datenanbieter ist grundsätzlich notwendig, da die amtliche Statistik zentrale Unternehmensmerkmale, wie z. B. Kapitalbeteiligungen, nicht erfasst. Darüber hinaus sind bisweilen spezielle Unternehmensinformationen erforderlich,²² die ausschließlich von privaten Datenanbietern angeboten werden.²³

202. So ermöglicht das vielfältige Angebot kommerzieller Datenanbieter prinzipiell eine Reihe hochinteressanter wettbewerbspolitisch relevanter Analysen, jedoch können bereits die für derartige empirische Analysen zur notwendigen Grundausstattung zählenden Datenbanken aufgrund von Budgetrestriktionen nicht angeschafft werden. Die Monopolkommission besitzt zwar Lizenzen für einige Datenpakete der oben genannten Anbieter, jedoch umfassen diese – bedingt durch den dafür niedrigeren Kaufpreis – einen stark reduzierten bzw. eingeschränkten Zugriff auf das jeweilige Datenangebot.

203. Neben den oben genannten großen kommerziellen Datenanbietern existiert zudem eine Reihe von sehr spezifischen, meist kleineren Unternehmensdatensätzen in privater Hand, welche beispielsweise Interessengruppen, Branchenverbände, Forschungseinrichtungen und Unternehmen für eigene Zwecke selbst erhoben haben. Derartige Datensätze werden meist nicht kommerziell vertrieben, können jedoch ebenfalls für wettbewerbspolitische Analysen von hoher Relevanz sein.²⁴ Für die Monopolkommission ist auch hier die Kooperationsbereit-

schaft der Datenanbieter von essenzieller Bedeutung. Allerdings besteht oftmals ein Interessenkonflikt der jeweiligen Datenanbieter, da sie befürchten, dass eine freiwillige Datenherausgabe zu wettbewerbspolitischen Zwecken die Geschäftsbeziehungen mit Branchenakteuren schädigen könnte. So musste auch das ZEW im Zuge der in seinem Endbericht vorgestellten empirischen Umsetzungsbeispiele feststellen, dass gerade die Interessenlage potenzieller Datenanbieter, welche über für die Sonderauswertung nötigen speziellen Daten verfügen, oftmals mit den Aufgaben der Monopolkommission konfligiert und dementsprechend die Bereitstellung der gewünschten und adäquaten Daten verhindert.²⁵

204. Ein weiterer potenzieller Problempunkt ist zudem, dass die Monopolkommission gerade bei qualitativen Erhebungen auf die Freiwilligkeit der Befragten angewiesen ist, da sie im Gegensatz zum Bundeskartellamt über keine eigenen Ermittlungsbefugnisse verfügt.

1.6 Veröffentlichung der klassischen Konzentrationstabellen

205. Die Monopolkommission veröffentlicht in ihrem aktuellen Hauptgutachten letztmalig die „klassischen“ Konzentrationstabellen in den Anlagen (Tabellen A.1 und A.2). Wie bereits ausführlich erläutert, unterliegen diese jedoch stark interpretatorischen Grenzen.

206. Die empirische Grundlage der von der Monopolkommission ausgewiesenen Konzentrationsstatistik bildet das Unternehmensregister des Statistischen Bundesamtes, welches von diesem um kommerzielle Daten hinsichtlich der Unternehmensverflechtungen ergänzt wurde. Die aktuellsten verfügbaren Daten beziehen sich auf das Berichtsjahr 2009. Die Konzentrationsstatistik nach Anbietern basiert auf der Produktionsstatistik des Statistischen Bundesamtes für die Wirtschaftsabschnitte Bergbau (B) und Verarbeitendes Gewerbe (C). Die Anbieter werden nach dem Güterverzeichnis der Produktionsstatistik (GP 2009) klassifiziert.

207. Da die Monopolkommission in ihrem aktuellen Hauptgutachten im Rahmen der Konzentrationsstatistik das Hauptaugenmerk auf ihre Neuausrichtung richten möchte, verzichtet sie an dieser Stelle auf eine detaillierte Erläuterung der empirischen und methodischen Grundlagen der klassischen Konzentrationstabellen. Eine ausführliche Beschreibung der Datenbasen und der empirischen Grundlagen findet sich in den Anlagen zu diesem Hauptgutachten.

2. Sonderauswertung Energie: Einflussfaktoren auf die Vertriebsmarge von Grundversorgern auf dem Stromendkundenmarkt

208. Im Zuge der Neuausrichtung ihrer Konzentrationsberichterstattung wird die Monopolkommission zukünftig wettbewerbspolitisch relevante Einzelthemen näher

²¹ Vgl. unter anderem ebenda, Tz. 91.

²² Vgl. Kapitel III in diesem Hauptgutachten, welches sich mit der Thematik der internationalen Unternehmensverflechtungen beschäftigt.

²³ Für eine ausführliche Darstellung vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 95 ff.

²⁴ So beispielsweise die für die Energiesonderauswertung in Tz. 35 ff. genutzten Daten von Verivox.

²⁵ Vgl. Hunold, M. u. a. (ZEW), a. a. O., Abschnitt 2.3.

beleuchten und mithilfe empirischer Methoden analysieren. Die folgende Analyse beschäftigt sich mit der Vertriebsmarge und den Effekten möglicher Einflussfaktoren von Grundversorgern auf dem Stromendkundenmarkt.

2.1 Einführung

209. Der Stromendkundenmarkt ist charakterisiert durch ein Nebeneinander einer ganzen Reihe von privaten und kommunalen Akteuren, darunter Stadtwerke, reine Stromvertriebsgesellschaften und Vertriebstöchter der vier großen Energieversorgungsunternehmen (E.ON AG, RWE AG, Vattenfall Europe AG, EnBW Energie Baden-Württemberg AG), die alle miteinander im Wettbewerb stehen.

210. Interessant ist vor allem die besondere Rolle des Grundversorgers. Als Grundversorger gilt gemäß § 36 Absatz 2 EnWG jeweils das Energieversorgungsunternehmen, welches die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert.²⁶ In einem Grundversorgungstarif sind automatisch all jene Stromkunden eingruppiert, die keinen Tarif- und/oder Lieferantenwechsel vollzogen haben. Obwohl der Vertragstyp der Grundversorgung nach wie vor eine vergleichsweise teure Art der Elektrizitätsversorgung darstellt, besitzen immer noch knapp die Hälfte aller Haushalte einen Grundversorgungsvertrag und haben bislang nicht von den Wechselmöglichkeiten Gebrauch gemacht, die der Wettbewerb im Zuge der Liberalisierung des Strommarktes geschaffen hat.²⁷ Jedoch profitieren Kunden des Grundversorgers gegebenenfalls auch ohne Wechsel zu einem anderen Stromanbieter von einem größeren Angebot im Endkundenmarkt, da ein Grundversorger unter Umständen auf den stärkeren Wettbewerb mit Preissenkungen oder dem Angebot eines günstigeren Sondertarifs reagiert.

211. Ein Argument, welches von den Grundversorgungsunternehmen zur Rechtfertigung ihrer vergleichsweise teuren Verträge vorgetragen wird, ist ihre Verpflichtung als „Ersatzversorger“. So besteht für die Grundversorger laut § 38 EnWG die Pflicht, beispielsweise Kunden, deren aktueller Stromlieferant unerwartet aus dem Markt ausgeschieden ist, im Rahmen der Ersatzversorgung mit Strom zu beliefern. Dem Grundversorger entstehen indes nur zusätzliche Kosten, falls der Endverbraucher während des Zeitraums der Ersatzversorgung zahlungsunfähig wird. Ist dies dem Grundversorger bereits vorher bekannt, ist er nicht verpflichtet, diesen Endkunden zu beliefern.²⁸

²⁶ Gemäß § 36 Absatz 1 Satz 1 EnWG haben Energieversorgungsunternehmen für Netzgebiete, in denen sie die Grundversorgung von Haushaltskunden durchführen, allgemeine Bedingungen und allgemeine Preise für die Versorgung in Niederspannung oder Niederdruck öffentlich bekannt zu geben und im Internet zu veröffentlichen und jeden Haushaltskunden zu diesen Bedingungen und Preisen zu versorgen.

²⁷ Vgl. Monopolkommission, Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Sondergutachten 59, Baden-Baden 2011, Tz. 676 ff.

²⁸ Die Pflicht zur Grundversorgung besteht nicht, wenn die Versorgung für das Energieversorgungsunternehmen aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar ist (§ 36 Absatz 1 Satz 2 EnWG).

212. Abbildung I.1 gibt einen Überblick über die Zusammensetzung des Strompreises für Haushaltskunden auf Basis der Grundversorgungstarife für eine Verbrauchsmenge von 4 000 kWh pro Jahr. Es zeigt sich, dass sich der Strompreis zu etwa zwei Dritteln aus Strom- und Umsatzsteuer (24 Prozent), Netznutzungsentgelt (22 Prozent) und Strombeschaffungskosten (21 Prozent) zusammensetzt. Die EEG-Umlage und die Konzessionsabgabe schlagen mit 14 Prozent bzw. 6 Prozent zu Buche. Der Anteil der KWK-Umlage ist mit 0,002 ct pro kWh so gering, dass er in Abbildung I.1 nicht ausgewiesen wird. Das Vertriebsmargenpotenzial liegt für die Stromanbieter der Grundversorgungsverträge bei rund 13 Prozent. Die Marge ist der Anteil an den Energiekosten, welche die Stromvertriebsgesellschaften bzw. der Grundversorger zur Verfügung hat, um seine Kosten für Kundenabwicklung und -betreuung zu decken und einen Gewinn zu erzielen.

213. Die Vertriebsmarge spielt im Wettbewerb um den Endkunden eine wesentliche Rolle. Im Gegensatz zu den übrigen Bestandteilen des Strompreises, welche weitestgehend wettbewerbsneutral sind (Netzentgelte sind reguliert, Konzessionsabgaben unterscheiden sich zwar regional, sind jedoch für alle Stromlieferanten in einem Netzgebiet gleich, Steuern sowie EEG/KWK Abgabe sind ebenfalls für alle Lieferanten gleich), unterscheiden sich die Vertriebskosten und dementsprechend die Vertriebsmarge der jeweiligen Stromanbieter bzw. Grundversorger.

214. Die folgende Analyse richtet dementsprechend ein Hauptaugenmerk auf die Vertriebsmargen der Grundversorger. Mittels einer deskriptiven Auswertung werden zunächst mögliche Unterschiede nach kontrollierendem Eigentümer identifiziert. Darauf aufbauend erfolgt abschließend die Schätzung eines ökonometrischen Modells, welches die Effekte verschiedener Einflussgrößen auf die Vertriebsmargen identifizieren soll.

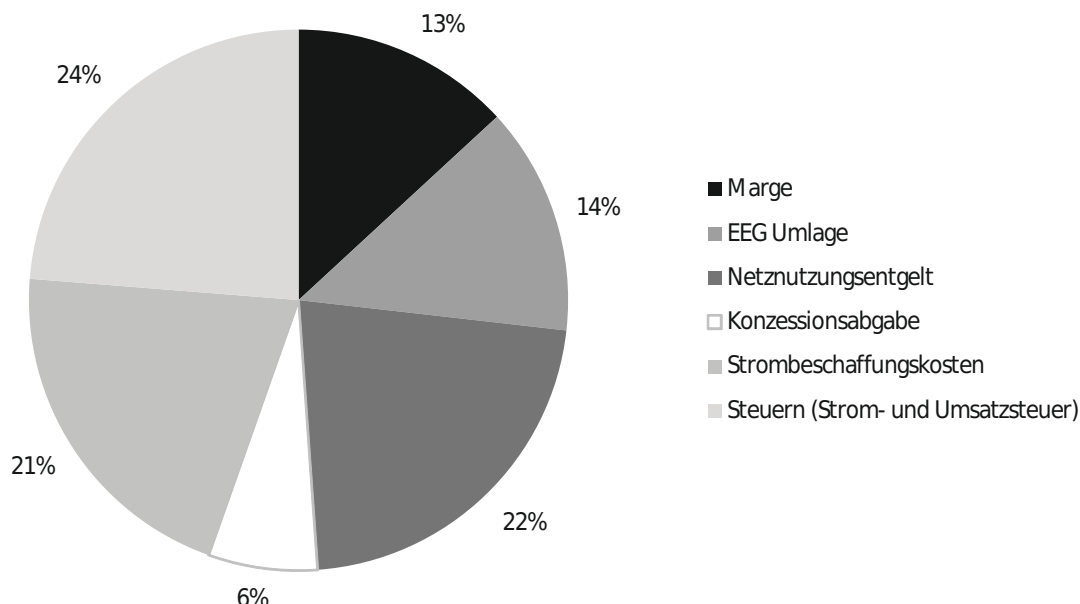
2.2 Datengrundlage

215. Als Datengrundlage dienen Daten der Strompreis-Vergleichsplattform Verivox, welche Informationen zu den – nach Jahresabnahmepreis 50 günstigsten – Tarifen für Haushalte mit 4 000 kWh Abnahmemenge je Postleitzahlengebiet in Deutschland beinhaltet. Diese Abnahmemenge entspricht etwa dem jährlichen Durchschnittsverbrauch einer vierköpfigen Familie in Deutschland. Die Datenbasis umfasst zudem den Standardtarif des Grundversorgers sowie die günstigsten Alternativtarife des Grundversorgers im jeweiligen Postleitzahlengebiet. Die Daten wurden durch die Firma Verivox zum Berichtsstand der neunten Kalenderwoche 2012 erhoben und der Monopolkommission für eigene Berechnungen zur Verfügung gestellt.

216. Um einen Tarifvergleich nach der Eigentümerstruktur der Anbieter durchführen zu können, wurde jeder identifizierte Stromanbieter mit Daten zum kontrollierenden Eigentümer vom Verband der Vereine Creditreform (VVC) verknüpft.²⁹ Im Falle von Kapitalgesellschaften

²⁹ Berichtsstand: November/Dezember 2011.

Abbildung I.1

Aufteilung des Einzelhandelspreisniveaus Strom für Haushaltskunden¹

¹ Grundversorgungsverträge in 7 274 Postleitzahlengebieten, Abnahmemenge 4 000 kWh/Jahr, gewichtet nach Anzahl der Haushalte je Postleitzahlengebiet; KWK-Aufschlag beträgt 8 ct für eine Verbrauchsmenge von 4 000 kWh (entspricht etwa 0,01 Prozent) und wird daher in der Abbildung nicht ausgewiesen. Strombeschaffungskosten approximiert mit durchschnittlichem Börsenpreis (5,492 ct pro kWh, Stand: Februar 2012).

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Verivox (9. KW, 2012)

wurde demjenigen Anteilseigner, der direkt oder indirekt über dritte Unternehmen mindestens die Hälfte des Eigenkapitals hält, die Kontrolle des betreffenden Stromanbieters zugerechnet. Informationen zu kontrollierenden Eigentümern von Stadtwerken oder sonstigen Anbietern, die nicht im Handelsregister eingetragen sind oder aus anderen Gründen nicht in der VVC-Datenbank geführt werden, wurden soweit möglich manuell mithilfe der Hoppenstedt-Firmendatenbank, des Bundesanzeigers sowie vertrauenswürdiger Informationen im Internet, Pressemeldungen und Telefoninterviews nachrecherchiert. Mit diesem Vorgehen konnten bei fast allen in den Verivox-Daten aufgeführten Stromanbietern die kontrollierenden Eigentümer identifiziert werden. In einigen wenigen Fällen existiert kein einzelner Anteilseigner, der mehr als 50 Prozent des Anteilsbesitzes kontrolliert.

217. Des Weiteren wurde der Datensatz zwecks einer besseren Vergleichbarkeit der verschiedenen Teilmärkte um demografische Daten auf Postleitzahlenebene ergänzt. Diese von dem Geomarketing-Unternehmen Axiom zur Verfügung gestellten Daten beinhalten Information unter anderem bezüglich der Anzahl der Haushalte, der Kaufkraft sowie der Arbeitslosenquote je Postleitzahlengebiet in Deutschland.

218. Die deskriptive Auswertung der vorliegenden Analyse erfolgt auf Postleitzahlenebene. Dies erfordert eine Reihe von Bereinigungen, die im Vorfeld durchgeführt werden müssen: So ist üblicherweise für jeden Kunden nur ein Grundversorger zuständig. Jedoch unterscheidet sich die regionale Abdeckung eines Grundversorgers

von der Postleitzahleneinteilung, d. h. in einem Postleitzahlengebiet können beispielsweise mehrere Grundversorger existieren. Da eine eindeutige Zuordnung hier nicht möglich ist, werden dementsprechende Gebiete von der Analyse ausgenommen. Dies gilt äquivalent für diejenigen Gebiete, in denen mehr als ein Netzbetreiber aktiv ist. Dies hat einerseits den Nachteil, dass ein Informationsverlust entsteht, erhöht aber andererseits die Vergleichbarkeit, da in den verbleibenden Gebieten der zuständige Grundversorger bzw. Netzbetreiber eindeutig identifiziert wird, was für die Berechnung der Margen eine essenzielle Voraussetzung darstellt. Nach Ausschluss der betroffenen Gebiete verbleiben von den von Verivox ursprünglich 8 211 aufgeführten Postleitzahlengebieten noch 7 274, auf deren Basis die nachfolgenden Analysen durchgeführt wurden.

219. Bei der Interpretation der nachfolgenden Ergebnisse ist jedoch zu berücksichtigen, dass trotz der recht großen Anzahl an Beobachtungen keine repräsentative Stichprobe für den deutschen Endkundenmarkt vorliegt und daher keine Hochrechnungen der Ergebnisse für ganz Deutschland möglich sind. Dies liegt neben der notwendigen Bereinigung der Datenbasis auch an der Abgrenzung der Postleitzahlengebiete, die weder repräsentativ nach regionalen Strukturmerkmalen noch unter Berücksichtigung der jeweiligen Versorgungsfläche der Verteilernetzbetreiber (lokaler Markt) vorgenommen wurde. So können aufgrund dieser Einschränkung für die nachfolgenden Analysen nur diejenigen Grundversorger in Be-

tracht gezogen werden, die eindeutig bzw. allein in einem Postleitzahlengebiet zuständig sind, welches von den ursprünglich etwa 850 Grundversorgern lediglich auf 450 zutrifft. Weil die zugrunde gelegten Daten jedoch – zumindest nach Postleitzahlengebieten gerechnet – etwa 89 Prozent (nach Summe der Haushalte gerechnet etwa 87 Prozent) des deutschen Endkundenmarktes abdecken, geben die präsentierten Statistiken einen sonst nur mit unverhältnismäßig hohem Ressourcenaufwand erreichbaren Einblick in das Preissetzungsverhalten der Stromanbieter in Deutschland.

2.3 Deskriptive Auswertungen

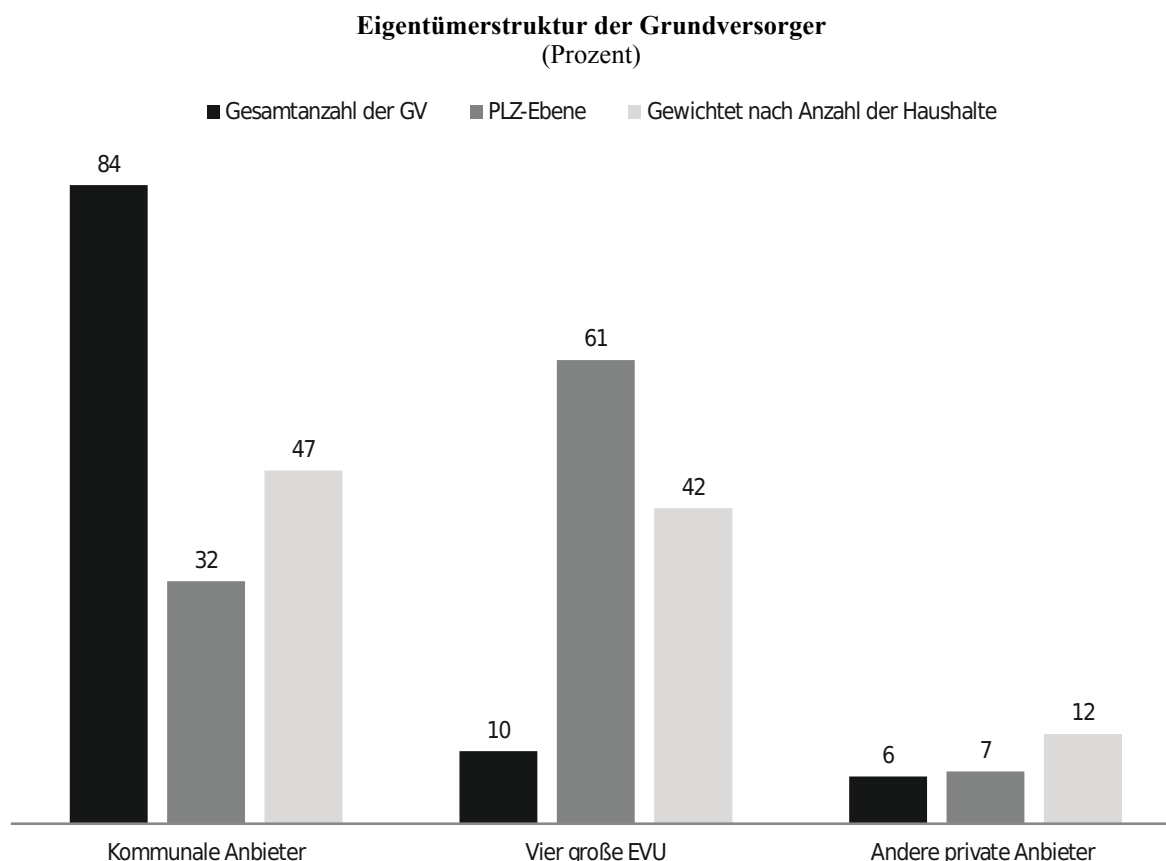
220. Die folgenden Auswertungen basieren auf einer Datenbasis von insgesamt 450 verschiedenen Anbietern von Grundversorgungsbasisstarifen, von denen sich etwa 84 Prozent mehrheitlich in kommunaler Hand befinden und dementsprechend rund 16 Prozent mehrheitlich private Anbieter sind. Untersucht man die Eigentümerstruktur der privaten Wettbewerber genauer, so werden insgesamt 43 Anbieter und somit etwa 10 Prozent aller Grundversorger in der vorliegenden Stichprobe direkt oder indirekt über dritte Unternehmen von einem der vier großen Energieversorgungsunternehmen (EVU), also von

E.ON, RWE, Vattenfall oder EnBW, kontrolliert (vgl. Abbildung I.2).

221. Ein konträres Bild ergibt sich jedoch, wenn man die Eigentümerstruktur auf Postleitzahlenebene betrachtet. So sind in 4 448 und somit in etwa 61 Prozent der untersuchten Postleitzahlengebiete Grundversorger aktiv, die mehrheitlich von E.ON, RWE, Vattenfall oder EnBW kontrolliert werden. Nur in etwa 32 Prozent aller Gebiete ist der Grundversorger in kommunaler Hand. Gewichtet man die Grundversorger mit der Anzahl der Haushalte im jeweiligen Postleitzahlengebiet, so stellen in etwa 42 Prozent aller Haushalte die vier großen Energieversorger, in rund 47 Prozent kommunale Anbieter und in 12 Prozent die sonstigen privaten Anbieter den Grundversorgungsvertrag.

222. Im Durchschnitt betrug der Endkundenpreis für eine Abnahmemenge von 4 000 kWh im Jahr für den Basisstandardtarif des Grundversorgers 1 060 Euro (gewichtet nach Haushalten 1 056 Euro). Differenziert man nach dem kontrollierenden Eigentümer, so ergeben sich folgende Durchschnittspreise: 1 057 Euro (bzw. 1 050 Euro gewichtet nach Haushalten) für kommunal kontrollierte Grundversorger, 1 062 Euro (bzw. 1 067 Euro) für die Grundversorger aus dem Kreis der vier großen Energie-

Abbildung I.2



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Verivox (9. KW, 2012) sowie VVC und Hoppenstedt (Stand: November/Dezember 2011)

versorgungsunternehmen und 1 052 Euro (bzw. 1 044 Euro) für die übrigen Grundversorger in privater Hand (vgl. Abbildung I.3).³⁰ Aus diesen deskriptiven Daten kann indes nicht auf relativ überhöhte Tarife der vier großen Energieversorgungsunternehmen geschlossen werden, da unter Umständen beispielsweise höhere Kosten für die Strombeschaffung oder die Netznutzung in denjenigen Gebieten, in denen eines der vier großen Energieversorgungsunternehmen den Grundversorger kontrolliert, für die deskriptiv höheren Preise verantwortlich sein können. Daher bietet es sich an, einen genaueren Blick auf die Marge der verschiedenen Grundversorger zu richten.

223. Der Preis der Grundversorger setzt sich aus mehreren Komponenten zusammen, welche teilweise durch gesetzliche Vorgaben, teilweise durch den Stromanbieter selbst bestimmt sind. Auf gesetzlicher Ebene fallen neben der Stromsteuer (Bestandteil der Ökosteuern) noch die EEG-Umlage nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz sowie die KWK-Umlage nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz an. Die Konzessionsabgabe wird durch die einzelnen Kommunen festgelegt, während die lokalen

Netzbetreiber das Netznutzungsentgelt festlegen, wobei dieses durch die Bundesnetzagentur bzw. durch die zuständigen Landesregulierungsbehörden reguliert wird.

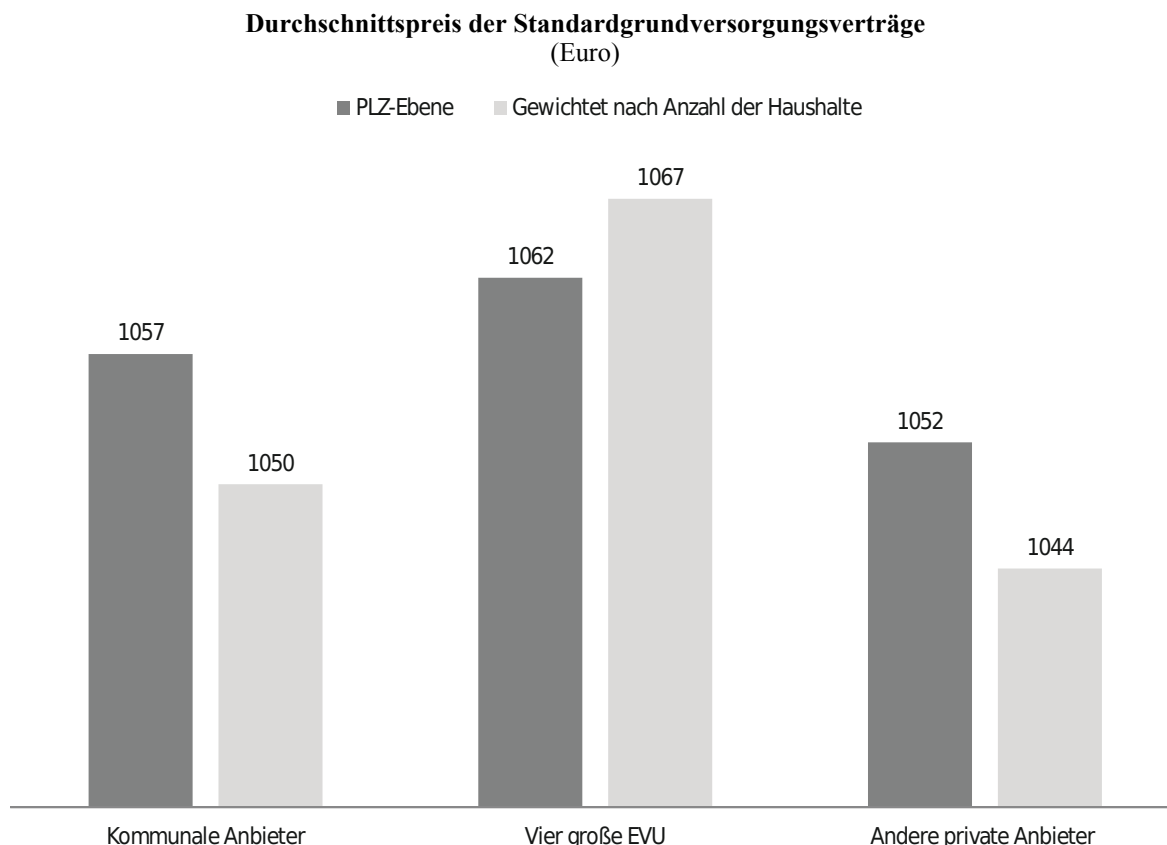
224. Die im Folgenden ausgewiesene Marge ergibt sich aus dem jährlichen Verkaufspreis des Grundversorgers für eine Abnahmemenge von 4 000 kWh abzüglich der oben genannten Komponenten, der Umsatzsteuer und der Strombezugskosten. Da die Strombezugskosten für die einzelnen Unternehmen nicht bekannt sind, werden sie mithilfe des durchschnittlichen Börsenpreises approximiert bzw. wird dieser als Referenzpreis genutzt. Der Börsenpreis betrug für Baseload (Grundlast) Strom im Monatsmittel 5,492 ct pro kWh (Stand: Februar 2012).³¹

225. Die Marge der einzelnen Stromvertriebsgesellschaften betrug im Durchschnitt 140 Euro (sowohl gewichtet nach Postleitzahlen als auch nach Haushalten). Es zeigt sich in Abbildung I.4, dass die durchschnittliche Marge bei den Grundversorgern am höchsten ist, die sich mehrheitlich in kommunaler Hand befinden, und am niedrigsten für Anbieter, welche mehrheitlich in privater

³⁰ Für eine ausführlichere Auswertung bezüglich des Preissetzungsverhaltens im Stromendkundenmarkt vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Abschnitt 6.4.

³¹ Vgl. EEX, EPEX SPOT/EEX Power Derivatives: Strom-Handelsergebnisse im Februar, Pressemitteilung vom 5. März 2012, <http://www.eex.com/de/Presse/Pressemitteilung%20Details/press/105502>

Abbildung I.3



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Verivox (9. KW, 2012) sowie VVC und Hoppenstedt (Stand: November/Dezember 2011)

Hand sind, jedoch nicht zu einem der vier großen Energieversorgungsunternehmen gehören. Dies erscheint auf den ersten Blick verwunderlich, da die Grundversorger, welche mehrheitlich zu RWE, E.ON, EnBW oder Vattenfall gehören, die im Durchschnitt teuersten Grundversorgungsbasistarife anbieten.

226. Es stellt sich die Frage, inwieweit ein Zusammenhang zwischen den Vertriebsmargen der Grundversorger und Einflussgrößen wie beispielsweise der Wettbewerbsintensität besteht. Mithilfe ökonometrischer Analysen lassen sich derartige Zusammenhänge näher analysieren.

2.4 Ökonometrisches Modell

227. Die vorliegende Analyse³² untersucht, ob ein kausaler Zusammenhang zwischen der Wettbewerbsintensität und der Vertriebsmarge der Grundversorger besteht. Um Scheinkorrelationen zu vermeiden, werden multivariate Korrelationen berechnet. Dies bedeutet, dass neben dem Effekt der Wettbewerbsintensität gleichzeitig auch für andere Faktoren, wie Eigentümerstruktur sowie demografi-

sche Strukturmerkmale (Anzahl der Haushalte, Arbeitslosigkeit und Kaufkraft), kontrolliert wird.

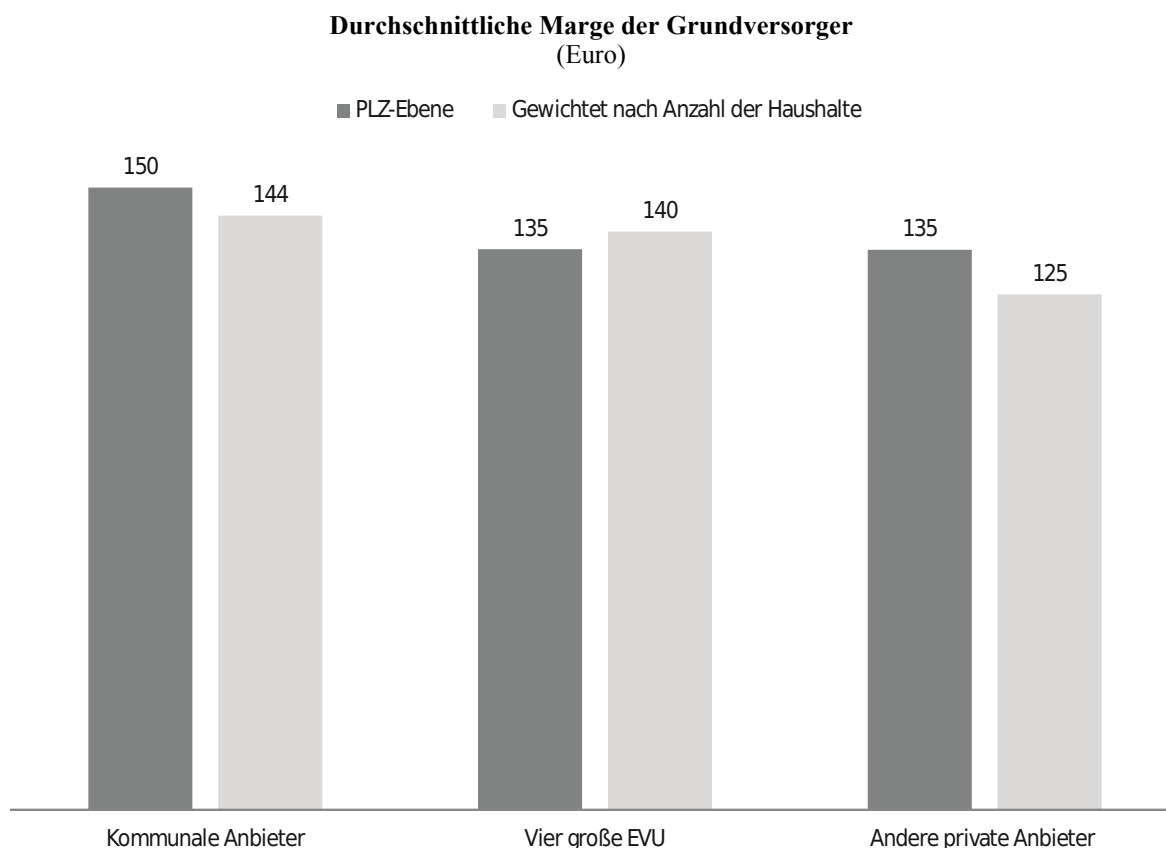
228. Als Datengrundlage dient der im vorherigen Abschnitt beschriebene Datensatz, welcher zusätzlich um die Informationen für jährliche Stromabnahmemengen für 1 500 kWh sowie 3 000 kWh ergänzt wurde. Die genannten Verbrauchsmengen entsprechen etwa dem durchschnittlichen jährlichen Stromverbrauch eines Ein-, Zwei- und Vierpersonenhaushalts in Deutschland.

229. Die Wettbewerbsintensität lässt sich durch die Anzahl der Anbieter, welche sich im untersten Preissegment befinden, geeignet abbilden. Berücksichtigt werden alle diejenigen Anbieter, deren Tarif(e) maximal 10 Prozent teurer sind als der günstigste Tarif im jeweiligen Postleitzahlengebiet.³³ Es ist anzunehmen, dass diese Anbieter bei prinzipiell wechselwilligen Kunden eher in die engere Wahl geraten als Anbieter, deren Tarife sich nur wenig vom Grundversorgungsvertrag differenzieren. Zusätzlich wird noch untersucht, welchen Einfluss diverse demografische Faktoren, wie Anzahl der Haushalte in einem Markt (*Anzahl_HH*), Arbeitslosenquote (*AL_Quote*) und Kaufkraft (*KK*), auf die Marge der Grundversorger hat.

³² Für ein ähnliches Modell vgl. Hunold, M. u. a. (ZEW), a. a. O., Abschnitt 8.

³³ Tarife mit Vorkasse werden nicht berücksichtigt. Ebenso werden Einmal-Prämien u. Ä. nicht mit in die Berechnung einbezogen.

Abbildung I.4



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Verivox (9. KW, 2012) sowie VVC und Hoppenstedt (Stand: November/Dezember 2011)

230. Die verwendeten Variablen liegen nur auf Postleitzahlenebene vor. Es ist jedoch davon auszugehen, dass diese nicht mit dem lokalen Markt eines Grundversorgers übereinstimmt, der üblicherweise in mehreren Postleitzahlengebieten aktiv ist und dessen Preis für alle potenziellen Kunden in diesem Markt gilt. Es wäre daher sinnvoll, die nachfolgende Analyse anstatt auf Postleitzahlenebene auf der Ebene des räumlich relevanten Marktes durchzuführen. Dies bedeutet, dass die vorhandenen Daten auf Marktebene aggregiert werden müssen, indem sowohl für die Marge als auch für die demografischen Faktoren, wie Arbeitslosigkeit und Kaufkraft, ein nach Anzahl der Haushalte gewichteter Durchschnitt gebildet wird. Das Gleiche gilt für die Wettbewerbsintensität, welche ebenfalls als gewichteter Durchschnitt in die Regressionsgleichung aufgenommen wird. Die Analyse konzentriert sich auf 450 lokale Märkte und somit auf das jeweilige Versorgungsgebiet eines Grundversorgers.

231. Um zu untersuchen, inwieweit sich die Eigentumsverhältnisse auf die Marge der Grundversorger auswirken, werden zusätzlich zwei Variablen, sog. Dummy-Variablen, generiert. Diese weisen den Wert 1 auf, falls (1) sich der Grundversorger in kommunaler Hand befindet (*Öffe*) und (2) das Unternehmen mehrheitlich von einem der vier großen Energieversorger gehalten wird (*BIG4*); ansonsten ist die Ausprägung der jeweiligen Variable 0.

232. Tabelle I.1 gibt einen Überblick über die im Regressionsmodell implementierten Variablen. Die durchschnittliche Marge ist niedriger als in der deskriptiven Betrachtung auf Postleitzahlenebene im vorherigen Abschnitt, da die Betrachtung diesmal über alle drei Verbrauchsstufen (1 500 kWh, 3 000 kWh und 4 000 kWh

jährlicher Verbrauch) erfolgt und die Marge über diese variiert. Nach Aggregation der Daten auf Marktebene befinden sich etwa 84 Prozent aller Grundversorger mehrheitlich in kommunaler Hand, wohingegen etwa rund 10 Prozent zu einem der großen vier Energieversorger gehören. Die durchschnittliche Anzahl der Haushalte in einer von einem Grundversorger bedienten Region beträgt 77 061, wobei hier starke Unterschiede bestehen: Die kleinste Region weist lediglich 234 Haushalte auf, wohingegen sich in der größten knapp 3 Millionen Haushalte befinden. Die durchschnittliche Arbeitslosenquote liegt bei 7,8 Prozent und die durchschnittliche Kaufkraft bei 386 Mio. Euro.

233. Die im Folgenden analysierte Gleichung lautet:

$$Marge_i = \alpha + \beta_1 WettInt + \beta_2 \text{Öffe} + \beta_3 BIG4 + \beta_4 Anzahl\_HH + \beta_5 AL\_Quote + \beta_6 KK + u_i$$

mit den zu schätzenden Parametern α und $\beta_1 - \beta_6$ sowie dem Störterm u_i . Die Variablen *Marge*, *Anzahl_HH* und *KK* gehen als logarithmierte Werte in die Gleichung ein.

234. Das spezifizierte Modell weist allerdings ein sog. Endogenitätsproblem auf, da die Entscheidung, in einen Markt einzutreten, teilweise auch von den möglichen Erträgen im jeweiligen Markt determiniert wird. Dies bedeutet, dass sich die beiden Variablen *Marge* und *Wettbewerbsintensität* wechselseitig beeinflussen und somit eine Schätzung mittels der Kleinste-Quadrate-Methode (KQ-Methode) zu inkonsistenten Schätzern und somit zu verzerrten Ergebnissen führen kann.³⁴

³⁴ Eine detaillierte Beschreibung des Problems und des angewendeten Schätzverfahrens findet sich im Anhang zu diesem Kapitel.

Tabelle I.1

Deskriptive Statistiken (1 349 Beobachtungen)¹

Variable	Beschreibung	Mittelwert	Standard abweichung	Min.	Max.
Marge	Absolut (Euro)	112,815	41,977	17,638	266,779
WettInt	Anzahl der Anbieter mit Tarifen max. 10 Prozent teurer als der günstigste Anbieter	4,345	1,825	2	13
Öffe	Dummy = 1, wenn Grundversorger in öffentlicher Hand; sonst 0	0,842	0,365	0	1
BIG4	Dummy = 1, wenn Grundversorger mehrheitlich kontrolliert von einem der vier großen EVU; sonst 0	0,096	0,294	0	1
Anzahl_HH	Anzahl Haushalte im Versorgungsgebiet	77.060,5	255.977,3	234	2.967.242
Kaufkraft	Kaufkraft Index 2011 (BRD = 100)	101,52	12,54	72,98	149,1
AL_Quote	Arbeitslosenquote (Prozent)	7,823	3,583	1,1	19,287

¹ Deskriptive Statistiken über alle drei Verbrauchsstufen. Für einen Grundversorger lagen nur Daten für zwei Verbrauchsstufen vor.

235. Um diesem Problem Rechnung zu tragen, wird eine IV-Schätzung („two stage least squares“) durchgeführt. Es gilt daher zunächst ein geeignetes Instrument für die Wettbewerbsintensität zu finden, welches die Bedingungen für konsistente IV-Regressionen erfüllt. Auf Grundlage der vorhandenen Datenbasis bieten sich hierfür die Netznutzungsentgelte an. Nikogosian und Veith³⁵ haben gezeigt, dass die Netznutzungsentgelte einen signifikant negativen Effekt auf die Anzahl der Wettbewerber in einem lokalen Markt aufweisen, d. h. in Märkten mit höheren Kosten signifikant weniger Markteintritte stattfinden.

236. Tabelle I.2 zeigt die Ergebnisse von vier verschiedenen Spezifikationen, wobei Modell (1) und (2) mittels der KQ-Methode und Spezifikation (3) und (4) mit der IV-Regression geschätzt wurden.

³⁵ Nikogosian, V./Veith, T., Vertical Integration, Separation and Non-Price Discrimination: An Empirical Analysis of German Electricity Markets for Residential Customers, ZEW Discussion Paper No. 11-069, Mannheim 2011, <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp11069.pdf>

237. Es zeigt sich deutlich, dass sich mit steigender Wettbewerbsintensität die Marge der Grundversorger reduziert. Die drei Sterne hinter dem geschätzten Parameter bedeuten, dass der geschätzte Koeffizient auf einem einprozentigen Signifikanzniveau von 0 verschieden ist und daher die Wahrscheinlichkeit, dass es sich um einen zufälligen Zusammenhang handelt, sehr gering ist. Dieses Ergebnis hält sich in allen vier Spezifikationen und ist somit sehr robust, d. h. die Ergebnisse sind stabil gegenüber der Einbeziehung weiterer Kontrollvariablen und auch gegenüber unterschiedlich verwendeter Schätzverfahren. Der Wert des Koeffizienten sagt aus, dass sich durch den Eintritt eines weiteren Wettbewerbers innerhalb des untersten Preissegments die Marge der Grundversorger um durchschnittlich 15 Prozent (KQ-Schätzung: 13 Prozent) verringert. Die Koeffizienten der anderen exogenen Variablen sind zum größten Teil nicht statistisch signifikant: Allein die Arbeitslosenquote weist einen ebenfalls negativ signifikanten Effekt auf, was wiederum bedeutet, dass offensichtlich die Grundversorger in Gebieten mit höherer Arbeitslosigkeit eine geringere Marge haben als in wirtschaftlich besser gestellten Regionen.

Tabelle I.2

Regressionsergebnisse¹

	KQ-Methode		IV-Schätzung	
	(1)	(2)	(3)	(4)
Wettbewerbsintensität	-0,133*** (0,004)	-0,132*** (0,004)	-0,153*** (0,007)	-0,156*** (0,007)
Öffentliche Eigentümer	-0,027 (0,052)	-0,018 (0,050)	-0,025 (0,052)	-0,016 (0,051)
BIG4	0,032 (0,059)	0,017 (0,057)	0,038 (0,059)	0,025 (0,057)
Anzahl_HH	-0,014 (0,009)	-0,003 (0,010)	-0,013 (0,009)	-0,002 (0,010)
Kaufkraft		0,051 (0,150)		0,042 (0,150)
AL-Quote		-0,010** (0,029)		-0,010** (0,005)
Konstante	5,357*** (0,112)	5,081*** (0,703)	5,432*** (0,115)	5,217*** (0,696)
Beobachtungen	1.349	1.349	1.349	1.349
R2	0,329	0,338	0,323	0,327

¹ Standardfehler (geclustert) in Klammern. * p < 0.1, ** p < 0.05, *** p < 0.01

2.5 Ausblick

238. Die vorliegende Analyse hat die Effekte möglicher Einflussfaktoren auf die Vertriebsmarge von Grundversorgern auf dem Stromendkundenmarkt untersucht. Die Ergebnisse zeigen deutlich, dass eine steigende Wettbewerbsintensität zu einer sinkenden Vertriebsmarge der Grundversorger führt. Dieses Resultat lässt vermuten, dass auch nicht wechselfreudige Kunden von einer erhöhten Intensität des Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten profitieren, da Grundversorger in diesem Fall geringere Margen erwirtschaften, was auf eine Senkung der Preise für den Grundversorgungstarif schließen lässt.

239. Dieses Ergebnis ist auch im Hinblick auf die kartellrechtliche Frage der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bei Haushalts- und Kleingewerbekunden von Interesse. Das Bundeskartellamt differenziert den sachlich relevanten Markt auf der Endkunden- bzw. Letztverbraucherstufe für Kunden, die nach einem Standardlastprofil versorgt werden (SLP-Kunden), in verschiedene separate Märkte, unter anderem den Grundversorgungsmarkt und den Markt für die Belieferung von Sondervertragskunden. Die Differenzierung zwischen Märkten für Kunden der Grundversorgung und Sondervertragskunden ist aufgrund der theoretischen Austauschbarkeit beider Märkte umstritten. Die vorliegende Analyse zeigt deutlich, dass zwischen der Wettbewerbsintensität durch das Angebot von Sonderverträgen und dem Wettbewerbsdruck auf die Grundversorger eine Beziehung besteht.³⁶

240. Die Ergebnisse der Analyse sind robust, erfordern jedoch aufgrund unterschiedlicher Restriktionen eine differenzierte Betrachtung. So ist insbesondere zu berücksichtigen, dass für die Auswertung notwendige und adäquate Daten nicht vollumfänglich zur Verfügung standen, sodass es unter anderem nicht möglich war, alle in Deutschland existierenden Marktgebiete zu analysieren. Die verwendeten Daten stellen keine repräsentative Stichprobe für den deutschen Endkundenmarkt dar und die Ergebnisse erlauben somit keine Hochrechnung bzw. Übertragung auf den gesamten deutschen Endkundenmarkt. Außerdem konnten andere wettbewerbspolitisch relevante Parameter, wie z. B. die Wechselquoten der Haushalte in den einzelnen Märkten oder weitere Vertriebskosten (Personal, Arbeitsgeräte etc.) der Energieversorgungsunternehmen, nicht identifiziert und daher in der durchgeführten Analyse nicht berücksichtigt werden. Schließlich liegen die notwendigen Daten teilweise nicht für mehrere Zeitperioden vor, was somit lediglich eine Querschnittbetrachtung ermöglicht.

241. Weil die zugrunde gelegten Daten jedoch zumindest nach Postleitzahlengebieten gerechnet flächenmäßig 89 Prozent (bzw. nach Anzahl der Haushalte 87 Prozent)

des deutschen Endkundenmarktes abdecken, geben sowohl die deskriptiven Auswertungen als auch die ökonometrische Analyse einen sonst nur mit unverhältnismäßig hohem Ressourcenaufwand erreichbaren Einblick auf die Vertriebsmargen und diverse Einflussgrößen der Stromgrundversorger in Deutschland. In einem nächsten Schritt wäre der Aufbau eines Paneldatensatzes wünschenswert, der es nicht nur ermöglicht, diverse Effekte im Zeitablauf zu betrachten, sondern auch für unternehmensspezifische Charakteristika mittels geeigneter ökonometrischer Methoden zu kontrollieren. Die Monopolkommission wird versuchen, diese Daten in den nächsten Jahren systematisch zusammenzustellen.

Anhang: Erläuterung des statistischen Verfahrens aus Kapitel I, Abschnitt 2³⁷

242. In vielen Fällen, in denen kausale Zusammenhänge aufgedeckt und quantifiziert werden sollen, besteht eine Korrelation zwischen der erklärenden Variablen x und dem Fehlerterm u . Dies geschieht unter anderem, wenn Variablen, die mit den (verwendeten) Regressoren korrelieren, unberücksichtigt bleiben und somit dann im Störterm enthalten sind. Um zu zeigen, ob ein Effekt von Wettbewerbsintensität auf die Margen der Stromversorger besteht, könnte man ein Modell folgender Art schätzen³⁸: $y = \alpha + \beta x + u$, wobei y die Marge, x die Wettbewerbsintensität und u den Fehlerterm darstellen. α und β sind die zu schätzenden Koeffizienten, welche sich mittels der Kleinste-Quadrate-Methode (ordinary least squares (OLS)) schätzen ließen.

243. Eine der Grundvoraussetzungen, dass die Kleinste-Quadrate-Methode zu konsistenten³⁹ Schätzergebnissen führt, ist, dass der Störterm mit allen Regressoren, also x , unkorreliert ist, d. h. $Cov(u, x) = 0$. Falls beispielsweise eine wechselseitige Beziehung (x hat einen kausalen Effekt auf y und y hat auch einen kausalen Effekt auf x) zwischen y und x besteht, ist diese Annahme jedoch verletzt. Es liegt ein sog. Simultanitätsproblem vor, da x auch durch y determiniert wird und somit mit dem Störterm u korreliert ist. Man spricht in diesem Zusammenhang davon, dass die erklärende Variable x endogen ist. Eine der grundlegenden Annahmen der Kleinste-Quadrate-Schätzung ist somit verletzt und führt zu verzerrten Werten der geschätzten Koeffizienten und der Standardfehler.

244. Im Schätzmodell, welches in Kapitel I präsentiert wird, ist anzunehmen, dass die Variable Wettbewerbsintensität als endogen zu betrachten ist, da die Entscheidung eines Unternehmens in einen Markt einzutreten, mit den in diesem Markt zu erwartenden Erträgen zusammen-

³⁶ Die Monopolkommission hat bereits in ihrem 2011 veröffentlichten Sondergutachten zum Energiemarkt gefordert, dass das Bundeskartellamt, um eine für die kartellrechtliche Kontrolle geeignete Marktabgrenzung im Bereich der Endkundenmärkte vorzunehmen, eine separate Abgrenzung der Grundversorgermärkte im Strom- und Gassektor durch quantitative Tests fundieren sollte; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 176.

³⁷ Das im Folgenden erläuterte Vorgehen ist stark vereinfacht präsentiert. Für eine ausführlichere Darstellung vgl. unter anderem Wooldridge, J. M., *Econometric Analysis of cross Section and Panel Data*, Cambridge 2002.

³⁸ Zwecks Vereinfachung wird hier lediglich ein bivariates Regressionsmodell dargestellt.

³⁹ Konsistenz bedeutet, dass die geschätzten Regressionskoeffizienten mit zunehmender Stichprobengröße nicht mehr vom wahren Wert abweichen.

hängt. Als Lösung bietet sich die sog. Instrumentvariablen-Schätzung an. Dies bedeutet, dass ein Instrument z gefunden werden muss, welches mit der endogenen Variablen x , also der Wettbewerbsintensität, korreliert ist, jedoch nicht mit dem Störterm u . Die Schätzgleichung wird dann mithilfe eines zweistufigen Verfahrens (two stage least squares (2SLS) oder auch Instrumentvariablen-Regression) geschätzt und führt zu konsistenten Schätzparametern.

245. Zunächst gilt es daher, ein geeignetes Instrument für die Wettbewerbsintensität zu finden, welches die genannten Bedingungen erfüllt. Auf Grundlage der vorhandenen Datenbasis bieten sich hierfür die Netznutzungsentgelte an. Nikogosian und Veith⁴⁰ haben gezeigt, dass die Netznutzungsentgelte einen signifikant negativen Effekt auf die Anzahl der Wettbewerber in einem lokalen

Markt aufweisen, d. h. in Märkten mit höheren Kosten signifikant weniger Markteintritte stattfinden.

246. In einem nächsten Schritt kann getestet werden, ob das gewählte Instrument tatsächlich valide ist, d. h. die Bedingung, dass es mit x korreliert, auch erfüllt ist. Dies geschieht, indem in einer einfachen Kleinste-Quadrate-Schätzung die endogene Variable x auf das Instrument z regressiert wird. Weist z einen signifikanten Koeffizienten auf, so handelt es sich um ein valides Instrument.⁴¹ Dieser Vorgang wird oftmals auch als „first-stage regression“ bezeichnet. Zudem ergibt sich aus der ersten Stufe x^* , welches eine „Prognose“ für x darstellt. In der zweiten Stufe wird nun in der Ausgangsregression die endogene Variable x durch x^* ersetzt, also $y = \alpha + \beta x^* + u$ und mittels des Kleinste-Quadrate-Verfahrens geschätzt, welches nun zu konsistenten Schätzparametern führt.

⁴⁰ Nikogosian, V./Veith, T., Vertical Integration, Separation and Non-Price Discrimination: An Empirical Analysis of German Electricity Markets for Residential Customers, ZEW Discussion Paper No. 11-069, Mannheim 2011.

⁴¹ Zusätzlich wird ein weiterer Test durchgeführt, um auszuschließen, dass es sich um ein „schwaches“ Instrument handelt, welches zu Verzerrungen der Schätzergebnisse führen könnte. Da aufgrund der Datenbeschränkungen lediglich ein Instrument verwendet werden kann, ist es jedoch nicht möglich, zuverlässig zu testen, ob das Instrument mit dem Störterm unkorreliert ist.

Kapitel II

Stand und Entwicklung der Konzentration von Großunternehmen (aggregierte Konzentration)

1. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

247. Die Untersuchung der Konzentration von Großunternehmen beleuchtet den Stand und die zeitliche Entwicklung der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung und des Verflechtungsgrades der hundert größten Unternehmen der Bundesrepublik Deutschland. Die Monopolkommission ermittelt seit dem Berichtsjahr 1978 traditionell die 100 größten Unternehmen, gemessen an ihrer inländischen Wertschöpfung. Die Bedeutung dieser Analysen ergibt sich weniger aus der Überlegung, dass Größe als Indikator für Marktmacht auf einem relevanten Markt zu interpretieren ist, als vielmehr aus der Überlegung, dass sehr großen Unternehmen ein herausragendes wirtschaftliches Gewicht beizumessen ist und sie in der Politik eine besondere Aufmerksamkeit erfahren. Dementsprechend können diese Unternehmen potenziell Einfluss auf das politische Geschehen und den ordnungspolitischen Rahmen ausüben.

248. Anhand der Höhe ihrer inländischen Wertschöpfung als Ordnungskriterium werden die 100 größten Unternehmen Deutschlands ermittelt. Die Unternehmen werden im Hinblick auf die Merkmale Umsatz, Beschäftigte, Rechtsform, Sachanlagevermögen und Cashflow untersucht. Zur Beurteilung der Konzentrationsentwicklung wird die Veränderung des Anteils der Großunternehmen an den jeweiligen gesamtwirtschaftlichen Größen ermittelt. Außerdem legt die Monopolkommission einen Schwerpunkt auf die Verflechtungen zwischen den Unternehmen. Neben Kapitalbeteiligungen werden personelle Verflechtungen über Geschäftsführungs- und Kontrollorgane ausgewertet. Die Berichterstattung endet mit der Ermittlung der Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt 2010/2011 nach § 39 GWB angemeldeten Zusammenschlussvorhaben und der Zahl der Freigabeentscheidungen.

Die Analyse der Bedeutung von Großunternehmen in einzelnen Branchen erfolgt auf Grundlage des Umsatzes der größten Industrie-¹, Handels- und Dienstleistungsunternehmen, der Bilanzsumme der größten Kreditinstitute² und der Bruttobeitragseinnahmen der Versicherungsunternehmen³ sowie der Ermittlung ihres Anteils am gesamten Geschäftsvolumen des jeweiligen Wirtschaftszweigs.

¹ Im Folgenden bezeichnet der Begriff „Industrie“ das Produzierende Gewerbe. Nach der Einteilung des Statistischen Bundesamtes (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008)) sind diesem die Wirtschaftsabschnitte B (Bergbau), C (Verarbeitendes Gewerbe), D (Energieversorgung), E (Wasserversorgung, Abwasser- und Abfallentsorgung) sowie F (Baugewerbe) zugeordnet.

² Im Folgenden bezeichnet der Begriff „Kreditinstitute“ das Kreditgewerbe (WZ 2008: Abteilung K 64, Gruppen K 66.1, K 66.3).

³ Im Folgenden bezeichnet der Begriff „Versicherungen“ das Versicherungsgewerbe (WZ 2008: Abteilung K 65, Gruppe K 66.2).

249. Als Unternehmen werden hier alle inländischen Konzerne verstanden. Diese Konzerne können gegebenenfalls eine Vielzahl rechtlich selbstständiger Einheiten umfassen. Das Unternehmen wird durch den Konsolidierungskreis im Sinne der Vorschriften des Handelsgesetzbuchs (HGB) über die Rechnungslegung im Konzern dargestellt, allerdings beschränkt auf die inländischen Konzerngesellschaften. Zu dem untersuchungsrelevanten Konsolidierungskreis zählen somit zum einen die unter einheitlicher Leitung stehenden inländischen Unternehmen, zum anderen werden gemäß § 290 Absatz 2 HGB auch die Unternehmen einbezogen, bei denen die Muttergesellschaft über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans bestellen bzw. abberufen oder aufgrund der Satzung bzw. eines Beherrschungsvertrags einen beherrschenden Einfluss ausüben kann (Control-Konzept). Gemeinschaftsunternehmen, die nicht zu 100 Prozent bei den übergeordneten Unternehmen konsolidiert werden, jedoch die jeweiligen Größenkriterien erfüllen, werden in den Ranglisten gesondert erfasst⁴.

Ergänzend zum handelsrechtlichen Konzernbegriff strebt die Monopolkommission auch die Erfassung von Gleichordnungskonzernen an. Hierbei handelt es sich um Unternehmensgruppen, deren Leitungsfunktionen nicht durch eine, sondern durch mehrere Konzernobergesellschaften ausgeübt werden.⁵

250. Der Berichtsteil über die aggregierte Unternehmenskonzentration hebt sich aufgrund seiner branchenübergreifenden Perspektive, der Betrachtung von Konzernen als Untersuchungseinheiten und der Berücksichtigung von Unternehmensverflechtungen von der bislang in Kapitel I der Hauptgutachten der Monopolkommission erfolgten Analyse der Konzentration in den Wirtschaftsbereichen und in der Güterproduktion unter Berücksichtigung von Unternehmens- und Anbietergruppen ab.

Die Analyse der 100 größten Unternehmen bezieht sich dabei nicht auf wettbewerblich relevante Märkte. Grundsätzlich ist die Größe eines Unternehmens aus einer rein wettbewerbspolitischen Sicht nicht von Bedeutung, sofern sie nicht in Bezug zum sachlich und räumlich relevanten Markt gesetzt wird. So sind einige, hinsichtlich ihres Geschäftsvolumens relativ kleine Unternehmen auf einem regionalen Markt tätig und verfügen auf diesem über eine marktbeherrschende Stellung, andere sind vor allem auf nationalen Märkten aktiv und wieder andere auf

⁴ Ein im Rahmen der vorliegenden Untersuchung gesondert erfasstes Gemeinschaftsunternehmen ist z. B. die BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH.

⁵ Ein Konzern mit Gleichordnungsstruktur im aktuellen Untersuchungskreis ist die Debeka-Versicherungsgruppe.

europäischen oder globalen Märkten, auf denen sie trotz ihrer Größe über keine marktmächtige Stellung verfügen. Zudem produzieren bzw. vertreiben einige spezialisierte Unternehmen nur wenige Produkte, während andere Großunternehmen über ein stark diversifiziertes Produktportfolio verfügen, das sich auf unterschiedliche sachlich relevante Märkte verteilt.

Doch auch die Darstellung und Analyse der horizontalen Konzentration auf wettbewerblich relevanten Märkten ist nur begrenzt aussagekräftig. Sofern Unternehmensmacht auf marktübergreifenden Tatbeständen beruht, kann diese anhand von Marktanteilsanalysen nicht erfasst werden.⁶ Um die Marktstellung von Unternehmen mit konglomerater Struktur zuverlässig beurteilen zu können, muss die Erhebungs- und Darstellungseinheit im Rahmen der Untersuchung daher weiter abgegrenzt werden als bei der horizontalen Konzentrationserfassung, die sich auf die Bestimmung der Marktanteile in einzelnen Wirtschaftszweigen beschränkt. Als Beurteilungskriterien für die Marktstellung eines Unternehmens werden in § 19 Absatz 2 Nummer 2 GWB neben dem Marktanteil beispielhaft insbesondere die Finanzkraft, der Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten und die Verflechtungen mit anderen Unternehmen genannt. Die Wirkungen, die von den aufgeführten Merkmalen ausgehen, lassen sich nur durch eine stärker unternehmensbezogene Betrachtungsweise darstellen.⁷

251. Die Beurteilung der Unternehmensgröße und damit die Abgrenzung des Untersuchungskreises erfolgt anhand der inländischen Wertschöpfung der Unternehmen. Die Wertschöpfung eines Unternehmens lässt sich auf zweierlei Weise sinnvoll interpretieren. Einerseits stellt sie bei einer realgüterwirtschaftlichen Betrachtung den Wert dar, der den von anderen Unternehmen bezogenen Realgütern (einschließlich Dienstleistungen) durch den im Unternehmen abgelaufenen Leistungserstellungsprozess insgesamt hinzugefügt wurde. Andererseits entspricht die Wertschöpfung aus nominalgüterwirtschaftlicher Perspektive der Summe der (Eigen- und Fremd-) Kapital- und Arbeitseinkommen vor Steuern.

Anders als die in der Wirtschaftspresse häufig als Größenkriterien herangezogenen Jahresabschlussgrößen Umsatzerlöse, Bilanzsumme und Bruttobeitragseinnahmen erlaubt die Wertschöpfung den Vergleich des wirtschaftlichen Gewichts von Unternehmen mit unterschiedlicher Branchenzugehörigkeit (Produzierendes Gewerbe (kurz: Industrie), Handel, Dienstleistungen, Verkehr, Kreditwirtschaft, Versicherungsgewerbe). Das Konzept der betrieblichen Wertschöpfung ermöglicht entsprechend die Herstellung einer Beziehung zwischen Unternehmen und gesamtwirtschaftlicher Bezugsgröße. Die Wertschöpfung ist außerdem unabhängig von der Rechtsform der be-

trachteten Unternehmen ermittelbar. Handelt es sich bei dem betrachteten Unternehmen weder um ein Versicherungsunternehmen noch um ein Kreditinstitut, so hat die Finanzstruktur ebenfalls keinen Einfluss auf die Wertschöpfung. Auch ist die Wertschöpfung besser geeignet, die Leistung der einzelnen Unternehmen zu erfassen, als der Umsatz. Je nach Grad der vertikalen Integration kann das Verhältnis von Wertschöpfung zu Umsatz und damit der Anteil des Unternehmens an der Gesamtleistung sehr unterschiedlich ausfallen. So ist z. B. bei Handelsunternehmen, die nicht oder nur in unbedeutendem Umfang vertikal integriert sind, das Verhältnis von Wertschöpfung zu Umsatz regelmäßig geringer als bei Unternehmen anderer Branchen.⁸

Die aggregierte Konzentration auf Grundlage der Wertschöpfung ist ferner geeignet, Anhaltspunkte über die wirtschafts- und gesellschaftspolitische Dimension der Unternehmenskonzentration zu liefern. Die Wertschöpfung setzt sich neben dem handelsrechtlichen Jahresergebnis der Unternehmen zu einem Großteil aus dem Personalaufwand und den Steuern vom Einkommen und vom Ertrag zusammen. Die erfassten „100 Größten“ repräsentieren somit gleichsam, gemessen an den gezahlten Löhnen und Gehältern, bedeutende Arbeitgeber und Steuersubjekte in der Bundesrepublik Deutschland. Die Höhe des auf die „100 Größten“ entfallenden Anlagevermögens verdeutlicht zudem die Bedeutung, die von diesen Unternehmen auf das volkswirtschaftliche Investitionsvolumen ausgeht.

252. Aus dieser wirtschaftspolitischen Betrachtungsweise lässt sich die Vermutung ableiten, dass Unternehmen, selbst wenn sie keine Marktmacht ausüben, dennoch über politische Einflussmöglichkeiten verfügen und somit die Rahmenbedingungen wirtschaftlichen Handelns beeinflussen können. Gemäß der politökonomischen Theorie spielen insbesondere die Indikatoren Arbeitsplätze und Steuerzahlungen eine entscheidende Rolle dafür, in welchem Maße auf die politischen Entscheidungsträger Einfluss ausgeübt werden kann. In der Literatur wird daher darauf hingewiesen, dass Großunternehmen infolge des Standortwettbewerbs über Verhaltensspielräume verfügen, um politischen Druck auszuüben⁹. Erfahrungen aus der Vergangenheit zeigen, dass Unternehmen bestimmter Branchen, die auf globalen Märkten keine marktmächtige Stellung einnehmen, aufgrund ihrer Größe das nationale politische Geschehen allerdings mit beeinflussen können. Neben der absoluten Größe eines Unternehmens hat sicherlich auch die Branchenzugehörigkeit einen Einfluss auf die Möglichkeit politischer Einflussnahme. Besonderes Augenmerk ist hierbei auf als systemrelevant erachtete Kreditinstitute sowie unter anderem auf

⁶ Vgl. zu dieser Problematik ausführlich Kapitel I dieses Hauptgutachtens sowie Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW), Modernisierung der Konzentrationsberichterstattung, Mannheim 2010.

⁷ Vgl. hierzu Monopolkommission, Mehr Wettbewerb ist möglich, Hauptgutachten 1973/1975, Baden-Baden 1976, Tz. 4 ff., 207 f.

⁸ Vgl. Monopolkommission, Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, Hauptgutachten 1980/1981, Baden-Baden 1982, Tz. 345 ff.

⁹ Eine umfassende Diskussion der politökonomischen und gesellschaftspolitischen Bedeutung von Großunternehmen findet sich bei Noll, B./Volkert, J./Zuber, N., Zusammenhänge zwischen Unternehmensverflechtungen und -gewinnen, Rekrutierung von Führungskräften und deren Einkommenssituation, Pforzheim/Tübingen 2011, S. 39 f.

Unternehmen der Wirtschaftsbereiche Medien und tendenziell auf Unternehmen in netz- und leitungsgebundenen Industrien zu richten. In einigen Fällen können Marktmacht und politische Macht auch zusammenfallen. Personelle und finanzielle Verflechtungen können den beschriebenen Effekt bei gleichgerichteten Interessen der betreffenden Unternehmen weiter verstärken.

Aufgrund der eingeschränkten Datenverfügbarkeit ist eine systematische empirische Überprüfung potenzieller politischer Einflussmöglichkeiten und deren Wirkungen in Deutschland bislang nicht möglich. Als Indikator für die Möglichkeit politischer Einflussnahme könnte die Präsenz von aktiven bzw. ehemaligen Politikern oder hochrangigen Beamten in deutschen Großunternehmen herangezogen werden. Grundsätzlich ist zwar anzuerkennen, dass Vertreter staatlicher Institutionen, die keine geschäftlichen oder persönlichen Beziehungen zu dem Unternehmen oder dem Vorstandsgremium aufweisen, einen Beitrag leisten können, die im Deutschen Corporate Governance Kodex geforderte unabhängige Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat sicherzustellen.¹⁰ Entsprechende Verbindungen können sicherlich auch infolge der unabhängigen Beratungsexpertise wertvoll für das berufende Unternehmen sein. Andererseits beabsichtigen Unternehmen offenbar, durch die Berufung von aktiven oder ehemaligen Vertretern staatlicher Institutionen in ihre Geschäftsführungs- oder Kontrollgremien bessere Kontakte in die Politik zu erhalten und in der Folge gegebenenfalls auch Wettbewerbsvorteile zu erlangen.¹¹ Als alternativer Erklärungsansatz für die Präsenz von Vertretern der öffentlichen Hand in den Kontrollgremien ist anzuführen, dass diese Personen häufig Mehr- oder Minderheitsbeteiligungen der öffentlichen Hand an einem Großunternehmen repräsentieren. Zudem besteht möglicherweise eine umgekehrte Richtung der Kausalität, wenn Politiker individuelle Anreize besitzen, externe Kontrollmandate anzunehmen. Hinsichtlich des Engagements von Politikern und leitenden Beamten in der Privatwirtschaft wären Wartefristen („Cooling-off Periods“) für aus ihren Ämtern scheidende Politiker und leitende Beamte konsequent einzuhalten, sofern die beabsichtigte Tätigkeit außerhalb der Politik in Zusammenhang mit der früheren dienstlichen Tätigkeit steht.¹²

Bislang liegt für Deutschland keine umfassende empirische Untersuchung vor, die den Grad und die Entwicklung der Verflechtung zwischen Entscheidungsträgern aus Wirtschaft und Politik systematisch analysiert. Entsprechend existiert nur anekdotische Evidenz für beobachtete Wechsel von Politikern in Führungspositionen deutscher

Großunternehmen, Wechsel von Spitzenmanagern in die Politik oder im Hinblick auf die Mobilität zwischen Wirtschaft und Ministerialverwaltung. Eine systematische Analyse politischer Verflechtungen auf Grundlage der „100 Größten“ ist hierbei nur begrenzt aussagekräftig. Zum einen werden ausschließlich die Organe der Konzernobergesellschaften erfasst. Geschäftsführer und Mitglieder der Kontrollgremien von verbundenen Konzernunternehmen bleiben unberücksichtigt. Zum anderen lässt sich vermuten, dass politische Verflechtungen auch regionalen Mustern folgen.¹³ Zudem scheinen politische Verflechtungen offensichtlich häufig über Beraterverträge stattzufinden.

Neben einer rein deskriptiven Erfassung politischer Verflechtungen stellt sich in besonderem Maße die Frage, ob und auf welche Weise Unternehmen in der Lage sind, durch politische Einflussnahme zu profitieren.¹⁴ Die Monopolkommission beschränkt sich aufgrund der begrenzten Datenverfügbarkeit seit dem 18. Hauptgutachten zunächst darauf, ergänzend zu den bisher ausgewerteten Interessengruppen die Präsenz aktiver und ehemaliger politischer Entscheidungsträger auf Bundes-, Länder- und kommunaler Ebene in den Kontrollgremien der 100 größten deutschen Unternehmen, unabhängig von den Wirkungen dieser Verflechtungen auf relevante Erfolgs- bzw. Zielgrößen, zu erfassen.

253. Die Monopolkommission ist sich darüber bewusst, dass sich auf Grundlage ihrer konzentrationsstatistischen Erhebungen keine konkreten wettbewerbspolitischen Handlungsempfehlungen ableiten lassen. 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 Absatz 1 Satz 1 GWB). Die Untersuchung ermöglicht den politischen Entscheidungsträgern einen breiten Überblick über die größten Unternehmen in Deutschland und ihre wirtschaftliche Bedeutung im Zeitverlauf und dient als Grundlage zur Identifikation externer und interner Wachstumsvorgänge sowie der Beurteilung von Verflechtungen zwischen einzelnen Akteuren. Für wettbewerbspolitische Entscheidungen können die Darstellungen nur als erste Orientierungshilfe für eine weiterführende Analyse der speziellen Wettbewerbspositionen einzelner Unternehmen oder der Wettbewerbsbedingungen in spezifischen Märkten dienen. Um wettbewerbspolitische Maßnahmen zu ergreifen, sind z. B. die Marktpositionen und Aktivitäten von Unternehmen in den relevanten Märkten sowie der wesentlichen Konkurrenten im horizontalen und vertikalen Wettbewerb zu berücksichtigen. Im Rahmen ihrer Sondergutachten sowie

¹⁰ Vgl. Deutscher Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 26. Mai 2010, Ziffer 5.4.2.

¹¹ In der Literatur werden unter anderem Steuervergünstigungen, der Zugang zu öffentlichen Aufträgen oder die Einflussnahme auf den Regulierungsrahmen genannt. Vgl. Niessen, A./Ruenzi S., Political Connectedness and Firm Performance: Evidence from Germany, *German Economic Review* 11(4), 2010, S. 441–464, und Faccio, M., Politically Connected Firms, *American Economic Review* 96(1), 2006, S. 369–386 sowie die dort zitierte Literatur.

¹² Vgl. zu dieser Thematik OECD, *Post-Public Employment: Good Practices for Preventing Conflict of Interest*, Paris 2010.

¹³ In diesem Zusammenhang sei auf eine empirische Untersuchung zu französischen Unternehmen hingewiesen, vgl. Bertrand, M., Kramarz, F. u. a., *Politically Connected CEOs and Corporate Outcomes: Evidence from France*, Chicago 2004.

¹⁴ Niessen, A./Ruenzi S., a. a. O., stellen eine positive Korrelation zwischen politischen Verflechtungen und dem Erfolg für eine Stichprobe deutscher gelisteter Unternehmen fest. Die Autoren verweisen darauf, dass kausale Aussagen aufgrund der eingeschränkten Datenverfügbarkeit nicht getroffen werden können.

in ihren Hauptgutachten nimmt die Monopolkommission regelmäßig und detailliert Stellung zu den Wettbewerbsentwicklungen in ausgewählten Branchen.¹⁵

254. In der Vergangenheit hat die Monopolkommission diesen Auftrag auf die nach der inländischen Wertschöpfung 100 größten Unternehmen in Deutschland bezogen. Aus diesem Grund hat sie das Inlandskonzept ihrer Berichterstattung zugrunde gelegt. Die infolge der Globalisierung zunehmende internationale Ausrichtung der Produktions- und Beschaffungsprozesse und die damit verbundene Ausgliederung von Geschäftsbereichen ins Ausland hat die Monopolkommission veranlasst, einen Schwerpunkt auf die Analyse der weltweiten Wertschöpfung der größten Unternehmen zu setzen, um das wirtschaftliche Gewicht der für diese Unternehmen zuständigen Entscheidungszentralen angemessen zu erfassen. Die Gegenüberstellung von inländischer und weltweiter Wertschöpfung der größten Unternehmen ermöglicht ferner Aussagen darüber, inwieweit Teile der Wertschöpfungskette ins Ausland verlagert werden. Zusätzlich werden seit dem 17. Hauptgutachten ergänzend die nach dem Merkmal Beschäftigte abgegrenzten 100 größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland ermittelt und in Relation zu den Beschäftigtenzahlen der Gesamtkonzerne gesetzt.¹⁶

255. Die Monopolkommission stellt seit einigen Jahren eine kontinuierliche Auflösung des Netzwerks aus gegenseitigen Kapitalbeteiligungen und personellen Verflechtungen zwischen den untersuchten Großunternehmen fest.¹⁷ In besonderem Maße wurde diese Auflösung der sog. „Deutschland AG“ durch den Rückzug der großen deutschen Finanzunternehmen (Banken und Versicherungen) aus dem Netzwerk personeller und kapitalmäßiger Verflechtungen als Folge der zunehmenden Internationalisierung insbesondere der Kapitalmärkte und die wachsende Bedeutung internationaler Konzerne, aber auch institutionelle Veränderungen im Inland bedingt.¹⁸ Dessen ungeachtet gewinnen Unternehmensverbindungen über personelle Verflechtungen auch in Deutschland verstärkt Beachtung durch betriebswirtschaftliche Forschungsarbeiten insbesondere zu Fragestellungen der Corporate Governance.¹⁹ Die Monopolkommission wer-

tet in ihrem aktuellen Gutachten im Rahmen einer umfassenden Sondererhebung den Stand und die zeitliche Entwicklung personeller Verflechtungen zwischen Unternehmen nach Branchenzugehörigkeit sowie über die Mitgliedstaaten der Europäischen Union hinweg aus.²⁰

256. Für die Untersuchung wurden vorrangig die Geschäftsberichte, die Ergebnisse der Unternehmensbefragungen sowie die beim elektronischen Bundesanzeiger eingereichten und im elektronischen Unternehmensregister veröffentlichten Jahresabschlüsse der potenziell dem Kreis zugehörigen Unternehmen als Datenquellen verwendet. Darüber hinaus wurden überwiegend die folgenden öffentlich zugänglichen Quellen herangezogen:

- Hoppenstedt Verlag:
 - „Companies and Sectors“, verschiedene Jahrgänge,
 - „Hoppenstedt Konzernstrukturen“ (Online-Datenbank),
- Verband der Vereine Creditreform e. V., Marketing-Datenbank „MARKUS“ (Online-Datenbank),
- TradeDimensions, „Top-Firmen – Der Lebensmittelhandel in Deutschland – Food/Nonfood“, verschiedene Jahrgänge.

Ergänzend griff die Kommission auf Presseverlautbarungen zurück. Soweit die Geschäftsberichte der Unternehmen und die anderen zur Verfügung stehenden Quellen nicht ausreichten, um die für die Untersuchungen benötigten Daten zu ermitteln, wurden die Unternehmen direkt befragt.

Die Untersuchung über die Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt nach § 39 GWB in 2010 und 2011 angemeldeten Unternehmenszusammenschlüssen und der Zahl der Freigabeentscheidungen basiert auf Angaben der Wettbewerbsbehörde.

257. In einzelnen Fällen wurden Angaben für die vergangenen Jahre in den offiziellen Statistiken revidiert. Die gesamtwirtschaftlichen Bezugsgrößen in dieser Untersuchung wurden entsprechend angepasst. Da es sich durchweg um geringfügige Änderungen handelt, gelten die Aussagen über die aggregierte Unternehmenskonzentration im 18. Hauptgutachten unverändert.

2. Die 100 größten Unternehmen 2008 und 2010

2.1 Methodische Vorbemerkungen

258. Der Kreis der „100 Größten“ wird in mehreren Schritten abgegrenzt. Die Monopolkommission verwendet die inländische Nettowertschöpfung zu Faktorkosten als Größenkriterium zur Untersuchung der Unternehmenskonzentration. Die branchenspezifischen Schemata zur Berechnung der Wertschöpfung werden in den methodischen und statistischen Anlagen zu diesem Kapitel ausführlich dargestellt. Da die Wertschöpfung eines Unter-

¹⁵ Vgl. hierzu insbesondere die empirische Sonderauswertung zur Energiewirtschaft in Kapitel I.

¹⁶ Eine Gegenüberstellung der inländischen Beschäftigtenzahlen mit den Beschäftigten der Gesamtkonzerne ist eher als ein Vergleich auf Basis des Indikators Wertschöpfung geeignet, die zunehmende Internationalisierung von Großkonzernen aufzuzeigen, da monetäre Effekte infolge von Verlustverrechnungen, steuerlichen Unterschieden sowie unterschiedlichen Lohnniveaus ausgeblendet werden können.

¹⁷ Vgl. Abschnitt 4.2.3 und 4.3.2.

¹⁸ Vgl. unter anderem Dittmann, I./Maug, E./Schneider, C., Bankers on the Boards of German Firms: What They Do, What They are Worth, and Why They are (Still) There, *Review of Finance* 14(1), 2010, S. 35–71; Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Hauptgutachten 2004/2005, Baden-Baden 2006, Tz. 352 ff.; Höppner, M./Krempel, L., The Politics of the German Company Network, *Competition and Change* 8(4), 2004, S. 339–356.

¹⁹ Für einen Überblick vgl. Balsmeier, B./Buchwald, A./Peters, H., Auswirkungen von Mehrfachmandaten deutscher Vorstands- und Aufsichtsratsvorsitzender auf den Unternehmenserfolg, *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 230(5), 2010, S. 547–570.

²⁰ Vgl. Kapitel III.

nehmens in der Regel nicht direkt anhand veröffentlichter Unternehmensdaten zu bestimmen ist, wird zunächst auf Grundlage veröffentlichter Jahresabschlüsse die Gruppe von Unternehmen bestimmt, deren inländische Wertschöpfung zu erheben ist. Diese Abgrenzung des Untersuchungskreises erfolgt durch eine systematische Auswertung der beim elektronischen Bundesanzeiger eingereichten und im elektronischen Unternehmensregister veröffentlichten Jahresabschlüsse sowie von in der Wirtschaftspresse veröffentlichten Unternehmensranglisten.

259. Erschwerend für die Arbeit der Monopolkommission wirkt sich hierbei die großzügige Bemessung der Veröffentlichungsfrist für die publizitätspflichtigen Unternehmen aus. § 325 Absatz 1 HGB bestimmt, dass die Jahresabschlussunterlagen spätestens nach Ablauf von zwölf Monaten beim Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers einzureichen sind.²¹ Da im Rahmen der hier vorgenommenen Untersuchung solche Jahresabschlüsse zu berücksichtigen sind, welche den 30. Juni 2010 einschließen, besteht die Möglichkeit, dass Unternehmen trotz pflichtgemäßer Veröffentlichung nicht anhand ihrer Jahresabschlussdaten erfasst werden können, da sie z. B. zum Stichtag 31. Mai 2011 bilanzieren und erst im Mai 2012 ihren Jahresabschluss veröffentlichen.

260. Eine wesentliche Verbesserung der Durchsetzung von Publizitätsverpflichtungen sowie ein erheblicher Transparenzgewinn konnten mit dem am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG)²² erreicht werden. Die Bundesregierung überlässt hierin dem Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers die Führung eines zentralen Unternehmensregisters sowie gemäß § 329 Absatz 1 HGB die Überprüfung der Einhaltung der Fristen und der Vollständigkeit der zur Veröffentlichung bestimmten Unterlagen. Bei Nichtveröffentlichung der Unterlagen wird durch das Bundesamt für Justiz ein Ordnungsgeldverfahren wegen Verletzung der Pflicht zur Offenlegung von Amts wegen betrieben. § 335 Absatz 1 HGB sieht bei Verstößen einen Ordnungsgeldrahmen in Höhe von 2 500 Euro bis 25 000 Euro vor.

Durch den elektronischen Zugriff auf sämtliche im elektronischen Unternehmensregister bekannt gemachten Jahresabschlüsse und Registereintragungen konnte die Konzentrationserfassung hinsichtlich der Auswertung untersuchungsrelevanter Unternehmenskennzahlen durch die Monopolkommission wesentlich verbessert werden. Nach Auffassung der Monopolkommission wäre eine zukünftige Formatierung aller digitalisierten Jahresabschlussdaten nach einem einheitlichen Standard zu begrüßen, wodurch eine effiziente Datenrecherche, beispielsweise durch die systematische Extraktion und

Auswertung einzelner Positionen der Bilanz und Erfolgsrechnung, ermöglicht werden könnte.

261. Regelmäßig ist festzustellen, dass einige Unternehmen durch die rechtliche Ausgestaltung ihrer Konzernstruktur der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Konzernabschlusses ausweichen. Handelt es sich bei der Konzernobergesellschaft zudem um ein Großunternehmen in den Rechtsformen Personenhandelsgesellschaft mit vollhaftendem Gesellschafter oder Einzelkaufmann, so muss die Gewinn- und Verlustrechnung nicht offengelegt werden (§ 9 Absatz 2 PublG), wenn in einer Anlage zur Bilanz bestimmte Erfolgspositionen – unter anderem die Umsatzerlöse, der Personalaufwand sowie die Zahl der Beschäftigten – genannt werden (§ 5 Absatz 5 Satz 3 PublG). Soweit anhand des verfügbaren Datenmaterials möglich, wird die inländische Wertschöpfung dieser Unternehmen durch Schätzverfahren ermittelt.

262. Sofern keine Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses besteht und die Wertschöpfung des inländischen Konzerns zum weit überwiegenden Teil durch eine einzige Gesellschaft erzielt wird, wird die Wertschöpfung anhand der Daten des Einzelabschlusses ermittelt. Derartige Fälle sind in Tabelle II.1 mit der Erläuterung „E“ gekennzeichnet.²³

263. Sowohl nationale als auch internationale Rechnungslegungsnormen verpflichten zu einer Einbeziehung von Tochterunternehmen in den Konzernabschluss unabhängig von geografischen Gesichtspunkten.²⁴ Auch können inländische Tochterunternehmen ausländischer Konzernobergesellschaften auf die Aufstellung eines Teilkonzernabschlusses verzichten, sofern auf einer höheren Stufe des Konzerns ein Konzernabschluss aufgestellt wird, der den Vorschriften der Siebten EG-Richtlinie entspricht und von einem Abschlussprüfer geprüft wird, der den Erfordernissen der Achten EG-Richtlinie genügt (§§ 291, 292 HGB). Daher ist die inländische Wertschöpfung anhand der Mehrzahl der veröffentlichten Konzernabschlüsse nicht unmittelbar zu erheben.

Falls dies aufgrund eines ausländischen Konzerngesellschaften einschließenden Konsolidierungskreises der untersuchten Unternehmen erforderlich ist, führt die Monopolkommission Unternehmensbefragungen durch²⁵, um Angaben über das Geschäftsvolumen, die Zahl der Beschäftigten sowie die für die Berechnung der inländischen Wertschöpfung notwendigen Jahresabschlussdaten zu er-

²¹ Für börsennotierte Gesellschaften gilt eine verkürzte Frist von vier Monaten (§ 325 Absatz 4 HGB).

²² Vgl. BGBl. I 2006 S. 2553 sowie Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 272 f.

²³ Hierzu gehören Unternehmen, die aufgrund der befreienden Wirkung ausländischer Konzernabschlüsse keine eigenen Konzerndaten veröffentlichen, sowie gemäß den Vorschriften des § 296 HGB von der Pflicht zur Einbeziehung von Tochterunternehmen in den Konzernabschluss befreite Unternehmen. Sind die in den Konsolidierungskreis einbezogenen ausländischen Tochterunternehmen von insgesamt untergeordneter Bedeutung, wird die Wertschöpfung durch die Auswertung veröffentlichter Konzernabschlüsse bestimmt.

²⁴ Vgl. § 290 HGB, Standard 27.12 des International Accounting Standards Committee sowie Standard 94.2 des US-amerikanischen Financial Accounting Standards Board.

²⁵ Vgl. z. B. auch Monopolkommission, Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik, Hauptgutachten 1990/1991, Baden-Baden 1992, Tz. 360.

halten. Für die Erhebung der nach Wertschöpfung „100 Größten“ im diesem Hauptgutachten wurden insgesamt 172 Unternehmen befragt, von denen 89 (52 Prozent) die benötigten Zahlen vollständig zur Verfügung gestellt haben. Weitere 68 Unternehmen (40 Prozent) übermittelten der Monopolkommission Antworten auf einen verkürzten Fragebogen zu wesentlichen Inlandskenntzahlen.

264. In den Fällen, in denen die Unternehmen der Monopolkommission die für die Berechnung der Wertschöpfung erforderlichen Daten für den Inlandskonzern nicht oder nur teilweise zur Verfügung stellen können, die Wertschöpfung des Weltkonzerns anhand des veröffentlichten Konzernabschlusses jedoch ermittelt werden kann, wird die Wertschöpfung des inländischen Konzernbereichs geschätzt. Alternativ zu einer Schätzung ermittelt die Monopolkommission die Wertschöpfung inländischer Teilkonzerne in einzelnen Fällen durch eine Summierung der Wertschöpfung der größten inländischen Konzerngesellschaften. Teilkonzerne, deren Wertschöpfung durch diese Additionsmethode ermittelt wurde, sind in Tabelle II.1 mit der Erläuterung „S“ gekennzeichnet. Die im Einzelnen angewandten Schätzverfahren werden in den methodischen und statistischen Anlagen zu diesem Gutachten erläutert.

2.2 Seit dem Berichtsjahr 2008 eingetretene Veränderungen

265. Der zuvor dargestellten Vorgehensweise folgend sind in Tabelle II.1 die „100 Größten“ 2008 und 2010 aufgeführt, geordnet nach der Höhe ihrer inländischen Wertschöpfung im Berichtsjahr 2010. Darüber hinaus werden, soweit die Angaben verfügbar waren, für jedes Unternehmen das Geschäftsvolumen (Umsatzerlöse der Nichtfinanzinstitute, Bilanzsumme der Kreditinstitute, Bruttobeitrageinnahmen der Versicherungsunternehmen), die Anzahl der Beschäftigten, die Höhe der Sachanlagen und der Cashflow, jeweils bezogen auf die inländischen Konzernbereiche, angegeben. In den Fällen, in denen die erforderlichen Daten für die Berechnung des inländischen Cashflows nicht zur Verfügung stehen, wird der Cashflow des Inlandskonzerns anhand der für die Abgrenzung der Wertschöpfung herangezogenen Schätzungen ermittelt.

266. Hinsichtlich der Ursachen der Veränderungen innerhalb des Kreises der „100 Größten“ sind die folgenden

Fallgruppen unterscheidbar. Bezogen auf die Wirkung auf die Gesamtwertschöpfung der Großunternehmen lassen sich Konzentrations- bzw. Wachstumsvorgänge, welche zu einer Steigerung der Gesamtwertschöpfung der „100 Größten“ führen, von Dekonzentrations- bzw. Schrumpfungsvorgängen unterscheiden, welche eine verminderte Wertschöpfung des jeweiligen Unternehmens bedingen, gegebenenfalls einhergehend mit einem Austritt aus dem Kreis der Großunternehmen. Im Hinblick auf die zugrunde liegenden Ursachen der Wertschöpfungsveränderung kommen sowohl externes Wachstum bzw. externe Schrumpfung als auch internes Wachstum bzw. interne Schrumpfung infrage. Externes Wachstum geht mit einer die Wertschöpfung des betrachteten Konzerns steigernden Veränderung des Kreises der Konzerngesellschaften einher, welche durch den Erwerb von Tochtergesellschaften oder die Fusion mit einem anderen Unternehmen vollzogen wird. Externe Schrumpfung lässt sich auf den Verkauf von Tochtergesellschaften oder die Abspaltung von einem anderen Unternehmen zurückführen und resultiert in einer die Wertschöpfung des betrachteten Konzerns mindernden Veränderung des Konsolidierungskreises. Internes Wachstum bzw. interne Schrumpfung liegt dagegen in einer Steigerung bzw. Minderung des Geschäftsvolumens, des Personalbestands etc. begründet, welche innerhalb eines gleichbleibenden Konsolidierungskreises erfolgt.

Aus einer realgüterwirtschaftlichen Perspektive kann die Gesamtwertschöpfung von Großunternehmen bei einem unveränderten Konsolidierungskreis auch durch Änderungen der Fertigungstiefe als dem Anteil der Wertschöpfung an der Gesamtleistung beeinflusst werden. Bei einer Vernachlässigung von Bestandsveränderungen und selbst erstellten Anlagevermögensgegenständen entspricht der Umsatz einer Periode dem Produktionswert. Eine Abnahme der Fertigungstiefe ergibt sich bei sinkenden Umsätzen durch einen relativ schwächeren Rückgang der Vorleistungen, bei steigenden Umsätzen durch einen relativ stärkeren Anstieg der Vorleistungen. Die relative oder absolute Zunahme der Vorleistungen kann unter anderem auf die Verlagerung vor allem arbeitsintensiver Teile der Wertschöpfungskette in ausländische Niederlassungen oder die Zunahme von Vorleistungen, die Unternehmen von in- oder ausländischen Lieferanten beziehen, zurückgeführt werden (Offshoring- und Outsourcingstrategien).

Tabelle II.1

Die nach Wertschöpfung 100 größten Unternehmen 2008 und 2010

Rang	Jahr	Unternehmen ¹	Wirt- schafts- zweig ²	Wertschöp- fung ³	Geschäfts- volumen ⁴	Beschäf- tigte	Sachan- lagen ⁵	Cashflow
				(Mio. Euro)			(Mio. Euro)	
1 1	2010 2008	Daimler AG	29	16.825 14.646	62.278 68.047	164.026 167.753	16.972 14.894	7.455 6.799
2 3	2010 2008	Volkswagen AG	29	16.656 13.718	86.915 83.449	181.328 174.342	16.025 16.021	10.272 6.707
3 2	2010 2008	Siemens AG ^c	26, 27, 28, 30	13.799* 13.983*	33.654 35.757	128.000 132.000	7.287 7.480	3.559* 3.306*
4 4	2010 2008	Deutsche Telekom AG	61	11.289 13.188	28.085 28.885	123.174 131.713	40.822 42.227	7.332 8.161
5 5	2010 2008	Deutsche Bahn AG	49, 52	10.406 10.926	21.954 21.984	179.039 181.910	35.652 37.580	3.349 4.369
6 7	2010 2008	E.ON AG	20, 35, 36	9.679* 7.587	62.966 50.514	35.116 39.281	27.733 28.205	8.502* 5.925
7 8	2010 2008	Robert Bosch GmbH	26, 27, 28, 29	8.360 7.553	27.016 30.539	113.557 114.360	9.012 11.246	3.480 1.151
8 11	2010 2008	Bayerische Motoren Werke AG	29, 30	8.155 6.250	46.852 44.683	70.736 73.556	12.788 13.575	2.653 1.793
9 6	2010 2008	BASF SE	06, 20, 21, 22	8.014 8.128	25.426 27.497	50.801 47.364	10.143 6.850	3.533* 2.411*
10 12	2010 2008	RWE AG	35, 36, 38	7.183 5.814	39.687 39.798	41.039 39.220	25.674 20.141	4.919 3.212
11 10	2010 2008	Deutsche Post AG	52, 53	6.610* 6.767*	16.527 16.765	165.781 167.816	17.978 ^w 18.303 ^w	1.385* 31*
12 14	2010 2008	Deutsche Bank AG	64	5.955 5.152	1.271.261 2.092.699	49.265 51.098	8.464 3.430	
13 13	2010 2008	Deutsche Lufthansa AG	33, 51, 56	5.683 5.241	19.500 19.912	65.159 65.695	9.113 8.313	1.500 1.454

noch Tabelle II.1

Rang	Jahr	Unternehmen¹	Wirt- schafts- zweig²	Wertschöp- fung³	Geschäfts- volumen⁴	Beschäf- tigte	Sachan- lagen⁵	Cashflow
				(Mio. Euro)			(Mio. Euro)	
14 9	2010 2008	ThyssenKrupp AG ^c	24, 28, 29, 30	5.680 6.852*	22.931 30.471	71.072 85.097	6.298 6.772	1.495* 1.652*
15 18	2010 2008	Metro AG	46, 47	4.345 4.167	26.130 26.700	94.426 104.049	6.382 6.911	1.202 2.095
16 30	2010 2008	REWE-Gruppe	46, 47, 79	4.305* 2.444*	36.453 33.946	148.194 140.873		
17 20	2010 2008	Commerzbank AG	64	4.146 3.402	659.987 490.452	45.301 28.447	3.984 1.823	
18 29	2010 2008	Energie Baden-Würt- temberg AG	35, 38	3.635 2.497	15.943 14.641	19.376 18.806	13.434 12.733	2.252 1.900
19 19	2010 2008	Continental AG	22, 29	3.574 3.484	10.820 12.502	46.136 46.305	2.969 3.714	555 209
20 25	2010 2008	EADS-Gruppe Deutschland	25, 30	3.437* 2.984*	12.236 11.755	42.677 42.987	24.726 ^w 23.327 ^w	639* 997*
21 22	2010 2008	SAP AG	62	3.402 3.271	6.797 6.202	15.633 15.582	1.773 1.651	1.624 2.658
22 16	2010 2008	Bayer AG	20, 21	3.331 4.310	17.514 17.270	36.200 37.400	14.425 16.896	2.608 2.567
23 24	2010 2008	ZF Friedrichshafen AG	28, 29	3.029 3.038	9.093 9.480	38.205 36.363	2.390 2.132	778 905
24 34	2010 2008	Bertelsmann AG	18, 58, 59	2.837 2.082*	6.508 6.835	36.462 38.421	1.154 1.361	539* 325*
25 26	2010 2008	Evonik Industries AG	20, 35	2.758 2.696	8.133 10.662	21.894 27.114	4.425 6.477	822 928
26 -	2010 2008	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	25, 28, 29	2.660*	6.568	27.938	1.246	406*
27 21	2010 2008	Münchener Rückver- sicherungs-Gesell- schaft AG	65	2.625 3.327	33.462 28.821	24.537 25.437	173.789 163.074	

noch Tabelle II.1

Rang	Jahr	Unternehmen ¹	Wirt- schafts- zweig ²	Wertschöp- fung ³	Geschäfts- volumen ⁴	Beschäf- tigte	Sachan- lagen ⁵	Cashflow
				(Mio. Euro)			(Mio. Euro)	
28 44	2010 2008	KfW Bankengruppe	64	2.615 1.552	441.757 394.826	4.531 4.228	956 933	
29 23	2010 2008	UniCredit-Gruppe Deutschland	64	2.545 3.106	225.668 242.232	17.119 22.461	5.337 3.852	
30 31	2010 2008	Aldi-Gruppe ⁶	47	2.538* 2.384*	21.878* 22.370*	44.010* 45.000*		
31 33	2010 2008	Fresenius SE	20, 21, 26, 32, 46	2.494 2.175	4.815 4.119	40.823 37.078	3.500 3.119	682 858
32 36	2010 2008	IBM-Gruppe Deutschland	26, 62, 63	2.379 2.038	5.068 5.216	17.927 19.197	1.008 976	671 426
33 27	2010 2008	Vattenfall-Gruppe Deutschland	05, 35, 36	2.334 2.663	13.940 13.462	20.573 21.225	12.494 12.950	1.090 1.903
34 17	2010 2008	Allianz SE	65	2.333 4.206	27.231 25.696	47.889 71.267	214.380 181.301	
35 15	2010 2008	Vodafone-Gruppe Deutschland ^{8, g}	61	2.299 4.460	9.694 10.394	13.289 14.495	8.782 7.877	2.464 2.819
36 35	2010 2008	Schwarz-Gruppe ^{6, f}	47	2.212* 2.064*	25.250* 23.880*	64.500* 61.000*		
37 28	2010 2008	MAN SE ⁷	27, 28, 29	2.187 2.556	8.971 12.796	27.354 28.753	1.434 1.431	800 1.434
38 38	2010 2008	Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG ^{8, b}	29	2.100 1.911	6.156 6.530	10.529 10.311	3.291 1.864	1.257* 5.866
39 39	2010 2008	Sanofi-Aventis- Gruppe Deutschland ^E	21	2.058 1.823	4.733 4.028	7.721 7.893	773 752	290 197
40 37	2010 2008	Ford-Gruppe Deutschland ^E	29	1.988 1.952	18.185 19.762	29.116 30.020	2.455 1.719	294 463

noch Tabelle II.1

Rang	Jahr	Unternehmen ¹	Wirt- schafts- zweig ²	Wertschöp- fung ³	Geschäfts- volumen ⁴	Beschäf- tigte	Sachan- lagen ⁵	Cashflow
				(Mio. Euro)			(Mio. Euro)	
41	2010	Rhön-Klinikum AG	86	1.714	2.550	38.058	2.174	256
49	2008			1.445	2.130	33.679	1.637	215
42	2010	Wacker Chemie AG	20	1.662	4.151	12.235	2.566	818
48	2008			1.473	3.747	12.110	2.258	736
43	2010	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG	20, 21	1.635*	6.263	11.433	1.412	696*
42	2008			1.734*	6.122	11.378	1.494	700*
44	2010	Landesbank Baden- Württemberg	64	1.519	347.148	10.880	1.217	
58	2008			1.168	409.265	12.657	2.038	
45	2010	Asklepios Kliniken GmbH	86	1.517	2.305	26.917	1.134	158
50	2008			1.321	2.016	25.700	1.074	115
46	2010	DZ Bank AG	64	1.513	338.613	26.322	2.155	
51	2008			1.278	398.858	24.515	3.555	
47	2010	Total-Gruppe Deutschland	19, 46	1.453*	11.017	3.244	988	1.097*
40	2008			1.751*	12.252	4.095	1.214	961*
48	2010	EDEKA Zentrale AG & Co. KG ⁹	46, 47	1.415	22.192	66.696	1.563	288
95	2008			779	15.952	28.015	877	323
49	2010	Stadtwerke Mün- chen GmbH	35, 36, 49	1.361	3.767	7.304	2.790	205
43	2008			1.689	4.717	7.506	2.242	-72 ¹⁰
50	2010	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanage- ment mbH	36, 49, 52, 68	1.318	2.945	17.625	8.801	633
53	2008			1.203	2.482	16.581	4.500	-317
51	2010	Bilfinger Berger SE ¹¹	41, 42, 43	1.310	3.201	23.652	1.172	193
71	2008			1.020	3.245	21.457	1.100	163
52	2010	BP-Gruppe Deutsch- land	06, 19, 35, 46, 49	1.309	27.776	5.163	1.632	392*
74	2008			987	28.261	5.510	1.888	983*
53	2010	E. Merck KG ¹²	20, 21, 32, 46	1.308	3.465	10.340	1.273	1.330
57	2008			1.168	2.678	10.301	1.285	569

noch Tabelle II.1

Rang	Jahr	Unternehmen ¹	Wirt- schafts- zweig ²	Wertschöp- fung ³	Geschäfts- volumen ⁴	Beschäf- tigte	Sachan- lagen ⁵	Cashflow
				(Mio. Euro)			(Mio. Euro)	
54 41	2010 2008	K+S AG	08, 20, 38	1.292 1.744	3.463 4.268	10.207 10.111	933 873	443 929
55 32	2010 2008	Salzgitter AG	24, 25, 28, 46	1.290 2.247	7.171 10.893	19.563 20.409	2.503 2.240	433 859
56 54	2010 2008	Procter & Gamble- Gruppe Deutsch- land ^{S, a}	20, 27, 46	1.258 1.193	1.685 1.694	13.115 13.443	636 738	240 315
57 46	2010 2008	RAG-Stiftung	05, 07, 70	1.242 1.540	3.348 3.899	24.629 32.018	870 914	102 632
58 60	2010 2008	Rethmann AG & Co. KG	21, 38, 52	1.230* 1.149*	5.967 6.495	26.463 28.000	2.567 ^w 2.214 ^w	455* 420*
59 56	2010 2008	Roche-Gruppe Deutschland ^E	20, 21, 32, 46	1.230 1.170	3.341 3.585	11.011 9.666	1.766 1.585	262 409
60 55	2010 2008	Otto Group ^f	47	1.198* 1.189	6.751 5.423	24.717 21.828	932 829	259 439
61 87	2010 2008	Debeka-Gruppe	65	1.162 844	8.572 7.683	16.038 14.731	68.155 60.438	
62 52	2010 2008	Liebherr-Interna- tional-Gruppe Deutschland ^S	27, 28, 30	1.161 1.212	3.931 4.808	13.767 14.166	665 691	410 307
63 79	2010 2008	STRABAG-Gruppe Deutschland	41, 42	1.153* 941*	5.114 4.550	25.220 21.438	2.638 ^w 540	240* 219*
64 59	2010 2008	Adolf Würth GmbH & Co. KG	25, 46	1.153 1.159	4.314 4.062	17.686 16.800	994 994	291 387
65 62	2010 2008	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	52	1.147 1.136*	1.845 1.841	17.492 17.175	5.021 3.942	423 371*
66 93	2010 2008	Henkel AG & Co. KGaA	20, 21, 22	1.103 786	3.652 3.482	8.897 9.842	1.035 1.005	762 989

noch Tabelle II.1

Rang	Jahr	Unternehmen¹	Wirt- schafts- zweig²	Wertschöp- fung³	Geschäfts- volumen⁴	Beschäf- tigte	Sachan- lagen⁵	Cashflow
				(Mio. Euro)			(Mio. Euro)	
67 65	2010 2008	Deutsche Börse AG	62, 63, 66, 82	1.100 1.089*	1.665 1.666	1.613 1.524	1.216 1.197	607* 668*
68 70	2010 2008	Bayerische Landes- bank	64	1.052* 1.030*	302.529 367.185	6.382 7.645	412 624	
69 78	2010 2008	Voith AG ^{c)}	28	1.010* 942*	1.058 1.187	16.776 18.667	1.858 1.653	132* 135*
70 61	2010 2008	Saint-Gobain- Gruppe Deutschland	23, 24, 25, 46	998 1.148*	4.725 4.951	17.402 19.724	2.073 3.626	307* 389*
71 76	2010 2008	Nestlé-Gruppe Deutschland	10, 46	987* 957*	3.440 3.580	12.727 12.384	21.131 ^w 3.289	349* 680*
72 -	2010 2008	Sana Kliniken AG	86	978 685	1.485 1.064	22.483 16.495	945 638	109 76
73 80	2010 2008	maxingvest AG	10, 12, 20, 46	978* 924*	4.078 3.962	13.373 14.049	6.600 ^w 6.715 ^w	374* 328*
74 72	2010 2008	PricewaterhouseCoo- pers Aktiengesell- schaft Wirtschafts- prüfungsgesellschaft ^a	69	971 1.019	1.336 1.469	8.646 8.979	47 49	120 164
75 77	2010 2008	Carl Zeiss AG	26, 32	970* 950*	1.462 1.365	8.292 8.440	533 626	264* 227*
76 67	2010 2008	ABB-Gruppe Deutschland	26, 27, 43	961 1.053	2.960 3.261	10.828 11.403	383 440	346 103
77 88	2010 2008	AXA-Gruppe Deutschland	65	947 840	10.101 9.583	11.339 11.703	65.592 62.250	
78 92	2010 2008	Stadtwerke Köln GmbH	35, 36, 49	944 791	5.161 5.111	11.111 10.514	2.678 2.386	478 365
79 66	2010 2008	Hewlett-Packard- Gruppe Deutschland ^d	26, 62, 63, 77	942 1.077	5.814 5.115	10.934 9.337	223 750	437 652

noch Tabelle II.1

Rang	Jahr	Unternehmen ¹	Wirt- schafts- zweig ²	Wertschöp- fung ³	Geschäfts- volumen ⁴	Beschäf- tigte	Sachan- lagen ⁵	Cashflow
				(Mio. Euro)			(Mio. Euro)	
80	2010	Rheinmetall AG	25, 26, 28, 30	931*	2.297	11.920	1.029	260*
81	2008			920*	2.390	10.090	1.022	210*
81	2010	BSH Bosch und Sie- mens Hausgeräte GmbH	27, 46	908	4.669	14.194	519	292
73	2008			987	4.567	14.196	532	256
82	2010	Linde AG	20, 28	892	2.567	7.166	1.137	485
97	2008			762	3.527	7.732	1.116	470
83	2010	ExxonMobil-Gruppe Deutschland	06, 19, 35, 61	889	7.779	4.248	778	1.564
45	2008			1.541	9.816	4.906	726	2.136
84	2010	H & M Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland ^c	47	887*	2.702	11.845	1.748 ^w	498*
-	2008			736*	2.229	10.746	1.466 ^w	405*
85	2010	KPMG-Gruppe Deutschland ^{c)}	69	881	1.143	7.423	35	23
83	2008			889	1.209	7.487	30	16
86	2010	LANXESS AG	20	881	3.725	7.590	816	237
-	2008			673	3.642	7.772	741	751
87	2010	EDEKA Minden eG ⁹	46	855	6.676	31.456	1.014	217
99	2008			744	6.280	31.494	776	154
88	2010	Landesbank Berlin Holding AG	64	829	131.477	5.985	1.231	
69	2008			1.033	145.371	5.999	1.228	
89	2010	Shell-Gruppe Deutschland ^s	06, 19, 35, 46	810	28.266	4.857	1.133	736
47	2008			1.515	30.279	5.123	907	1.452
90	2010	Philips-Gruppe Deutschland	26, 27	798	3.594	6.565	324	217
100	2008			743	3.505	7.336	326	213
91	2010	Axel Springer AG	18, 58	793	2.238	7.387	1.365	228
84	2008			866	2.285	7.947	1.281	662
92	2010	Freudenberg & Co. KG	13, 20, 22	790	2.147	10.804	826	129
90	2008			801	2.192	11.487	928	134
93	2010	Johnson Controls- Gruppe Deutschland ^c	22, 27, 29	788	3.605	10.583	808	-124
98	2008			744	3.298	10.010	339	255

noch Tabelle II.1

Rang	Jahr	Unternehmen ¹	Wirt- schafts- zweig ²	Wertschöp- fung ³	Geschäfts- volumen ⁴	Beschäf- tigte	Sachan- lagen ⁵	Cashflow
				(Mio. Euro)			(Mio. Euro)	
94	2010	Miele & Cie. KG ^a	27, 46	782	2.095	10.331	352	
94	2008			782	2.176	10.624	394	
95	2010	Novartis-Gruppe Deutschland	21, 46	779	3.796	7.996	2.489	321
91	2008			798	3.203	7.099	619	272
96	2010	HSH Nordbank AG	64	779	159.430	3.251	151	
-	2008			719	186.369	4.087	184	
97	2010	DEKRA SE ¹³	70, 71	777*	1.276	14.923	490 ^w	89*
96	2008			776*	1.206	13.806	277 ^w	48*
98	2010	DFS Deutsche Flug- sicherung GmbH	52	762	978	5.685	732	162
-	2008			714	915	5.342	736	118
99	2010	ALSTOM-Gruppe Deutschland	35	758*	2.795	8.862	4.585 ^w	162*
-	2008			650*	2.240	7.300	3.132 ^w	189*
100	2010	Dr. August Oetker KG	10, 11, 46, 50	742*	7.259	13.502	3.486 ^w	
-	2008			692*	7.433	13.303	3.413 ^w	
-	2010	ARCANDOR AG	47	-	-	-	-	-
63	2008			1.127	11.291	53.026	1.768	-222
-	2010	Tengelmann Waren- handels-gesellschaft KG	47	628*	6.261	59.146	1.307 ^w	
64	2008			1.112*	12.868	60.180	1.418 ^w	
-	2010	TUI AG ^{e)}	51, 55, 70, 79	626	4.530	9.585	590	283
68	2008			1.049	11.724	11.313	4.162	302
-	2010	General Motors- Gruppe Deutschland ^E	29	601	11.139	19.523	1.410	-581
75	2008			984	12.144	19.528	1.403	-827
-	2010	Heidelberger Druckmaschinen AG ^g	28	512	1.523	10.945	594	-11
82	2008			905	1.934	13.177	701	44
-	2010	Generali-Gruppe Deutschland	65	693	13.037	14.995	82.262	
85	2008			863	11.908	15.054	76.630	

noch Tabelle II.1

Rang	Jahr	Unternehmen¹	Wirt- schafts- zweig²	Wertschöp- fung³	Geschäfts- volumen⁴	Beschäf- tigte	Sachan- lagen⁵	Cashflow
				(Mio. Euro)			(Mio. Euro)	
- 86	2010	Dow-Gruppe Deutschland	20, 46	664	3.745	4.706	1.243	
	2008			853	4.114	6.400	1.403	
- 89	2010	DHS – Dillinger Hütte Saarstahl AG ^E	24, 25	565	2.301	5.697	748	444
	2008			835	3.032	5.322	393	329

¹ Es werden die Daten des den 30. Juni 2010 einschließenden Geschäftsjahres für die Erhebungen zugrunde gelegt. Falls das Geschäftsjahr nicht mit dem Kalenderjahr übereinstimmt, wird der Bilanzstichtag durch einen entsprechenden Verweis angezeigt:

^a 30. Juni 2010, ^c 30. September 2010, ^e 30. November 2010, ^g 31. März 2011.

^b 31. Juli 2010, ^d 31. Oktober 2010, ^f 28. Februar 2011,

Mit ^s gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Summenabschluss und ^E steht für den Einzelabschluss.

² Statistisches Bundesamt, Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008). Es werden jeweils nur die Wirtschaftszweige auf der Gliederungsebene der 88 Abteilungen angeführt, die einen erheblichen Anteil an den Unternehmensumsätzen haben.

³ Wenn nicht anders vermerkt, Wertschöpfung der konsolidierten inländischen Konzerngesellschaften. Sofern eine Zahlenangabe mit einem * versehen ist, bedeutet dies, dass die Wertschöpfung des Unternehmens in dem betreffenden Jahr geschätzt werden musste. Die für die entsprechenden Fälle herangezogenen Schätzmethoden werden detailliert in den Anlagen zu diesem Gutachten dargestellt.

⁴ Bei Kreditinstituten wird die Bilanzsumme, bei Versicherungsunternehmen werden die Beitragseinnahmen und bei Nichtfinanzinstituten die Umsatzerlöse angegeben. Ist eine Angabe mit einem * versehen, so handelt es sich um einen Schätzwert. Die Größe umfasst die konsolidierten Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen.

⁵ Einschließlich immaterieller Vermögensgegenstände. Bei Versicherungsunternehmen werden anstelle der Sachanlagen Kapitalanlagen ausgewiesen. Mit * gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Weltabschluss.

⁶ Die Zahl der Vollzeitbeschäftigten der Aldi- und Schwarz-Gruppe wurden für das Berichtsjahr 2006 auf Grundlage des Umsatzes und der Personalkostenquoten geschätzt (Quelle: Lademann & Associates GmbH, Hamburg) und für die Berichtsjahre 2008 und 2010 um die Wachstumsrate des Umsatzes korrigiert.

⁷ 2008: MAN AG.

⁸ 2008: Porsche Automobil Holding SE.

⁹ Die Monopolkommission weist die Wertschöpfung sowie die Begleitmerkmale der EDEKA Zentrale AG & Co. KG und gegebenenfalls der sieben Regionalgesellschaften aufgrund der spezifischen genossenschaftlichen Struktur der EDEKA-Gruppe im Unterschied zu den anderen Gruppen des Lebensmitteleinzelhandels im Kreis der „100 Größten“ traditionell gesondert aus. Die Wertschöpfung der gesamten EDEKA-Gruppe beträgt im Berichtsjahr 2010 näherungsweise 3 878 Mio. Euro. Das gewählte Vorgehen erlaubt hierbei keine Aussage darüber, inwieweit die EDEKA-Gruppe eine wettbewerbliche Einheit darstellt. Vgl. zu dieser Thematik Kapitel V, Abschnitt 3.2.2.

¹⁰ Aktualisierter Wert.

¹¹ 2008: Bilfinger Berger AG.

¹² 2008: E. Merck oHG.

¹³ 2008: DEKRA AG.

Quelle: Eigene Erhebungen

267. Im Folgenden werden zunächst die wesentlichen Veränderungen im Kreis der „100 Größten“ diskutiert, bevor in Abschnitt 2.3 die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der „100 Größten“ herausgestellt wird. Die Zusammensetzung des Kreises der „100 Größten“ hat sich gegenüber dem Berichtsjahr 2008 geändert. Im Untersuchungszeitraum konnte keine Veränderung der Zusammensetzung des Untersuchungskreises infolge eines Zusammenschlusses festgestellt werden. In den Kreis der „100 Größten“ sind folgende Unternehmen neu eingetreten (Rang in Klammern):

- (26) INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG,
- (72) Sana Kliniken AG,
- (84) H & M Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland,
- (86) LANXESS AG,
- (96) HSH Nordbank AG,

(98) DFS Deutsche Flugsicherung GmbH,

(99) ALSTOM-Gruppe Deutschland,

(100) Dr. August Oetker KG.

Der Eintritt der INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG ist infolge der erstmaligen Beantwortung des Fragebogens sowie der Veröffentlichung des Geschäftsberichts vor Redaktionsschluss allein erhebungstechnisch bedingt. Die Tätigkeitsschwerpunkte der INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG umfassen die Wirtschaftsbereiche Automobilzulieferindustrie und Maschinenbau. Mit einer inländischen Wertschöpfung von 2 660 Mio. Euro belegt INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG Rang 26 der hundert größten Unternehmen im Berichtsjahr 2010.

Die Wertschöpfungssteigerung der Sana Kliniken AG ist auf ein stetiges internes und externes Wachstum sowie Klinikprivatisierungen zurückzuführen. Gegenüber dem Berichtsjahr 2008 erhöhte sich der Umsatz um 39,6 Pro-

zent auf 1 485 Mio. Euro, die Wertschöpfung stieg im gleichen Zeitraum um 42,8 Prozent auf 978 Mio. Euro. Im Berichtsjahr 2010 betrieb die Sana Kliniken AG 43 Kliniken, 12 Alten- und Pflegeheime sowie 18 medizinische Versorgungszentren.

Die H & M Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland zählt nach ihrem Ausscheiden im Berichtsjahr 2008 in der aktuellen Erhebung wieder zum Kreis der „100 Größten“. Der Anstieg der geschätzten Wertschöpfung um 20,5 Prozent auf 887 Mio. Euro ist auf eine Erhöhung des inländischen Umsatzes und eine Zunahme der Mitarbeiterzahl zurückzuführen. Aus dem gleichen Grund ist die ALSTOM-Gruppe Deutschland im Untersuchungskreis vertreten.

Der Wiedereintritt der LANXESS AG ist auf eine positive Ertragslage des Konzerns zurückzuführen. Das Unternehmen profitierte von gesteigerten Absatzmengen sowie positiven Verkaufspreis- und Währungseffekten in den Segmenten Polymere, Spezialchemikalien und Zwischenprodukte. Das Ergebnis vor Zinsen und Steuern des gesamten Konzerns konnte von 323 Mio. Euro im Jahr 2008 auf 607 Mio. Euro im Jahr 2010 nahezu verdoppelt werden.

Auf den unteren Rangpositionen können bereits relativ geringe Änderungen der inländischen Wertschöpfung zu einem Ein- oder Austritt von Unternehmen führen. Ohne eine wesentliche Erhöhung der Wertschöpfung aufzuweisen, trat die HSH Nordbank AG in den Untersuchungskreis ein. Ebenfalls ohne eine erhebliche Veränderung der Wertschöpfung im Vergleich zu 2008 aufzuweisen, zählen die DFS Deutsche Flugsicherung GmbH und die Dr. August Oetker KG im Berichtsjahr 2010 zu den 100 wertschöpfungsstärksten inländischen Unternehmen.

268. Die folgenden Unternehmen sind aufgrund einer gesunkenen Wertschöpfung aus dem Kreis der „100 Größten“ ausgeschieden (Rang 2008 in Klammern):

- (63) ARCANDOR AG,
- (64) Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG,
- (68) TUI AG,
- (75) General Motors-Gruppe Deutschland,
- (82) Heidelberger Druckmaschinen AG,
- (85) Generali-Gruppe Deutschland,
- (86) Dow-Gruppe Deutschland,
- (89) DHS – Dillinger Hütte Saarstahl AG.

Die ARCANDOR AG, die im Berichtsjahr 2008 den 63. Rang belegt hatte, stellte am 9. Juni 2009 beim Amtsgericht Essen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens. Die Karstadt Warenhaus GmbH wurde als ehemals vollkonsolidiertes Tochterunternehmen mit dem Verkauf sämtlicher Geschäftsanteile am 30. September 2010 an die KWH Holding GmbH, Hamburg, veräußert und zählte im Berichtsjahr 2010 nicht zum Kreis der 100 größten Unternehmen in Deutschland.

Im Januar 2009 übernahm die Netto Marken-Discount GmbH & Co. OHG als Tochterunternehmen der EDEKA Zentrale AG & Co. KG rund 2 300 Filialen der bis dahin

zur Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG gehörenden Plus Warenhandels GmbH. Der Wertschöpfungsrückgang der Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG um 43,6 Prozent auf 628 Mio. Euro ist im Wesentlichen auf diese Verkleinerung des Konsolidierungskreises zurückzuführen.

Ebenso war eine Verringerung des Konsolidierungskreises ursächlich für den Austritt der TUI AG. Mit der Veräußerung ihrer Anteile an der Hapag-Lloyd AG an die Hamburgische Seefahrtbeteiligung „Albert Ballin“ GmbH & Co. KG, Hamburg, am 23. März 2009 trennte sich die TUI AG von ihrer Containerschiffahrtssparte. Zum Bilanzstichtag 30. September 2010 hielt die TUI AG durch eine Finanzbeteiligung an der Erwerbergesellschaft weiterhin indirekt 43,3 Prozent der Anteile an der Hapag-Lloyd AG.

Die Wertschöpfungsminde rung der Adam Opel GmbH als größtem deutschem Tochterunternehmen der General Motors-Gruppe um 39,0 Prozent spiegelt im Geschäftsjahr 2010 relativ zum Umsatz gestiegene Materialkosten und sonstige betriebliche Aufwendungen – insbesondere infolge von Währungsverlusten, höheren Lizenz aufwendungen sowie Forschungs- und Entwicklungskosten – wider.

Die gegenüber 2008 gesunkene Wertschöpfung sowohl der Heidelberger Druckmaschinen AG als auch der Dow-Gruppe Deutschland um 43,4 Prozent bzw. 22,2 Prozent ging mit rückläufigen Umsatzerlösen und Beschäftigtenzahlen der inländischen Gesellschaften einher.

Der im Zuge der globalen Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise erfolgte Nachfrage- und Absatzrückgang in der Stahlindustrie hat die Ertragslage der DHS – Dillinger Hütte Saarstahl AG im Geschäftsjahr 2009 massiv belastet. Trotz der sich seit dem zweiten Quartal des Geschäftsjahres 2010 aufhellenden gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen verzeichnete die DHS – Dillinger Hütte Saarstahl AG gegenüber dem Berichtsjahr 2008 einen Umsatzrückgang des Konzerns um 36,1 Prozent. Die inländische Wertschöpfung verringerte sich gegenüber der Referenzperiode um 32,3 Prozent auf 565 Mio. Euro.

269. Die EDEKA Zentrale AG & Co. KG, die bereits 2008 dem Kreis der „100 Größten“ angehörte, erzielte eine erhebliche Steigerung ihrer Wertschöpfung um 81,6 Prozent. Dieser Anstieg geht im Wesentlichen auf die Übernahme der Plus-Märkte von der Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG im Jahr 2009 zurück²⁶. Aufgrund der spezifischen genossenschaftlichen Struktur der EDEKA-Gruppe weist die Monopolkommission die Wertschöpfung und Begleitmerkmale der EDEKA Zentrale AG & Co. KG und der sieben Regionalgesellschaften, sofern diese dem Kreis der 100 größten Unternehmen angehören (2010: EDEKA Minden eG), traditionell gesondert aus. Würde man die Wertschöpfung der gesamten EDEKA-Gruppe anhand des gesamten Gruppenumsatzes und der gewichteten Wertschöpfungs-Umsatz-Relation der EDEKA Zentrale und der sieben Regionalgesellschaften berechnen, so würde die EDEKA-Gruppe mit einer

²⁶ Vgl. Tz. 268.

geschätzten Wertschöpfung von 3 878 Mio. Euro den 18. Platz in der Rangliste belegen.²⁷

Der Wertschöpfungsanstieg der REWE-Gruppe resultiert aus einer angepassten Methodik zur Schätzung der inländischen Wertschöpfung und ist daher überwiegend erhebungstechnisch bedingt.²⁸

270. Die gesunkene inländische Wertschöpfung der Allianz SE und die hiermit verbundene Verschiebung vom 17. Rang im Jahr 2008 auf den 34. Rang im Berichtsjahr 2010 resultiert vornehmlich aus dem Verkauf der Dresdner Bank AG an die Commerzbank AG am 12. Januar 2009. Die Zahl der Beschäftigten reduzierte sich gegenüber 2008 um 32,8 Prozent auf 47 889.

Die Abnahme der inländischen Wertschöpfung der Vodafone-Gruppe Deutschland ist auf die Korrektur einer in der Vergangenheit fehlerhaften Berücksichtigung der aufgrund einer Gewinngemeinschaft, eines Gewinnabführungs- oder eines Teilgewinnabführungsvertrags abgeführten Gewinne zurückzuführen.

271. Gegenüber dem Referenzjahr 2008 reduzierten 42 der 100 größten Unternehmen die Zahl der im Inland Beschäftigten. In 27 Fällen ging der Beschäftigungsabbau mit einer Verringerung der Wertschöpfung einher.

2.3 Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der „100 Größten“

2.3.1 Wertschöpfung

272. Nach dem Einbruch der Weltwirtschaft infolge der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise gegen Ende des Berichtsjahres 2008 und dem stärksten Rückgang der gesamtwirtschaftlichen Leistung in der deutschen Nachkriegsgeschichte im folgenden Jahr verzeichnete die deutsche Volkswirtschaft im Jahr 2010 eine überraschend schnelle wirtschaftliche Erholung. Allerdings konnte trotz des Aufholprozesses das Niveau des Jahres 2008 nicht erreicht werden. Insgesamt sank die nominale Wertschöpfung aller Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland im Zeitraum 2008 bis 2010 geringfügig um 0,5 Prozent.²⁹ Im gleichen Zeitraum erhöhten die „100 Größten“ ihre inländische Wertschöpfung um 3,8 Prozent, nachdem im Berichtszeitraum 2006 bis 2008 ein Rückgang um -6,3 Prozent festgestellt wurde. Abbildung II.1 fasst die absolute Höhe und die Wachstumsraten der Wertschöpfungssumme der 100 größten Unternehmen bzw. aller Unternehmen in der Bundesrepublik

Deutschland für den Zeitraum 1978 bis 2010 in jeweiligen Preisen zusammen. Der Beitrag der 100 größten Unternehmen an der Wertschöpfung aller Unternehmen erhöhte sich dementsprechend leicht auf 16,4 Prozent und liegt geringfügig unterhalb des Mittelwertes der letzten zehn Jahre. Seit der erstmaligen Erstellung der Statistik im Jahr 1978 erwirtschafteten die jeweils betrachteten Großunternehmen durchschnittlich einen Anteil in Höhe von 18,2 Prozent an der Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen.

273. In Tabelle II.2 wird ergänzend die inländische der weltweiten Wertschöpfung derjenigen Unternehmen gegenübergestellt, die den Sitz ihrer Konzernobergesellschaft im Inland haben, in beiden Berichtsperioden 2008 und 2010 zum Kreis der 100 größten Unternehmen zählten und deren Tätigkeitsschwerpunkte den Wirtschaftsbereichen Industrie, Handel oder Verkehr und Dienstleistungen zuzurechnen sind. Für die entsprechenden 53 Unternehmen ist insgesamt ein moderater Rückgang des Inlandsanteils um 3,2 Prozentpunkte auf 55,6 Prozent festzuhalten. Der Inlandsanteil der zehn größten Unternehmen sank von 63,4 Prozent auf 58,5 Prozent.

274. Die Gegenüberstellung von inländischer und weltweiter Wertschöpfung dient einerseits dem Zweck, das tatsächliche wirtschaftliche Gewicht und die Größe der Gesamtkonzerne angemessen zu erfassen. Andererseits liefert die Gegenüberstellung Hinweise darauf, ob in zunehmendem Maße infolge von Offshoring- oder Outsourcingprozessen Teile der Wertschöpfungskette ins Ausland verlagert werden. Aus Tabelle II.2 wird ersichtlich, dass sowohl die inländische als auch die weltweite Wertschöpfung der betrachteten Großunternehmen im Untersuchungszeitraum um 5,2 bzw. 11,2 Prozent wuchs. Die Abnahme des Inlandsanteils um 3,2 Prozent ist dementsprechend auf ein relativ stärkeres Wachstum der Wertschöpfung der ausländischen Konzernteile zurückzuführen. Bei der Entwicklung der Wertschöpfung der einzelnen Unternehmen ergibt sich ein gemischtes Bild. 28 der betrachteten 53 Unternehmen senkten den Anteil der inländischen Wertschöpfung an der Gesamtwertschöpfung, in 16 Fällen stieg die Inlandsrelation. Weitere neun Unternehmen erzielten die berechnete Wertschöpfung ausschließlich am deutschen Markt. In 16 der 28 Fälle folgt der Rückgang der Inlandsrelation aus einer relativ schwächeren Zunahme, in zwölf Fällen aus einer Abnahme der inländischen Wertschöpfung. Acht Unternehmen steigerten die weltweite Wertschöpfung bei einer gleichzeitigen Abnahme der inländischen Wertschöpfung. Anhand der skizzierten Befunde lässt sich die im 16. Hauptgutachten formulierte These, dass Unternehmen einen immer geringeren Anteil ihrer Wertschöpfung im Inland erwirtschaften, nur bedingt stützen.³⁰ Die im Rahmen der vorliegenden Erhebung gewonnenen Erkenntnisse können nur als Grundlage für tiefer gehende Analysen dienen.³¹

²⁷ Für eine ausführliche Darstellung der Unternehmens- bzw. Gruppenstruktur der größten Marktteure im deutschen Lebensmittelhandel vgl. die Ausführungen in Kapitel V, Abschnitt 3.2.

²⁸ Vgl. zu den im Einzelnen angewandten Schätzverfahren zur Bestimmung der inländischen Wertschöpfung die Ausführungen in den methodischen und statistischen Anlagen zu diesem Kapitel.

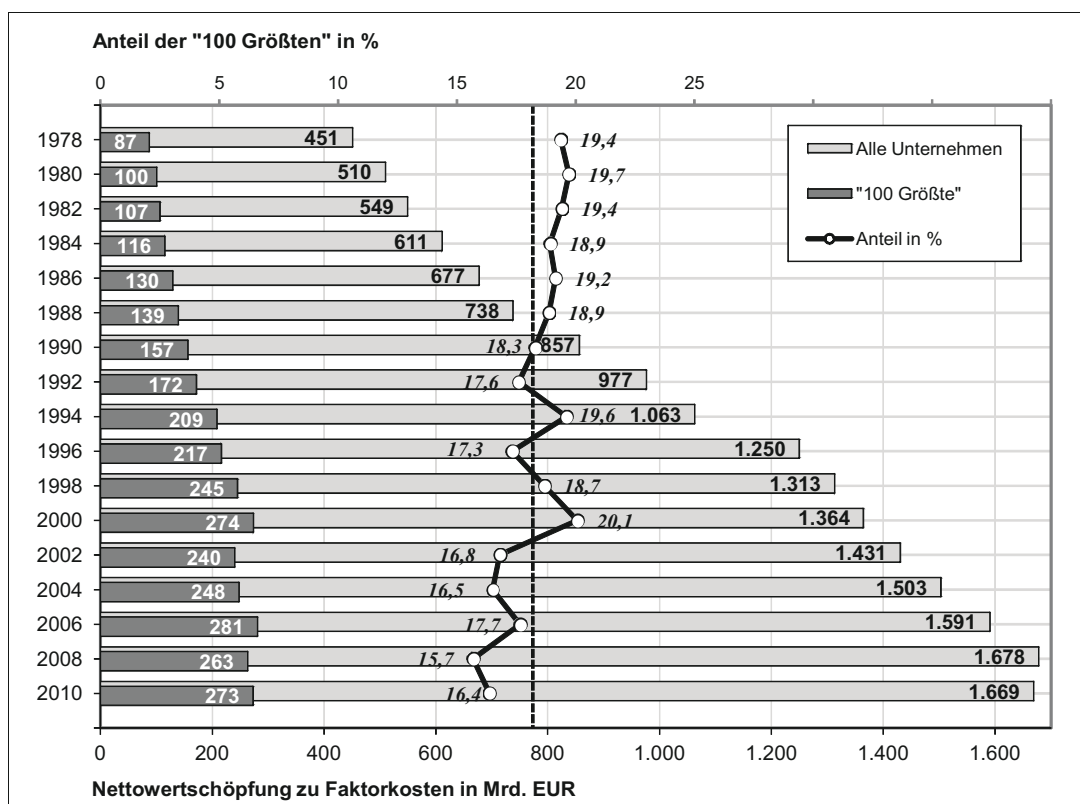
²⁹ Nettowertschöpfung zu Faktorkosten und zu aktuellen Marktpreisen (Quelle: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden). Die Monopolkommission sieht von einer Darstellung auf Basis von konstanten Preisen in Ermangelung eines geeigneten Preis- bzw. Kettenindex ab. Im Unterschied zu den in den Fachserien des Statistischen Bundesamtes veröffentlichten Daten zeigen die hier ausgewiesenen Werte den reinen Unternehmenssektor ohne Staatssektor, private Organisationen ohne Erwerbszweck und zusätzlich ohne Grundstücks- und Wohnungswesen an.

³⁰ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 299 f.

³¹ Von Interesse wäre in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Abnahme des Inlandsanteils auf eine fortschreitende Auslagerung in ausländische Betriebsstätten zulasten inländischer Standorte zurückzuführen ist oder ob die niedrigere Inlandsrelation eher das Ergebnis von Wachstumsstrategien auf internationalen Märkten darstellt.

Abbildung II.1

Entwicklung der Nettowertschöpfung im Zeitraum 1978 bis 2010



Jahr	Wertschöpfung „100 Größte“		Wertschöpfung Gesamtwirtschaft		Anteil (%)
	(Mio. Euro)	Veränderung zur Vorperiode (%)	(Mio. Euro)	Veränderung zur Vorperiode (%)	
1978	87.387		451.103		19,4
1980	100.493	15,0	509.753	13,0	19,7
1982	106.659	6,1	549.480	7,8	19,4
1984	115.572	8,4	611.060	11,2	18,9
1986	129.682	12,2	677.083	10,8	19,2
1988	139.330	7,4	738.259	9,0	18,9
1990	156.693	12,5	856.813	16,1	18,3
1992	171.929	9,7	976.619	14,0	17,6
1994	208.512	21,3	1.063.017	8,8	19,6
1996	216.551	3,9	1.249.838	17,6	17,8
1998	245.392	13,4	1.313.220	5,1	18,6
2000	273.817	11,6	1.364.440	3,9	20,1
2002	240.390	-12,2	1.430.520	4,8	16,8
2004	248.100	3,2	1.503.020 ¹	5,1	16,5
2006	280.872	13,2	1.590.990 ¹	5,9	17,7
2008	263.171	-6,3	1.678.220 ¹	5,5	15,7
2010	273.256	3,8	1.669.250	-0,5	16,4

¹ Aktualisierter Wert.

Quelle: Eigene Erhebungen

Tabelle II.2

**Die inländische und die weltweite Wertschöpfung
der größten Unternehmen 2008 und 2010¹**

Rang nach Wert- schöp- fung	Jahr	Unternehmen	Inländische Wertschöpfung		Weltweite Wertschöpfung		Inlandsan- teil (%)
			(Mio. Euro)	Verände- rung 2008/2010 (%)	(Mio. Euro)	Verände- rung 2008/2010 (%)	
1	2010	Daimler AG	16.825	14,9	23.730	12,2	70,9
1	2008		14.646		21.151		69,2
2	2010	Volkswagen AG	16.656	21,4	26.173	18,3	63,6
3	2008		13.718		22.122		62,0
3	2010	Siemens AG	13.799*	-1,3	31.598	12,3	43,7
2	2008		13.983*		28.141		49,7
4	2010	Deutsche Telekom AG	11.289	-14,4	20.578	-2,6	54,9
4	2008		13.188		21.119		62,4
5	2010	Deutsche Bahn AG	10.406	-4,8	13.420	1,8	77,5
5	2008		10.926		13.177		82,9
6	2010	E.ON AG	9.679*	27,6	15.870	74,0	61,0
7	2008		7.587		9.119		83,2
7	2010	Robert Bosch GmbH	8.360	10,7	17.314	19,3	48,3
8	2008		7.553		14.510		52,1
8	2010	Bayerische Motoren Werke AG	8.155	30,5	12.491	53,1	65,3
11	2008		6.250		8.159		76,6
9	2010	BASF SE	8.014	-1,4	15.992	24,6	50,1
6	2008		8.128		12.830		63,4
10	2010	RWE AG	7.183	23,5	11.383	10,5	63,1
12	2008		5.814		10.306		56,4
11	2010	Deutsche Post AG	6.610*	-2,3	18.445	-7,4	35,8
10	2008		6.767*		19.919		34,0

noch Tabelle II.2

Rang nach Wert- schöp- fung	Jahr	Unternehmen	Inländische Wertschöpfung		Weltweite Wertschöpfung		Inlandsan- teil (%)
			(Mio. Euro)	Verände- rung 2008/2010 (%)	(Mio. Euro)	Verände- rung 2008/2010 (%)	
13	2010	Deutsche Lufthansa AG	5.683	8,4	7.902	11,7	71,9
13	2008		5.241		7.077		74,1
14	2010	ThyssenKrupp AG	5.680	-17,1	10.048	-22,1	56,5
9	2008		6.852		12.901		53,1
15	2010	Metro AG	4.345	4,3	9.580	5,7	45,4
18	2008		4.167		9.065		46,0
18	2010	Energie Baden-Württemberg AG	3.635	45,6	3.789	28,4	95,9
29	2008		2.497		2.950		84,7
19	2010	Continental AG	3.574	2,6	7.748	42,8	46,1
19	2008		3.484		5.426		64,2
21	2010	SAP AG	3.402	4,0	7.855	3,8	43,3
22	2008		3.271		7.570		43,2
22	2010	Bayer AG	3.331	-22,7	10.831	-1,9	30,8
16	2008		4.310		11.037		39,0
23	2010	ZF Friedrichshafen AG	3.029	-0,3	3.960	2,9	76,5
24	2008		3.038		3.850		78,9
24	2010	Bertelsmann AG	2.837	36,2	6.310	19,1	45,0
34	2008		2.082*		5.297		39,3
25	2010	Evonik Industries AG	2.758	2,3	4.073	12,2	67,7
26	2008		2.696		3.630		74,3
31	2010	Fresenius SE	2.494	14,6	7.774	43,8	32,1
33	2008		2.175		5.406		40,2
37	2010	MAN SE	2.187	-14,5	3.464	-20,7	63,1
28	2008		2.556		4.368		58,5

noch Tabelle II.2

Rang nach Wert- schöp- fung	Jahr	Unternehmen	Inländische Wertschöpfung		Weltweite Wertschöpfung		Inlandsan- teil (%)
			(Mio. Euro)	Verände- rung 2008/2010 (%)	(Mio. Euro)	Verände- rung 2008/2010 (%)	
38	2010	Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG	2.100	9,9	2.392	7,0	87,8
38	2008		1.911		2.236		85,5
41	2010	Rhön-Klinikum AG	1.714	18,6	1.714	18,6	100,0
49	2008		1.445		1.445		100,0
42	2010	Wacker Chemie AG	1.662	12,8	1.940	9,5	85,7
48	2008		1.473		1.771		83,2
43	2010	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG	1.635*	-5,7	5.254	5,4	31,1
42	2008		1.734*		4.984		34,8
45	2010	Asklepios Kliniken GmbH	1.517	14,8	1.517	14,8	100,0
50	2008		1.321		1.321		100,0
48	2010	EDEKA Zentrale AG & Co. KG	1.415	81,6	1.415	81,6	100,0
95	2008		779		779		100,0
49	2010	Stadtwerke München GmbH	1.361	-19,4	1.361	-19,4	100,0
43	2008		1.689		1.689		100,0
50	2010	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteili- gungsmanagement mbH	1.318	9,6	1.318	9,6	100,0
53	2008		1.203		1.203		100,0
51	2010	Bilfinger Berger SE	1.310	28,4	3.025	2,4	43,3
71	2008		1.020		2.953		34,5
53	2010	E. Merck KG	1.308	11,9	3.654	33,0	35,8
57	2008		1.168		2.747		42,5
54	2010	K+S AG	1.292	-25,9	1.746	-9,5	74,0
41	2008		1.744		1.929		90,4
55	2010	Salzgitter AG	1.290	-42,6	1.509	-39,1	85,5
32	2008		2.247		2.479		90,6

noch Tabelle II.2

Rang nach Wert- schöp- fung	Jahr	Unternehmen	Inländische Wertschöpfung		Weltweite Wertschöpfung		Inlandsan- teil (%)
			(Mio. Euro)	Verände- rung 2008/2010 (%)	(Mio. Euro)	Verände- rung 2008/2010 (%)	
57	2010	RAG-Stiftung	1.242	-19,4	1.242	-19,4	100,0
46	2008		1.540		1.540		100,0
58	2010	Rethmann AG & Co. KG	1.230*	7,1	1.767	10,5	69,6
60	2008		1.149*		1.599		71,8
60	2010	Otto Group	1.198*	0,8	2.232	28,9	53,7
55	2008		1.189		1.732		68,6
64	2010	Adolf Würth GmbH & Co. KG	1.153	-0,5	2.871	-4,3	40,2
59	2008		1.159		3.000		38,6
65	2010	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	1.147*	0,9	1.312	1,9	87,4
62	2008		1.136		1.287		88,3
66	2010	Henkel AG & Co. KGaA	1.103	40,4	4.212	30,9	26,2
93	2008		786		3.216		24,4
69	2010	Voith AG	1.010*	7,2	2.192	8,7	46,1
78	2008		942*		2.017		46,7
73	2010	maxingvest AG	978*	5,8	2.301	5,1	42,5
80	2008		924*		2.189		42,2
74	2010	PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	971	-4,7	971	-4,7	100,0
72	2008		1.019		1.019		100,0
75	2010	Carl Zeiss AG	970*	2,1	1.397	14,4	69,4
77	2008		950*		1.221		77,8
78	2010	Stadtwerke Köln GmbH	944	19,3	944	19,3	100,0
92	2008		791		791		100,0
80	2010	Rheinmetall AG	931*	1,2	1.460	10,3	63,8
81	2008		920*		1.324		69,5

noch Tabelle II.2

Rang nach Wert- schöp- fung	Jahr	Unternehmen	Inländische Wertschöpfung		Weltweite Wertschöpfung		Inlandsan- teil (%)
			(Mio. Euro)	Verände- rung 2008/2010 (%)	(Mio. Euro)	Verände- rung 2008/2010 (%)	
81	2010	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	908	-8,0	2.577	11,4	35,2
73	2008		987		2.313		42,7
82	2010	Linde AG	892	17,1	4.141	11,5	21,5
97	2008		762		3.713		20,5
87	2010	EDEKA Minden eG	855	14,9	855	14,9	100,0
99	2008		744		744		100,0
91	2010	Axel Springer AG	793	-8,5	1.109	3,9	71,5
84	2008		866		1.067		81,2
92	2010	Freudenberg & Co. KG	790	-1,3	1.912	5,1	41,3
90	2008		801		1.820		44,0
97	2010	DEKRA SE	777*	0,1	1.208	12,5	64,3
96	2008		776*		1.074		72,3
Insgesamt (n=53)	2010 2008		195.743 186.102	5,2	351.873 316.331	11,2	55,6 58,8

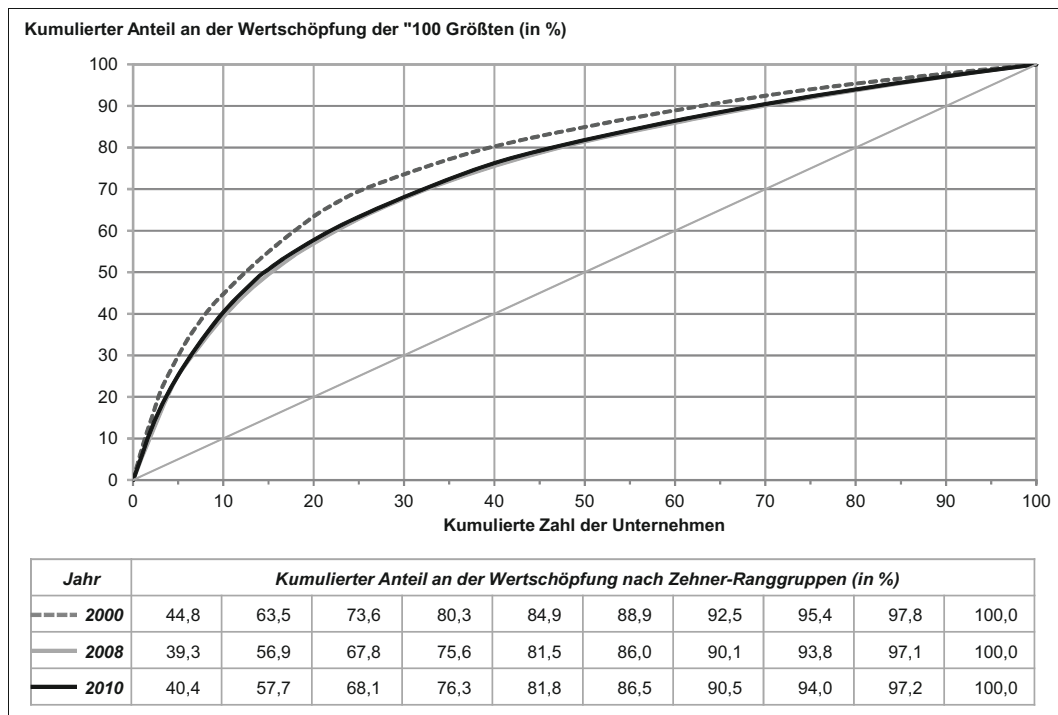
¹ Bei der Gegenüberstellung ist die begrenzte Vergleichbarkeit von inländischer und weltweiter Wertschöpfung zu berücksichtigen. Dies lässt sich auf die Möglichkeit der Konsolidierung von Verlusten ausländischer Tochterunternehmen sowie auf die Anwendung unterschiedlicher Rechnungslegungsstandards zurückführen. Sofern eine Zahlenangabe mit einem * versehen ist, bedeutet dies, dass die Wertschöpfung des Unternehmens in dem betreffenden Jahr geschätzt werden musste. Zu den Schätzmethoden vgl. die Anlagen zu diesem Gutachten.

Quelle: Eigene Erhebungen

275. Abbildung II.2 veranschaulicht die Konzentration innerhalb der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, gemessen an der Höhe der inländischen Wertschöpfung für die Jahre 2008 und 2010. Auf der Ordinate ist der kumulierte Anteil an der gesamten Merkmalssumme, auf der Abszisse die kumulierte Zahl der Unternehmen nach aufsteigender Rangposition abgetragen. Zusätzlich wird der kumulierte Anteil an der Wertschöpfung nach Dezilen eingeteilt. Nachrichtlich ist die Konzentration für das Jahr 2000, in dem die höchste Konzentration innerhalb des Kreises der 100 größten Unternehmen seit der erstmaligen Erstellung der Statistik festgestellt wurde, dargestellt.

Aus der Abbildung wird ersichtlich, dass die Unternehmen auf den Rängen 1 bis 10 40,4 Prozent der Wertschöpfung der „100 Größten“ erwirtschafteten (2008: 39,3 Prozent). Dies entspricht einem Anteil von 6,6 Prozent (2008: 6,2 Prozent) an der Nettowertschöpfung aller Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland. Die Unternehmen auf den Rängen 1 bis 50 erzielten 81,8 Prozent (2008: 81,5 Prozent) der Wertschöpfung der „100 Größten“. Die Anteile der einzelnen Zehner-Ranggruppen an der Wertschöpfung veränderten sich zwischen den Berichtsjahren 2008 und 2010 nur unwesentlich.

Abbildung II.2:

Kumulierter Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“ nach Zehner-Ranggruppen

Quelle: Eigene Erhebungen

276. Tabelle II.3 fasst die 100 größten Unternehmen nach ihrer Branchenzugehörigkeit zusammen. Innerhalb des Untersuchungskreises fanden nur geringfügige Verschiebungen statt. Die Zahl der Unternehmen, die schwerpunktmäßig dem Wirtschaftsbereich Handel zugeordnet werden, reduzierte sich gegenüber 2008 von zehn auf neun Unternehmen. Der Anteil dieser neun Unternehmen an der Wertschöpfung der „100 Größten“ stieg dagegen im Zuge der Erhöhung der inländischen Wertschöpfung der REWE-Gruppe und der EDEKA Zentrale AG & Co. KG von 6,5 auf 6,9 Prozent.³² Während sich die Zahl

der zum Kreis der „100 Größten“ zählenden Kreditinstitute auf nunmehr fünf Unternehmen erhöhte, verringerte sich die Zahl der Unternehmen des Versicherungsgewerbes von fünf auf vier. Mit einer durchschnittlichen Wertschöpfung in Höhe von 1 767 Mio. Euro und einem Anteil an der Wertschöpfung von 2,6 Prozent kommt der Gruppe der Versicherungsunternehmen im Kreis der Großunternehmen das geringste gesamtwirtschaftliche Gewicht unter den betrachteten Branchen zu.

³² Vgl. Tz. 269.

Tabelle II.3

Aufschlüsselung der 100 größten Unternehmen 2008 und 2010 nach Wirtschaftsbereichen¹

Wirtschaftsbereich	Anzahl der Unternehmen		Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“ ² (%)		Durchschnittliche Wertschöpfung (Mio. Euro)	
	2010	2008	2010	2008	2010	2008
Produzierendes Gewerbe	60	60	62,9	61,4	2.866	2.692
Handel	9	10	6,9	6,5	2.101	1.715
Verkehr und Dienstleistungen	18	17	19,9	21,5	3.022	3.334
Kreditgewerbe	9	8	7,7	6,7	2.328	2.215
Versicherungsgewerbe	4	5	2,6	3,8	1.767	2.016
Alle Unternehmen	100	100	100,0	100,0	2.733	2.632

¹ Vgl. Tz. 248.² Werte auf eine Nachkommastelle gerundet.

Quelle: Eigene Erhebungen

277. In Abbildung II.3 erfolgt eine regionale Auswertung der „100 Größten“ nach dem Sitz der den Konzernabschluss aufstellenden Obergesellschaften für das Jahr 2010. In der Abbildung werden den betreffenden Bundesländern bzw. den ausländischen Regionen die Zahl der in den jeweiligen Gebieten ansässigen Entscheidungszentralen der „100 Größten“ zugeordnet. Auf Grundlage dieser Auswertung lassen sich keine Rückschlüsse auf die regionale Verteilung der inländischen Wertschöpfung ziehen, da der Konsolidierungskreis der betrachteten Konzerne in der Regel eine Vielzahl rechtlich selbstständiger Unternehmen umfasst, die sich auf verschiedene regionale Standorte erstrecken können.

Von den betrachteten 100 Unternehmen liegt die Konzernobergesellschaft in 74 Fällen (2008: 73) im Inland. In 61 Prozent der Fälle die Konzernobergesellschaft ihren Sitz in einem der Bundesländer Nordrhein-Westfalen (21), Baden-Württemberg (15), Bayern (13) oder Hessen (12). Wie bereits in den vergangenen Untersuchungsjahren war keine Konzernobergesellschaft in den neuen Bundesländern ansässig. 26 der 100 größten Unternehmen werden durch eine ausländische Obergesellschaft mehrheitlich kontrolliert. Sechs Unternehmen werden durch eine Muttergesellschaft mit Sitz in den Vereinigten Staaten gesteuert, in jeweils fünf Fällen liegt der Sitz der Kon-

zernobergesellschaft in der Schweiz oder Frankreich, gefolgt von den Niederlanden und Großbritannien mit jeweils vier Fällen. Zwei Unternehmen haben ihren Sitz in Schweden und in je einem Fall ist die Zentrale in Italien oder Österreich ansässig. Die Aufschlüsselung der „100 Größten“ nach Wirtschaftsbereichen verdeutlicht zudem, dass 21 der 26 Unternehmen, die durch eine ausländische Obergesellschaft kontrolliert werden, schwerpunktmäßig dem Produzierenden Gewerbe zuzuordnen sind.

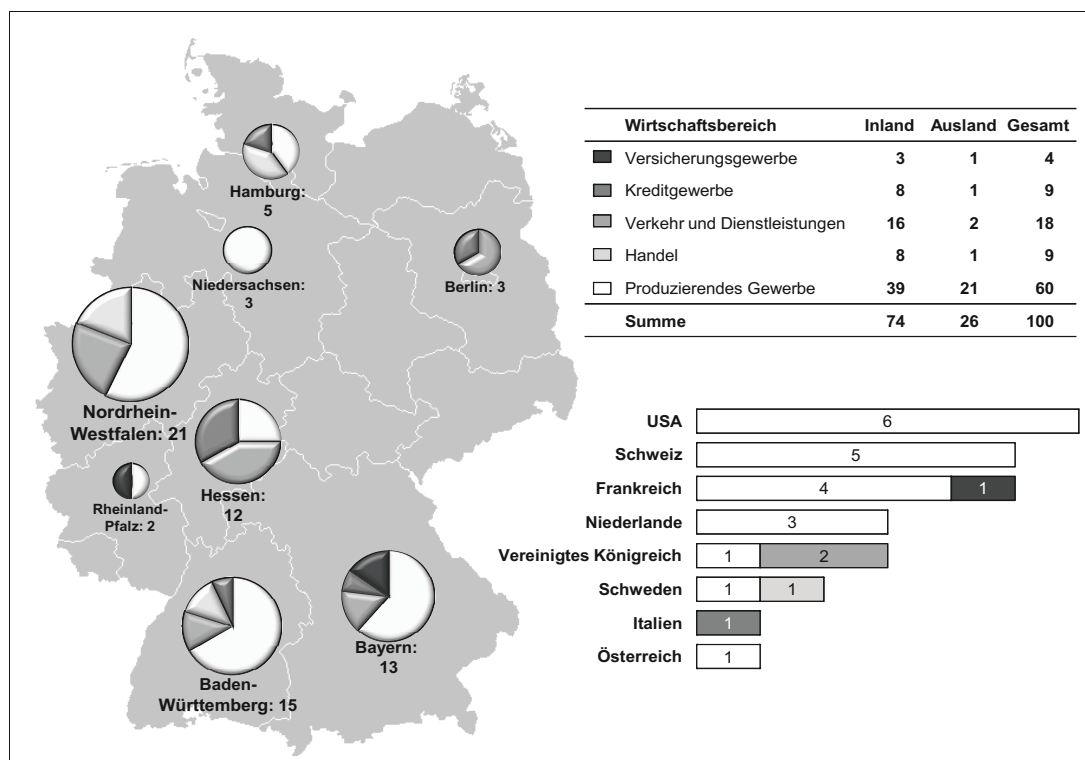
2.3.2 Beschäftigte

278. Für alle Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ konnte für das Berichtsjahr 2010 die Anzahl der Beschäftigten der inländischen Konzernbereiche ermittelt werden.³³ Im Jahr 2010 beschäftigten die 100 größten Unternehmen insgesamt 3 227 606 Mitarbeiter (2008: 3 322 753). Die Zahl der Beschäftigten der Groß-

³³ Die Monopolkommission ist bestrebt, die Beschäftigten umgerechnet in Vollzeitäquivalente am Bilanzstichtag zu erfassen, wobei die Bilanzstichtage der einzelnen Unternehmen in einigen Fällen voneinander abweichen können. Bei einigen Unternehmen musste auf die Jahresdurchschnitte sowie die Kopfbzahl zurückgegriffen werden.

Abbildung II.3

Regionale Verteilung der „100 Größten“ nach dem Sitz der Konzernobergesellschaften und nach Wirtschaftsbereichen im Berichtsjahr 2010



Quelle: Eigene Erhebungen

unternehmen sank somit stetig seit dem Berichtsjahr 1994 um insgesamt 24,7 Prozent.

279. Tabelle II.4 fasst die nach der Anzahl der Beschäftigten zehn größten Unternehmen des Jahres 2010 zusammen. Ihr Anteil an der Gesamtzahl der Beschäftigten der „100 Größten“ nach Wertschöpfung betrug 42,4 Prozent (2008: 42,1 Prozent). Der Kreis der zehn Unternehmen mit den meisten Beschäftigten blieb gegenüber dem Jahr 2008 unverändert. Durchschnittlich lag der Anteil der Mitarbeiter im Inland an der Gesamtzahl aller Beschäftigten der zehn größten Konzerne bei 46,1 Prozent (2008: 47,4 Prozent).

280. Zwischen der Höhe der inländischen Wertschöpfung und der Anzahl der Beschäftigten der 100 größten Unternehmen besteht eine relativ hohe Übereinstimmung. Für das Jahr 2010 errechnet sich ein Korrelationskoeffizient zwischen der Wertschöpfung und der Anzahl der Beschäftigten von 0,84. Dies ist darauf zurückzuführen, dass bei nominalgüterwirtschaftlicher Betrachtung ein wesentlicher Teil der Wertschöpfung auf den Personalaufwand entfällt, welcher wiederum in hohem Maße von der Zahl der Beschäftigten determiniert wird.

281. Um den Zusammenhang zwischen Nettowertschöpfung und Beschäftigtenzahlen genauer zu analysieren, untersucht die Monopolkommission seit dem Berichtsjahr 2006 ergänzend die größten Unternehmen nach der Zahl der im Inland Beschäftigten. Die identifizierten 100 größten Unternehmen, gemessen an der Zahl der inländischen Mitarbeiter, beschäftigten im Berichtsjahr

2010 fast 3,5 Millionen Personen, etwa 7 Prozent mehr als die „100 Größten“ nach Wertschöpfung. Die gemeinsame Schnittmenge zwischen den jeweils 100 größten Unternehmen nach Wertschöpfung und Beschäftigten beträgt 76. Die größten Abweichungen innerhalb der Rangliste nach Beschäftigtenzahlen ergeben sich erwartungsgemäß aus einer größeren Zahl und höheren Rangpositionen von Unternehmen aus Branchen, die eine geringere Fertigungstiefe aufweisen. Die Ergebnisse der vollständigen Untersuchung zu den 100 größten Arbeitgebern in Deutschland in den Jahren 2008 und 2010 sind in den methodischen und statistischen Anlagen zu Kapitel II dargestellt.

282. Abbildung II.4 veranschaulicht die Entwicklung der Beschäftigtenzahlen der „100 Größten“ nach Wertschöpfung und die Veränderung der Gesamtanzahl aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in Deutschland im Zeitverlauf seit dem Jahr 1978.³⁴ Während sich die Anzahl der Beschäftigten aller Unternehmen seit dem Berichtsjahr 2004 erhöhte, nahm die Zahl der Mitarbeiter der Großunternehmen seit dem Jahr 1994 stetig ab. Im Berichtsjahr 2010 belief sich der Anteil der „100 Größ-

³⁴ Sozialversicherungspflichtig beschäftigte Arbeitnehmer aller Wirtschaftszweige außer Organisationen ohne Erwerbszweck, private Haushalte und Gebietskörperschaften sowie Sozialversicherungen (Quelle: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden). Hinzu addiert wurden die beamteten Arbeitnehmer der Deutschen Bahn AG, der Deutschen Telekom AG sowie der Deutschen Post AG und ihrer Konzerngesellschaften.

Tabelle II.4

Die nach Beschäftigten zehn größten Unternehmen 2010

Rang nach Beschäftigten	Rang nach Wertschöpfung	Unternehmen	Beschäftigte Inland	Beschäftigte Welt	Inlandsanteil (%)
1	2	Volkswagen AG	181.328	399.381	45,4
2	5	Deutsche Bahn AG	179.039	276.310	64,8
3	11	Deutsche Post AG	165.781	418.946	39,6
4	1	Daimler AG	164.026	260.100	63,1
5	16	REWE-Gruppe	148.194	244.579	60,6
6	3	Siemens AG	128.000	405.000	31,6
7	4	Deutsche Telekom AG	123.174	246.777	49,9
8	7	Robert Bosch GmbH	113.557	283.507	40,1
9	15	Metro AG	94.426	258.029	36,6
10	14	ThyssenKrupp AG	71.072	177.346	40,1
Insgesamt			1.368.597	2.969.975	46,1

Quelle: Eigene Erhebungen

ten“ an allen sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in Deutschland auf 12,8 Prozent, den niedrigsten Wert seit der erstmaligen Erhebung im Jahr 1978. Der langjährige durchschnittliche Anteil im Zeitraum 1978 bis 2010 reduzierte sich von 16,0 Prozent auf nunmehr 15,8 Prozent. Ab dem Jahr 2006 sind in der Abbildung ergänzend die Anteile der 100 größten Unternehmen nach dem Ordnungskriterium inländische Beschäftigte dargestellt. Ihr Anteil lag im Berichtsjahr 2010 mit einem Wert von 0,9 Prozent leicht über dem Anteil der „100 Größten“ nach Wertschöpfung.

283. Für einen Vergleich der Beschäftigtenzahlen 2008 und 2010 werden im Unterschied zu den zuvor dargestellten unbalancierten Zeitreihen nur die 92 Unternehmen berücksichtigt, die in beiden Jahren dem Kreis der „100 Größten“ angehörten und von denen für beide Jahre die Zahl der Beschäftigten inländischer Konzerngesellschaften vorlagen. Im Jahr 2010 beschäftigten die in den gesamtwirtschaftlichen Vergleich einbezogenen Unternehmen 3 126 450 Personen (2008: 3 138 753). Das entspricht einem Rückgang des Personalbestandes um 0,4 Prozent bzw. einem Anteil an den „100 Größten“ von 96,9 Prozent im Jahr 2010 bzw. 94,5 Prozent in 2008. Die Gesamtzahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten erhöhte sich dagegen um 1,2 Prozent (2006/2008:

3,8 Prozent). Der Anteil der 92 Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an der Anzahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten aller Unternehmen betrug 12,4 Prozent (2008: 12,6 Prozent).

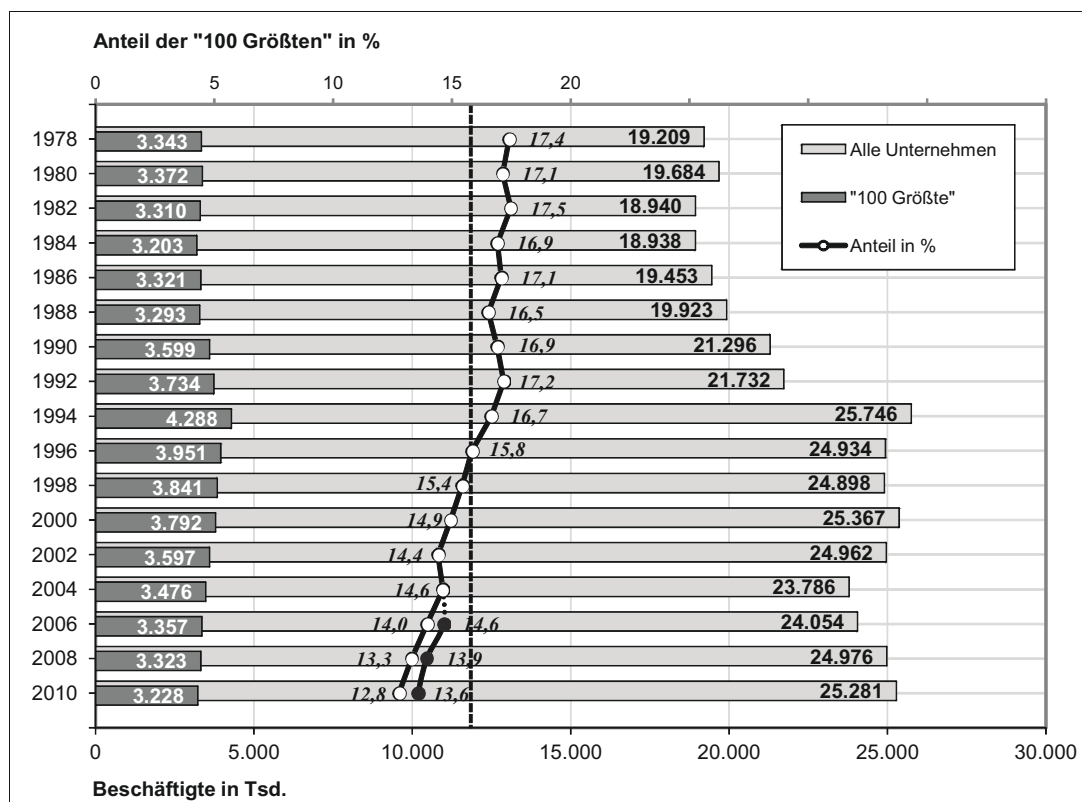
284. Infolge des Anstiegs der inländischen Wertschöpfung in Verbindung mit der rückläufigen Beschäftigtenzahl erhöhte sich die durchschnittliche Wertschöpfung pro Arbeitnehmer in den 92 untersuchten Unternehmen im Jahr 2010 um 4,1 Prozent auf 84 670 Euro (2008: 81 384 Euro). Die Nettowertschöpfung pro Arbeitnehmer aller Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland reduzierte sich moderat von 67 194 Euro in 2008 auf 66 027 Euro in 2010.

2.3.3 Sachanlagen

285. Maßgeblich für die Höhe der Sachanlagen ist der Wirtschaftszweig, in dem ein Unternehmen schwerpunktmäßig tätig ist. Grundsätzlich sind vergleichsweise hohe Sachanlagevermögen in denjenigen Branchen zu beobachten, die für die Produktion oder Verteilung ihrer Leistungen eine eigene Infrastruktur benötigen. Unter den „100 Größten“ trifft dies vorrangig auf die großen Energieversorgungsunternehmen sowie die Deutsche Telekom AG und die Deutsche Bahn AG zu. Eine relativ hohe In-

Abbildung II.4

Entwicklung der Beschäftigung im Zeitraum 1978 bis 2010¹



¹ Ab 2006 wird zusätzlich der Anteil der 100 größten Unternehmen, gemessen an dem Merkmal inländische Beschäftigte, berichtet (mit dunklen Kreisen markierte Anteilswerte).

Quelle: Eigene Erhebungen

Tabelle II.5

**Die nach Sachanlagen zehn größten Unternehmen 2010
(ohne Kreditinstitute und Versicherungen)**

Rang nach Sachanlagen	Rang nach Wertschöpfung	Unternehmen	Sachanlagen ¹ (Mio. Euro)
1	4	Deutsche Telekom AG	40.822
2	5	Deutsche Bahn AG	35.652
3	6	E.ON AG	27.733
4	10	RWE AG	25.674
5	1	Daimler AG	16.972
6	2	Volkswagen AG	16.025
7	22	Bayer AG	14.425
8	18	Energie Baden-Württemberg AG	13.434
9	8	Bayerische Motoren Werke AG	12.788
10	33	Vattenfall-Gruppe Deutschland	12.494

¹ Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche. Das inländische Sachanlagevermögen der Deutschen Post AG blieb aufgrund mangelnder Datenverfügbarkeit unberücksichtigt.

Quelle: Eigene Erhebungen

tensität der Sachanlagen wird ferner in den Wirtschaftsbereichen Kraftfahrzeugbau, Elektrotechnik, Maschinenbau und Chemische Industrie benötigt. Zudem besteht ein Zusammenhang zwischen der Unternehmensgröße – gemessen anhand der Wertschöpfung – und der Höhe des Sachanlagevermögens. Im Jahr 2010 betrug der Korrelationskoeffizient zwischen der Wertschöpfung und der Höhe des Sachanlagevermögens 0,73.

286. In die Untersuchung der Entwicklung des Sachanlagevermögens wurden die Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ einbezogen, die überwiegend den Wirtschaftsbereichen Produzierendes Gewerbe, Handel oder Verkehr und Dienstleistungen zuzurechnen sind. Unberücksichtigt blieben die Großunternehmen, die nur in einem der Jahre 2008 und 2010 zum Kreis der „100 Größten“ zählten, oder Unternehmen, für die die Höhe der inländischen Sachanlagen nicht ermittelt werden konnte. In die Analyse wurden 68 Unternehmen (2006/ 2008: 66), die an den Bilanzstichtagen in den Berichtsjahren 2008 und 2010 über ein Sachanlagevermögen in Höhe von 343 374 bzw. 353 005 Mio. Euro verfügten. Der Bestand des Sachanlagevermögens der betrachteten Großunternehmen erhöhte sich um 2,8 Prozent im Zeitraum 2008/2010 (2006/2008: 0,7 Prozent). In Tabelle II.5 sind die nach Sachanlagevermögen einschließlich immaterieller Vermögensgegenstände zehn größten Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ im Jahr 2010 zusammengefasst, die nicht dem Kredit- oder Versicherungsgewerbe angehören.

2.3.4 Cashflow

287. Der Cashflow gilt als Indikator für die Finanzkraft eines Unternehmens. Da zur Bestimmung des Cash-

flows Angaben aus der Gewinn- und Verlustrechnung eines einzelnen Jahresabschlusses verwendet werden, stellt er kein geeignetes Maß zur Darstellung langfristiger Innenfinanzierungsmöglichkeiten eines Unternehmens dar. Ausgehend vom Jahresüberschuss oder -fehlbetrag werden in der Regel alle Aufwendungen und Erträge, die in der betrachteten Periode nicht zahlungswirksam geworden sind, wieder hinzugerechnet bzw. abgezogen. Die Ermittlung des Cashflows anhand der Angaben der Gewinn- und Verlustrechnung lässt somit zahlungswirksame Vorgänge, die nicht erfolgswirksam sind (z. B. die Aufnahme von Kapital oder den Erwerb von Vermögensgegenständen, welche nicht sofort abgeschrieben werden) unberücksichtigt. Als Vorteil der Kennzahl Cashflow wird angeführt, dass sie Änderungen der wirtschaftlichen Lage eines Unternehmens deutlicher ausdrückt als die Wertschöpfung, die aufgrund des hohen Anteils an Personalkosten, die in der Regel kurzfristig wenig variabel sind, eine langsamere Reaktion auf – vor allem negative – Ertragsänderungen zeigt.

288. Die Monopolkommission verwendet für die Cashflow-Berechnung das folgende stark vereinfachte Schema:

Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag

+ Abschreibungen

+ Veränderung der Pensionsrückstellungen gegenüber dem Vorjahr.

Aufgrund der Positionen, die für die Berechnung des Cashflows herangezogen werden, unterliegt dieser im Zeitablauf erheblichen Schwankungen. Sinnvolle Er-

kenntnisse für die Finanzkraft eines Unternehmens vermittelt diese Größe nur bei Industrie-, Handels-, Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen. Aufgrund ihrer spezifischen Geschäftstätigkeit werden die Kreditinstitute und Versicherungskonzerne im Untersuchungskreis aus der folgenden Cashflow-Analyse ausgeklammert. In beiden Jahren lagen für einige Unternehmen nicht alle zur Berechnung des Cashflows benötigten Angaben vor,³⁵ wodurch die Repräsentanz der Ergebnisse für die Entwicklung der „100 Größten“ reduziert wird. Tabelle II.6 enthält die zehn Unternehmen mit dem höchsten Cashflow im Berichtsjahr 2010.

289. Für den Zweijahresvergleich werden wie bei den Untersuchungen zu den Kriterien Beschäftigte und Sachanlagen nur diejenigen Unternehmen berücksichtigt, die in beiden Jahren 2008 und 2010 zu den „100 Größten“

³⁵ Vgl. Tabelle II.1.

zählten und für die der Cashflow in beiden Jahren ermittelt werden konnte. Unter Berücksichtigung dieser Einschränkung wurden 76 Unternehmen (2006/2008: 71) in den Vergleich einbezogen. Sie wiesen im Jahr 2010 einen Cashflow in Höhe von 96 237 Mio. Euro gegenüber 94 161 Mio. Euro im Jahr 2008 auf. Nach dem Rückgang des Cashflows im Zeitraum 2006/2008 um 5,7 Prozent ergibt sich somit ein Anstieg um 2,2 Prozent für den Zeitraum 2008/2010.

2.4 Rechtsformen der „100 Größten“

290. In Tabelle II.7 erfolgt eine Aufschlüsselung nach Rechtsformen der „100 Größten“. Bei Konzernen wurde die Rechtsform der den Konzernabschluss aufstellenden (inländischen bzw. ausländischen) Obergesellschaft angegeben. Im Falle der betrachteten Gleichordnungskonzerne weisen die Konzernobergesellschaften übereinstimmende Rechtsformen auf.

Tabelle II.6

**Die nach Cashflow zehn größten Unternehmen 2010
(ohne Kreditinstitute und Versicherungen)¹**

Rang nach Cashflow	Rang nach Wertschöpfung	Unternehmen	Cashflow (Mio. Euro)
1	2	Volkswagen AG	10.272
2	6	E.ON AG ²	8.502
3	1	Daimler AG	7.455
4	4	Deutsche Telekom AG	7.332
5	10	RWE AG	4.919
6	3	Siemens AG ²	3.559
7	9	BASF SE ²	3.533
8	7	Robert Bosch GmbH	3.480
9	5	Deutsche Bahn AG	3.349
10	8	Bayerische Motoren Werke AG	2.653

¹ Die Liste der nach Cashflow zehn größten Unternehmen des Jahres 2010 ist nur bedingt aussagekräftig, da infolge der Datenermittlungsprobleme wichtige Großunternehmen fehlen.

² Der Cashflow wurde über die gleiche Relation wie die Wertschöpfung geschätzt. Zu den einzelnen Schätzmethoden vgl. Tz. 264.

Quelle: Eigene Erhebungen

Tabelle II.7

Rechtsformen der „100 Größten“ 2008 und 2010

Rechtsform	Zahl der Unternehmen	
	2008	2010
Aktiengesellschaft ¹	71	67
Europäische Gesellschaft	4	6
Gesellschaft mit beschränkter Haftung	6	7
Anstalt/Körperschaft öffentlichen Rechts	3	3
Eingetragene Genossenschaft	2	2
KG i.S.d. § 264a HGB ²	4	5
Kommanditgesellschaft	5	6
Kommanditgesellschaft auf Aktien	2	2
Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit	1	1
Offene Handelsgesellschaft	1	0
Sonstige (Stiftung, Zuordnung nicht möglich)	1	1
Insgesamt	100	100

¹ Die Rechtsformen Naamloze Vennootschap (Niederlande), Corporation (USA), Società per Azioni (Italien), Société Anonyme (Frankreich, Luxemburg), Aktiebolag (Schweden), Osakeyhtiö (Finnland) sowie Public Company Limited by Shares (Großbritannien) wurden der Kategorie Aktiengesellschaft zugerechnet.

² Unter Kommanditgesellschaften im Sinne des § 264a HGB werden solche Gesellschaften verstanden, bei denen nicht wenigstens ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person oder eine offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft oder andere Personengesellschaft mit einer natürlichen Person als persönlich haftendem Gesellschafter ist oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.

Quelle: Eigene Erhebungen

3. Branchenspezifische Betrachtung

3.1 Aussagegehalt der branchenspezifischen Geschäftsvolumina

291. Ergänzend zu der Analyse der nach inländischer Wertschöpfung 100 größten Unternehmen untersucht die Monopolkommission traditionell die Rangfolge der nach dem inländischen Umsatz 50 größten Industrie-³⁶ sowie der jeweils zehn größten Handels- und Dienstleistungsunternehmen, der nach Bilanzsumme zehn größten Kreditinstitute³⁷ und der nach Bruttobeitragseinnahmen zehn größten Versicherungsunternehmen. In Übereinstimmung mit dem Vorgehen der wertschöpfungsorientierten Untersuchung werden die Rangfolgen auf Grundlage der auf die inländischen Konzerngesellschaften entfallenden

Geschäftsvolumina aufgestellt. Weiterhin erfolgt eine Gegenüberstellung der Summe der Umsatzerlöse, Bilanzsumme bzw. Bruttobeitragseinnahmen mit den entsprechenden gesamtwirtschaftlichen nominalen Vergleichsgrößen.³⁸ Anhand dieses Vorgehens wird ein Vergleich der Entwicklung von Wertschöpfung und Geschäftsvolumen bei nahezu allen Unternehmen unter den nach Wertschöpfung „100 Größten“ möglich.

292. Anders als die inländische Wertschöpfung sind die genannten Geschäftsvolumenmerkmale in der Regel unmittelbar dem handelsrechtlichen Jahresabschluss zu entnehmen. Umsatzerlöse und Bruttobeitragseinnahmen bilden die Bedeutung eines Unternehmens als Anbieter von Waren und Dienstleistungen ab. Auch die Bilanzsumme der Kreditinstitute erlaubt Rückschlüsse auf ihre Relevanz als Anbieter. So bilden Forderungen an Kunden³⁹ in der Regel den überwiegenden Anteil der Summe

³⁶ Im Folgenden bezeichnet der Begriff „Industrie“ das Produzierende Gewerbe. Nach der Einteilung des Statistischen Bundesamtes (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008)) sind diesem die Wirtschaftsabschnitte B (Bergbau), C (Verarbeitendes Gewerbe), D (Energieversorgung), E (Wasserversorgung, Abwasser- und Abfallentsorgung) sowie F (Baugewerbe) zugeordnet.

³⁷ Im Folgenden bezeichnet der Begriff „Kreditinstitute“ das Kreditgewerbe (WZ 2008: Abteilung K 64, Gruppen K 66.1, K 66.3).

³⁸ Eine Umrechnung in reale Größen wäre im Rahmen der Untersuchung mit erheblichen methodischen Problemen verbunden. Alle in Abschnitt 3 berichteten einzel- und gesamtwirtschaftlichen Größen sind dementsprechend in laufenden Preisen dargestellt.

³⁹ Konzernfremde Kreditinstitute werden hier ebenfalls als Kunden betrachtet.

der Aktiva großer deutscher Banken, umgekehrt machen die Verbindlichkeiten gegenüber Kunden häufig mehr als die Hälfte der Summe der Passiva aus.

Im Gegensatz zur Wertschöpfung stehen die hier betrachteten Größen in keinem unmittelbaren Zusammenhang zu dem Personalaufwand und Einkommen- bzw. Ertragsteueraufwand oder dem Erfolg eines Unternehmens. Sie lassen daher isoliert betrachtet keine Rückschlüsse auf die Bedeutung der betrachteten Unternehmen als Arbeitgeber, Steuersubjekte und Kapitalanlageobjekte zu. Auch spiegeln sich die Unterschiede im Grad der vertikalen Integration der Unternehmen nicht in ihren Umsatzerlösen bzw. Beitragseinnahmen wider.

293. Die Zuordnung der betrachteten Konzerne zu den genannten Branchen erfolgt anhand der Angaben in ihrer Segmentberichterstattung und der im Rahmen der Unternehmensbefragung ermittelten Angaben zu branchenfremden Umsätzen. Angesichts der Größe der betrachteten Unternehmensgruppen und der häufig konglomeraten Struktur werden in den meisten Fällen branchenfremde Unternehmen in den Konsolidierungskreis einbezogen. Beispielsweise zählen einige der Nichtfinanzdienstleistungsunternehmen Kreditinstitute und Versicherungen zu ihrem Konsolidierungskreis. Umgekehrt werden von einigen Kreditinstituten und Versicherungen Dienstleistungs-

unternehmen konsolidiert. In der Regel sind die Anteile branchenfremder Konzerngesellschaften am gesamten Geschäftsvolumen jedoch gering.⁴⁰

3.2 Industrie

294. In Tabelle II.8 sind die nach Umsatz 50 größten Industrieunternehmen aufgelistet. Dem konsolidierten Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften, der als Ordnungskriterium dient, wird ergänzend der konsolidierte Umsatz des Gesamtkonzerns gegenübergestellt. In der dritten Spalte ist der Rang nach Wertschöpfung gemäß Tabelle II.1 vermerkt.

295. Im Berichtszeitraum hat sich die Zusammensetzung des Kreises der 50 größten Industrieunternehmen nur geringfügig auf den letzten Rangpositionen geändert. Aus dem Berichtskreis ausgeschieden sind (Rang nach Umsatzerlösen 2008 in Klammern) die K+S AG (46), die Dow-Gruppe Deutschland (48) und die Fujitsu-Gruppe Deutschland (49). An ihre Stelle traten im Jahr 2010 die Wacker Chemie AG (46), die maxingvest AG (47) sowie die Novartis-Gruppe Deutschland (49).

⁴⁰ Ausnahmen bilden z. B. die DZ Bank AG und bis zum Berichtsjahr 2008 die Allianz SE, die wesentliche Geschäftsvolumina außerhalb ihres Hauptgeschäftsbereichs aufweisen.

Tabelle II.8

Die nach Umsatz 50 größten deutschen Industrieunternehmen 2008 und 2010

Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften ¹	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne
				(Mio. Euro)	
2010	1	2	Volkswagen AG	86.915	126.875
2008	1	3		83.449	113.808
2010	2	6	E.ON AG	62.966	92.863
2008	3	7		50.514	86.753
2010	3	1	Daimler AG	62.278	97.761
2008	2	1		68.047	95.873
2010	4	8	Bayerische Motoren Werke AG	46.852	60.477
2008	4	11		44.683	53.197

noch Tabelle II.8

Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften ¹	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne
				(Mio. Euro)	
2010	5	10	RWE AG	39.687	50.722
2008	5	12		39.798	47.500
2010	6	3	Siemens AG	33.654	75.978
2008	6	2		35.757	77.327
2010	7	89	Shell-Gruppe Deutschland	28.266	277.625
2008	9	47		30.279	311.640
2010	8	52	BP-Gruppe Deutschland	27.776	224.108
2008	10	74		28.261	245.541
2010	9	7	Robert Bosch GmbH	27.016	47.259
2008	7	8		30.539	45.127
2010	10	9	BASF SE	25.426	63.873
2008	11	6		27.497	62.304
2010	11	14	ThyssenKrupp AG	22.931	42.621
2008	8	9		30.471	53.426
2010	12	40	Ford-Gruppe Deutschland	18.185 ^E	97.270
2008	12	37		19.762 ^E	99.454
2010	13	22	Bayer AG	17.514	35.088
2008	13	16		17.270	32.918
2010	14	18	Energie Baden-Württemberg AG	15.943	17.509
2008	14	29		14.641	16.305
2010	15	33	Vattenfall-Gruppe Deutschland	13.940	22.404
2008	15	27		13.462	17.113

noch Tabelle II.8

Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften ¹	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne
				(Mio. Euro)	
2010	16	-	Heraeus Holding GmbH	13.548	22.025
2008	25	-		8.818	15.914
2010	17	20	EADS-Gruppe Deutschland	12.236	45.752
2008	20	25		11.755	43.261
2010	18	-	General Motors-Gruppe Deutschland	11.139 ^E	102.277
2008	19	75		12.144 ^E	101.291
2010	19	47	Total-Gruppe Deutschland	11.017	140.476
2008	18	40		12.252	160.331
2010	20	19	Continental AG	10.820	26.047
2008	17	19		12.502	24.239
2010	21	23	ZF Friedrichshafen AG	9.093	12.907
2008	24	24		9.480	12.501
2010	22	37	MAN SE	8.971	14.675
2008	16	28		12.796	14.945
2010	23	25	Evonik Industries AG	8.133	13.300
2008	22	26		10.662	15.873
2010	24	83	ExxonMobil-Gruppe Deutschland	7.779	257.652
2008	23	45		9.816	289.006
2010	25	100	Dr. August Oetker KG	7.259	9.457
2008	26	-		7.433	9.245

noch Tabelle II.8

Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften ¹	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne
				(Mio. Euro)	
2010	26	55	Salzgitter AG	7.171	8.305
2008	21	32		10.893	12.499
2010	27	-	Aurubis AG	7.009	9.865
2008	28	-		6.428	8.385
2010	28	-	Umicore-Gruppe Deutschland	6.768	9.691
2008	31	-		6.073	9.169
2010	29	-	EWE AG	6.616	6.970
2008	33	-		5.327	5.327
2010	30	26	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	6.568	9.495
2008	29	-		6.424	8.909
2010	31	-	Gazprom-Gruppe Deutschland	6.560	89.503
2008	40	-		4.764	96.175
2010	32	43	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG	6.263	12.586
2008	30	42		6.122	11.595
2010	33	38	Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG	6.156	7.792
2008	27	38		6.530	7.466
2010	34	79	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland	5.814	95.067
2008	35	66		5.115	80.476
2010	35	-	Philip Morris International-Gruppe Deutschland	5.778 ^E	20.523
2008	32	-		5.966 ^E	17.477

noch Tabelle II.8

Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften ¹	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne
				(Mio. Euro)	
2010	36	78	Stadtwerke Köln GmbH	5.161	5.161
2008	36	92		5.111	5.111
2010	37	63	STRABAG-Gruppe Deutschland	5.114	12.382
2008	45	79		4.550	12.228
2010	38	32	IBM-Gruppe Deutschland	5.068	75.332
2008	34	36		5.216	70.458
2010	39	31	Fresenius SE	4.815	15.972
2008	47	33		4.119	12.336
2010	40	39	Sanofi-Aventis-Gruppe Deutschland	4.733 ^E	30.384
2008	50	39		4.028 ^E	27.568
2010	41	70	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland	4.725	40.119
2008	38	61		4.951	43.800
2010	42	81	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	4.669	9.073
2008	43	73		4.567	8.758
2010	43	-	VNG-Verbundnetz Gas AG	4.605	5.293
2008	37	-		5.031	5.529
2010	44	-	ArcelorMittal-Gruppe Deutschland	4.335 ^S	58.854
2008	44	-		4.561 ^S	84.944
2010	45	-	LyondellBasell-Gruppe Deutschland	4.199 ^E	31.040
2008	42	-		4.646 ^E	34.475

noch Tabelle II.8

Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften ¹	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne
				(Mio. Euro)	
2010	46	42	Wacker Chemie AG	4.151	4.748
2008	-	48		3.747	4.298
2010	47	73	maxingvest AG	4.078	9.595
2008	-	80		3.962	9.194
2010	48	62	Liebherr-International-Gruppe Deutschland	3.931 ^s	7.587
2008	39	52		4.808 ^s	8.408
2010	49	95	Novartis-Gruppe Deutschland	3.796	38.186
2008	-	91		3.203	28.188
2010	50	49	Stadtwerke München GmbH	3.767	3.767
2008	41	43		4.717	4.717
2010	-	54	K+S AG	3.463	4.994
2008	46	41		4.268	4.794
2010	-	-	Dow-Gruppe Deutschland	3.745	40.486
2008	48	86		4.114	39.104
2010	-	-	Fujitsu-Gruppe Deutschland	3.152	41.154
2008	49	-		4.109	32.559 ²

¹ Konsolidierte Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen. Mit ^s gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Summenabschluss und ^e steht für den Einzelabschluss.

² Aktualisierter Wert.

Quelle: Eigene Erhebungen

296. Abbildung II.5 veranschaulicht die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der nach dem inländischen Umsatz 50 größten Industrieunternehmen.⁴¹ Der Summe der Umsatzerlöse aller 50 Industrieunternehmen wird der Gesamtumsatz aller Unternehmen des Produzierenden Gewerbes gemäß der Umsatzsteuerstatistik des Statistischen Bundesamtes als gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße gegenübergestellt.⁴²

297. Die Umsatzerlöse der 50 größten Industrieunternehmen reduzierten sich im Vergleich zum Berichtsjahr

2008 nominal leicht um 1,7 Prozent auf 761,2 Mrd. Euro nach einem Anstieg um 5,6 Prozent in der Vergleichsperiode 2006 bis 2008. Zieht man für die Analyse der Umsatzentwicklung nur die 47 Unternehmen heran, die in beiden Berichtsjahren 2008 und 2010 zum Kreis der 50 umsatzstärksten Unternehmen zählten, ergibt sich ebenfalls ein Umsatzrückgang um 1,7 Prozent. Das Geschäftsvolumen aller Unternehmen des Produzierenden Gewerbes verringerte sich gegenüber dem Jahr 2008 um 2,6 Prozent. In der Folge erhöhte sich der Anteil der „50 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße geringfügig von 31,6 Prozent auf 31,9 Prozent.

3.3 Handel

298. Tabelle II.9 fasst die Umsätze der inländischen Konzernteile und die Gesamtkonzern- bzw. Gruppenumsätze der zehn größten deutschen Handelsunternehmen zusammen.⁴³

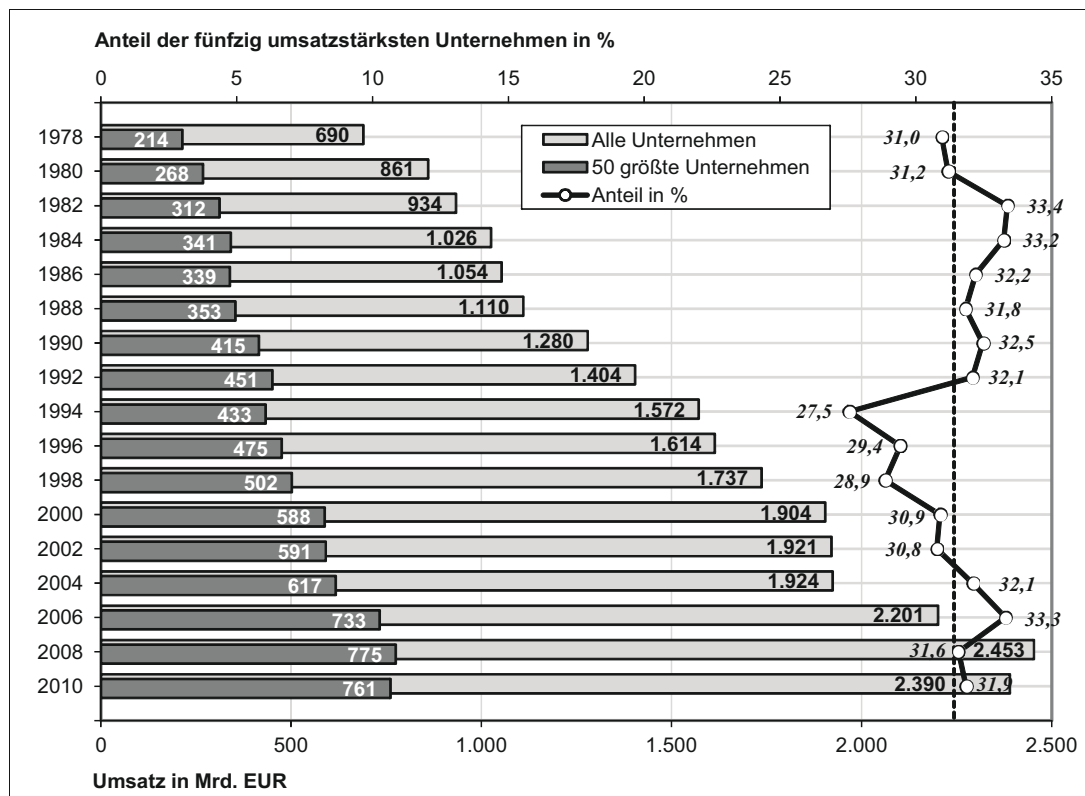
⁴¹ Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche. Eine detaillierte Übersicht zu den einzelnen Umsatzangaben, den jeweiligen Anteilswerten sowie den Veränderungsraten ist in den Anlagen zu diesem Gutachten veröffentlicht.

⁴² Die angegebenen Werte entsprechen der Summe der Umsatzerlöse der Wirtschaftsabschnitte B (Bergbau), C (Verarbeitendes Gewerbe), D (Energieversorgung), E (Wasserversorgung, Abwasser- und Abfallentsorgung) sowie F (Baugewerbe). Bei der Interpretation der Anteilswerte ist zu berücksichtigen, dass die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße für das Berichtsjahr 2010 auf Grundlage der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008) berechnet wurde, während die Zuordnung in den Vorperioden auf der Wirtschaftszweikklassifikation 2003 (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003 (WZ 2003)) beruht. Da die Umstellung zahlreiche Änderungen auch auf der Ebene der Wirtschaftsabschnitte mit sich bringt, ist ein Vergleich zu der Vorperiode nur eingeschränkt möglich.

⁴³ Die Erhebungen in diesem Abschnitt beziehen sich auf alle Unternehmen, die ihren inländischen Tätigkeitsschwerpunkt im Wirtschaftsabschnitt G (Handel; Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen) gemäß der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008) aufweisen. Dementsprechend erlauben die ausgewiesenen Daten keine Rückschlüsse auf die Umsatzkonzentration in wettbewerblich relevanten Märkten, wie z. B. dem Lebensmitteleinzelhandel, in Deutschland.

Abbildung II.5

Entwicklung des Geschäftsvolumens der 50 größten sowie aller Industrieunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2010



Quelle: Eigene Erhebungen

Nach ihrem Austritt im Berichtsjahr 2008 zählt die Otto Group 2010 wieder zum Kreis der zehn größten Handelsunternehmen. Ebenso trat die EDEKA Minden eG in den Untersuchungskreis ein. Die ARCANDOR AG ist infolge ihrer Insolvenz aus dem Untersuchungskreis ausgeschieden.⁴⁴ Die Karstadt Warenhaus GmbH als ehemals vollkonsolidiertes Tochterunternehmen der ARCANDOR AG zählte mit einem inländischen Umsatz in Höhe von 3 376 Mio. Euro nicht zu den zehn größten Handelsunternehmen in Deutschland. Das Ausscheiden der Conoco-Phillips-Gruppe Deutschland resultiert im Wesentlichen aus gesunkenen Umsätzen der im Jahr 2010 zum deutschen Teilkonzern zählenden und zwischenzeitlich veräußerten Wilhelmshavener Raffineriegesellschaft mbH, Wilhelmshaven.

299. Die EDEKA Zentrale AG & Co. KG belegt nach der Übernahme der Plus-Märkte im Jahr 2009 aktuell den vierten Rang unter den deutschen Handelsunternehmen. Würde man statt des Umsatzes der EDEKA Zentrale AG & Co. KG den Gesamtumsatz der EDEKA-Gruppe als

⁴⁴ Vgl. Tz. 268.

Bemessungsgrundlage heranziehen, läge die EDEKA-Gruppe mit einem Umsatz von 43,5 Mrd. Euro im Berichtsjahr 2010 auf dem ersten Platz der größten deutschen Handelsunternehmen.⁴⁵

300. Die ausgewiesenen inländischen Umsätze der Aldi-Gruppe sowie der Schwarz-Gruppe beruhen auf Schätzungen. Die Umsatzerlöse wurden den um die Umsatzsteuer korrigierten Angaben in den Veröffentlichungen des Datenanbieters TradeDimensions entnommen. Die Gruppenumsätze der Aldi- und Schwarz-Gruppe sowie der Konzernumsatz der Tengelmann Warenhandels-gesellschaft KG beruhen auf Angaben im Metro Handelslexikon, Ausgabe 2011/2012.

⁴⁵ Vgl. Tz. 269. Die Monopolkommission erfasst für ihre Konzentrationsstatistischen Erhebungen die EDEKA Zentrale AG & Co. KG und ihre sieben Regionalgesellschaften aufgrund der spezifischen genossenschaftlichen Struktur der EDEKA-Gruppe traditionell gesondert. Dieses Vorgehen erlaubt keine Aussage darüber, inwieweit die EDEKA-Gruppe als wettbewerbliche Einheit zu betrachten ist. Vgl. hierzu insbesondere die Erläuterungen in Kapitel V, Abschnitt 3.2.2. Die Monopolkommission geht bei der EDEKA-Gruppe von einem Gleichordnungskonzern aus und bewertet sie als wettbewerbliche Einheit.

Tabelle II.9

Die nach Umsatz zehn größten deutschen Handelsunternehmen 2008 und 2010

Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen ¹	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften ² (Mio. Euro)	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne (Mio. Euro)
2010	1	16	REWE-Gruppe	36.453	53.044
2008	1	30		33.946	49.801
2010	2	15	Metro AG	26.130	67.258
2008	2	18		26.700	67.956
2010	3	36	Schwarz-Gruppe*	25.250	60.000
2008	3	35		23.880	54.340
2010	4	48	EDEKA Zentrale AG & Co. KG	22.192	22.192
2008	5	95		15.952	15.952
2010	5	30	Aldi-Gruppe*	21.878	50.800
2008	4	31		22.370	46.770

noch Tabelle II.9

Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen ¹	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften ² (Mio. Euro)	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne (Mio. Euro)
2010	6	-	Phoenix Pharmahandel GmbH & Co. KG	6.801	21.374
2008	10	-		6.529	21.532
2010	7	60	Otto Group	6.751	11.404
2008	-	55		5.423	10.109
2010	8	87	EDEKA Minden eG	6.676	6.676
2008	-	99		6.280	6.280
2010	9	-	Lekkerland AG & Co. KG	6.659	12.200
2008	9	-		6.727	11.598
2010	10	-	Tengelmann Warenhandels-gesellschaft KG	6.261	16.300
2008	6	64		12.868	22.649
2010	-	-	ARCANDOR AG	-	-
2008	7	63		11.291	19.357
2010	-	-	Conoco-Gruppe Deutschland	4.538	142.895
2008	8	-		8.028	167.379

¹ Bei mit * gekennzeichneten Unternehmen handelt es sich um Schätzwerte.² Konsolidierte Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen.

Quelle: Eigene Erhebungen

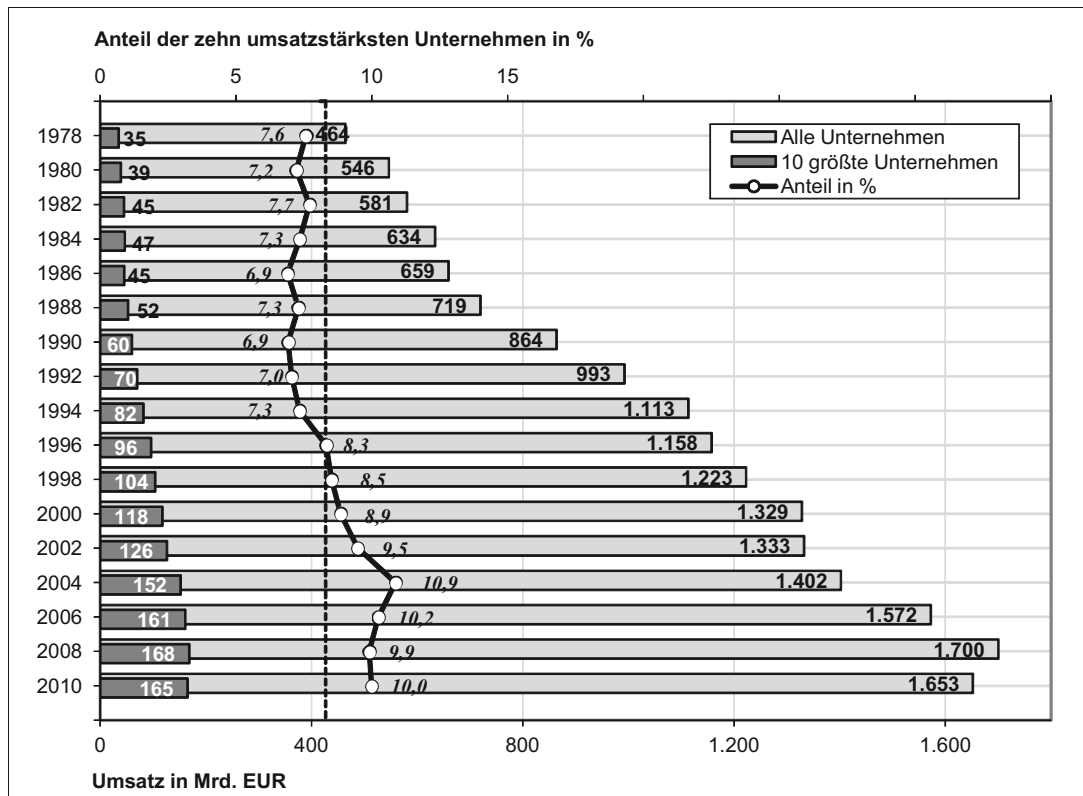
301. In Abbildung II.6 sind ergänzend für den Zeitraum 1978 bis 2010 die Summe der Umsätze der zehn größten Handelsunternehmen sowie gemäß der Umsatzsteuerstatistik die Summe der Umsatzerlöse aller Handelsunternehmen in der Bundesrepublik Deutschland dargestellt.⁴⁶

⁴⁶ Die angegebenen Werte entsprechen der Summe der Umsatzerlöse des Wirtschaftsabschnittes G (Handel; Instandhaltung und Reparatur

von Kraftfahrzeugen). Detaillierte Umsatzangaben, die jeweiligen Anteilswerte sowie die Veränderungsraten sind in den Anlagen zu diesem Gutachten dargestellt. Bei der Interpretation der Anteilswerte ist zu berücksichtigen, dass die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße für das Berichtsjahr 2010 auf Grundlage der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008) berechnet wurde, während die Zuordnung in den Vorperioden auf der Wirtschaftszweikklassifikation 2003 (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003 (WZ 2003)) beruht. Da die Umstellung zahlreiche Änderungen auch auf der Ebene der Wirtschaftsabschnitte mit sich bringt, ist ein Vergleich zu der Vorperiode nur eingeschränkt möglich.

Abbildung II.6

Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Handelsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2010¹



¹ Die ausgewiesenen Marktanteile beziehen sich auf alle Handelsunternehmen und entsprechen nicht den Marktanteilen auf einem wettbewerblich relevanten Markt.

Quelle: Eigene Erhebungen

Die Umsatzerlöse der zehn größten Handelsunternehmen insgesamt sanken um 1,9 Prozent nach einer Wachstumsrate von 4,5 Prozent im Zeitraum 2006 bis 2008. Der Gesamtmarkt verzeichnete einen nominalen Rückgang um 2,8 Prozent. Aufgrund des relativ schwächeren Umsatzrückgangs erhöhte sich der Anteil der zehn größten Handelsunternehmen am gesamten Marktvolumen im Jahr 2010 unwesentlich auf 10,0 Prozent gegenüber 9,9 Prozent im Jahr 2008.

3.4 Verkehr und Dienstleistungen

302. In Tabelle II.10 sind die gemessen an ihren Inlandsumsätzen zehn größten deutschen Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen aufgelistet. Neben den Umsätzen der inländischen Konzerne sind die Gesamtkonzernumsätze in der letzten Spalte der Tabelle ausgewiesen. Der Kreis der zehn größten deutschen Dienstleistungs- und Verkehrsunternehmen blieb gegenüber dem Berichtsjahr 2008 unverändert.

303. Die inländischen Umsätze der zehn größten Unternehmen des Verkehrs- und Dienstleistungsgewerbes verringerten sich im Wesentlichen infolge der Veräußerung von Anteilen an der Hapag-Lloyd AG durch die TUI

AG im Geschäftsjahr 2009 um 6,3 Prozent von 132,8 Mrd. Euro in 2008 auf 124,4 Mrd. Euro im Berichtsjahr 2010.⁴⁷

In Abbildung II.7 wird ergänzend der in der Umsatzsteuerstatistik ausgewiesene Umsatz aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen dargestellt.⁴⁸ Das nominale Wachstum der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße

⁴⁷ Vgl. Tz. 268.

⁴⁸ Der angegebene Wert entspricht der Summe der Umsatzerlöse der Wirtschaftsabschnitte H (Verkehr und Lagerei), J (Information und Kommunikation), L (Grundstücks- und Wohnungswesen), M (Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen), N (Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen), R (Kunst, Unterhaltung und Erholung) sowie S (Erbringung von sonstigen Dienstleistungen). Eine detaillierte Übersicht zu den einzelnen Umsatzangaben, den jeweiligen Anteilswerten sowie den Veränderungsdaten ist in den Anlagen zu diesem Gutachten veröffentlicht. Bei der Interpretation der Anteilswerte ist zu berücksichtigen, dass die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße für das Berichtsjahr 2010 auf Grundlage der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008) berechnet wurde, während die Zuordnung in den Vorperioden auf der Wirtschaftszweigklassifikation 2003 (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003 (WZ 2003)) beruht. Da die Umstellung zahlreiche Änderungen auch auf der Ebene der Wirtschaftsabschnitte mit sich bringt, ist ein Vergleich zu der Vorperiode nur eingeschränkt möglich.

Tabelle II.10

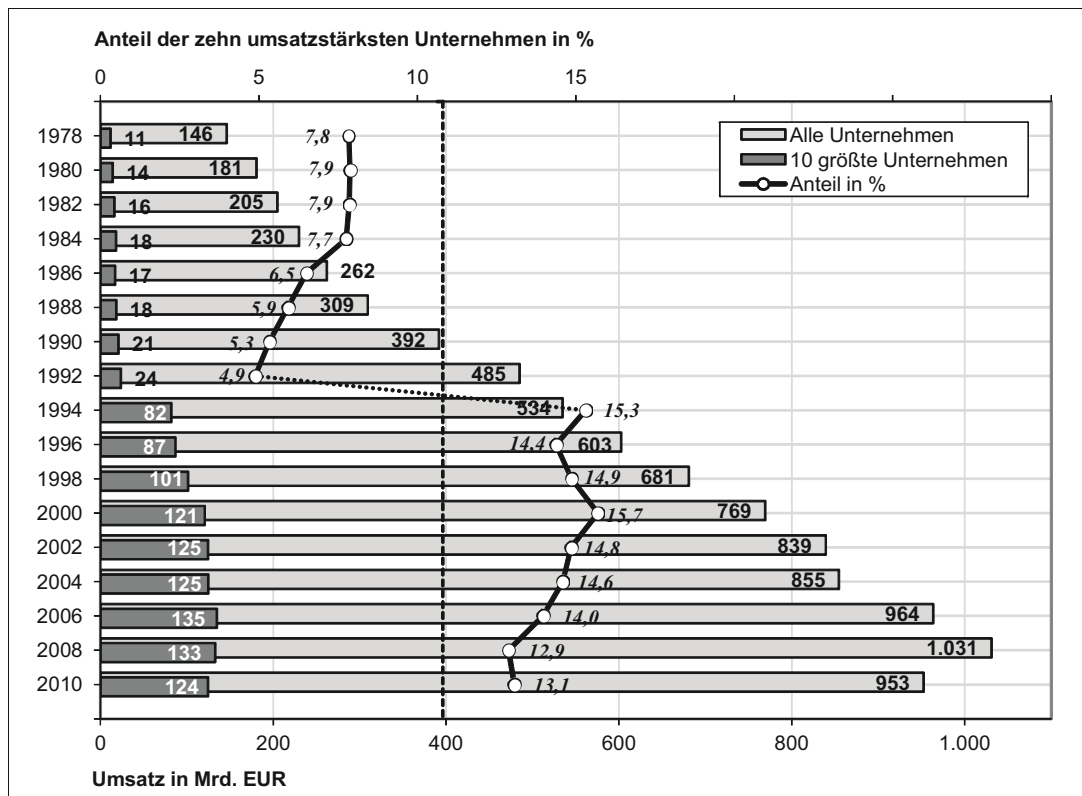
Die nach Umsatz zehn größten deutschen Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen 2008 und 2010

Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften¹ (Mio. Euro)	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne (Mio. Euro)
2010	1	4	Deutsche Telekom AG	28.085	62.421
2008	1	4		28.885	61.666
2010	2	5	Deutsche Bahn AG	21.954	34.410
2008	2	5		21.984	33.452
2010	3	13	Deutsche Lufthansa AG	19.500	27.324
2008	3	13		19.912	24.870
2010	4	11	Deutsche Post AG	16.527	51.481
2008	4	10		16.765	54.474
2010	5	35	Vodafone-Gruppe Deutschland	9.694 ^s	53.487
2008	6	15		10.394 ^s	51.509
2010	6	21	SAP AG	6.797	12.464
2008	9	22		6.202	11.575
2010	7	24	Bertelsmann AG	6.508	15.786
2008	7	34		6.835	16.118
2010	8	58	Rethmann AG & Co. KG	5.967	9.100
2008	8	60		6.495	9.368
2010	9	-	Telefónica-Gruppe Deutschland	4.826	60.737
2008	10	-		3.595	57.946
2010	10	-	TUI AG	4.530	16.350
2008	5	68		11.724	18.714

¹ Konsolidierte Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen. Mit ^s gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Summenabschluss.

Abbildung II.7

Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2010¹



¹ Die außergewöhnliche Umsatzsteigerung der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen zwischen 1992 und 1994 ist auf die erstmalige Einbeziehung der Unternehmen der ehemaligen Deutschen Bundespost sowie der Deutschen Bahn AG in die Untersuchung zurückzuführen.

Quelle: Eigene Erhebungen

betrug -7,6 Prozent. Der Anteil der Großunternehmen an den Umsatzerlösen aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen nahm entgegen der Entwicklung in den Vorjahren zu und beläuft sich im Berichtsjahr 2010 auf 13,1 Prozent.

3.5 Kreditgewerbe

304. In Tabelle II.11 sind die nach der Bilanzsumme der inländischen Konzernbereiche zehn größten Kreditinstitute in den Jahren 2008 und 2010 aufgelistet. Zusätzlich zu den Angaben für die inländischen Konzerne wird die Bilanzsumme der Gesamtkonzerne ausgewiesen.

305. Die Allianz SE zählt nach dem Verkauf der Dresdner Bank AG an die Commerzbank AG am 12. Januar 2009 nicht mehr zum Kreis der zehn größten deutschen Kreditinstitute im Untersuchungsjahr 2010.⁴⁹ Die WestLB AG schied im Berichtsjahr 2010 aufgrund eines

Rückgangs der inländischen Bilanzsumme ebenfalls aus dem Kreis der zehn größten Kreditinstitute aus. Dagegen sind die HSH Nordbank AG sowie die Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale auf die Ränge 9 und 10 und zehn im Berichtsjahr 2010 aufgerückt. Der Rückgang der inländischen Bilanzsumme der Deutschen Bank AG ist auf die Effekte aus den gegenüber dem Berichtsjahr 2008 reduzierten risikogewichteten Aktiva sowie aus der Eliminierung von den in der Vergangenheit erfassten ausländischen Filialen der Deutschen Bank AG zurückzuführen, die durch die Übernahme der Deutschen Postbank AG und der Sal. Oppenheim-Gruppe im Geschäftsjahr 2010 nicht kompensiert werden konnten.

306. Insgesamt wiesen die jeweils zehn größten Kreditinstitute am Bilanzstichtag des Berichtsjahres 2010 in der Summe eine um 21,4 Prozent gesunkene konsolidierte Bilanzsumme in Höhe von 4 089,8 Mrd. Euro (2008: 5 205,8 Mrd. Euro) auf.

307. Zum Jahresende 2010 betrug die Bilanzsumme aller Kreditinstitute einschließlich ausländischer Filialen, die von der Deutschen Bundesbank ermittelt werden,

⁴⁹ Vgl. Tz. 270.

9 481,3 Mrd. Euro (2008: 8 575,6 Mrd. Euro).⁵⁰ Die Deutsche Bundesbank ermittelt die Bilanzsummen anhand der Einzelabschlüsse der Kreditinstitute. Um einen unmittelbar vergleichbaren Referenzwert der zehn größten Kreditinstitute zu erhalten, sind daher ebenfalls die addierten Bilanzsummen der konsolidierten Kreditinstitute heranzuziehen.⁵¹

⁵⁰ Vgl. Deutsche Bundesbank, Bankenstatistik, Statistisches Beiheft 1 zum Monatsbericht, Januar 2012, S. 106.

⁵¹ Ab 1998 wird der Anteil anhand der unkonsolidierten Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute ermittelt.

Die unkonsolidierte Bilanzsumme der zehn größten inländischen Kreditinstitute beläuft sich im Jahr 2010 insgesamt auf 4 669,8 Mrd. Euro. Aus Abbildung II.8 wird ersichtlich, dass sich der Anteil der zehn größten Kreditinstitute an der nominalen Bilanzsumme aller Kreditinstitute von 50,1 Prozent im Jahr 2008 auf 49,3 Prozent in 2010 nur unwesentlich verringerte.⁵²

⁵² Eine detaillierte Übersicht zu den einzelnen Angaben zur Bilanzsumme, den jeweiligen Anteilswerten sowie den Veränderungsraten ist in den Anlagen zu diesem Gutachten veröffentlicht.

Tabelle II.11

Die nach Bilanzsumme zehn größten deutschen Kreditinstitute 2008 und 2010

Jahr	Rang nach der Bilanzsumme der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierte Bilanzsumme der inländischen Konzerngesellschaften (Mrd. Euro)	Konsolidierte Bilanzsumme der Gesamtkonzerne (Mrd. Euro)
2010	1	12	Deutsche Bank AG	1.271	1.906
2008	1	14		2.093	2.202
2010	2	17	Commerzbank AG	660	754
2008	2	20		490	625
2010	3	28	KfW Bankengruppe	442	442
2008	5	44		395	395
2010	4	44	Landesbank Baden-Württemberg	347	374
2008	3	58		409	448
2010	5	46	DZ Bank AG	339	383
2008	4	51		399	427
2010	6	68	Bayerische Landesbank	303	316
2008	6	70		367	422
2010	7	29	UniCredit-Gruppe Deutschland	226	929
2008	9	23		242	1.046
2010	8	-	Norddeutsche Landesbank	200	229
2008	10	-	Girozentrale	219	244

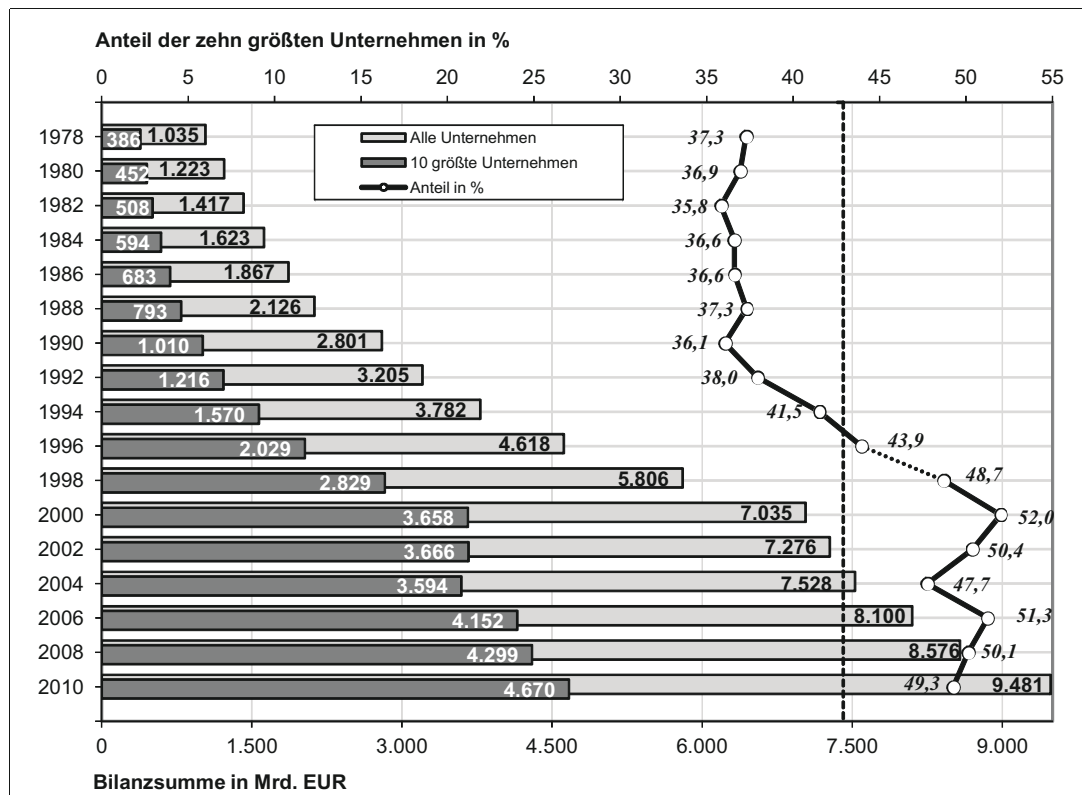
noch Tabelle II.11

Jahr	Rang nach der Bilanzsumme der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierte Bilanzsumme der inländischen Konzerngesellschaften (Mrd. Euro)	Konsolidierte Bilanzsumme der Gesamtkonzerne (Mrd. Euro)
2010	9	96	HSH Nordbank AG	159	151
2008	-	-		186	208
2010	10	-	Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale	143	166
2008	-	-		163	185
2010	-	-	Allianz SE (Dresdner Bank AG)	-	-
2008	7	17		345	441
2010	-	-	WestLB AG	116	192
2008	8	-		246	288

Quelle: Eigene Erhebungen

Abbildung II.8

Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Kreditinstitute im Zeitraum 1978 bis 2010¹



¹ Ab 1998 ist in der Abbildung die unkonsolidierte Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute dargestellt.

Quelle: Eigene Erhebungen

3.6 Versicherungsgewerbe

308. In Tabelle II.12 sind die nach den inländischen Bruttobeitragseinnahmen zehn größten deutschen Versicherungsunternehmen im Einzelnen aufgeführt. Wie zuvor bei den Unternehmen der anderen Wirtschaftsbereiche sind neben den Beitragseinnahmen der inländischen Gesellschaften die Beiträge des jeweiligen Konzerns angegeben.

In der Zusammensetzung des Kreises haben sich im Berichtszeitraum nur geringfügige Verschiebungen ergeben. Aufgrund der um 23,2 Prozent gegenüber der Vorperiode gestiegenen inländischen Bruttobeitragseinnahmen nimmt die Signal-Iduna Gruppe im Jahr 2010 nun den zehnten Rang vor der HUK-COBURG ein, die mit einem Wachstum von 4,2 Prozent den elften Rang im Jahr 2010 belegt.

Tabelle II.12

**Die nach Beitragseinnahmen zehn größten deutschen Versicherungsunternehmen
2008 und 2010**

Jahr	Rang nach den Beitragseinnah- men der inländi- schen Konzern- gesellschaften	Rang nach der Wert- schöpfung	Unternehmen	Konsolidierte Beitragseinnah- men der inländi- schen Konzern- gesellschaften (Mio. Euro)	Konsolidierte Beitragseinnah- men der Gesamt- konzerne (Mio. Euro)
2010	1	27	Münchener Rückversiche- rungs-Gesellschaft AG	33.462	45.541
2008	1	21		28.821	37.829
2010	2	34	Allianz SE	27.231	68.582
2008	2	17		25.696	66.121
2010	3	-	Generali-Gruppe Deutschland	13.037	73.188
2008	3	85		11.908	68.805
2010	4	-	DZ Bank AG (R+V Versiche- rung AG)	11.104	11.105
2008	5	-		9.451	9.451
2010	5	77	AXA-Gruppe Deutschland	10.101	84.946
2008	4	88		9.583	84.662
2010	6	-	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G.	8.972	22.870
2008	6	-		9.010	19.005
2010	7	61	Debeka-Gruppe	8.572	8.572
2008	7	87		7.683	7.683
2010	8	-	Versicherungskammer Bayern	7.151	7.151
2008	9	-		5.964	5.964

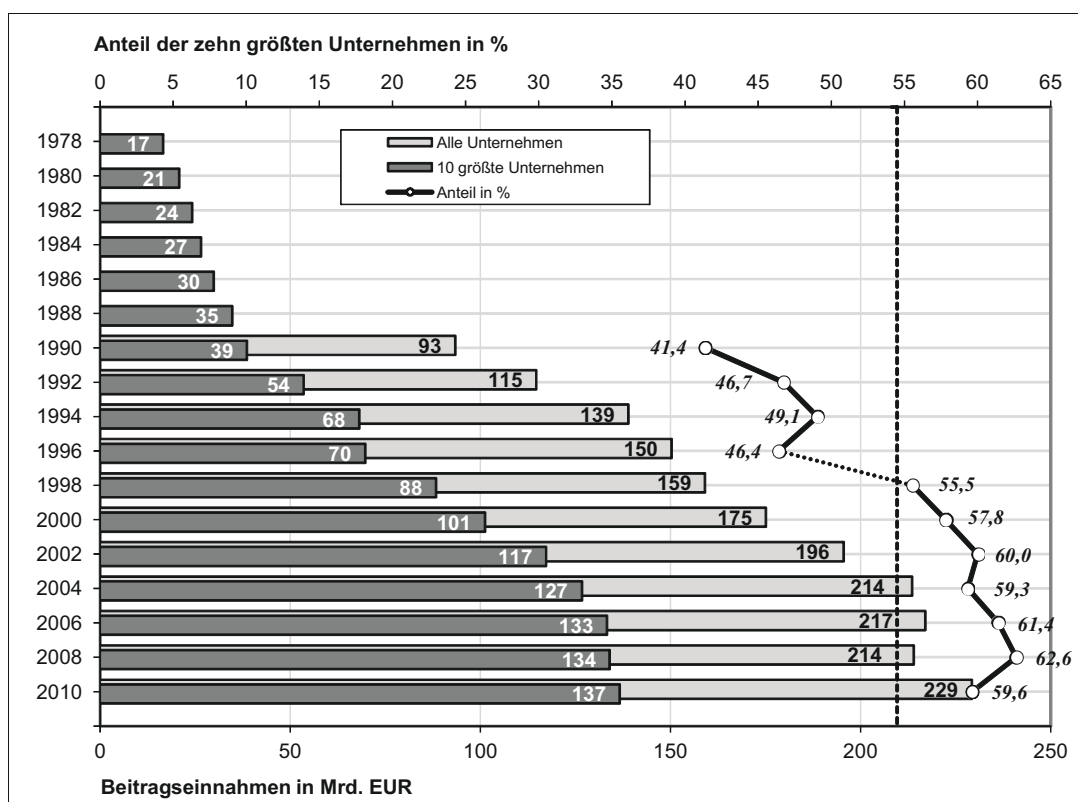
noch Tabelle II.12

Jahr	Rang nach den Beitragseinnahmen der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierte Beitragseinnahmen der inländischen Konzerngesellschaften (Mio. Euro)	Konsolidierte Beitragseinnahmen der Gesamtkonzerne (Mio. Euro)
2010	9	-	Zurich Financial Services-Gruppe Deutschland	6.980	37.689
2008	8	-		6.126	35.283
2010	10	-	Signal-Iduna Gruppe	5.482	5.645
2008	-	-		4.451	4.617
2010	-	-	HUK-COBURG	5.017	5.017
2008	10	-		4.813	4.813

Quelle: Eigene Erhebungen

Abbildung II.9

Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Versicherungskonzerne im Zeitraum 1978 bis 2010¹



¹ Ab 1998 sind in der Abbildung die unkonsolidierten Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungskonzerne dargestellt. Bis einschließlich 1996 wurde der Anteil anhand der konsolidierten Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungskonzerne ermittelt.

Quelle: Eigene Erhebungen

309. Die zehn größten deutschen Versicherungskonzerne erzielten im Berichtsjahr 2010 über ihre inländischen Konzerngesellschaften gemeinsam Beitragseinnahmen in Höhe von 132,1 Mrd. Euro (2008: 119,1 Mrd. Euro). Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ermittelt das Beitragsvolumen aller Versicherungsunternehmen anhand von Einzelabschlussdaten. Um einen unmittelbar vergleichbaren Referenzwert der zehn größten Versicherungskonzerne zu erhalten, sind daher ebenfalls die unkonsolidierten Beitragseinnahmen der dem jeweiligen Konsolidierungskreis angehörenden Versicherungsunternehmen heranzuziehen. Die unkonsolidierten Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungskonzerne wuchsen gegenüber 2008 um 2,0 Prozent und betrugen 2010 insgesamt 136,7 Mrd. Euro (2008: 134,0 Mrd. Euro). Die gebuchten Bruttobeiträge aller Erst- und Rückversicherungsunternehmen in Deutschland erhöhten sich im gleichen Zeitraum um 7,1 Prozent und summierten sich im Jahr 2010 auf insgesamt 229,3 Mrd. Euro (2008: 214,0 Mrd. Euro).⁵³ Entsprechend verringerte sich der auf die zehn größten Versicherungskonzerne entfallende Anteil an den nominalen Beitragseinnahmen aller Versicherungsunternehmen im Zeitraum 2008 bis 2010 um drei Prozentpunkte von 62,6 Prozent auf 59,6 Prozent.⁵⁴

4. Verflechtungen der „100 Größten“

4.1 Problemstellung

310. Finanziell und personell verflochtene Unternehmen sind von wettbewerbspolitischem Interesse, sofern die beteiligten Unternehmen eine marktmächtige Stellung einnehmen und aufgrund gleichgerichteter Interessen nicht wettbewerblich agieren. Die Monopolkommission ist sich jedoch bewusst, dass personelle oder kapitalmäßige Verflechtungen nicht per se wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entfalten. Aus einer institutionenökonomischen Perspektive können personelle und finanzielle Verflechtungen aufgrund bestehender Steuerungs- und Kontrollbefugnisse einen geeigneten Mechanismus zur effizienten Koordination ökonomischer Aktivitäten darstellen.

311. Der Bewertung personeller Verflechtungen als Konzentrationstatbestand liegt die Annahme zugrunde, dass derart verbundenen Unternehmen prinzipiell interne Unternehmensinformationen und deren Beurteilung durch unterschiedliche Entscheidungsgremien zur Verfügung stehen, wodurch ein koordiniertes Marktverhalten und informelle Verhaltensabstimmungen begünstigt werden können. Aus einer wettbewerbspolitischen Perspektive ist dieser Sachverhalt insbesondere im Falle von Verflechtungen zwischen Unternehmen, die durch personelle Verbindungen zwischen Geschäftsführungs- und Kont-

rollorganen miteinander verbunden sind, die wirtschaftliche Aktivitäten in denselben Wirtschaftszweigen aufweisen, als kritisch zu beurteilen. Im Falle derartiger Verbindungen besteht die Gefahr eines wettbewerbspolitisch ungewollten Informationsaustauschs zwischen Wettbewerbern, wodurch tendenziell ein koordiniertes Marktverhalten erleichtert werden könnte.⁵⁵ Gegen dieses Argument lässt sich einwenden, dass eine mögliche Kartellierung zwischen Wettbewerbern in der Praxis keiner offiziellen Vertretung im Aufsichtsrat des Konkurrenten bedarf. Ein solches Szenario ist auch dahin gehend eher unwahrscheinlich, als diese Verhaltensabstimmung mit einer Preisgabe interner Informationen an einen Wettbewerber relativ teuer erkaufte werden müsste. In der Unternehmenspraxis werden potenzielle Interessenkonflikte in der Regel bereits gemäß der individuellen Satzung ausgeschlossen. Einschränkend auf den Aussagegehalt wirkt sich ferner die im Rahmen der Untersuchung vorgenommene Zuordnung nach Wirtschaftszweigen aus, die auf die technische Verwandtschaft verschiedener Produktionsprozesse abzielt und somit nur eine Annäherung an wettbewerbspolitisch relevante Märkte darstellt. Für wettbewerbspolitische Analysen wäre eine ergänzende sachliche Marktabgrenzung nach einem Güterklassifikationsschema vorzunehmen, das eher geeignet ist, die Substituierbarkeit zwischen Produkten aus Nachfragersicht über Produktgruppen abzubilden.

312. Im Falle von Unternehmensverbindungen über Kapitalbeteiligungen ergeben sich gemeinsame Interessen, da der Unternehmenserfolg des Anteilseigners auch von dem Erfolg des Beteiligungsunternehmens abhängt. Die Erfolge von wirtschaftlich und rechtlich selbstständigen Beteiligungsunternehmen, die wie in den hier betrachteten Fällen nicht in den Konsolidierungskreis einbezogen werden, beeinflussen in Form der Erträge und Aufwendungen aus Beteiligungen den Jahresüberschuss des Anteilseigners. Im Sinne einer Maximierung des Unternehmenserfolgs wird die Unternehmenspolitik nicht nur auf das eigene operative Ergebnis des Anteilseigners hin ausgerichtet, sondern auch auf den Erfolg des Beteiligungsunternehmens.

313. In einem Beteiligungsnetzwerk, in dem als Hauptaktionäre und Vertreter in den Aufsichtsgremien Kunden, Lieferanten oder Wettbewerber eines Unternehmens vertreten sind, können ferner Interessenkonflikte in der Form auftreten, dass das vorhandene Einflusspotential auf die Unternehmensverwaltung nicht immer im Sinne des kontrollierten Unternehmens ausgeübt werden muss.

Eine wichtige Rolle spielten in diesem Zusammenhang auch die Kreditinstitute und Versicherungskonzerne im deutschen Corporate-Governance-System, die in der Vergangenheit als eine wichtige Aktionärsgruppe deutscher Industrieunternehmen traditionell über unternehmensin-

⁵³ Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Statistik der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – Erstversicherungsunternehmen 2010, S. 11.

⁵⁴ Die ausführlichen Angaben zu den Beitragseinnahmen, den jeweiligen Anteilswerten sowie den Veränderungsraten sind in den Anlagen zu diesem Gutachten dargestellt.

⁵⁵ Belege für diese Annahme sind empirisch nur schwer offenzulegen; vgl. Mizuchi, M. S., What Do Interlocks Do? An Analysis, Critique and Assessment of Research on Interlocking Directorates, Annual Review of Sociology 22, 1996, S. 271–298.

terne Informationen verfügten und Kontrollfunktionen zur Steuerung ihrer Kredit- bzw. Versicherungsrisiken ausübten. Interessenkonflikte bestanden in der Weise, dass Kreditinstitute gleichzeitig die Rolle der Kontrolleure in den Aufsichtsgremien einnahmen und darüber hinaus als Anbieter von Finanzdienstleistungen und unabhängige Berater auftraten.⁵⁶ Die Untersuchungen der Monopolkommission zeigen jedoch, dass diese Möglichkeit der direkten Kontrolle in den vergangenen Jahren zunehmend an Bedeutung verloren hat und zumindest zwischen den Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ nur noch vereinzelt festgestellt werden kann.⁵⁷ Dessen ungeachtet erfährt die Analyse der Ursachen und Wirkungen personeller Unternehmensverflechtungen über verschiedene Gruppen von Mehrfachmandatsträgern eine zunehmende Beachtung auf dem Gebiet der internationalen theoretischen und empirischen Corporate-Governance-Forschung.⁵⁸

314. Personelle Verflechtungen zwischen Großunternehmen haben zudem eine politökonomische bzw. gesellschaftspolitische Dimension, die über wettbewerbspolitische Problemstellungen im engeren Sinne hinausgehen kann. So ist unabhängig davon, ob personelle Verflechtungen zwischen Wettbewerbern bestehen oder nicht, die Frage nach den Einflussmöglichkeiten einer relativ kleinen Gruppe sehr großer Unternehmen im Sinne einer Konzentration ökonomischer und politischer Macht auf die nationale Volkswirtschaft zu stellen, die ihren Ausdruck auch in personellen Verflechtungen finden kann.

315. Die isolierte Betrachtung der gemäß den Vorschriften des Handelsgesetzbuches bzw. Aktiengesetzes abgegrenzten Konzerne, welche in den vorhergehenden Abschnitten erfolgte, ergibt aufgrund der personellen und finanziellen Beziehungen zwischen den derart abgegrenzten Betrachtungseinheiten keine vollständige Darstellung der Konzentration von Großunternehmen. Im Sinne der handels- und aktienrechtlichen Begriffsfassung werden solche Gruppen von Einzelunternehmen (rechtlichen Einheiten) als Konzerne betrachtet, welche unter der einheitlichen Leitung einer Konzernobergesellschaft stehen oder an denen die Konzernobergesellschaft den Mehrheitsbesitz der Eigenkapitalanteile hält, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans bestellen bzw. abberufen oder aufgrund der Satzung bzw. eines Beherrschungsvertrags einen beherrschenden Einfluss ausüben kann (Control-Konzept).⁵⁹ Fasst man den Begriff des Unternehmens als wirtschaftlicher Einheit weiter, so ist auch eine Betrachtung von Gruppen von Un-

ternehmen im Sinne rechtlicher Einheiten, zwischen denen lediglich Minderheitsbeteiligungen bestehen und die Überschneidungen der Leitungs- und Kontrollgremien in Form personeller Verflechtungen aufweisen, als ein Unternehmen denkbar.

316. Mit der Frage der Unternehmensabgrenzung verknüpft ist der nicht unmittelbar einleuchtende Zusammenhang, dass der an der Anzahl und der Höhe der zwischen den „100 Größten“ bestehenden Beteiligungen und der an der Anzahl der personellen Beziehungen gemessene Verflechtungsgrad sinkt, sofern zwei Unternehmen aus dem Untersuchungskreis fusionieren und das in den Untersuchungskreis nachrückende Unternehmen eine geringere personelle und finanzielle Einbindung aufweist als das durch die Fusion untergegangene Unternehmen. Letzteres ist insoweit wahrscheinlich, als der Übernahme eines Unternehmens häufig der Erwerb von Anteilen vorausgeht. Somit besteht das Paradoxon, dass ein Konzentrationserhöhender Vorgang zu einer Verminderung der gemessenen personellen und finanziellen Verflechtung führt, was bei der Interpretation der nachfolgenden Ergebnisse zu berücksichtigen ist.

317. Inländische Teilkonzerne werden von den ausländischen Muttergesellschaften mehr oder weniger weitreichend gesteuert und haben daher nicht immer eine Konzernobergesellschaft im Inland, von der sich der Anteilsbesitz oder die Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane ermitteln lassen. Sofern die in den vorhergehenden Abschnitten gewählte Bezeichnung für den inländischen Teilkonzern von dem Namen des im Rahmen der Verflechtungsuntersuchungen betrachteten Unternehmens (juristische Person) abweicht, wird Letzterer zusätzlich in Klammern angegeben.

In der Regel wählt die Monopolkommission als Untersuchungsobjekte zur Bestimmung der Verflechtungen unter den 100 größten Unternehmen die Konzernobergesellschaften. Sofern die Konzernobergesellschaft ihren Sitz im Ausland hat, bestehen Verflechtungen in der Mehrzahl der Fälle nicht zwischen der Konzernobergesellschaft und deutschen Großunternehmen, sondern die deutschen Tochterunternehmen sind personell und finanziell mit Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ verbunden. Die Monopolkommission untersucht daher die personelle und finanzielle Einbindung sowohl der größten deutschen Tochter als auch der ausländischen Mutterunternehmen selbst.

Im Falle von Gleichordnungskonzernen untersucht die Monopolkommission mögliche Kapitalbeteiligungen bzw. personelle Unternehmensverflechtungen sämtlicher an der Konzernspitze stehenden Gesellschaften bzw. Versicherungsvereine.

4.2 Anteilsbesitz an den „100 Größten“

4.2.1 Gegenstand und Datenquellen

318. Im Folgenden erfolgt zum einen eine Betrachtung der gesamten Anteilseignerstruktur der „100 Größten“ hinsichtlich der Gruppen von Eigenkapitalgebern „Unternehmen aus dem Kreis der 100 Größten“, „Ausländischer Einzelbesitz“, „Öffentliche Hand“, „Einzelperso-

⁵⁶ Vgl. Dittmann, I./Maug, E./Schneider, C., Bankers on the Boards of German Firms: What They Do, What They are Worth, and Why They are (Still) There, 2009, Review of Finance 14(1), 2010, S. 35–71.

⁵⁷ Eine ausführliche Diskussion der Gründe für diese Entwicklung findet sich in Monopolkommission, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Hauptgutachten 2006/2007, Baden-Baden 2008, Tz. 403 ff.; Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 354 ff.

⁵⁸ Für einen Überblick vgl. Adams, R.B./Hermalin B.E./Weisbach, M. S., The Role of Boards of Directors in Corporate Governance: A Conceptual Framework & Survey, Journal of Economic Literature 48(1), 2010, S. 58–107; Balsmeier, B./Buchwald, A./Peters, H., a. a. O., S. 547–570.

⁵⁹ Vgl. Tz. 249.

nen, Familien und Familienstiftungen“, „Streubesitz“ sowie „Sonstige“. Zum anderen wird die Verflechtung über Kapitalbeteiligungen innerhalb der Gruppe der Großunternehmen gesondert untersucht. Im Rahmen der Analyse werden sowohl direkte als auch indirekte Beteiligungen berücksichtigt. Indirekte Beteiligungen werden dem Unternehmen am obersten Ende der Beteiligungskette in voller Höhe zugerechnet, wenn dieses Unternehmen die zwischengeschalteten Beteiligungsgesellschaften mehrheitlich kontrolliert. Die Monopolkommission ist bestrebt, nur den Anteilsbesitz von Stammaktien zu berücksichtigen, da eine Vermischung der Beteiligungen an Stamm- und Vorzugsaktien die tatsächlichen Kontrollverhältnisse bei einem Unternehmen derart verzerren kann, dass die Vorzugsaktien in der Regel stimmrechtslos sind und einen geringeren Einfluss auf die Unternehmenspolitik erlauben.

319. Zur Vermeidung von Doppelzählungen werden Anteile der öffentlichen Hand nur insoweit ausgewiesen, als es sich nicht um Anteile öffentlicher Unternehmen handelt, die gleichzeitig zum Kreis der „100 Größten“ gehören. Um die Bedeutung der öffentlichen Hand als Eigenkapitalgeber an den „100 Größten“ darstellen zu können, wird ergänzend in Tabelle II.13 der Anteil des Staates an den entsprechenden Unternehmen insgesamt in Klammern angegeben. Diese Zugehörigkeit zu den beiden Anteilseignergruppen „Öffentliche Hand“ und „Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten““ wiesen die Deutsche Telekom AG, die Deutsche Post AG sowie die Evonik Industries AG auf, an denen die KfW Bankengruppe bzw. die RAG-Stiftung in der aktuellen und der vergangenen Periode Kapitalanteile hielten.

320. Die Ermittlung des Anteilsbesitzes stützt sich auf die in Tz. 256 genannten Quellen. Die Analyse wird erschwert durch Lücken und Ungenauigkeiten in den verfügbaren Datenquellen. So wird der Umfang von Anteilen im Besitz von Kapitalgesellschaften regelmäßig unterschätzt. Gemäß § 285 Nummer 11 HGB müssen Kapitalgesellschaften Anteile an anderen Unternehmen im Anhang zum Jahresabschluss nur angeben, sofern diese mindestens 20 Prozent betragen. Börsennotierte Kapitalgesellschaften müssen zusätzlich Beteiligungen an großen Kapitalgesellschaften offenlegen, wenn diese 5 Prozent der Stimmrechte überschreiten.

Falls die Aktien des Emittenten zum Handel an einem organisierten Markt in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zugelassen sind, hat der Erwerber einer Beteiligung, die bestimmte Stimmrechtsanteile erreicht bzw. über- oder unterschreitet, dies dem Emittenten und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht mitzuteilen. Die unterste Schwelle beträgt 3 Prozent der Stimmrechte (§ 21 Absatz 1 WpHG). Da Inlandsemittenten gemäß § 26 Absatz 1 WpHG ihrerseits verpflichtet sind, spätestens innerhalb von drei Handelstagen nach Zugang der Mitteilung diese zu veröffentlichen und dem Unternehmensregister zu übermitteln, können vorhandene Lücken zumindest teilweise geschlossen werden. Verbleibende Lücken wirken sich hauptsächlich auf den Ausweis der

Beteiligungen der Gruppen „Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, „Ausländischer Einzelbesitz“ und „Sonstige“ aus. Die Monopolkommission ordnet die in den verfügbaren Datenquellen ausgewiesenen Kapitalanteile den entsprechenden Kategorien auch dann zu, wenn der kumulierte Kapitalanteil eines Anteilseigners unter der Schwelle von 5 Prozent liegt.⁶⁰

Eine Zuordnung zu der Kategorie „Ausländischer Einzelbesitz“ erfolgt nur insoweit, als Beteiligungen ausländischer Investoren in den vorliegenden Datenquellen explizit ausgewiesen werden. Im Rahmen der Untersuchung wird keine regionale Zuordnung des Streubesitzes vorgenommen.⁶¹ Die zum Teil in Unternehmenspublikationen dargestellte Aktionärsstruktur nach geografischer Verteilung spiegelt sich daher in der vorliegenden Darstellung nur bedingt wider.

In einigen Fällen weicht die Kapitalverteilung von der Stimmrechtsverteilung ab. Sofern hierüber Informationen vorlagen, finden sich entsprechende Anmerkungen in den Fußnoten zu den Tabellen. Da die Kapitalverflechtung nur einen Teil der gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten repräsentiert, stellt die Analyse der Stimmrechte eine sinnvolle Ergänzung dar. Auf eine Untersuchung der Stimmenverteilung in Hauptversammlungen, die insbesondere im Hinblick auf das Einflusspotenzial der Banken von Interesse wäre, musste aufgrund der unzureichenden Datenbasis verzichtet werden. Durch die Übertragung von Stimmrechten auf Kreditinstitute in Form von Depotstimmrechten sowie durch die mögliche Nichtausübung von Stimmrechten besteht eine zum Teil erhebliche Abweichung zwischen der formalen Stimmrechtsverteilung und der faktischen Stimmrechtsausübung durch die verschiedenen Anlegergruppen. Die tatsächliche Stimmrechtsausübung kann daher nur durch Untersuchung des Abstimmungsverhaltens der einzelnen Aktionäre bzw. Aktionärsgruppen ermittelt werden.⁶²

4.2.2 Zusammenfassende Betrachtung aller Anteilseigner der „100 Größten“

321. Tabelle II.13 vermittelt einen Überblick über die Anteilseignerstruktur der „100 Größten“. In der Spalte „Sonstige“ werden unter anderem die Eigenkapitalanteile von Genossenschaften, Gewerkschaften, Unternehmen außerhalb des Kreises der „100 Größten“ und der Anteil institutioneller Investoren ebenso wie nicht zu identifizierende Beteiligungen aufgeführt. Sofern dies erforderlich ist, werden die in dieser Spalte ausgewiesenen Beteiligungen in den Anmerkungen zu der Tabelle spezifiziert.

⁶⁰ Hierbei weicht die Monopolkommission von der Definition der Deutschen Börse AG ab, die kumulierte Kapitalanteile von weniger als 5 Prozent an dem Grundkapital einer Gesellschaft dem Streubesitz zurechnet.

⁶¹ Es kommt daher in einigen Fällen vor, dass sich zwischen zwei Berichtsperioden die Höhe des Anteilsbesitzes zwischen den Kategorien „Ausländischer Einzelbesitz“, „Streubesitz“ bzw. „Sonstige“ signifikant verschiebt, ohne dass sich die Aktionärsstruktur tatsächlich wesentlich verändert hat.

⁶² Vgl. Baums, T./Fraune, C., Institutionelle Anleger und Publikumsgeellschaft, Die Aktiengesellschaft 40(3), 1995, S. 97–112.

Tabelle II.13

**Die Anteilseigner der 100 größten Unternehmen 2008 und 2010
nach Gruppen¹**

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand ³	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
1	2010	Daimler AG		19,10			20,40	60,50
1	2008		2,70	16,33			22,14	58,83
2	2010	Volkswagen AG		17,00	20,00	2,37	9,89	50,74 ⁴
3	2008		50,76	5,60	20,08		23,56	
3	2010	Siemens AG		10,75		9,23	72,71	7,31
2	2008			6,93		6,20	75,59	11,28
4	2010	Deutsche Telekom AG	16,87	7,80	14,83 (31,70) ^{a)}		60,50	
4	2008		16,87	10,42	14,83 (31,70) ^{a)}		57,88	
5	2010	Deutsche Bahn AG			100,00			
5	2008				100,00			
6	2010	E.ON AG		13,76			81,47	4,77
7	2008		2,60	8,72	1,90		81,96	4,82
7	2010	Robert Bosch GmbH				99,00		1,00
8	2008					99,00		1,00
8	2010	Bayerische Motoren Werke AG				44,00	56,00	
11	2008					46,60	53,40	
9	2010	BASF SE		5,35			94,65	
6	2008		9,02	0,70			90,28	
10	2010	RWE AG	7,53	3,52	14,89		54,96	19,10
12	2008		8,69	6,41	34,00		29,88	21,02

noch Tabelle II.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand ³	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
11	2010	Deutsche Post AG	33,46	2,75	(30,50) ^{a)}		57,19	6,60
10	2008		32,40	6,01	(30,60) ^{a)}		55,59	6,00
12	2010	Deutsche Bank AG	4,64	8,95			86,41	
14	2008		5,23	11,20			78,75	4,82
13	2010	Deutsche Lufthansa AG	2,55	2,97			91,80	2,68
13	2008		13,62	3,07		3,11	80,20	
14	2010	ThyssenKrupp AG		10,54		27,90	51,82	9,74
9	2008		1,75	7,29		27,90	51,19	11,88
15	2010	Metro AG		5,39		39,55	33,99	21,07 ⁵
18	2008			5,39		31,63	28,41	34,57
16	2010	REWE-Gruppe (Rewe Deutscher Supermarkt KGaA)						100,00 ⁶
30	2008							100,00
17	2010	Commerzbank AG	10,30	4,97	25,00			59,73
20	2008		8,80					91,20
18	2010	Energie Baden-Württemberg AG		45,01 ⁷	48,33		1,85	4,81
29	2008			45,01	48,06		2,05	4,88
19	2010	Continental AG	45,50	14,13			7,41	32,96
19	2008		2,52	17,75			50,23	29,50
20	2010	EADS-Gruppe Deutschland (EADS N.V.)	22,46	31,12 ⁸				46,42
25	2008		22,59	30,67				46,74

noch Tabelle II.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand ³	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
21	2010	SAP AG		5,90		25,94	65,06	3,10
22	2008			3,19		28,80	64,11	3,90
22	2010	Bayer AG	5,31	29,82			64,87	
16	2008		2,39	24,75			72,87	
23	2010	ZF Friedrichshafen AG			100,00			
24	2008				100,00			
24	2010	Bertelsmann AG				100,00		
34	2008					100,00		
25	2010	Evonik Industries AG	74,99	25,01	(74,99) ^{b)}			
26	2008		74,99	25,01	(74,99) ^{b)}			
26	2010	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG				100,00		
-	2008							
27	2010	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG		10,12				89,88
21	2008		10,93	6,97			17,97	64,13
28	2010	KfW Bankengruppe			100,00			
44	2008				100,00			
29	2010	UniCredit-Gruppe Deutschland (UniCredit Bank AG)		100,00				
23	2008			100,00				
30	2010	Aldi-Gruppe (Aldi Einkauf GmbH & Co. oHG (Nord) und (Süd))				100,00		
31	2008					100,00		
31	2010	Fresenius SE	4,70	4,68		29,00	61,62	
33	2008		9,74	6,09		58,00	21,44	4,73

noch Tabelle II.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand ³	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
32 36	2010 2008	IBM-Gruppe Deutschland (IBM Deutschland GmbH)		100,00 100,00				
33 27	2010 2008	Vattenfall-Gruppe Deutschland (Vattenfall Europe AG)		100,00 100,00				
34 17	2010 2008	Allianz SE	5,63 7,15	15,88 10,76			78,49 82,09	
35 15	2010 2008	Vodafone-Gruppe Deutschland (Vodafone D2 GmbH)		100,00 100,00				
36 35	2010 2008	Schwarz-Gruppe (Kaufland Stiftung & Co. KG, Lidl Stiftung & Co. KG)				100,00 100,00		
37 28	2010 2008	MAN SE	29,90 29,90	3,16			70,10 66,94	
38 38	2008 2010	Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG	49,90			100,00		50,10 ⁹
39 39	2010 2008	Sanofi-Aventis-Gruppe Deutschland (Sanofi-Aventis Deutschland GmbH)		100,00 100,00				
40 37	2010 2008	Ford-Gruppe Deutschland (Ford-Werke GmbH)		100,00 100,00				
41 49	2010 2008	Rhön-Klinikum AG	2,95 8,04	51,17 37,45		16,20 16,20	29,68 38,31	

noch Tabelle II.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand ³	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
42	2010	Wacker Chemie AG				74,24	21,01	4,75
48	2008			5,03		66,50	23,73	4,74
43	2010	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG				100,00		
42	2008					100,00		
44	2010	Landesbank Baden-Württemberg			100,00			
58	2008				100,00			
45	2010	Asklepios Kliniken GmbH				100,00		
50	2008					100,00		
46	2010	DZ Bank AG						100,00 ¹⁰
51	2008							100,00
47	2010	Total-Gruppe Deutschland (TOTAL Deutschland GmbH)		100,00				
40	2008			100,00				
48	2010	EDEKA Zentrale AG & Co. KG						100,00 ¹¹
95	2008							100,00
49	2010	Stadtwerke München GmbH			100,00			
43	2008				100,00			
50	2010	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH			100,00			
53	2008				100,00			
51	2010	Bilfinger Berger SE	12,01	28,23			48,26	11,51
71	2008		12,27	27,65			55,01	5,07
52	2010	BP-Gruppe Deutschland (BP Europa SE)		100,00				
74	2008			100,00				

noch Tabelle II.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand ³	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
53 57	2010 2008	E. Merck KG (Merck KGaA)				70,00 ¹² 70,00	30,00 30,00	
54 41	2010 2008	K+S AG	10,30 18,32	18,24 28,23			71,46 53,45	
55 32	2010 2008	Salzgitter AG			26,50 25,20		63,50 62,07	10,00 9,70
56 54	2010 2008	Procter & Gamble-Gruppe Deutschland (Procter & Gamble Germany GmbH)		100,00 100,00				
57 46	2010 2008	RAG-Stiftung			100,00 100,00			
58 60	2010 2008	Rethmann AG & Co. KG				100,00 100,00		
59 56	2010 2008	Roche-Gruppe Deutschland (Roche Deutschland Holding GmbH)		100,00 100,00				
60 55	2010 2008	Otto Group (Otto GmbH & Co. KG)				100,00 100,00		
61 87	2010 2008	Debeka-Gruppe (Debeka Lebens- und Krankenversicherungsverein a.G.)						
62 52	2010 2008	Liebherr-International-Gruppe Deutschland ¹³		100,00 100,00				
63 79	2010 2008	STRABAG-Gruppe Deutschland (STRABAG AG)		93,00 90,00			7,00 10,00	

noch Tabelle II.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand ³	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
64 59	2010 2008	Adolf Würth GmbH & Co. KG				100,00 100,00		
65 62	2010 2008	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	9,93 9,94	19,83 25,10	51,65 51,75		18,59 13,21	
66 93	2010 2008	Henkel AG & Co. KGaA				53,21 61,77	46,79 38,23	
67 65	2010 2008	Deutsche Börse AG		27,38 29,53			69,57 67,42	3,05 3,05
68 70	2010 2008	Bayerische Landesbank			100,00 100,00			
69 78	2010 2008	Voith AG				100,00 100,00		
70 61	2010 2008	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland (Compagnie de Saint Gobain S.A.)		100,00 100,00				
71 76	2010 2008	Nestlé-Gruppe Deutschland (Nestlé Unternehmen Deutschland GmbH)		100,00 100,00				
72 -	2010 2008	Sana Kliniken AG	46,68	0,91				52,41
73 80	2010 2008	maxingvest AG				100,00 100,00		

noch Tabelle II.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²							
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand ³	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streu- besitz	Sonstige		
74	2010	PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft				100,00				
72	2008					100,00				
75	2010	Carl Zeiss AG				100,00				
77	2008					100,00				
76	2010	ABB-Gruppe Deutschland (ABB AG)				100,00				
67	2008					100,00				
77	2010	AXA-Gruppe Deutschland (AXA Konzern AG)				100,00				
88	2008					100,00				
78	2010	Stadtwerke Köln GmbH				100,00				
92	2008					100,00				
79	2010	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland (Hewlett-Packard GmbH)				100,00				
66	2008					100,00				
80	2010	Rheinmetall AG				6,17	25,50		64,83	3,50
81	2008					3,14	22,19		71,66	3,01
81	2010	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH				100,00				
73	2008					100,00				
82	2010	Linde AG				7,35	24,01		68,64	
97	2008					12,93	10,04		77,03	
83	2010	ExxonMobil-Gruppe Deutschland (ExxonMobil Central Europe Holding GmbH)					100,00			
45	2008						100,00			

noch Tabelle II.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand ³	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
84 -	2010 2008	H & M Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland (H & M Hennes & Mauritz B.V. & Co. KG)		100,00				
85 83	2010 2008	KPMG-Gruppe Deutschland (KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft)		100,00 100,00				
86 -	2010 2008	LANXESS AG		31,66			68,34	
87 99	2010 2008	EDEKA Minden eG						100,00 ¹⁴ 100,00
88 69	2010 2008	Landesbank Berlin Holding AG			98,66 98,60		1,34 1,40	
89 47	2010 2008	Shell-Gruppe Deutschland (Deutsche Shell Holding GmbH)		100,00 100,00				
90 100	2010 2008	Philips-Gruppe Deutschland (Philips Deutschland GmbH)		100,00 100,00				
91 84	2010 2008	Axel Springer AG				58,55 56,70	40,85 23,31	0,60 9,99
92 90	2010 2008	Freudenberg & Co. KG	8,40	1,60		100,00 100,00		
93 98	2010 2008	Johnson Controls-Gruppe Deutschland (Johnson Controls GmbH)		100,00 100,00				

noch Tabelle II.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²					
			Unterneh- men aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländi- scher Ein- zelbesitz	Öffentli- che Hand ³	Einzelper- sonen, Familien und Fami- lienstif- tungen	Streu- besitz	Sonstige
94	2010	Miele & Cie. KG				100,00		
94	2008					100,00		
95	2010	Novartis-Gruppe		100,00				
91	2008	Deutschland (Novartis Deutschland GmbH)		100,00				
96	2010	HSH Nordbank AG			90,80			9,20
-	2008							
97	2010	DEKRA SE						100,00
96	2008							100,00
98	2010	DFS Deutsche Flugsie- cherung GmbH			100,00			
-	2008							
99	2010	ALSTOM-Gruppe		100,00				
-	2008	Deutschland (ALSTOM Deutschland AG)						
100	2010	Dr. August Oetker KG				100,00		
-	2008							
-	2010	ARCANDOR AG						
63	2008			5,00		53,30	39,20	2,50
-	2010	Tengelmann Warenhan- delsgesellschaft KG				100,00		
64	2008							
-	2010	TUI AG						
68	2008		4,02	65,29			30,69	
-	2010	General Motors-Gruppe						
75	2008	Deutschland (Adam Opel GmbH)		100,00				

noch Tabelle II.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²					
			Unterneh- men aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländi- scher Ein- zelbesitz	Öffentli- che Hand ³	Einzelper- sonen, Familien und Fami- lienstif- tungen	Streu- besitz	Sonstige
- 82	2010 2008	Heidelberger Druckma- schinen AG	25,62	4,96			69,42	
- 85	2010 2008	Generali-Gruppe Deutschland (Generali Deutschland Holding AG)		93,02			6,98	
- 86	2010 2008	Dow-Gruppe Deutsch- land (Dow Olefinver- bund GmbH)		100,00				
- 89	2010 2008	DHS – Dillinger Hütte Saarstahl AG		30,08	59,92			10,00

¹ In den Fällen, in denen anstelle einer Rangangabe ein Strich erscheint, befand sich das betreffende Unternehmen in dem Jahr nicht unter den „100 Größten“. Zu Anmerkungen, die Umfirmierungen und Umstrukturierungen von Unternehmen und Konzernen betreffen, vgl. die Fußnoten zu Tabelle II.1.

² Kapitalanteile auf zwei Nachkommastellen gerundet.

³ Der Wert in Klammern entspricht dem Anteil der öffentlichen Hand insgesamt, einschließlich der Anteile, die über die ^{a)} KfW Bankengruppe, ^{b)} RAG-Stiftung gehalten werden.

⁴ Porsche Automobil Holding SE.

⁵ Franz Haniel & Cie. GmbH.

⁶ Anteile am Kommanditkapital mittelbar gehalten durch die REWE-Zentralfinanz e.G.

⁷ Republik Frankreich über Electricité de France S.A.

⁸ Republik Frankreich 22,52 Prozent und Königreich Spanien 5,48 Prozent.

⁹ Porsche Automobil Holding SE.

¹⁰ Genossenschaftliche Unternehmen: 95,8 Prozent.

¹¹ Genossenschaften. Komplementär ist die EDEKA Aktiengesellschaft, Hamburg.

¹² Die Angabe bezieht sich auf das Komplementärkapital. Das Kommanditaktienkapital befindet sich mit Ausnahme einer vinkulierten Namens-Stammaktie in Streubesitz. Die vinkulierte Namens-Stammaktie wird von der Familie Merck gehalten und berechtigt den Inhaber, ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder der Kommanditaktionäre in den Aufsichtsrat der KGaA zu entsenden.

¹³ Liebherr-Aerospace Lindenberg GmbH, Liebherr-CMtec GmbH, Liebherr-EMtec GmbH, Liebherr-Hausgeräte GmbH, Liebherr-Verzahntechnik GmbH, Liebherr-Werk Ehingen GmbH.

¹⁴ Genossenschaftsmitglieder.

Quelle: Eigene Erhebungen

322. Die Veränderungen zwischen den Berichtsjahren 2008 und 2010 betreffen zum einen die Beteiligungen von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, die im nächsten Abschnitt gesondert diskutiert werden. Zum anderen änderte sich aber auch der Anteilsbesitz in den anderen betrachteten Kategorien. Die Fälle, in denen sich die Beteiligungsverhältnisse im Berichtszeitraum wahrscheinlich nicht verändert haben, die aber in der Tabelle unterschiedlich ausgewiesen werden, bleiben im Folgenden unberücksichtigt.

323. Die in der Debeka-Gruppe organisierten Versicherungsunternehmen sind im Gegensatz zu den restlichen betrachteten Unternehmen durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass sie als Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit keine mit Mitgliedschaftsrechten verbun-

denen, der Aktie vergleichbaren Kapitalanteile aufweisen. Das Eigenkapital eines Versicherungsvereins ist allein aus den versteuerten Unternehmensgewinnen und Beiträgen der Mitglieder zu bilden. Eine den Unternehmen anderer Rechtsformen entsprechende Struktur der Anteilseigner ist für die genannten Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit aus diesem Grunde nicht darstellbar.

324. Die Porsche Automobil Holding SE baute ihren Stimmrechtsanteil an der Volkswagen AG seit dem Geschäftsjahr 2005 sukzessive aus und meldete am 5. Januar 2009 einen gehaltenen Stimmrechtsanteil von 50,8 Prozent.⁶³ Zum Bilanzstichtag 31. Dezember 2010 betrug der

⁶³ Mitteilung vom 8. Januar 2009 gemäß § 26 Absatz 1 WpHG.

Stimmrechtsanteil an der Volkswagen AG 50,7 Prozent. Am 6. Mai 2009 gab die Porsche Automobil Holding SE die geplante Schaffung eines integrierten Automobilkonzerns mit der Volkswagen AG bekannt. Am 7. Dezember 2009 beteiligte sich die Volkswagen AG ihrerseits im Wege einer Kapitalerhöhung zunächst mit 49,9 Prozent indirekt über die Porsche Zwischenholding GmbH an der Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG. Letztere übernimmt als eine hundertprozentige Tochter der Porsche Zwischenholding GmbH das operative Geschäft. Zum Stichtag 31. September 2010 hielt die Porsche Automobil Holding SE die übrigen Anteile in Höhe von 51,1 Prozent an der Porsche Zwischenholding GmbH. Aufgrund gesellschaftsrechtlicher Vereinbarungen wird die Porsche Zwischenholding GmbH als Gemeinschaftsunternehmen in den Konzernabschluss der Porsche Automobilholding SE bzw. der Volkswagen AG einbezogen. Die Monopolkommission analysiert daher für das Berichtsjahr 2010 die Dr. Ing. h. c. F. Porsche AG gesondert im Rahmen ihrer empirischen Erhebungen. Für die Schaffung eines integrierten Automobilkonzerns wird die Verschmelzung der Porsche Automobil Holding SE auf die Volkswagen AG geplant.

Der gegenüber 2008 festgestellte Rückgang der Beteiligung der öffentlichen Hand an der RWE AG lässt sich auf einen Rückzug kommunaler Anteilseigner zurückführen. Die RW Energie-Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, in der die wesentlichen kommunalen Anteile zusammengefasst sind, war zum Stichtag mit einem Anteil von 14,89 Prozent der größte Einzelaktionär der RWE AG.

Der Austritt der Generali-Gruppe Deutschland aus dem Kreis der „100 Größten“ wirkte sich im Berichtsjahr 2010 derart auf die Anteilseignerstruktur der Commerzbank AG aus, dass sich – bei einem gehaltenen Anteil in Höhe von 5,0 Prozent – ein Wechsel der Aufteilung der Anteile von der Kategorie „Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten““ in die Gruppe „Ausländischer Einzelbesitz“ ergab. Weiterhin hält der Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung (SoFFin) seit dem 5. Juni 2009 25 Prozent plus eine Aktie an der Commerzbank AG.

Zum Stichtag 31. Dezember 2010 hielt die durch die Republik Frankreich kontrollierte Electricité de France S.A. 45,01 Prozent am Grundkapital der Energie Baden-Württemberg AG. Im Dezember 2010 vereinbarte das Land Baden-Württemberg über seine Tochtergesellschaft NECKARPRI GmbH mit der Electricité de France S.A. die Übernahme des Aktienpakets. Am 17. Februar 2011 meldete die NECKARPRI GmbH den Erwerb von 45,01 Prozent der Anteile an der Energie Baden-Württemberg AG. Seit diesem Datum ist die Energie Baden-Württemberg AG mehrheitlich der Kategorie „Öffentliche Hand“ zuzurechnen.

Die Schaeffler-Gruppe veröffentlichte bereits am 30. Juli 2008 ein öffentliches Übernahmeangebot an die Aktionäre der Continental AG. Die INA-Holding Schaeffler KG hielt zum 31. Dezember 2008 20,0 Prozent der Stimmrechte an der Continental AG. Mit dem Vollzug des Übernahmeangebots am 8. Januar 2009 betrug der Stimmrechtsanteil der INA-Holding Schaeffler KG an der Continental AG 49,9 Prozent. Mit einer am 20. August 2008 abgeschlossenen Investorenvereinbarung verpflichtete

sich die Schaeffler-Gruppe, sich bis August 2012 auf diese Minderheitsbeteiligung zu beschränken. Mit dem Eintritt der INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG in den Kreis der 100 größten Unternehmen wird die zum Bilanzstichtag 31. Dezember 2010 gehaltene Beteiligung in Höhe von 42,2 Prozent der Kategorie „Unternehmen aus dem Kreis der 100 Größten“ zugerechnet.

Neben den im Einzelnen aufgeführten Fällen waren auch andere Unternehmen von Veränderungen ihrer Anteils-eignerstrukturen betroffen. Verschiebungen mit Auswirkungen auf die Mehrheitsverhältnisse ergaben sich vereinzelt zwischen den Kategorien „Ausländischer Einzelbesitz“, „Streubesitz“ und „Sonstige“. Es ist davon auszugehen, dass diese Unterschiede in den Jahren 2008 und 2010 überwiegend nicht tatsächlich in dem ausgewiesenen Umfang vorlagen, sondern auf unterschiedlichen Angaben in den herangezogenen Quellen beruhen.⁶⁴ So ist der Anstieg im Falle der Linde AG vermutlich auf eine veränderte Darstellung der Anteile ausländischer institutioneller Investoren in den herangezogenen Quellen zurückzuführen und somit erhebungstechnisch bedingt.

325. Tabelle II.14 fasst die Ergebnisse der Tabelle II.13 zusammen. Die Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ wurden hierbei derjenigen Anteilseignerkategorie zugewiesen, die zum Berichtszeitpunkt über 50 Prozent der Anteile hielt. Zu der Gruppe „Mehrheit im Besitz der „100 Größten““ erfolgte eine Zuordnung nur dann, wenn ein einzelnes Unternehmen die Mehrheit besaß. In den Fällen, in denen sich die Anteile mehrerer Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ auf über 50 Prozent addierten, wurde das entsprechende Beteiligungsunternehmen in die Kategorie „Keine Mehrheit“ eingeordnet.

326. Die Kategorie „Mehrheit in ausländischem Einzelbesitz“ war wie bereits in den vergangenen Berichtsperioden mit 26 Unternehmen (2008: 27) am häufigsten besetzt. Mit jeweils 21 Fällen folgen die Unternehmen, die sich überwiegend in der Hand von Einzelpersonen, Familien oder Familienstiftungen befanden (2008: 23) sowie diejenigen Unternehmen, deren Anteilsmehrheit sich mehrheitlich in Streubesitz befand (2008: 21). 13 Großunternehmen wurden 2010 durch die öffentliche Hand kontrolliert (2008: 12). Wie bereits im Jahr 2008 konnten sieben Unternehmen keiner der in Tabelle II.14 aufgeführten Kategorien mehrheitlich zugeordnet werden.

327. Im Berichtsjahr 2010 befand sich nur die Evonik Industries AG mehrheitlich im Besitz eines anderen Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“. Die erheblich gesunkene durchschnittliche Wertschöpfung und der Anteil an der Wertschöpfung aller hundert Unternehmen der zuletzt genannten Gruppe ist auf die Einordnung der Volkswagen AG in die Kategorie „Sonstiger Mehrheitsbesitz“ im Jahr 2010 zurückzuführen. Diese Umgruppierung ist erhebungstechnisch begründet, da die Porsche Automobil Holding SE als Mehrheitseigner der Volkswagen AG im Jahr 2010 nicht zum Kreis der „100 Größten“

⁶⁴ Vgl. Tz. 320.

Tabelle II.14

**Aufschlüsselung der 100 größten Unternehmen 2008 und 2010
nach Arten der Beteiligungsverhältnisse**

Beteiligungsverhältnis	Anzahl der Unternehmen		Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“ (%)		Durchschnittliche Wertschöpfung (Mio. Euro)	
	2010	2008	2010	2008	2010	2008
Mehrheit im Besitz eines Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“	1	2	1,0	6,2	2.758	8.207
Mehrheit in ausländischem Einzelbesitz	26	27	12,6	14,6	1.319	1.420
Mehrheit im Besitz der öffentlichen Hand	13	12	9,9	9,9	2.077	2.162
Mehrheit im Besitz von Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	21	23	13,3	13,9	1.736	1.594
Über 50 Prozent Streubesitz	21	21	37,4	37,9	4.866	4.746
Sonstiger Mehrheitsbesitz	11	8	19,1	10,4	4.745	3.424
Ohne Mehrheitsbesitz	7	7	6,7	7,1	2.625	2.677
Alle Unternehmen	100	100	100,0	100,0	2.733	2.632

Quelle: Eigene Erhebungen

zählte.⁶⁵ In der Folge erhöhte sich die durchschnittliche Wertschöpfung in der Gruppe der Unternehmen in sonstigem Mehrheitsbesitz um 38,6 Prozent auf 4 745 Mio. Euro. Mit Ausnahme der beiden genannten Kategorien ergaben sich im Untersuchungszeitraum nur relativ geringe Veränderungen der anderen Gruppen sowohl im Hinblick auf ihre durchschnittliche Wertschöpfung als auch im Hinblick auf den Anteil an der Wertschöpfung der betrachteten Großunternehmen. Die höchste durchschnittliche Wertschöpfung erzielten im Berichtsjahr 2010 mit 4 866 Mio. Euro (2008: 4 746 Mio. Euro) die mehrheitlich in Streubesitz befindlichen Unternehmen. Mit einem Anteil von 37,4 Prozent (2008: 37,9 Prozent) entfiel ebenfalls der weitaus größte Teil der gesamten Wertschöpfung der „100 Größten“ auf diese Unternehmen.

328. Tabelle II.15 nimmt eine ergänzende regionale Aufschlüsselung der Anteilseignerstruktur vor. Die ausgewiesenen Werte in der Tabelle beziehen sich auf die Summe der mit der kontrollierten Wertschöpfung gewichteten Kapitalanteile je Unternehmen in einer Gruppe. Bei einer Unterscheidung zwischen in- und ausländischen Anteilseignern zeigt sich, dass nur rund 53 Prozent der mit der Wertschöpfung gewichteten Kapitalanteile auf Grundlage des vorhandenen Datenmaterials regional zugeordnet werden konnten. Zudem ist in der Tabelle eine alternative Einteilung der Anteilseignerkategorien dargestellt. Mit einer durchschnittlich kontrollierten Wert-

schöpfung von 995 Mio. Euro je Unternehmen befinden sich 36,4 Prozent in Streubesitz. 16,7 Prozent bzw. 13,4 Prozent werden durch in- oder ausländische Unternehmen, die nicht schwerpunktmäßig dem Finanzdienstleistungsgewerbe zuzurechnen sind, bzw. die öffentliche Hand gehalten. 315 Mio. Euro je Unternehmen oder 11,5 Prozent des mit der inländischen Wertschöpfung gewichteten Kapitals werden durch Einzelpersonen oder Familien gehalten.

Betrachtet man ausschließlich die Häufigkeit der Beteiligungen je Gruppe, so ergeben sich vergleichbare Befunde. 40 Unternehmen weisen Anteile in Streubesitz auf, gefolgt von Unternehmen, die nicht schwerpunktmäßig dem Finanzdienstleistungsgewerbe zuzurechnen sind, mit Beteiligungen an 33 Unternehmen sowie Einzelpersonen und Familien mit 28 Beteiligungen. Banken und Versicherungen halten Beteiligungen an 21 Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ und Fondsgesellschaften sind an 25 Unternehmen beteiligt. Verglichen mit der Gruppe „Öffentliche Hand“, die mit 20 Beteiligungen 13,4 Prozent der Wertschöpfung kontrolliert, halten Banken und Versicherungen sowie Fondsgesellschaften lediglich 4,1 Prozent bzw. 3,2 Prozent der Wertschöpfung der betrachteten Großunternehmen.⁶⁶

⁶⁵ Vgl. Tz. 324.

⁶⁶ Zudem ist zu berücksichtigen, dass die ausgewiesenen Anteile in einer Kategorie keine Rückschlüsse auf die tatsächliche Zahl der Anteilseigner in einer Kategorie erlauben. So werden die auf die Gruppen Finanzdienstleister und Fondsgesellschaften entfallenden Anteile in der Regel durch mehrere Unternehmen gehalten.

Tabelle II.15

**Die Anteilseigner der 100 größten Unternehmen im Jahr 2010
nach Gruppen¹**

Anteilseignerkategorie	Beobach- tungen	Mittel- wert (Mio. Euro)	Häufig- keit	Anteil an der Wert- schöp- fung (%)	Stan- dardab- weichung (Mio. Euro)	Min (Mio. Euro)	Max (Mio. Euro)
Inland	100	909	55	33,3	1.910	0	12.177
Ausland	100	535	55	19,6	734	0	3.214
Nicht zuzuordnen	100	1.288	59	47,1	2.267	0	13.595
Streubesitz	100	995	40	36,4	2.290	0	13.595
Industrie-, Handels- und Dienst- leistungsunternehmen	100	457	33	16,7	1.035	0	8.451
Öffentliche Hand	100	366	20	13,4	1.219	0	10.406
Einzelpersonen und Familien	100	315	28	11,5	679	0	3.588
Stiftungen	100	170	9	6,2	865	0	7.691
Banken und Versicherungen	100	111	21	4,1	348	0	2.545
Ausländische Staatsfonds	100	104	9	3,8	478	0	2.832
Fondsgesellschaften (Pensions-, Investment- und Hedgefonds)	100	88	25	3,2	199	0	954
Genossenschaften	100	77	4	2,8	470	0	4.305
Eigene Anteile	100	28	16	1,0	102	0	629
Sonstige	100	21	6	0,8	139	0	1.162
Insgesamt	100	2.733		100,0	3.222	742	16.825

¹ Gerundete Werte

Quelle: Eigene Erhebungen

4.2.3 Beteiligungen aus dem Kreis der „100 Größten“

329. Die Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ bauten ihre verbliebenen Beteiligungen an den anderen Großunternehmen seit dem Berichtsjahr 1996 – unterbrochen nur durch das Berichtsjahr 2006 – kontinuierlich ab. Nur vereinzelt konnten auch neue Kapitalbeteiligungen festgestellt werden. Tabelle II.16 gibt einen Überblick über die Veränderung der Beteiligungsverhältnisse zwischen den Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ zwischen den Untersuchungsjahren 2008 und 2010. Kapitalbeteiligungen von Unternehmen aus dem Untersuchungskreis an ausländischen Konzernobergesellschaften wurden im Rahmen der Untersuchung nicht ausgewiesen.⁶⁷

⁶⁷ Eine Ausnahme bildet die EADS N.V., Amsterdam, an der die Daimler AG 22,46 Prozent der Stimmrechte hält.

330. Die im Berichtsjahr 2008 berichteten Anteile der RWE AG, der Commerzbank AG sowie der Allianz SE an der Heidelberger Druckmaschinen AG wurden infolge des Austritts der Heidelberger Druckmaschinen AG aus dem Untersuchungskreis im Jahr 2010 nicht verfolgt.

Die Deutsche Bank trennte sich im Berichtsjahr 2010 von ihrem Anteil an der Axel Springer AG (2008: 8,4 Prozent). Weiterhin konnten die im Jahr 2008 festgestellten Anteile an der Daimler AG, der Deutschen Post AG, der Allianz SE, der Rhön-Klinikum AG sowie der K+S AG in den verfügbaren Datenquellen nicht mehr bestätigt werden. Im Jahr 2010 wurde eine geringe Beteiligung an der Continental AG von unter 1 Prozent neu ausgewiesen.

Die Commerzbank AG trennte sich in der ersten Jahreshälfte 2009 von ihrem Anteil an der Linde AG (2008: 4,7 Prozent). In der aktuellen Berichtsperiode hält die Commerzbank AG keine messbaren Kapitalanteile an anderen Unternehmen aus dem Untersuchungskreis.

Erhebungstechnisch bedingt sind die durch den Eintritt der Sana Kliniken AG neu festgestellten Kapitalbeteiligungen der Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG (21,7 Prozent) sowie der Allianz SE (13,8 Prozent), der DZ Bank AG (0,7 Prozent), der Debeka-Gruppe (10,1 Prozent) und der AXA-Gruppe Deutschland (0,4 Prozent).

Zum Ende des Betrachtungszeitraums konnten die Kapitalbeteiligungen der Allianz SE an der E.ON AG, der BASF AG, der Deutschen Lufthansa AG, der Bayer AG und der Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG, die alle bereits im Jahr 2008 unter der Schwelle von 5 Prozent gelegen hatten, nicht mehr nachgewiesen werden. Dagegen beteiligte sich die Allianz SE im Zuge der Übernahme der Dresdner Bank AG durch die Commerzbank AG im Jahr 2009 an der Commerzbank AG. Zum Ende des Untersuchungszeitraums hielt die Allianz SE ei-

nen Anteil in Höhe von 10,3 Prozent an der Commerzbank AG.

Die AXA-Gruppe Deutschland beteiligte sich im Untersuchungszeitraum mit 3,0 Prozent an der Deutschen Post AG sowie mit 2,8 Prozent an der Bayer AG. Dagegen reduzierte sie ihren Anteilsbesitz an der Deutschen Lufthansa AG von 10,6 auf 2,6 Prozent. Nicht mehr ausgewiesen wurde dagegen die Beteiligung an der Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG (2008: 5,2 Prozent).

331. Die AXA-Gruppe Deutschland hielt mit acht Beteiligungsfällen (2008: acht) nach der Allianz SE mit neun Fällen (2008: elf) die höchste Zahl an Kapitalanteilen an den betrachteten Großunternehmen im Jahr 2010. Nach der Allianz SE und der AXA-Gruppe Deutschland hielt die Deutsche Bank AG mit vier (2008: neun) und die Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG mit drei (2008: zwei) Beteiligungsfällen die höchste Zahl an Kapitalbeteiligungen in der aktuellen Untersuchungsperiode.

Tabelle II.16

Kapitalverflechtungen aus dem Kreis der „100 Größten“ 2008 und 2010¹

Anteilseigner			Beteiligungsunternehmen				
Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²	
2010	2008		2010	2008		2010	2008
1	1	Daimler AG	20	25	EADS-Gruppe Deutschland (EADS N.V.)	22,46	22,59
2	3	Volkswagen AG	37	28	MAN SE	29,90	29,90
			38	38	Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG	49,90	
3	2	Siemens AG	81	73	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	50,00	50,00
7	8	Robert Bosch GmbH	81	73	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	50,00	50,00
9	6	BASF SE	54	41	K+S AG	10,30	10,30
10	12	RWE AG	-	82	Heidelberger Druckmaschinen AG		9,62
12	14	Deutsche Bank AG	1	1	Daimler AG	0,81	2,70
			11	10	Deutsche Post AG		1,80
			19	19	Continental AG		
			34	17	Allianz SE		1,20
			41	49	Rhön-Klinikum AG		3,03

noch Tabelle II.16

Anteilseigner			Beteiligungsunternehmen				
Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²	
2010	2008		2010	2008		2010	2008
		noch Deutsche Bank AG	51	71	Bilfinger Berger SE	2,53	3,00
			54	41	K+S AG		8,02
			80	81	Rheinmetall AG	3,16	3,14
			82	97	Linde AG	2,94	3,80
			91	84	Axel Springer AG		8,40
13	13	Deutsche Lufthansa AG	65	62	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	9,93	9,94
17	20	Commerzbank AG	14	9	ThyssenKrupp AG		1,75
			82	97	Linde AG		4,72
			-	82	Heidelberger Druckmaschinen AG		3,04
26	-	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	19	19	Continental AG	42,17	
27	21	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	10	12	RWE AG	4,28	4,60
			34	17	Allianz SE	2,67	2,67
			72	-	Sana Kliniken AG	21,70	
28	44	KfW Bankengruppe	4	4	Deutsche Telekom AG	16,87	16,87
			11	10	Deutsche Post AG	30,50	30,60
29	23	UniCredit-Gruppe Deutschland (Unicredito Italiano S.p.A.)	27	21	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG		2,20
34	17	Allianz SE	6	7	E.ON AG		2,60
			9	6	BASF SE		2,60
			10	12	RWE AG	3,25	3,49
			13	13	Deutsche Lufthansa AG		3,06
			17	20	Commerzbank AG	10,30	
			22	16	Bayer AG	2,48	
			22	16	Bayer AG		2,39
			27	21	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG		3,58

noch Tabelle II.16

Anteilseigner			Beteiligungsunternehmen				
Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%) ²	
2010	2008		2010	2008		2010	2008
		noch Allianz SE	31	33	Fresenius SE	4,70	9,74
			41	49	Rhön-Klinikum AG	2,95	5,01
			51	71	Bilfinger Berger SE	6,75	5,97
			72	-	Sana Kliniken AG	13,83	
			80	81	Rheinmetall AG	3,01	
			82	97	Linde AG	4,41	4,41
			-	82	Heidelberger Druckmaschinen AG		12,96
38	38	Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG	2	3	Volkswagen AG		50,76
46	51	DZ Bank AG	72	-	Sana Kliniken AG	0,69	
57	46	RAG-Stiftung	10	12	RWE AG		0,60
			25	26	Evonik Industries AG	74,99	74,99
61	87	Debeka-Gruppe (Debeka Lebens- und Krankenver- sicherungsverein a. G.)	72	-	Sana Kliniken AG	10,10	
77	88	AXA-Gruppe Deutschland (AXA S.A.)	9	6	BASF SE		6,42
			11	10	Deutsche Post AG	2,96	
			12	14	Deutsche Bank AG	4,64	5,23
			13	13	Deutsche Lufthansa AG	2,55	10,56
			19	19	Continental AG	2,52	2,52
			22	16	Bayer AG	2,83	
			27	21	Münchener Rückversicherungs-Ge- sellschaft AG		5,15
			34	17	Allianz SE	2,96	3,28
			51	71	Bilfinger Berger SE	2,73	3,30
			72	-	Sana Kliniken AG	0,37	
			-	68	TUI AG		4,02
-	85	Generali-Gruppe Deutsch- land (Assicurazioni Gene- rali S.p.A.)	17	20	Commerzbank AG		8,80

¹ In den Fällen, in denen anstelle einer Rangangabe ein Strich erscheint, befand sich das betreffende Unternehmen in dem Jahr nicht unter den „100 Größten“.² Kapitalanteile auf zwei Nachkommastellen gerundet.

332. In Abbildung II.10 sind die Entwicklung der Zahl und Intensität der Kapitalverflechtungen seit der erstmaligen Erstellung der Statistik im Jahr 1978 bis zum Jahr 2010 veranschaulicht. Der Verdopplung der gemessenen Beteiligungsfälle im Zeitraum 1986 bis 1996 von 72 auf 143 folgte ein Absinken der Fallzahl bis zum Jahr 2004 um 68,5 Prozent auf einen Wert von 45. Am aktuellen Rand der Zeitreihe beläuft sich die Zahl der Kapitalbeteiligungen zwischen den betrachteten Unternehmen auf lediglich 37 Fälle. Zwischen 1996 und 2010 reduzierte sich sowohl die Gesamtzahl der Beteiligungsunternehmen auf 22 (-56,9 Prozent) als auch der Anteilseigner auf 15 (-61,5 Prozent). Die parallele Abnahme der Zahl der Anteilseigner und der Beteiligungsfälle hatte zur Folge, dass die Kapitalentflechtung nicht nur einzelne Großunternehmen, sondern den gesamten Kreis der „100 Größten“ betraf. Zwischen den Jahren 1996 und 2010 reduzierte sich die Anzahl aller Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ im Netzwerk um 45,2 Prozent von 62 auf 34.

Im Kern des Netzwerks aus gegenseitigen Kapitalbeteiligungen befanden sich traditionell die deutschen Großbanken und Versicherungskonzerne. Diese Finanzdienstleister hielten in ihren Portfolios mehrprozentige Beteiligungen (Blockbeteiligungen) an den größten deutschen Industrieunternehmen. Außerdem waren die Finanzdienstleister selbst stark untereinander verflochten und besaßen gegenseitige Anteile am Grundkapital.⁶⁸ In den vergangenen zwölf Jahren nahm die Summe der Kapitalbeteiligungen aller in einem Berichtsjahr im Untersuchungskreis vertreten Finanzdienstleistungsunternehmen um 72,8 Prozent von 103 auf 28 ab. Die Gesamtzahl der Beteiligungsfälle von Unternehmen, die nicht dem Banken- oder Versicherungsgewerbe zuzuordnen waren, reduzierte sich um 77,5 Prozent auf neun Fälle. Im Berichtsjahr 2010 entfiel auf diese Unternehmen ein Anteil an allen Beteiligungsfällen von 24,3 Prozent (1996: 28,0 Prozent).

333. Hinsichtlich der Ursachen für die skizzierte Entwicklung lassen sich unterschiedliche exogene und endogene Erklärungsfaktoren anführen. So wird unterstellt, dass das Auseinanderbrechen der „Deutschland AG“ im Wesentlichen durch institutionelle Veränderungen im Inland wie die Reform des Steuerrechts und das im Jahr 2002 in Kraft getretene Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz begünstigt wurde.⁶⁹ Ferner ist auf die fortschreitende Globalisierung und die zunehmende Bedeutung internationaler Konzerne als alternative Erklärungsansätze hinzuweisen. Die Untersuchungen der Monopolkommission deuten auf die Relevanz dieser zuletzt genannten Erklärungsansätze hin, da der Verkauf von Kapitalbeteiligungen an den 100 größten Unternehmen bereits einige Jahre vor Inkrafttreten des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes einsetzte.

334. In Abbildung II.10 ist ergänzend der Grad der Interdependenz zwischen den 100 größten Unternehmen als

Indikator für die Stärke der Kapitalverflechtungen abgebildet. Die Interdependenz wird anhand des Anteils der Summe der mit den entsprechenden Kapitalanteilen gewichteten Wertschöpfungsbeträge aller Beteiligungsunternehmen an der Gesamtwertschöpfung der „100 Größten“ berechnet. Anders ausgedrückt misst der Interdependenzgrad den Anteil der durch Kapitalbeteiligungen kontrollierten Wertschöpfung an der Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“. Ein Wert von 100 Prozent würde sich dementsprechend ergeben, wenn die Kapitalanteile aller Unternehmen aus dem Berichtskreis vollständig von einem oder mehreren Unternehmen aus diesem Kreis gehalten werden. Der Interdependenzgrad erreichte in den Berichtsjahren 1992 und 1996 mit 13,8 Prozent bzw. 13,3 Prozent die höchsten Ausprägungen und spiegelt in den Folgejahren – wie auch bereits die ungewichtete Zahl der Verflechtungen – den Zerfall des Netzwerks wider. Gegenüber 2008 reduzierte sich der Grad der Interdependenz deutlich um drei Prozentpunkte von 8,1 Prozent auf 5,1 Prozent. Diese Abnahme ist im Wesentlichen auf die Kapitalbeteiligung der Porsche Automobilholding SE an der Volkswagen AG im Jahr 2008 zurückzuführen, die im aktuellen Berichtsjahr 2010 nicht mehr in den Interdependenzgrad einfließt.⁷⁰ 2008 hatte alleine diese Kapitalbeteiligung mit 2,6 Prozent zur Höhe der Interdependenz beigetragen. Bei der Interpretation des Interdependenzgrades ist ferner zu berücksichtigen, dass dieser im Zeitablauf teilweise erheblichen Schwankungen unterliegt. Die Schwankungen resultieren abgesehen von Änderungen in der Höhe der Beteiligungen auch aus dem unbalancierten Charakter der Zeitreihe.⁷¹

335. Die verbliebenen 37 Kapitalbeteiligungen zwischen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ im Berichtsjahr 2010 sind in Abbildung II.11 anhand einer vereinfachten Netzwerkgrafik aufgezeigt. Die Pfeile zeigen das gerichtete Beteiligungsverhältnis zwischen zwei Unternehmen an. Die Linienstärke der Pfeile symbolisiert die mit dem entsprechenden Kapitalanteil gewichtete Wertschöpfung des Beteiligungsunternehmens. Finanzdienstleister werden als helle Kreise, Industrie-, Handels- sowie Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen als dunkle Kreise dargestellt. Die Größe eines Kreises berechnet sich aus der durch Kapitalbeteiligungen insgesamt kontrollierten Wertschöpfung.

336. Die Monopolkommission wiederholt ihre Auffassung, dass die Auflösung des Beteiligungsnetzwerks mit positiven wettbewerbspolitischen Folgen verbunden ist. Bereits in ihrem 16. Hauptgutachten hat sie darauf hingewiesen, dass mit der Kapitalentflechtung Wettbewerbsvorteile für die deutsche Wirtschaft zu erwarten sind. Die Monopolkommission nennt in diesem Zusammenhang eine unabhängigere Unternehmensverwaltung, die Stärkung des Marktes für Unternehmenskontrolle, die Redu-

⁶⁸ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 349.

⁶⁹ Vgl. ebenda, Tz. 354 ff.

⁷⁰ Vgl. Tz. 324.

⁷¹ So ist der geringe Anteil im Jahr 2004 überwiegend auf das vorübergehende Ausscheiden der KfW Bankengruppe aus dem Untersuchungskreis zurückzuführen, die Anteile an der Deutschen Telekom AG und der Deutschen Post AG hielt.

Quelle: Eigene Erhebungen

zierung bestehender Informationsasymmetrien zwischen Firmenin- und -outsidern verbunden mit einer verbesserten Allokation des Kapitals auf den Finanzmärkten sowie die Intensivierung des Wettbewerbs und mehr Stabilität im Finanzsektor.⁷²

4.3 Personelle Verflechtungen

4.3.1 Methodische Vorbemerkungen

337. Wie in den Vorperioden stützt sich die Untersuchung der personellen Unternehmensverflechtungen vorrangig auf publizierte Angaben in den Geschäftsberichten der „100 Größten“. Diejenigen Unternehmen, die keine Geschäftsberichte veröffentlichen und bei denen die Besetzung der Geschäftsführungen und Kontrollorgane nicht aus alternativen Quellen zu entnehmen war, wurden aus der Analyse der personellen Verflechtungen ausgeschlossen. Wie im Geschäftsjahr 2008 unterschieden auch in der aktuellen Berichtsperiode 96 Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ zwischen Geschäftsführungsorgan (bzw. Vorstand) und einem Kontrollorgan (Aufsichtsrat, Verwaltungsrat, Gesellschafterausschuss, Vermittlungsausschuss, Unternehmensrat, etc.).⁷³ Diese 96 Unternehmen werden im Folgenden ausnahmslos in die Analyse einbezogen.

Die Befugnisse der betrachteten Kontrollorgane unterscheiden sich in Abhängigkeit von der Rechtsform des Unternehmens und den Gesellschaftsverträgen. Ungeachtet der unterschiedlichen Befugnisse ist die Betrachtung der personellen Verbindungen nach Auffassung der Monopolkommission von hoher Relevanz, da nach der Intention der Erhebungen nicht auf die Kontrollbefugnisse der Kontrollorgane abgestellt wird, sondern auf ihre Eignung, auf hoher hierarchischer Ebene Kontakte zwischen Unternehmen herzustellen.

338. In diesem Abschnitt werden ausschließlich direkte personelle Verflechtungen betrachtet, bei denen eine oder mehrere Personen gleichzeitig den Geschäftsführungs- und Kontrollorganen von mindestens zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ angehören. Berücksichtigt werden zudem Verflechtungen über Mehrfachmandatsträger in den Kontrollgremien von zwei oder mehr Unternehmen aus dem Untersuchungskreis. Von der Auswertung komplexer Verflechtungsmuster über Mandatsträger aus dritten Gesellschaften oder Tochterunternehmen musste aufgrund der umfangreichen Erhebungs- und Auswertungsarbeiten im Rahmen der Analyse abgesehen werden.

339. Für eine Aufschlüsselung der Kontrollorgane nach Gruppen von Mandatsträgern wurde zunächst eine Trennung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern vorgenommen. Weiterhin wurden die Mandatsträger in den Kontrollgremien den Kategorien „Geschäftsführungsmitglied eines anderen Unternehmens aus dem Untersuchungskreis“, „Repräsentant einer Bank bzw. einer Versicherung aus dem Kreis der 100 größten Unternehmen“, „Gewerkschaftsvertreter“, „Angestellter des Unternehmens“ und „Vertreter staatlicher Institutionen“ zugeordnet. Im Falle von Geschäftsführungsmitgliedern eines anderen Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ wird ferner berücksichtigt, ob es sich um einen Repräsentanten von Banken und Versicherungen aus dem Untersuchungskreis handelt. In der Gruppe „Gewerkschaftsvertreter“ werden hauptamtliche Organisationsvertreter erfasst, die aufgrund der Mitbestimmungsgesetzgebung neben Arbeitnehmern aus dem Unternehmen in den Kontrollorganen die Arbeitnehmerseite vertreten. In der Kategorie „Vertreter staatlicher Institutionen“ werden die im Untersuchungszeitraum aktiven sowie ehemalige politische Entscheidungsträger auf Bundes-, Länder- und kommunaler Ebene zusammengefasst.

340. Die Zuordnung der Mandatsträger zu den oben aufgeführten Kategorien und mithin die Ermittlung der personellen Verflechtungen war auf Grundlage der den Geschäftsberichten zu entnehmenden Angaben nicht lückenlos möglich. In einigen Fällen fehlten Angaben über die Herkunft der Mitglieder eines Kontrollorgans, wobei Kapitalgesellschaften gemäß § 285 Nummer 10 HGB die Mitglieder der Geschäftsführung und des Kontrollorgans mit Angabe des ausgeübten Berufs und bei börsennotierten Unternehmen zusätzlich die Mitgliedschaft in anderen Aufsichtsräten und Kontrollgremien im Anhang angeben müssen. Im Hinblick auf die Präsenz von Vertretern staatlicher Institutionen wurden die verfügbaren Angaben zu den Mandatsträgern in den Geschäftsberichten anhand eines Namensabgleichs mit den Bundestagsabgeordneten und den Regierungsmitgliedern der aktuellen und früherer Wahlperioden ergänzt.

4.3.2 Darstellung der personellen Verflechtungen zwischen den „100 Größten“

341. Die personellen Verflechtungen zwischen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ sind in Tabelle II.17 dargestellt. In der Tabelle wird danach unterschieden, ob personelle Verbindungen entweder durch Mitglieder der Geschäftsführung eines Unternehmens bestanden, die Kontrollmandate in anderen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ wahrnehmen, oder durch Mandatsträger, die parallel in mindestens zwei Kontrollorganen tätig sind.

⁷² Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 78, 361 ff.

⁷³ Die Begriffe Kontrollgremium und Aufsichtsrat bzw. Geschäftsführung und Vorstand werden im Folgenden synonym verwendet.

Tabelle II.17

**Die personellen Verflechtungen zwischen den 100 größten Unternehmen
2008 und 2010¹**

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anzahl der Unternehmen ...							
			... in deren Kontroll- organe das genannte Un- ternehmen Mit- glieder der Ge- schäftsführung entsandt hat		... die Mitglieder ihrer Geschäfts- führung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben ²				... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandats- träger in den Kontrollorga- nen personell verflochten ist	
			2010	2008	2010		2008		2010	2008
1	1	Daimler AG	2	1	2	(1)	1		11	14
2	3	Volkswagen AG	3	1	1		3		8	10
3	2	Siemens AG	3	1	2	(2)	3	(2)	12	10
4	4	Deutsche Telekom AG		1	1	(1)	2	(1)	13	12
5	5	Deutsche Bahn AG		1	1		2		2	4
6	7	E.ON AG	3	6			1		11	16
7	8	Robert Bosch GmbH	3	2					3	5
8	11	Bayerische Motoren Werke AG			2		2		9	11
9	6	BASF SE	3	3	2	(1)	2	(1)	5	7
10	12	RWE AG	2	2	3	(1)	2	(1)	9	11
11	10	Deutsche Post AG		1	2	(1)	1	(1)	6	7
12	14	Deutsche Bank AG	5	5	1		4		12	10
13	13	Deutsche Lufthansa AG	4	4	2		4	(1)	7	12
14	9	ThyssenKrupp AG	5	6					10	11
15	18	Metro AG	1		1	(1)	2	(1)	6	4
16	30	REWE-Gruppe (Rewe Deutscher Supermarkt KGaA)								1
17	20	Commerzbank AG	1	2	2	(1)	2		7	8
18	29	Energie Baden-Württem- berg AG								1
19	19	Continental AG		1	2		1		8	9
20	25	EADS-Gruppe Deutschland (EADS N.V.)			2	(1)	2	(1)	3	4
21	22	SAP AG	1	4			1		4	4
22	16	Bayer AG		2	2	(1)	2	(1)	12	17
23	24	ZF Friedrichshafen AG			1				3	5

noch Tabelle II.17

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anzahl der Unternehmen ...							
			... in deren Kontroll- organe das genannte Un- ternehmen Mit- glieder der Ge- schäftsführung entsandt hat		... die Mitglieder ihrer Geschäfts- führung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben ²				... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandats- träger in den Kontrollorga- nen personell verflochten ist	
			2010	2008	2010		2008		2010	2008
24	34	Bertelsmann AG			1		2		7	7
25	26	Evonik Industries AG		1	3		3		8	8
26	-	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	1	-	1		-		6	-
27	21	Münchener Rückversiche- rungs-Gesellschaft AG	1		2		2		5	8
28	44	KfW Bankengruppe	3	2			1	(1)	6	10
29	23	UniCredit-Gruppe Deutsch- land (UniCredit Bank AG)							1	
31	33	Fresenius SE			1	(1)	1	(1)	4	5
33	27	Vattenfall-Gruppe Deutschland (Vattenfall Europe AG)							4	5
34	17	Allianz SE	8	9			1		10	10
35	15	Vodafone-Gruppe Deutsch- land (Vodafone D2 GmbH)							1	1
37	28	MAN SE		2	2		2	(1)	9	10
38	38	Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG		2	1				4	7
39	39	Sanofi-Aventis-Gruppe Deutschland (Sanofi-Aven- tis Deutschland GmbH)								3
40	37	Ford-Gruppe Deutschland (Ford-Werke GmbH)							1	2
41	49	Rhön-Klinikum AG							1	1
42	48	Wacker Chemie AG							4	2
44	58	Landesbank Baden-Würt- temberg		2	1				1	2
48	95	EDEKA Zentrale AG & Co. KG					1		1	1
50	53	HGV Hamburger Gesell- schaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH	1							

noch Tabelle II.17

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anzahl der Unternehmen ...							
			... in deren Kontroll- organe das genannte Un- ternehmen Mit- glieder der Ge- schäftsführung entsandt hat		... die Mitglieder ihrer Geschäfts- führung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben ²				... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandats- träger in den Kontrollorga- nen personell verflochten ist	
			2010	2008	2010		2008		2010	2008
51	71	Bilfinger Berger SE			1		2		5	8
52	74	BP-Gruppe Deutschland (BP Europa SE)			1		1		3	5
53	57	E. Merck KG (Merck KGaA)	2	2					3	3
54	41	K+S AG							3	3
55	32	Salzgitter AG			2		2		4	4
57	46	RAG-Stiftung	2	2					10	10
59	56	Roche-Gruppe Deutsch- land (Roche Deutschland Holding GmbH)							2	2
60	55	Otto Group (Otto GmbH & Co. KG)							1	1
61	87	Debeka-Gruppe (Debeka Lebens- und Krankenversi- cherungsverein a.G.)	1							
64	59	Adolf Würth GmbH & Co. KG			1		1			
65	62	Fraport AG Frankfurt Air- port Services Worldwide	1		1		1		7	9
66	93	Henkel AG & Co. KGaA			1		1		9	6
67	65	Deutsche Börse AG			2	(2)	2	(2)	5	6
68	70	Bayerische Landesbank		1						
69	78	Voith AG	1	1	1		1		10	14
70	61	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland (Compagnie de Saint Gobain S.A.)							5	5
72	-	Sana Kliniken AG		-	1	(1)	-			-
73	80	maxingvest AG							2	3
74	72	PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirt- schaftsprüfungsgesellschaft	1							

noch Tabelle II.17

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anzahl der Unternehmen ...							
			... in deren Kontroll- organe das genannte Un- ternehmen Mit- glieder der Ge- schäftsführung entsandt hat		... die Mitglieder ihrer Geschäfts- führung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben ²				... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandats- träger in den Kontrollorga- nen personell verflochten ist	
			2010	2008	2010		2008		2010	2008
75	77	Carl Zeiss AG	2	1	1	(1)	1	(1)	4	7
76	67	ABB-Gruppe Deutschland (ABB AG)			1	(1)	2	(1)	3	2
77	88	AXA-Gruppe Deutschland (AXA Konzern AG)			1		2		5	6
80	81	Rheinmetall AG							2	2
81	73	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH			2		2			1
82	97	Linde AG	1	1	1	(1)	1	(1)	9	11
83	45	ExxonMobil-Gruppe Deutschland (ExxonMobil Central Europe Holding GmbH)							1	1
86	-	LANXESS AG		-			-		3	-
87	99	EDEKA Minden eG		1					1	1
88	69	Landesbank Berlin Hol- ding AG							2	2
91	84	Axel Springer AG							7	5
92	90	Freudenberg & Co. KG	1	1	1				3	5
95	91	Novartis-Gruppe Deutsch- land (Novartis Deutschland GmbH)					1		3	5
96	-	HSH Nordbank AG		-	1	(1)	-		1	-
97	96	DEKRA SE			1				1	2
98	-	DFS Deutsche Flugsiche- rung GmbH		-	1	(1)	-		1	-
99	-	ALSTOM-Gruppe Deutschland (ALSTOM Deutschland AG)		-			-		3	-
-	63	ARCANDOR AG	-		-		1		-	5
-	68	TUI AG	-	3	-				-	6

noch Tabelle II.17

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anzahl der Unternehmen ...							
			... in deren Kontroll- organe das genannte Un- ternehmen Mit- glieder der Ge- schäftsführung entsandt hat		... die Mitglieder ihrer Geschäfts- führung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben ²				... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandats- träger in den Kontrollorga- nen personell verflochten ist	
2010	2008		2010	2008	2010		2008		2010	2008
-	75	General Motors-Gruppe Deutschland (Adam Opel GmbH)	-		-				-	2
-	82	Heidelberger Druckmaschi- nen AG	-	2	-		4	(2)	-	6
-	85	Generali-Gruppe Deutsch- land (Generali Deutschland Holding AG)	-		-		1	(1)	-	1
-	86	Dow-Gruppe Deutschland (Dow Olefinverbund GmbH)	-		-				-	4
-	89	DHS – Dillinger Hütte Saarstahl AG	-		-				-	2
		Summe Verbindungen	62	76	62	(20)	76	(21)	176	215
		Anzahl Unternehmen	27	33	43	(18)	43	(18)	68	73

¹ In den Fällen, in denen anstelle einer Rang- bzw. Zahlenangabe ein Strich erscheint, befand sich das betreffende Unternehmen in dem Jahr nicht unter den „100 Größten“. Unternehmen, für die in keinem der Jahre 2008 und 2010 zumindest eine Verbindung festgestellt werden konnte, werden in der Tabelle nicht aufgelistet. Die Aufsichtsgremien von Gruppen wurden aus den in Klammern aufgeführten Unternehmen erfasst. Zu Anmerkungen, die Umfirmierungen und Umstrukturierungen von Unternehmen oder Konzernen betreffen, vgl. die Fußnoten zu Tabelle II.1.

² Die Zahl in Klammern gibt die Anzahl von Banken und Versicherungen an, die in der erstgenannten Zahl enthalten sind.

Quelle: Eigene Erhebungen

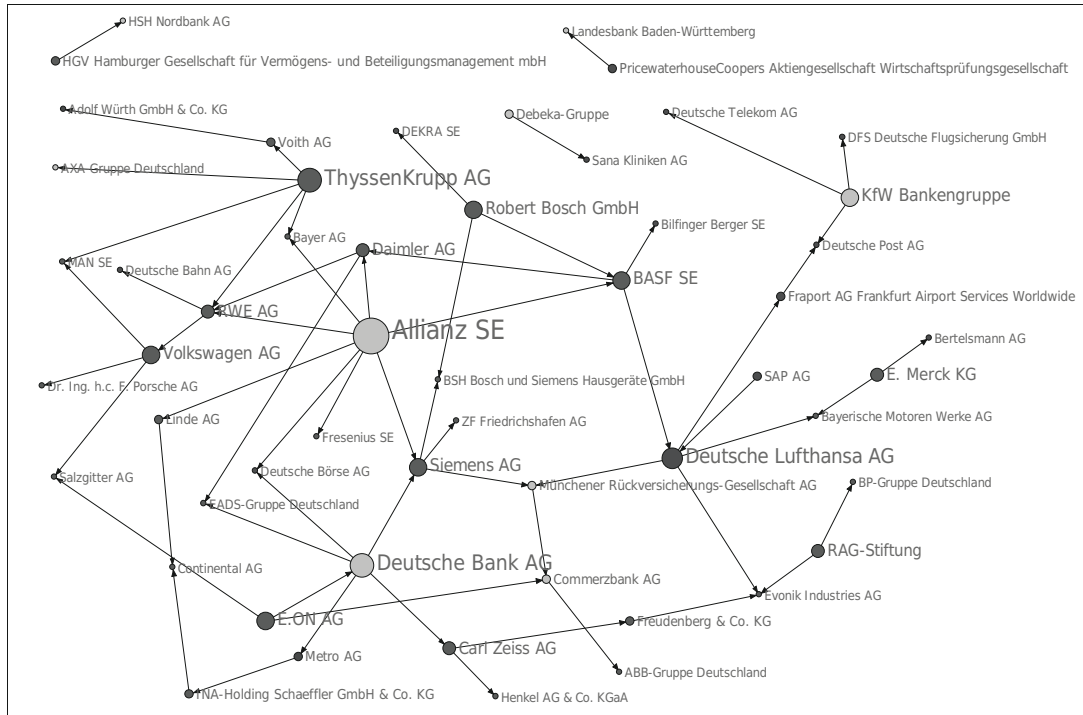
342. 2010 entsandten 27 Unternehmen (2008: 33) aus dem Untersuchungskreis mindestens ein Mitglied ihrer Geschäftsführung in die Kontrollorgane eines oder mehrerer Unternehmen aus diesem Kreis. Sie waren in den Kontrollorganen von 43 Unternehmen (2008: 43) aus dem Untersuchungskreis vertreten. Die Diskrepanz zwischen entsendenden und empfangenden Unternehmen ist darauf zurückzuführen, dass die Geschäftsführungsmitglieder vor allem von Unternehmen aus dem oberen Bereich der Rangfolge sowie traditionell Vertreter von Banken und Versicherungen häufig mehrere Mandate gleichzeitig ausübten. Am häufigsten sind durch Mitglieder ihrer Geschäftsleitung die Allianz SE in acht, die Deutsche Bank AG und die ThyssenKrupp AG jeweils in fünf sowie die Deutsche Lufthansa AG in vier externen Kontrollorganen repräsentiert. Die RWE AG und die Evonik Industries AG waren mit jeweils drei anderen Unternehmen aus dem Untersuchungskreis über externe Ge-

schäftsführungsmitglieder im eigenen Kontrollgremium verbunden.

343. In Abbildung II.12 sind die beobachteten Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder in den Kontrollorganen der Unternehmen aus dem Berichtskreis für das Jahr 2010 auf Grundlage einer Netzwerkanalyse grafisch veranschaulicht. Die Pfeile zeigen Verflechtungsbeziehungen zwischen zwei Unternehmen an, wobei die Richtung eines Pfeiles das Unternehmen bestimmt, in dessen Kontrollorgan mindestens ein Geschäftsführer entsandt wurde. Unternehmen des Kredit- und Versicherungsgewerbes werden als helle Kreise und Unternehmen der Wirtschaftsbereiche Industrie, Handel, Verkehr und Dienstleistungen als dunkle Kreise dargestellt. Der Flächeninhalt eines Kreises berechnet sich aus der Anzahl der Kontakte im Netzwerk.

Abbildung II.12

**Personelle Unternehmensverflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder
in den Kontrollorganen der „100 Größten“ im Jahr 2010**



Quelle: Eigene Erhebungen

344. Bereinigt um diejenigen Mandate, die zur mehrfachen Vertretung in externen Aufsichtsratsgremien führten, hatten die zehn größten Unternehmen im Berichtsjahr 2010 über Geschäftsführungsmitglieder durchschnittlich 1,9 Mandate (2008: 2,3) in den Kontrollorganen anderer Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ inne.⁷⁴ Die E.ON AG und die SAP AG reduzierten die Zahl von Unternehmensverbindungen über externe Mandate von Vorstandsmitgliedern um jeweils drei Mandate. Dagegen erhöhten die Volkswagen AG und die Siemens AG die Präsenz von Mitgliedern des Vorstands in Kontrollorganen anderer Großunternehmen um jeweils zwei Mandate. Die Unternehmen auf den Rängen 1 bis 10 empfingen im Untersuchungsjahr 2010 durchschnittlich Mitglieder der Geschäftsführung von 1,4 (2008: 1,5) Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“.⁷⁵

345. Im Zeitraum 2008 bis 2010 verringerte sich die Gesamtzahl der Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder in den Kontrollorganen der „100 Größten“ erneut deutlich um 18,4 Prozent (2008: 9,5 Prozent) von 76 auf nunmehr 62. Unter Vernachlässigung von Doppelmandaten in einem Kontrollgremium entsandten die Unternehmen auf den Rängen 1 bis 10 30,6 Prozent (2008:

30,3 Prozent) aller 62 entsandten Geschäftsführungsmitglieder. Gleichzeitig waren die zehn größten Unternehmen in 22,6 Prozent (2008: 19,7 Prozent) aller Fälle über externe Geschäftsführungsmitglieder in ihrem eigenen Aufsichtsrat mit anderen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ verbunden. Für die Unternehmen auf den ersten 50 Rangpositionen betragen die entsprechenden Anteile 80,6 Prozent (2008: 80,3 Prozent) bzw. 66,1 Prozent (2008: 67,1 Prozent).

346. Von den zum Ende des Geschäftsjahres bestehenden 62 Verbindungen wiesen sechs Banken und Versicherungen aus dem Kreis der „100 Größten“ 20 Verflechtungen (32,6 Prozent) auf. In der Vergleichsperiode 2008 konnten für ebenfalls sechs Banken und Versicherungen insgesamt 21 Verflechtungen festgestellt werden. Ihr Anteil an allen Verflechtungen betrug 2008 dementsprechend 27,6 Prozent.

347. Seit dem Jahr 1996 lässt sich eine stetig rückläufige Zahl von entsandten Geschäftsführern aus Banken und Versicherungen im Untersuchungskreis beobachten mit der Folge, dass das Verhältnis zwischen Verflechtungen von Finanzinstituten an der Gesamtzahl der personellen Verbindungen abnahm. Im aktuellen Berichtsjahr 2010 ist aufgrund der relativ schwächeren Abnahme des Verflechtungsgrades über Geschäftsführungsmitglieder aus Unternehmen, die schwerpunktmäßig der Finanz-

⁷⁴ Vgl. Tabelle II.17, Spalten 4 und 5.

⁷⁵ Vgl. Tabelle II.17, Spalten 6 und 7.

dienstleistungsbranche zuzurechnen sind, ein Anstieg des Anteils zu beobachten. Abbildung II.13 zeigt die tendenziell abnehmende Bedeutung der Banken und Versicherungen im personellen Verflechtungsnetzwerk zwischen deutschen Großunternehmen auf. Die Zahl der Geschäftsführer aus Finanzdienstleistungsunternehmen, die externe Kontrollmandate ausübten, reduzierte sich zwischen 1996 und 2010 um 80,2 Prozent von 101 auf 20 Fälle. Im gleichen Zeitraum sank die Zahl der Geschäftsführer in Unternehmen der Wirtschaftsbereiche Industrie, Handel, Verkehr und Dienstleistungen, die externe Kontrollmandate ausüben, um 50,6 Prozent. Insgesamt spiegeln die Ergebnisse auch den andauernden Abbau der Kapitalbeteiligungen zwischen den Unternehmen im Untersuchungskreis wider. Der Vergleich von personellen Verbindungen und Kapitalbeteiligungen zeigt allerdings, dass beide Verflechtungsmuster nur schwach korreliert sind. Im Berichtsjahr 2010 waren nur 15 der festgestellten 62 personellen Verflechtungen (24,2 Prozent) über Geschäftsführer von einer Kapitalbeteiligung abgedeckt. In der Berichtsperiode 1996 wurden 61 von 186 Vorstandsentsendungen (32,8 Prozent) durch eine parallele Kapitalbeteiligung begleitet.

348. In den letzten beiden Spalten von Tabelle II.17 ist die Zahl der indirekten Verflechtungen über sonstige gemeinsame Träger von Kontrollmandaten zusammengefasst. Zwei Unternehmen gelten in diesem Sinne als personell verflochten, wenn eine Person, die nicht gleichzeitig zur Geschäftsführung eines weiteren Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ zählte, in den Kontrollorganen beider Unternehmen vertreten war. Im Jahr 2010 waren 68 der insgesamt 96 in der Untersuchung betrachteten Unternehmen mit mindestens einem anderen Unternehmen verbunden. Im Vergleichsjahr 2008 wurden noch 73 Verflechtungen zwischen ebenfalls 96 ausgewerteten Kontrollgremien festgestellt. Die Gesamtzahl derartiger Unternehmensverflechtungen verringerte sich von 215 im Jahr 2008 auf 176 in 2010.⁷⁶

Wie bereits in den Vorperioden setzte sich der seit 1996 zu beobachtende Rückgang von Verflechtungen über sonstige gemeinsame Träger von Kontrollmandaten weiter fort. Gegenüber dem Jahr 1996 sank die Gesamtzahl der Verflechtungen um 58,1 Prozent von 420 auf 176 Fälle.

Die erneut erhebliche Abnahme der Verflechtungen über Mandatsträger ist auch darauf zurückzuführen, dass die neu in den Kreis eingetretenen Gesellschaften 14 Verbindungen aufwiesen, die ausgeschiedenen dagegen 26 im Jahr 2008. Allerdings reduzierten auch die Unternehmen, die in beiden Jahren zum Kreis der „100 Größten“ zählten, die Zahl der Verflechtungen über Mandatsträger. In besonders starkem Maße verringerte sich die personelle Einbindung der E.ON AG, der Deutschen Lufthansa AG und der Bayer AG (jeweils -5 Verbindungen) sowie der KfW Bankengruppe und der Voith AG (jeweils -4 Verbindungen). Die höchste Anzahl an Verflechtungen wiesen

im Jahr 2010 die Deutsche Telekom AG mit 13 Verbindungen, die Siemens AG, die Deutsche Bank AG und die Bayer AG mit jeweils zwölf Verbindungen sowie die Daimler AG und die E.ON AG mit jeweils elf Verbindungen auf.

349. Die maximale Anzahl möglicher Verflechtungen zwischen den „100 Größten“ beträgt 4 950.⁷⁷ Der Anteil der tatsächlichen Kontakte über gemeinsame Mitglieder der Kontrollorgane an dieser Maximalzahl lässt sich als Indikator für den Grad der Verflechtungen interpretieren. Zwischen den Jahren 2008 und 2010 reduzierte sich der Verflechtungsgrad um 0,8 Prozentpunkte von 4,3 Prozent auf 3,6 Prozent. Im Vergleich dazu hatte der Anteil im Berichtsjahr 1996 noch 8,5 Prozent betragen.

350. In Tabelle II.18 ist die Zahl der Unternehmen, aufgeschlüsselt nach der Anzahl ihrer indirekten personellen Verflechtungen, dargestellt. Gegenüber der Vorperiode reduzierte sich mit Ausnahme der Fälle, die in die Kategorie mit einer bis einschließlich fünf Verflechtungen fielen, die Verflechtungsanzahl durchgängig in allen Kategorien. Die Gruppe mit mehr als 15 Verbindungen ist erstmals nicht mehr besetzt.

4.3.3 Personelle und Kapitalverflechtungen zwischen Unternehmen des gleichen Wirtschaftszweigs

351. Von wettbewerbspolitischem Interesse ist insbesondere die Frage, inwieweit Unternehmen durch personelle Verflechtungen zwischen Geschäftsführungen und Kontrollorganen miteinander verbunden sind, die wirtschaftliche Aktivitäten in denselben Wirtschaftszweigen aufweisen. Die Zuordnung zu einem Wirtschaftsbereich erfolgte entsprechend den Angaben in Tabelle II.1. Dabei ist zu beachten, dass die Aufzählung nicht in jedem Fall vollständig ist. Einige Unternehmen sind in zahlreichen Branchen vertreten, erwirtschaften in einigen aber nur geringe Umsätze. Für diese Unternehmen sind nur die Tätigkeitsschwerpunkte angegeben. Dadurch können einige Fälle, in denen Unternehmen personell verflochten waren und deren Geschäftsbereiche sich überschneiden, unberücksichtigt geblieben sein. Um diese Problematik abzuschwächen, wird der folgende Vergleich auf einer vergleichsweise hohen Aggregationsebene vorgenommen.⁷⁸ Es ist ferner darauf hinzuweisen, dass die im Rahmen der Untersuchung vorgenommene Zuordnung nach Wirtschaftszweigen nur eine Annäherung an wettbewerbspolitisch relevante Märkte darstellt.⁷⁹ Grundsätzlich wurden bei den Industrieunternehmen die Großhandelsaktivitäten als gemeinsamer Wirtschaftszweig aus der Betrachtung

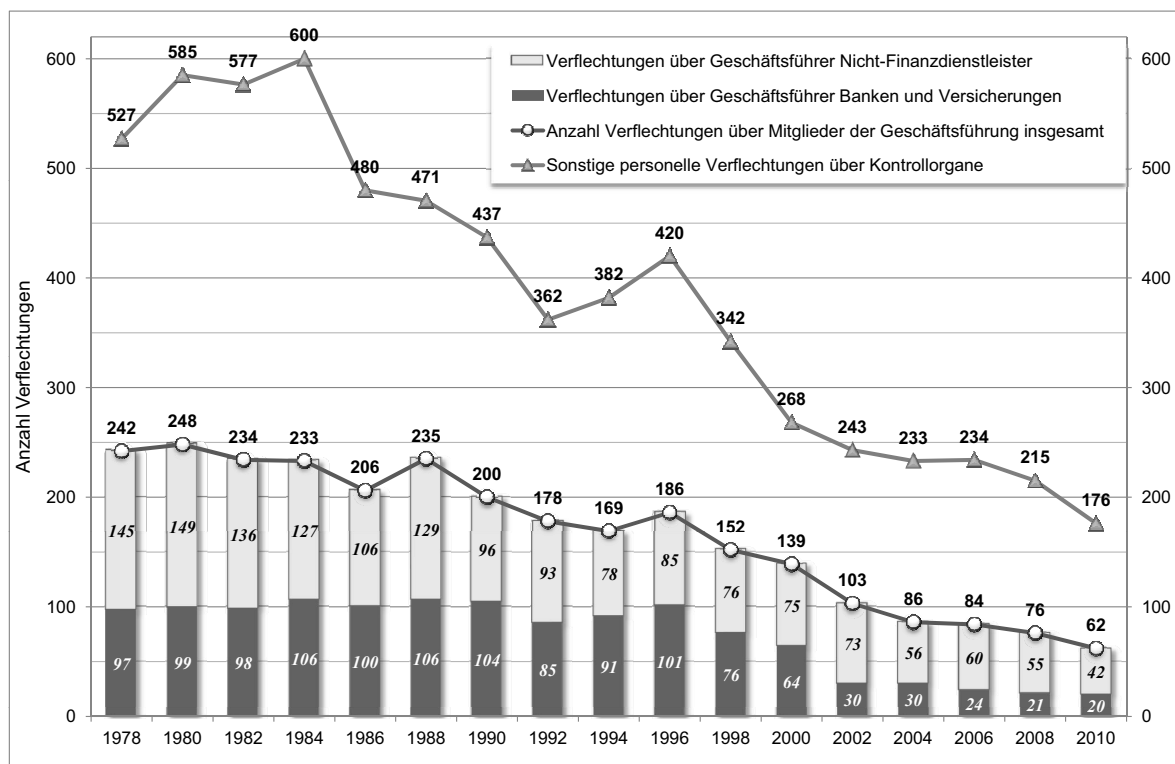
⁷⁶ Jede Verbindung, an der jeweils zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ beteiligt sind, wird einfach gezählt.

⁷⁷ Die höchstmögliche Zahl unterschiedlicher Verflechtungskombinationen entspricht $n(n-1)/2$, mit n = Zahl der betrachteten Unternehmen (jedes der n Unternehmen wäre dann mit jedem der anderen ($n-1$) Unternehmen verflochten).

⁷⁸ Für die aktuelle Untersuchung wurde der Abgleich der Tätigkeitsschwerpunkte auf Grundlage der Zweistellerebene (Gliederungsebene der 88 Abteilungen gemäß der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2008 (WZ 2008) des Statistischen Bundesamtes) durchgeführt.

⁷⁹ Vgl. Tz. 311.

Abbildung II.13

Personelle Verflechtungen der „100 Größten“ in den Jahren 1978 bis 2010

Quelle: Eigene Erhebungen

Tabelle II.18

Häufigkeit der personellen Verflechtungen zwischen den 100 größten Unternehmen über Mandatsträger in den Kontrollorganen von 1996 bis 2010

Anzahl der Verflechtungen	Anzahl der Unternehmen				
	1996	2002	2006	2008	2010
1 bis 5	26	41	32	40	41
6 bis 10	20	15	21	23	21
11 bis 15	11	9	13	8	6
16 bis 20	15	6	4	2	0
21 bis 25	8	2	0	0	0
Über 25	1	0	0	0	0
Insgesamt	81	73	70	73	68

Quelle: Eigene Erhebungen

herausgenommen, da diese Aktivitäten überwiegend dem Vertrieb selbst hergestellter Produkte dienen und die Unternehmen somit als Großhändler nicht miteinander in Konkurrenz stehen.

Im Berichtsjahr 2010 wurden neun Verflechtungen (2008: 14) innerhalb desselben Wirtschaftszweigs identifiziert. In fünf (2008: sechs) Fällen war das den Geschäftsführer entsendende Unternehmen an der anderen Gesellschaft beteiligt. Fünf bzw. alle (2008: fünf) dieser Engagements überstiegen 10 Prozent. Im Folgenden sind alle personellen Verbindungen, sortiert nach dem Rang des entsendenden Unternehmens, aufgeführt. Der gemeinsame Wirtschaftszweig und gegebenenfalls die Höhe des Kapitalanteils sind in Klammern angegeben.⁸⁰

- Volkswagen AG und MAN SE (Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen; 29,9 Prozent),
- Volkswagen AG und Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG (Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen; 49,9 Prozent),
- Siemens AG und ZF Friedrichshafen AG (Maschinenbau),
- Siemens AG und BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH (Herstellung von elektrischen Ausrüstungen; 50,0 Prozent),
- Robert Bosch GmbH und BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH (Herstellung von elektrischen Ausrüstungen; 50,0 Prozent),
- ThyssenKrupp AG und MAN SE (Maschinenbau; Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen),
- ThyssenKrupp AG und Voith AG (Maschinenbau),
- INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG und Continental AG (Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen; 42,2 Prozent),
- Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide und Deutsche Post AG (Lagerei sowie Erbringung von sonstigen Dienstleistungen für den Verkehr).

Gegenüber der Vorperiode nahm die Zahl der personellen Verflechtungen zwischen Unternehmen desselben Wirtschaftszweiges erneut ab. Die Veränderung der Zahl personeller Verflechtungen zwischen Unternehmen in übereinstimmenden Wirtschaftsbereichen ergibt sich sowohl aus der Veränderung innerhalb des Kreises der 100 größten Unternehmen als auch aus Umstrukturierungen in den Geschäftsführungs- und Kontrollorganen der Großunternehmen.

4.3.4 Aufschlüsselung der Kontrollorgane nach Gruppen von Mandatsträgern

352. In Tabelle II.19 erfolgt eine Auswertung der Zusammensetzung der Kontrollorgane der 100 größten Un-

ternehmen nach unterschiedlichen Gruppen von Mandatsträgern. Soweit eine eindeutige Zuordnung möglich war, wurden die Kontrollmandate den verschiedenen Gruppen von Mandatsträgern⁸¹ zugerechnet. Das anteilmäßige Gewicht der unterschiedenen Gruppen hängt erheblich von der Zusammensetzung des Kreises der 100 größten Unternehmen ab, teilweise aber auch von Veränderungen innerhalb der Geschäftsführungsorgane. Der Anteil externer Geschäftsführungsmitglieder von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an allen 849 Arbeitgebervertretern in den Kontrollgremien (2008: 868) reduzierte sich im Vergleich zu 2008 von 9,2 Prozent auf 8,4 Prozent. Der Anteil von Vertretern aus Banken und Versicherungen aus dem Kreis der Großunternehmen lag unverändert bei 2,4 Prozent. Der Anteil der sonstigen nicht zuzuordnenden Arbeitgebervertreter erhöhte sich im gleichen Zeitraum geringfügig von 80,1 Prozent auf 80,3 Prozent.

Die Zahl der Arbeitgebervertreter, die der Kategorie „Vertreter der öffentlichen Hand“ zuzurechnen waren, erhöhte sich gegenüber 2008 unwesentlich von 93 auf 96 Personen (Anteil 10,7 Prozent bzw. 11,3 Prozent an allen Anteilseignervertretern). Von diesen 96 Mandatsträgern vertraten 79 im Geschäftsjahr 2010 als Arbeitgebervertreter die öffentliche Hand als Mehrheitseigentümer. Weitere acht Mandatsträger sind aufgrund einer Minderheitsbeteiligung von mindestens 20 Prozent in einem Kontrollgremium vertreten. Nur vier der 96 Mandate (2008: vier von 93) werden nicht durch eine parallele Kapitalbeteiligung der öffentlichen Hand begleitet. Die Ergebnisse der Untersuchung zur Präsenz von Vertretern der öffentlichen Hand in den Kontrollgremien auf Grundlage der 100 größten Unternehmen und der gewählten Operationalisierung liefern somit keine Hinweise für die These einer zunehmenden Annäherung von Entscheidungsträgern aus Wirtschaft und Politik.⁸² In der weit überwiegenden Zahl der Fälle üben die Vertreter der öffentlichen Hand Kontrollmandate zur Überwachung öffentlicher Kapitalbeteiligungen aus.

Die Zusammensetzung der Arbeitnehmerseite in den erfassten Kontrollgremien änderte sich gegenüber 2008 nur geringfügig. Der Anteil der Gewerkschaftsvertreter an der Gesamtzahl der Arbeitnehmervertreter im Kontrollgremium erhöhte sich von 26,0 Prozent auf 26,2 Prozent. Die übrigen 73,8 Prozent (2008: 74,0 Prozent) der Mandate wurden durch sonstige Arbeitnehmervertreter ausgeübt. Die Zahl aller Mandatsträger in den Kontrollgremien reduzierte sich zwischen 2008 und 2010 von 1 560 auf 1 522 Personen. Der Anteil der Arbeitgebervertreter in den Kontrollgremien erhöhte sich unwesentlich von 55,6 Prozent auf 55,8 Prozent. Die durchschnittliche Größe der 96 erfassten Kontrollgremien betrug 15,9 Sitze (2008: 16,3).

353. Die Untersuchungen der Monopolkommission zeigen weiterhin, dass 35 bzw. 36,5 Prozent der Vorsitzenden des Kontrollgremiums (2008: 39 bzw. 40,6 Pro-

⁸⁰ Falls keine weiteren Erläuterungen gegeben werden, bezieht sich der Kapitalanteil auf die Beteiligung des erstgenannten am zweitgenannten Unternehmen.

⁸¹ Vgl. Tz. 339.

⁸² Vgl. Tz. 252.

Tabelle II.19

**Aufschlüsselung der Mandatsträger in den Kontrollorganen der 100 größten Unternehmen
2008 und 2010 nach Gruppen¹**

Gruppenzugehörigkeit	Zahl der Mandate		Anteil an der jeweiligen Gruppe (%)	
	2008	2010	2008	2010
Arbeitgebervertreter:				
Mitglieder der Geschäftsführung von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	80	71	9,2	8,4
<i>davon:</i>				
<i>Vertreter von Banken und Versicherungen</i>	(21)	(20)	(2,4)	(2,4)
Vertreter der öffentlichen Hand	93	96	10,7	11,3
Sonstige Arbeitgebervertreter	695	682	80,1	80,3
Arbeitgebervertreter insgesamt	868	849	100,0	100,0
<i>nachrichtlich:</i>				
Vorsitzende der Kontrollgremien	96	96	100,0	100,0
<i>davon:</i>				
<i>Mehrfachmandatsträger</i>	39	35	40,6	36,5
<i>aktive Mitglieder der Geschäftsführung von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“</i>	5	6	5,2	6,3
<i>ehemalige Mitglieder der Geschäftsführung des zugehörigen Unternehmens</i>	37	33	38,5	34,4
Arbeitnehmervertreter:				
Gewerkschaftsvertreter ³	180	176	26,0	26,2
Angestellte des Unternehmens (Betriebsräte, leitende Angestellte)	512	497	74,0	73,8
Arbeitnehmervertreter insgesamt	692	673	100,0	100,0
Mandatsträger in den Kontrollgremien insgesamt	1.560	1522		
<i>davon:</i>				
<i>Anteil Arbeitgebervertreter</i>			55,6	55,8
<i>Anteil Arbeitnehmervertreter</i>			44,4	44,2
Geschäftsführer der „100 Größten“²:				
Mehrfachmandatsträger	56	54	10,5	10,3
<i>davon:</i>				
<i>Geschäftsführer aus Banken und Versicherungen</i>	11	12	2,1	2,3
<i>Vorsitzende der Geschäftsführung</i>	24	22	4,5	4,2
Mandatsträger in den Geschäftsführungsgremien insgesamt	532	526	100,0	100,0

¹ Die Daten beziehen sich auf die 96 Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, für die ein Kontrollorgan ermittelt werden konnte. Alle Anteilswerte auf eine Nachkommastelle gerundet.

² Aktualisierte Werte.

³ Gewerkschaftsvertreter gemäß § 7 Absatz 2, § 16 Absatz 2 MitbestG.

Quelle: Eigene Erhebungen

zent) mindestens ein weiteres Geschäftsführungs- bzw. Kontrollmandat in Unternehmen aus dem Untersuchungskreis ausüben. Von den 96 Aufsichtsratsvorsitzenden übten im Jahr 2010 sechs Personen (2008: fünf) Geschäftsführungsmandate in einem weiteren Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ aus.

354. Die detaillierte Auswertung der Kontrollgremien der „100 Größten“ erlaubt ferner Rückschlüsse auf das Wechselverhalten von ehemaligen Mitgliedern der Geschäftsführung in das Kontrollgremium desselben Unternehmens. In der akademischen und politischen Corporate-Governance-Diskussion wird diese unter deutschen Großunternehmen weitverbreitete Praxis seit geraumer Zeit kritisch diskutiert, da sie dem Vorwurf ausgesetzt ist, die Effektivität der Kontrollfunktion eines Aufsichtsratsgremiums einzuschränken, wenngleich in der empirischen Corporate-Governance-Forschung bisher keine negativen Effekte nachgewiesen werden konnten. In § 100 AktG wurde im Jahr 2009 die im Deutschen Corporate Governance Kodex empfohlene Einschränkung der Zulässigkeit entsprechender Wechsel übernommen.⁸³ § 100 Absatz 2 Nummer 4 AktG sieht demnach eine zweijährige Karenzzeit für ehemalige Vorstände deutscher börsennotierter Gesellschaften vor, die nur auf Vorschlag von Aktionären, die mehr als 25 Prozent der Stimmrechte halten, aufgehoben werden kann. Die Ergebnisse veranschaulichen, dass der amtierende Vorsitzende des Kontrollgremiums in 33 Fällen bzw. 34,4 Prozent der Fälle (2008: 37, 38,5 Prozent) zuvor ein Geschäftsführungsmandat im gleichen Unternehmen ausübte.⁸⁴ In 15 der 33 Fälle (2008: 15) handelt es sich hierbei um Unternehmen, die im DAX 30 notiert sind.

355. Die Vertreter der in Tabelle II.19 aufgeführten Gruppen hatten vielfach Mandate in den Kontrollorganen mehrerer Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ inne. Die höchste Zahl an externen Kontrollmandaten belief sich im Jahr 2010 sowohl für die Gruppe der Geschäftsführungsmitglieder als auch der Gewerkschaftsvertreter auf jeweils vier Mandate (2008: vier bzw. fünf Kontrollmandate). Bei den nicht zuzuordnenden Mandatsträgern der Arbeitgeberseite ist die Wahrnehmung von Mehrfachmandaten ebenfalls üblich. In diese Kategorie werden unter anderem ehemalige Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder der „100 Größten“ oder Geschäftsführungsmitglieder von Unternehmen, die nicht zum Berichtskreis zählten bzw. aus diesem ausgeschieden sind, zusammengefasst. Die maximale Anzahl ausgeübter Kontrollmandate betrug in dieser Kategorie im Berichtsjahr fünf (2008: fünf). Die genannte Höchstzahl an Kontrollmandaten in den genannten Gruppen wurde jeweils nur durch eine Person ausgeübt.

⁸³ Vgl. Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex, Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 18. Juni 2009, Ziffer 5.4.4, und Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2509.

⁸⁴ Hierbei war der amtierende Vorsitzende des Kontrollgremiums im Jahr 2008 in 27 Fällen (2008: 32) zuvor der Vorsitzende des zugehörigen Geschäftsführungsgremiums. In sechs Fällen (2008: fünf) handelte es sich um ein anderes Mitglied der Geschäftsführung.

356. Die Monopolkommission sieht weiterhin erheblichen Forschungsbedarf im Hinblick auf die empirische Analyse der Wirkungen personeller Unternehmensverflechtungen auf wettbewerbspolitisch relevante Parameter sowie aus einer betriebswirtschaftlichen Perspektive zu Fragestellungen der Corporate Governance, die über die deskriptive Auswertung der Struktur und Zusammensetzung deutscher Geschäftsführungs- und Kontrollgremien hinausgehen. Zu begrüßen ist die seit einigen Jahren steigende Zahl empirischer Forschungsarbeiten zu Fragestellungen personeller Unternehmensverflechtungen, die durch den stetig verbesserten Zugriff auf umfangreichere und qualitativ hochwertigere Bestände amtlicher und privater Datenanbieter begünstigt wird. Die Monopolkommission plant, einen künftigen Schwerpunkt ihrer empirischen Untersuchungen auf die Analyse personeller und kapitalmäßiger Verflechtungsbeziehungen auf Unternehmensebene zu legen.

5. Die Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Unternehmenszusammenschlüssen und an den Freigabeentscheidungen

357. Externes Wachstum stellt eine der wesentlichen Ursachen für Unternehmenskonzentration dar. Die Berichterstattung zur aggregierten Unternehmenskonzentration schließt daher mit einer Zusammenstellung der unmittelbaren und mittelbaren Beteiligung der jeweils „100 Größten“ an den Unternehmenszusammenschlüssen, die beim Bundeskartellamt nach § 39 GWB vor dem Vollzug anzumelden sind.⁸⁵ Während die vorhergehenden Abschnitte die Verflechtungen der größten Unternehmen untereinander behandeln, wird hier die Zusammenschlussfähigkeit dieser Gruppe insgesamt betrachtet und der Gesamtzahl der Fusionen in Deutschland gegenübergestellt. Die Untersuchungen basieren sowohl auf der Zahl der beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlussvorhaben als auch auf der Zahl der Freigabeentscheidungen.⁸⁶

358. Gegenüber der Berichtsperiode 2008/09 verminderte sich die Zahl der angemeldeten Zusammenschlüsse der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ im Zeitraum 2010/11 um 29,4 Prozent auf insgesamt 341 Fälle (2008/09: 483).⁸⁷ In den Fällen, in denen mehr als ein Unternehmen aus dem Berichtskreis an einer Fu-

⁸⁵ Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden grundsätzlich Anwendung, sofern die Umsatzerlöse der an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen weltweit insgesamt 500 Mio. Euro überschreiten und mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. Euro und ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 5 Mio. Euro erzielt haben (§ 35 Absatz 1 GWB).

⁸⁶ Das Abstellen auf das Kriterium Freigaben zur Beurteilung des tatsächlichen externen Wachstums beruht auf der Annahme, dass angemeldete Zusammenschlüsse, die durch das Bundeskartellamt freigegeben wurden, in der Regel auch von den Beteiligten vollzogen werden.

⁸⁷ Bei den übermittelten Daten zu der Zahl der Anmeldungen und den Freigaben für das Jahr 2011 handelt es sich jeweils um vorläufige Werte.

sion teilnahm, wurde diese jedem der Unternehmen zugeordnet. Im Zeitraum 2010/11 wurden insgesamt 2 087 Zusammenschlüsse beim Bundeskartellamt angemeldet. Im Vergleich zur Vorperiode 2008/09, in der 2 673 Zusammenschlüsse gemeldet wurden, ergibt sich ein Rückgang um 21,9 Prozent. Aus beiden Entwicklungen folgt mit einem Anteilswert von 16,3 Prozent im Zeitraum 2010/11 (2008/09: 18,1 Prozent) eine im Vergleich zur Gesamtheit aller Unternehmen gesunkene Zusammenschlussaktivität der betrachteten Großunternehmen.

Im Zeitraum 2010/11 wurden ferner 1 893 Fälle mit einer Freigabe durch das Bundeskartellamt abgeschlossen (2008/09: 2 483), von denen 282 bzw. 14,9 Prozent den 100 größten Unternehmen zuzurechnen sind (2008/09: 409 bzw. 16,5 Prozent).

359. Tabelle II.20 fasst für jedes Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ die Zahl der angemeldeten Zusammenschlüsse und die Zahl der Freigabeentscheidungen für die Zeiträume 2008/09 und 2010/11 zusammen. In der Periode 2010/11 meldeten 71 der Unternehmen aus dem Untersuchungskreis (2008/09: 78) zumindest einen Zusammenschluss an. Für ebenfalls 71 Unternehmen (2008/09: 75) konnte mindestens eine Freigabeentscheidung festgestellt werden.

Insgesamt waren 2010/11 zehn Unternehmen (2008/09: 15) an zehn und mehr angemeldeten Zusammenschlussvorhaben beteiligt, wobei die DZ Bank AG mit 29 Anmeldungen, die RWE AG mit 26 Anmeldungen und die STRABAG-Gruppe Deutschland mit 17 Anmeldungen die höchste Zusammenschlussaktivität aufwiesen. Wie in den Vorperioden zeichneten sich vor allem die Energieversorgungsunternehmen E.ON AG, RWE AG und Energie Baden-Württemberg AG durch eine überdurchschnittliche Zahl von Zusammenschlussvorhaben aus, wobei sich die Zahl der Anmeldungen gegenüber 2008/09 in allen drei Fällen deutlich verringerte.

360. Tabelle II.21 nimmt eine Einteilung des Untersuchungskreises in Quartile vor. Aus der Tabelle ist abzulesen, dass der im Vergleich zur Vorperiode relativ starke Rückgang der Zahl der Anmeldungen überwiegend auf die Entwicklung der Zahl der auf die Unternehmen in der unteren Hälfte der Rangfolge entfallenden Anmeldungen zurückzuführen ist. Der Anteil der Unternehmen auf den ersten 50 Rangpositionen an der Gesamtzahl der Zusammenschlüsse der 100 Großunternehmen erhöhte sich gegenüber dem Zeitraum 2008/09 entsprechend von 56,5 Prozent auf 64,8 Prozent. Mit einem Anteil von 60,6 Prozent in der Periode 2010/11 bzw. 54,0 Prozent in 2008/09 ergibt sich eine vergleichbare Entwicklung hinsichtlich der Zahl der Freigabeentscheidungen.

Tabelle II.20

**Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlüssen
und der Zahl der Freigabeentscheidungen¹**

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anmeldungen ²		Freigaben ³	
2010	2008		2010/11	2008/09	2010/11	2008/09
1	1	Daimler AG	8	5	7	5
2	3	Volkswagen AG	7	5	5	5
3	2	Siemens AG	9	15	7	15
4	4	Deutsche Telekom AG	13	8	7	8
5	5	Deutsche Bahn AG	1	5	1	5
6	7	E.ON AG	12	36	9	25
7	8	Robert Bosch GmbH	6	11	4	11
8	11	Bayerische Motoren Werke AG	2	3	1	3
9	6	BASF SE	2	7	2	6
10	12	RWE AG	26	35	16	18
11	10	Deutsche Post AG	1	3	1	3
12	14	Deutsche Bank AG	1	6	1	6
13	13	Deutsche Lufthansa AG	0	3	0	3
14	9	ThyssenKrupp AG	3	3	3	3

noch Tabelle II.20

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anmeldungen ²		Freigaben ³	
2010	2008		2010/11	2008/09	2010/11	2008/09
15	18	Metro AG	0	0	0	0
16	30	REWE-Gruppe (Rewe Zentralfinanz eG)	0	3	0	1
17	20	Commerzbank AG	1	3	1	2
18	29	Energie Baden-Württemberg AG	12	24	6	17
19	19	Continental AG	0	3	0	3
20	25	EADS-Gruppe Deutschland (EADS N.V.)	1	2	1	2
21	22	SAP AG	4	3	3	3
22	16	Bayer AG	2	3	2	3
23	24	ZF Friedrichshafen AG	4	1	3	1
24	34	Bertelsmann AG	13	23	10	17
25	26	Evonik Industries AG	6	10	6	9
26	-	INA-Holding Schaeffler GmbH & Co. KG	1	-	1	-
27	21	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	0	3	0	3
28	44	KfW Bankengruppe	2	0	1	0
29	23	UniCredit-Gruppe Deutschland (UniCredit S.p.A.)	1	1	1	0
30	31	Aldi-Gruppe (Aldi Einkauf GmbH & Co. oHG (Nord) und (Süd))	0	0	0	0
31	33	Fresenius SE	5	6	5	6
32	36	IBM-Gruppe Deutschland (IBM International Business Machines Corporation)	2	4	2	4
33	27	Vattenfall-Gruppe Deutschland (Vattenfall AB)	2	4	2	3
34	17	Allianz SE	2	3	2	1
35	15	Vodafone-Gruppe Deutschland (Vodafone Group Plc)	1	2	1	2
36	35	Schwarz-Gruppe (Kaufland Stiftung & Co. KG, Lidl Stiftung & Co. KG)	0	0	0	0
37	28	MAN SE	2	2	2	2
38	38	Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG	1	0	1	0
39	39	Sanofi-Aventis-Gruppe Deutschland (Sanofi-Aventis S.A.)	0	0	0	0
40	37	Ford-Gruppe Deutschland (Ford Motor Company Inc.)	1	2	1	2
41	49	Rhön-Klinikum AG	1	4	1	4
42	48	Wacker Chemie AG	0	0	0	0
43	42	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG	0	0	0	0
44	58	Landesbank Baden-Württemberg	13	14	10	13

noch Tabelle II.20

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anmeldungen ²		Freigaben ³	
2010	2008		2010/11	2008/09	2010/11	2008/09
45	50	Asklepios Kliniken GmbH	2	1	2	1
46	51	DZ Bank AG	29	24	25	22
47	40	Total-Gruppe Deutschland (Total S.A.)	6	4	4	3
48	95	EDEKA Zentrale AG & Co. KG	10	10	9	9
49	43	Stadtwerke München GmbH	5	7	4	7
50	53	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH	1	0	1	0
51	71	Bilfinger Berger SE	6	10	5	10
52	74	BP-Gruppe Deutschland (BP p.l.c.)	2	4	1	4
53	57	E. Merck KG	0	0	0	0
54	41	K+S AG	0	1	0	1
55	32	Salzgitter AG	1	3	1	3
56	54	Procter & Gamble-Gruppe Deutschland (The Procter & Gamble Company)	0	0	0	0
57	46	RAG-Stiftung	3	1	3	1
58	60	Rethmann AG & Co. KG	16	23	15	21
59	56	Roche-Gruppe Deutschland (Roche Holding AG)	1	2	1	1
60	55	Otto Group (Otto (GmbH & Co KG))	0	0	0	0
61	87	Debeka-Gruppe (Debeka Lebens- und Krankenversicherungsverein a.G.)	0	1	0	1
62	52	Liebherr-International-Gruppe Deutschland (Liebherr-International S.A.)	1	1	1	1
63	79	STRABAG-Gruppe Deutschland (STRABAG SE)	17	22	15	21
64	59	Adolf Würth GmbH & Co. KG	2	2	2	2
65	62	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	0	0	0	0
66	93	Henkel AG & Co. KGaA	0	0	0	0
67	65	Deutsche Börse AG	2	4	2	3
68	70	Bayerische Landesbank	3	3	3	3
69	78	Voith AG	0	6	0	6
70	61	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland (Compagnie de Saint-Gobain S.A.)	1	3	1	3
71	76	Nestlé-Gruppe Deutschland (Nestlé S.A.)	3	1	3	1
72	-	Sana Kliniken AG	2	-	2	-
73	80	maxingvest AG	0	0	0	0
74	72	PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	0	0	0	0

noch Tabelle II.20

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anmeldungen ²		Freigaben ³	
2010	2008		2010/11	2008/09	2010/11	2008/09
75	77	Carl Zeiss AG	3	2	3	2
76	67	ABB-Gruppe Deutschland (ABB Ltd.)	0	0	0	0
77	88	AXA-Gruppe Deutschland (AXA S.A.)	7	9	7	8
78	92	Stadtwerke Köln GmbH	5	12	5	8
79	66	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland (Hewlett-Packard Company)	4	6	4	6
80	81	Rheinmetall AG	6	7	4	6
81	73	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	0	0	0	0
82	97	Linde AG	0	0	0	0
83	45	ExxonMobil-Gruppe Deutschland (Exxon Mobil Corporation)	0	0	0	0
84	-	H & M Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland (H & M Hennes & Mauritz AB)	0	-	0	-
85	83	KPMG-Gruppe Deutschland (KPMG Europe LLP)	0	0	0	0
86	-	LANXESS AG	1	-	1	-
87	99	EDEKA Minden eG	1	3	1	3
88	69	Landesbank Berlin Holding AG	4	1	4	1
89	47	Shell-Gruppe Deutschland (Royal Dutch Shell plc)	6	5	4	4
90	100	Philips-Gruppe Deutschland (Koninklijke Philips Electronics N.V.)	2	1	2	1
91	84	Axel Springer AG	3	10	3	8
92	90	Freudenberg & Co. KG	1	2	1	2
93	98	Johnson Controls-Gruppe Deutschland (Johnson Controls Inc.)	6	2	6	2
94	94	Miele & Cie. KG	0	0	0	0
95	91	Novartis-Gruppe Deutschland (Novartis AG)	0	2	0	2
96	-	HSH Nordbank AG	1	-	1	-
97	96	DEKRA SE	1	3	1	3
98	-	DFS Deutsche Flugsicherung GmbH	1	-	1	-
99	-	ALSTOM-Gruppe Deutschland (ALSTOM S.A.)	0	-	0	-
100	-	Dr. August Oetker KG	8	-	8	-
-	63	ARCANDOR AG	-	6	-	5
-	64	Tengelman Warenhandelsgesellschaft KG (The Dow Chemical Company)	-	6	-	6
-	68	TUI AG	-	1	-	1

noch Tabelle II.20

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anmeldungen ²		Freigaben ³	
2010	2008		2010/11	2008/09	2010/11	2008/09
-	75	General Motors-Gruppe Deutschland (General Motors Corporation)	-	1	-	0
-	82	Heidelberger Druckmaschinen AG	-	1	-	1
-	85	Generali-Gruppe Deutschland (Assicurazioni Generali S.p.A.)	-	3	-	1
-	86	Dow-Gruppe Deutschland (The Dow Chemical Company)	-	1	-	1
-	89	DHS – Dillinger Hütte Saarstahl AG	-	1	-	0
Insgesamt			341	483	282	409
Anzahl Unternehmen			71	78	71	75
Gesamtzahl aller Anmeldungen/Freigaben			2.087	2.673⁴	1.893	2.483⁴
Anteil der „100 Größten“ an der Gesamtzahl aller Fälle (in Prozent)			16,3	18,1	14,9	16,5

¹ Bei den übermittelten Daten für das Jahr 2011 handelt es sich jeweils um vorläufige Werte.² Gezählt werden Vorgänge, die zwischen dem 1. Januar 2010 und dem 31. Dezember 2011 beim Bundeskartellamt angemeldet wurden und bei denen das Unternehmen entweder selbst Erwerber, die Obergesellschaft zu einem der Erwerber oder selbst Erworbener ist.³ Anzahl der zwischen dem 1. Januar 2010 und dem 31. Dezember 2011 entweder im Vor- oder Hauptprüfverfahren mit und ohne Nebenbestimmungen freigegebenen Vorgänge.⁴ Aktualisierter Wert im Vergleich zum letzten Hauptgutachten.

Quelle: Eigene Berechnungen nach Angaben des Bundeskartellamtes

Tabelle II.21

Häufigkeit der Beteiligungen der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an Unternehmenszusammenschlüssen nach Ranggruppen¹

Ranggruppe	Anmeldungen				Freigaben			
	2010/11		2008/09		2010/11		2008/09	
	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl	Anteil (%)
1 bis 25	134	39,3	169	35,0	96	34,0	136	33,3
26 bis 50	87	25,5	104	21,5	75	26,6	85	20,8
51 bis 75	63	18,5	111	23,0	58	20,6	102	24,9
76 bis 100	57	16,7	99	20,5	53	18,8	86	21,0
Insgesamt	341	100,0	483	100,0	282	100,0	409	100,0

¹ Bei den übermittelten Daten für das Jahr 2011 handelt es sich jeweils um vorläufige Werte.

Quelle: Eigene Berechnungen nach Angaben des Bundeskartellamtes

Kapitel III

Internationale personelle Unternehmensverflechtungen

1. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

361. Die nachfolgende Analyse erweitert die seit dem Berichtsjahr 1978 bisher allein im Rahmen von Kapitel II durchgeführte Untersuchung zum Stand und zur Bedeutung personeller Verflechtungen zwischen den 100 größten inländischen Unternehmen um eine internationale Perspektive. Infolge der zunehmenden Globalisierung der Beschaffungs- und Absatzmärkte und der internationalen Ausrichtung von Unternehmen ist zu vermuten, dass die Bedeutung personeller Verflechtungen zwischen Unternehmen über Landesgrenzen hinweg zunehmend an Bedeutung gewinnt. Bislang konnte aufgrund der eingeschränkten Datenverfügbarkeit keine systematische Analyse zu internationalen personellen Unternehmensverflechtungen für eine größere Stichprobe von Unternehmen durchgeführt werden. Auch ein umfassender Vergleich des personellen Verflechtungsgrades zwischen deutschen Unternehmen mit dem personellen Verflechtungsgrad anderer Volkswirtschaften war in der Vergangenheit in Ermangelung verfügbarer Statistiken nicht möglich. Im letzten Hauptgutachten konnte die Monopolkommission erstmals deskriptive Befunde zur Bedeutung personeller Verflechtungen zwischen ausgewählten OECD-Mitgliedstaaten für den Stichtag 31. Dezember 2007 präsentieren. In diesem Hauptgutachten legt die Monopolkommission nun eine aktualisierte und um die zeitliche Dimension erweiterte Untersuchung für Unternehmen in ausgewählten europäischen Ländern auf Grundlage eines verbesserten Datensatzes vor.

362. Die in den folgenden Abschnitten ausgewiesenen deskriptiven Ergebnisse verfolgen zunächst im Wesentlichen drei Schwerpunkte. Erstens erfolgt ein Vergleich des Standes und der Entwicklung personeller Unternehmensverflechtungen in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten im Zeitraum 2006 bis 2010, um die nationale und internationale Bedeutung dieser Verflechtungsform aufzuzeigen und mögliche Trends aufzudecken. Zweitens werden nationale sowie internationale Verflechtungsbeziehungen auf Branchenebene analysiert, um die Bedeutung dieses Verflechtungstatbestandes in unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen zu veranschaulichen. Hierbei wird eine Unterscheidung getroffen zwischen verflochtenen Unternehmen, die einen identischen Tätigkeitsschwerpunkt aufweisen (Intra- bzw. horizontale Branchenverflechtungen) sowie Unternehmen mit Inter-Branchenverflechtungen. Zudem wird die Rolle der Unternehmen, die schwerpunktmäßig dem Finanzdienstleistungsgewerbe zuzurechnen sind, im europäischen Netzwerk aus personellen Unternehmensverflechtungen beleuchtet. Drittens erfolgt eine detaillierte Analyse für deutsche Unternehmen. Es soll insbesondere gezeigt werden, in welchen Branchen deutsche Unternehmen die größte Zahl von

Verflechtungen bzw. die höchste Verflechtungsintensität aufweisen.

Die umfangreichen Erhebungsarbeiten der Monopolkommission stellen die Grundlage für ein umfassendes und qualitativ hochwertiges Unternehmenspanel zu europäischen Großunternehmen dar. In weiteren Schritten soll das Panel um zusätzliche unternehmensspezifische Variablen ergänzt werden. Abschnitt 4 gibt einen Ausblick auf das weitere Vorgehen zum Aufbau der Datenbasis und die geplanten zukünftigen Untersuchungsschwerpunkte in diesem Forschungsfeld.

2. Methodische Vorbemerkungen und Stichprobenauswahl

2.1 Theoretische Grundlagen

363. Eine zunehmende Zahl nationaler und internationaler Forschungsarbeiten befasst sich vor dem Hintergrund aktueller Corporate-Governance-Diskussionen mit dem empirischen Phänomen personeller Unternehmensverflechtungen über Mehrfachmandatsträger.¹ Zur Klärung der Ursachen und Wirkungen personeller Unternehmensverflechtungen werden in der Literatur unterschiedliche organisationstheoretische Ansätze diskutiert.² Aus einer institutionellen Perspektive können personelle Unternehmensverflechtungen unter anderem einen effizienten Kooperationsmechanismus zur Koordination horizontaler sowie vertikaler Transaktionen zwischen Unternehmen darstellen oder Unsicherheiten zu vor- oder nachgelagerten Unternehmen auf den Beschaffungs- und Absatzmärkten abschwächen. Weiterhin wird in der Literatur darauf verwiesen, dass Mehrfachmandats-träger über ihre Ämter spezifische Erfahrungen und Informationen erwerben und die entsprechenden Unternehmen von der besonderen Beratungs- und Kontrollexpertise sowie dem Prestige externer Mandatsträger profitieren. Aus einer betriebswirtschaftlichen Perspektive können personelle Verflechtungen dementsprechend positive Effekte für die beteiligten Unternehmen entfalten, wie beispielsweise durch einen erleichterten Erfahrungsaustausch oder eine verbesserte Unternehmenssteuerung und -kontrolle. Aktuelle empirische Studien zu US-amerikanischen Unternehmen verdeutlichen zudem die Bedeutung von per-

¹ Vgl. für einen Überblick unter anderem Adams, R. B./Hermalin B. E./Weisbach, M. S., The Role of Boards of Directors in Corporate Governance: A Conceptual Framework & Survey., Journal of Economic Literature 48(1), 2010, S. 58–107.

² Vgl. z. B. Balsmeier, B./Buchwald, A./Peters, H., Auswirkungen von Mehrfachmandaten deutscher Vorstands- und Aufsichtsratsvorsitzender auf den Unternehmenserfolg, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 230(5), 2010, S. 547–570, für eine ausführliche Diskussion der relevanten theoretischen und empirischen Literatur.

sonellen Verflechtungen im Zuge von Unternehmensübernahmen und -zusammenschlüssen.³

364. Neben den skizzierten möglichen positiven betriebswirtschaftlichen Effekten sind auch Anreize zu wettbewerbsdämpfendem Verhalten festzustellen. Personelle Verflechtungen stellen grundsätzlich keinen Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen dar, wenngleich sie auf horizontaler Ebene geeignet sind, ein koordiniertes Marktverhalten und informelle Verhaltensabstimmungen durch den Austausch detaillierter und vertraulicher Firmeninformationen zu begünstigen.⁴ Es lässt sich unterstellen, dass für derartig verflochtene Unternehmen tendenziell geringere Anreize bestehen, in Konkurrenz zueinander zu treten als für nicht verflochtene Unternehmen. Aus einer rein wettbewerblichen Perspektive sind personelle Unternehmensverflechtungen daher kritisch zu beurteilen, auch wenn diese Verflechtungen auf betriebswirtschaftlicher Ebene unter Umständen mit positiven Effekten für die beteiligten Unternehmen einhergehen.

365. Gerade im internationalen Kontext können personelle Verflechtungen von hoher wettbewerbspolitischer Relevanz sein, da sie geeignet sind, den Einfluss einzelner Unternehmen auf bestimmten Beschaffungs- und Absatzmärkten über Ländergrenzen hinweg zu erhöhen, indem Verbindungen zu Unternehmen aufgebaut werden, mit denen sie in Liefer- und Leistungsbeziehungen stehen. Daneben kann eine hohe inländische Verflechtungsintensität die internationale Öffnung von Märkten erschweren. Die personelle Vernetzung von Unternehmen in ihren Heimatländern erhält eine weitreichende Bedeutung, wenn auf diesem Wege ausländischen Konkurrenten der Zugang zu inländischen Absatz- oder Beschaffungsmärkten erschwert wird. Große und gut vernetzte Unternehmen können gerade in ihren Heimatländern aufgrund ihrer wirtschaftlichen Bedeutung auch Einfluss auf das politische Geschehen und den ordnungspolitischen Rahmen ausüben und die Öffnung von internationalen Märkten auf diesem Wege behindern.

366. Die Bedeutung von personellen Verflechtungen für die Beurteilung der Wettbewerbsintensität begründet sich aus der Annahme, dass Unternehmensverflechtungen einen geeigneten Indikator darstellen, Unternehmensmacht nicht nur anhand des Marktanteils in einzelnen Wirtschaftszweigen, sondern auch marktübergreifend abzubilden. Dementsprechend werden in § 19 Absatz 2 Nummer 2 GWB als Beurteilungskriterien für die Marktstellung eines Unternehmens neben dem Marktanteil beispielhaft insbesondere die Finanzkraft, der Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen sowie rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen genannt. Insgesamt scheint die Annahme begründet, dass ein höherer Verflechtungsgrad – unabhängig von der kor-

rekten Abgrenzung wettbewerblich relevanter Märkte – tendenziell zu einer geringeren Wettbewerbsintensität zwischen den verflochtenen Unternehmen und einer größeren Marktmacht der verflochtenen Unternehmen im Verhältnis zu nicht verflochtenen Unternehmen führt. Im Falle von Verflechtungsbeziehungen innerhalb eines konkreten Marktes dürfte dieser Wirkungszusammenhang am stärksten sein. Da die tatsächliche Verflechtung der wirtschaftlichen Akteure jedoch nicht vollständig messbar ist und besonders relevante innermarktliche Verflechtungsbeziehungen aus der Menge aller sichtbaren Verflechtungen nicht mit Sicherheit identifiziert werden können, führt eine diesbezüglich undifferenzierte Betrachtung tendenziell zu einer Unterschätzung der tatsächlichen wettbewerbsmindernden Effekte von Unternehmensverflechtungen.

Die vorliegende Untersuchung stellt daher einen ersten Ansatz dar, personelle Verflechtungen zwischen Unternehmen über Ländergrenzen hinweg auf Grundlage einer umfassenden Stichprobe transparent zu machen. Die Analyse personeller Verflechtungen zwischen börsennotierten Unternehmen in ausgewählten europäischen Ländern erlaubt zunächst eine systematische Darstellung des Umfangs und der Entwicklung nationaler und internationaler personeller Verflechtungen. Mögliche wettbewerbsmindernde Effekte personeller Verflechtungen werden dadurch nicht automatisch aufgedeckt. Hierbei wären zunächst wettbewerblich relevante Märkte zu identifizieren und sowohl sachlich als auch räumlich korrekt abzugrenzen. Ein entsprechendes Vorgehen ist bislang weder auf Grundlage öffentlicher noch privater Datenbestände für eine Großzahl von Unternehmen umzusetzen.

2.2 Datengrundlage und deskriptive Statistiken

367. Die empirische Erfassung personeller Verbindungen zwischen Unternehmen ist mit einer Reihe methodischer Probleme verbunden, die bei der Interpretation der Ergebnisse zu berücksichtigen sind. Die Ursachen hierfür sind einerseits darin zu sehen, dass unterschiedlichste Formen personeller Verflechtungsbeziehungen selbst mit hohem Aufwand kaum lückenlos zu ermitteln sind. Hierunter fallen z. B. Kreditverträge, stille Teilhaberschaften, aber auch soziale Netzwerke wie Verwandtschaftsbeziehungen, Verbindungen durch Vereins- oder Clubmitgliedschaften sowie alle sonstigen nicht öffentlich bekannten Beziehungen zwischen verschiedenen Unternehmenseigentümern oder -vertretern. Andererseits wird die Möglichkeit der Erfassung personeller Verflechtungen erheblich durch die wenigen verfügbaren qualitativ hochwertigen und elektronisch auswertbaren Datenbestände limitiert. Mitglieder der obersten Leitungs- und Kontrollorgane werden in Geschäftsberichten, öffentlichen Unternehmensregistern oder unternehmenseigenen Internetseiten für die Mehrzahl der börsennotierten Unternehmen ausgewiesen. Personelle Verflechtungen einzelner Unternehmen über Mehrfachmandate von Vorstandsmitgliedern oder Aufsichtsratsmitgliedern können daher im Einzelfall grundsätzlich mit relativ geringem Aufwand erhoben werden. Allerdings ist eine systematische ma-

³ Vgl. Schonlau, R./Singh, P. V., Board Networks and Merger Performance, Working Paper, Pittsburgh 2009.

⁴ Vgl. Mizruchi, M. S., What Do Interlocks Do? An Analysis, Critique and Assessment of Research on Interlocking Directorates, Annual Review of Sociology 22, 1996, S. 271–298, sowie Tz. 311.

nuelle Analyse derartiger Unternehmensverflechtungen für große Unternehmensstichproben nahezu unmöglich, da diese Angaben für eine Vielzahl von Unternehmen nicht elektronisch weiterverarbeitet werden können. Bei der Erfassung internationaler Verbindungen wird die Erhebung zusätzlich durch unterschiedliche nationale Veröffentlichungsvorschriften und Datenschutzbestimmungen erschwert. Die Problematik der Datenerhebung gewinnt zusätzlich an Bedeutung, sofern historische Daten zum Aufbau von Zeitreihen auszuwerten sind. Die Erhebung und Auswertung entsprechender historischer Daten ist nur unter erheblichem Aufwand und nicht lückenlos möglich. Eine redaktionelle Aufarbeitung, wie sie für die hundert größten inländischen Unternehmen in Kapitel II vorgenommen wird, scheidet aufgrund des erheblichen Erhebungsaufwandes für die vorliegende Untersuchung aus. In der Folge muss für eine systematische Analyse personeller Unternehmensverflechtungen zwischen einer Vielzahl von Unternehmen auf standardisierte Angaben in bestehenden Datenbanken zurückgegriffen werden. Die Grenzen der Auswertungen werden somit maßgeblich durch die Verfügbarkeit und die Qualität des vorhandenen Datenmaterials bestimmt. Im Folgenden werden zunächst die für die Beurteilung der Ergebnisse relevanten Vorarbeiten und zentralen Eigenschaften der verwendeten Datenbestände beschrieben.

368. Öffentliche Mikrodatensätze zu Unternehmen sind zumeist stark auf nationale Belange ausgerichtet und zeichnen sich in der Regel durch teilweise prohibitive Zugangshürden und eine unzureichende Anwenderorientierung aus. Internationale Beziehungen werden auf Unternehmensebene nur vereinzelt in einer ausreichenden Qualität und einem angemessenen Detaillierungsgrad ausgewiesen. Insbesondere Angaben zu personellen Unternehmensverflechtungen können nur vereinzelt aus öffentlichen Datenbeständen entnommen werden. Ein derzeit im Aufbau befindliches europäisches Unternehmensregister kann diesen Bedarf nur unzureichend erfüllen. Ein Zugang zu den Daten des Registers ist zum einen derzeit nur für nationale statistische Ämter und Zentralbanken vorgesehen, zum anderen ist nicht geplant, personelle Unternehmensverflechtungen zu erfassen. Für den Aufbau einer entsprechenden Datenbank muss daher auf Bestände privater Datenanbieter zurückgegriffen werden, die seit einigen Jahren umfangreiche Datenbestände für internationale Marktanalysen kommerziell vertreiben.⁵ Im Rahmen der erstmaligen Ermittlung personeller Verflechtungen zwischen Unternehmen in ausgewählten Mitgliedstaaten der OECD hat sich die Monopolkommission im Rahmen ihres letzten Hauptgutachtens auf Informationen der „OSIRIS“-Datenbank des Anbieters Bureau van Dijk gestützt.⁶ Für die aktuellen Erhebungsarbeiten der Monopolkommission wird die Datenbank „Officers & Directors“ des Anbieters Thomson Reuters genutzt, die detaillierte Informationen zu Führungskräften börsennotierter Unternehmen weltweit im Zeitverlauf enthält und die eine systematische Analyse der Entwicklung nationa-

ler und internationaler Verflechtungen auf Länderebene im Zeitablauf erlaubt. Die Identifikation der Unternehmen erfolgt anhand ihrer International Securities Identifications Nummer (ISIN). Thomson Reuters hinterlegt ferner jeden erfassten Mandatsträger im Datensatz mit einer individuellen Personenidentifikationsnummer, anhand derer einzelne Beobachtungen eindeutig identifiziert werden können und die es erlauben, auf einen aufwendigen und potenziell fehlerbehafteten automatisierten Namensabgleich zu verzichten. Letzterer führt im Falle von fehlerhaft gesetzten Trennzeichen oder Fehlern bei der Dateneingabe tendenziell zu einer Unterschätzung der tatsächlich vorhandenen personellen Verflechtungen. Vereinzelt kann ein automatisierter Abgleichprozess auch zu einer Überschätzung von personellen Unternehmensverbindungen führen, wenn unterschiedliche Personen mit identischem Vornamen, gegebenenfalls Mittel- und Nachnamen in verschiedenen Unternehmen eine Leitungs- oder Kontrolltätigkeit ausüben. Auch über eine Verfeinerung des Abgleichprozesses – beispielsweise anhand der Berücksichtigung zusätzlicher Persönlichkeitsmerkmale wie z. B. das Geburtsdatum – lassen sich entsprechende Fehlidentifikationen nicht vollständig ausschalten. Anhand der in der „Officers & Directors“-Datenbank des Anbieters Thomson Reuters vermerkten individuellen Personenidentifikationsnummer konnte diese potenziell vorhandene Fehlerquelle ausgeschaltet werden.

369. Ein weiterer erheblicher Vorteil der „Officers & Directors“-Datenbank liegt in dem Ausweis der Amtsperioden der jeweiligen Mandatsträger. Hierbei wird die Amtsdauer durch ein Eintritts- und Austrittsdatum sowie die ausführliche Beschreibung des Mandats eindeutig gekennzeichnet. Auf Grundlage dieser Angaben wurde eine Stichtagsbetrachtung obsolet. Bisher genutzte Datenbanken enthielten entsprechende Angaben zu den Mandatsträgern zu einem gegebenen zeitlichen Berichtsstand, der sich nicht zwingend mit dem Bilanzstichtag eines Geschäftsberichts deckt. Bei dem Aufbau des aktuellen Unternehmenspanels wurden die in der „Officers & Directors“-Datenbank ausgewiesenen Amtsdauern auf den jeweiligen Stichtag 31. Dezember der betrachteten Kalenderjahre umgerechnet. In zusätzlich durchgeführten Stichprobenuntersuchungen der Monopolkommission konnten in Einzelfällen Angaben aus der Datenbank nicht verifiziert werden. Thomson Reuters stützt sich bei ihren Recherchen sowohl auf publizierte Angaben in den Geschäftsberichten, Internetseiten und weitere Quellen der betrachteten Unternehmen als auch auf aktuelle Pressemeldungen.⁷ Dennoch kann die Monopolkommission infolge ihrer eigenen Recherchen nicht ausschließen, dass die Angaben zur Vorstands- und Aufsichtsratsbesetzung in Einzelfällen nicht dem tatsächlichen Stand entsprechen. Die geringe Fehlerwahrscheinlichkeit lässt jedoch darauf schließen, dass keine systematische Verzerrung in den Daten vorliegt.

370. In ihrem aktuellen Hauptgutachten konzentriert sich die Monopolkommission aufgrund des erheblichen

⁵ Vgl. die Diskussion in Kapitel I dieses Gutachtens.

⁶ Vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Hauptgutachten 2008/2009, Baden-Baden 2010, Kapitel III.

⁷ Vgl. Thomson Reuters, Reuters Business Intelligence – Officers and Directors User Guide, Version 0.1, 2009.

Erhebungsaufwands zunächst auf die Analyse der personellen Unternehmensverflechtungen in den sog. EU-15-Mitgliedstaaten zuzüglich Norwegen und der Schweiz in den Berichtsjahren 2006, 2008 und 2010. Wie die Untersuchungen der Monopolkommission im vergangenen Hauptgutachten gezeigt haben, ist die höchste Verflechtungsintensität zwischen Ländern mit geringen geografischen Distanzen zu beobachten. Der gemeinsame europäische Wirtschaftsraum stellt somit eine geeignete Untersuchungseinheit zur Analyse personeller Unternehmensverbindungen dar.

371. Zwei Unternehmen werden im Folgenden als personell verflochten betrachtet, wenn mindestens ein Mitglied des Vorstandes, Aufsichtsrates oder im Falle von Unternehmen mit einem monistischen Board of Directors in beiden Unternehmen ein paralleles Mandat innerhalb eines der genannten obersten Unternehmensorgane ausübt. Nicht erfasst werden analog dem Vorgehen in Kapitel II dieses Hauptgutachtens Verbindungen zu nicht im Untersuchungskreis erfassten Unternehmen und Personen, was tendenziell eine Unterschätzung des tatsächlichen Verflechtungsgrades zur Folge hat.

372. Für die Untersuchung des Verflechtungsgrades werden ferner nur diejenigen Unternehmen in die Analyse einbezogen, die in allen drei Berichtsjahren im Da-

tensatz enthalten sind. Die Fokussierung auf einen ausbalancierten Datensatz hat den Vorteil, dass die Berechnung der Verflechtungsbeziehungen auf einem über die Zeit identischen Untersuchungskreis beruht und zudem konjunkturelle Einflüsse abgeschwächt werden. Insgesamt umfasst der Datensatz Angaben zu 7 195 Unternehmen in den Jahren 2006, 2008 und 2010. Tabelle III.1 veranschaulicht die Verteilung der Unternehmen in der Stichprobe über die betrachteten Länder. Mit einem Anteil von 35 Prozent haben 2 521 Unternehmen ihren Hauptsitz im Vereinigten Königreich. 1 118 bzw. rund 16 Prozent der betrachteten Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, gefolgt von Frankreich mit 920 Unternehmen (12,8 Prozent).⁸

373. Die Fokussierung auf börsennotierte Unternehmen begründet sich durch die relativ zu nicht gelisteten Unternehmen bessere Datenverfügbarkeit aufgrund strenger Offenlegungspflichten sowie die bessere Vergleichbarkeit der Struktur der obersten Geschäftsführungs- und Kontrollgremien, auf deren Basis die Verflechtungsfor-

⁸ Die ausgewiesenen Anteile repräsentieren das ungewichtete Verhältnis zwischen der Anzahl der Unternehmen in einem Land und allen Unternehmen in der Stichprobe.

Tabelle III.1

Fallzahlen und Verteilung der in der Stichprobe erfassten Unternehmen nach Ländern

Land	Anzahl Unternehmen/Jahr	Anteil an der Stichprobe (%)
Belgien	165	2,3
Deutschland	1.118	15,5
Dänemark	208	2,9
Finnland	129	1,8
Frankreich	920	12,8
Griechenland	291	4,0
Irland	45	0,6
Italien	290	4,0
Luxemburg	27	0,4
Niederlande	138	1,9
Norwegen	247	3,4
Österreich	106	1,5
Portugal	60	0,8
Schweden	493	6,9
Schweiz	275	3,8
Spanien	162	2,3
Vereinigtes Königreich	2.521	35,0
Insgesamt	7.195	100,0

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters

mationen erstellt werden. Die Stichprobe umfasst zudem überwiegend Großunternehmen, gemessen an der KMU-Definition der Europäischen Kommission.⁹ Es handelt sich somit nicht um eine repräsentative Auswahl aller Unternehmen in den betrachteten europäischen Ländern. Folglich sind keine Rückschlüsse auf die gesamte Unternehmenslandschaft in einem der erfassten Staaten möglich. Aufgrund der eingeschränkten Verfügbarkeit von Daten zur Eigentümerstruktur der Unternehmen wurde von einer Bereinigung um kontrollierende Kapitalbeteiligungen von über 50 Prozent abgesehen. Somit werden auch personelle Verflechtungen innerhalb von Konzerngesellschaften bei der empirischen Auswertung berücksichtigt. Eine zu-

sätzliche Kontrolle für den Verflechtungsgrad innerhalb der Teilstichprobe der Konzernobergesellschaften führte allerdings zu vergleichbaren Ergebnissen.¹⁰

374. Für die 7 195 Unternehmen wurden insgesamt über alle Jahre 89 995 Personen in den Vorstands- und Aufsichtsratsgremien identifiziert. Die Übersicht in Tabelle III.2 veranschaulicht den Rückgang der aktiven Personen zwischen den Jahren 2006 und 2010 um 5,2 Prozent von 66 152 auf 62 720. Tabelle C.1 in den Anlagen zu diesem Gutachten verdeutlicht, dass sich im gleichen Zeitraum auch die Gesamtzahl der Mandate um 4,8 Prozent von 74 620 auf 71 056 Positionen verringerte. Dieser erste Befund deutet tendenziell eher auf eine geringere Größe der betrachteten Organe als auf eine Zunahme der Zahl personeller Verflechtungen hin, da der Rückgang der aktiven Personen mit einer Abnahme der Mandate einhergeht.

⁹ Für die Analyse der Unternehmensgröße wurde auf vorliegende Datenbestände der „OSIRIS“-Datenbank des Anbieters Bureau van Dijk zurückgegriffen. Für 6 175 Unternehmen im Datensatz (85,8 Prozent) lagen verwertbare Daten aus „OSIRIS“ für das Geschäftsjahr 2008 vor. Von diesen Unternehmen handelte es sich im Berichtsjahr 2008 in 4 330 Fällen (70,1 Prozent) um Großunternehmen. Nach der Definition der Europäischen Kommission zählen zur Größenklasse der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) diejenigen Unternehmen, die weniger als 250 Personen beschäftigen und die entweder einen maximalen Umsatz von 50 Mio. Euro oder eine Bilanzsumme von höchstens 43 Mio. Euro aufweisen; vgl. Empfehlung 2003/361/EG der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl. EU Nr. L 124 vom 20. Mai 2003, S. 36, hier S. 39, Anhang, Artikel 1 Absatz 1.

¹⁰ Vgl. die Tabellen C.2 und C.3 in den Anlagen zu diesem Gutachten. Zur Durchführung dieser Analyse wurden die vorhandenen Daten der Gesamtstichprobe für das Berichtsjahr 2008 mit Daten aus der „OSIRIS“-Datenbank verknüpft. Diese enthält Informationen hinsichtlich der Gruppenzugehörigkeit für 6 257 Unternehmen (entspricht etwa 87 Prozent der Gesamtstichprobe). In einem ersten Schritt wurde die Verflechtungsintensität (gesamt, national und international) auf Länderebene für diese Firmen berechnet. Danach wurden alle Unternehmen mit einer Konzernobergesellschaft aus der Stichprobe entfernt. Dies reduzierte die zugrunde liegende Teilstichprobe um weitere 10 Prozent auf 5 843 Unternehmen, für die der Verflechtungsgrad erneut berechnet wurde.

Tabelle III.2

Fallzahlen und Verteilung der in der Stichprobe erfassten Personen nach Ländern

Land	Anzahl Personen				Anteil an der Stichprobe (%)
	2006	2008	2010	insgesamt	
Belgien	1.950	1.910	1.736	2.453	2,7
Deutschland	8.717	8.831	8.543	12.561	14,0
Dänemark	1.972	1.912	1.912	2.779	3,1
Finnland	1.807	1.749	1.684	2.595	2,9
Frankreich	9.853	9.450	9.005	12.359	13,7
Griechenland	3.945	3.915	3.581	5.409	6,0
Irland	516	504	473	704	0,8
Italien	3.577	3.727	3.730	4.956	5,5
Luxemburg	326	309	292	397	0,4
Niederlande	1.296	1.280	1.221	1.800	2,0
Norwegen	2.958	2.956	2.840	4.251	4,7
Österreich	937	942	913	1.301	1,5
Portugal	532	544	549	766	0,9
Schweden	5.124	5.065	4.897	7.345	8,2
Schweiz	2.981	2.952	2.893	4.144	4,6
Spanien	3.220	3.242	2.952	3.911	4,4
Vereinigtes Königreich	16.441	16.121	15.499	22.264	24,7
Insgesamt	66.152	65.409	62.720	89.995	100,0

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters

375. Tabelle III.3 gibt zudem einen Überblick über die Branchenzugehörigkeit der Unternehmen in der Stichprobe. Die Zuordnung der Branchen erfolgt auf Grundlage der Standard Industrial Classification (SIC), die ein gängiges Klassifikationsschema für branchenspezifische Analysen darstellt. Die Zuordnung zu einer Branche erfolgt auf Grundlage des jeweiligen Tätigkeitsschwerpunkts im Geschäftsjahr 2008. Aus Gründen der Übersichtlichkeit und zum Teil infolge von zu geringen Fallzahlen wurden im Rahmen der Untersuchung einzelne Branchen gemäß den Angaben in Tabelle III.3 teilweise zusammengefasst. Bei der Interpretation der Angaben auf Branchenebene ist zu berücksichtigen, dass die erfassten Unternehmen keine repräsentative Branchenauswahl darstellen. Es können dementsprechend keine Rückschlüsse auf die Grundgesamtheit aller Unternehmen in einer Branche gezogen werden. Tendenziell ist zu unterstellen, dass es sich um eine Auswahl der größeren

Unternehmen in der betreffenden Branche handelt. Mit einem Anteil von zusammen 30,3 Prozent entfallen die meisten Unternehmen schwerpunktmäßig auf das Verarbeitende Gewerbe (Branchencodes 20 bis 39).¹¹ In 25,3 Prozent der Fälle liegt der Tätigkeitsschwerpunkt in den Branchen „Erbringung von Finanz- und Versicherungsdienstleistungen“, „Grundstücks- und Wohnungswesen“ und „Sonstige Finanzdienstleistungen“¹², gefolgt von den Dienstleistungsunternehmen mit einem Anteil von insgesamt 19,9 Prozent (Branchencodes 70–89).

¹¹ Die vermerkten Anteile an der Stichprobe repräsentieren das ungewichtete Verhältnis zwischen den in der Branche betrachteten Unternehmen und allen Unternehmen in der Stichprobe.

¹² Diese Branche setzt sich in der vorliegenden Stichprobe hauptsächlich aus Anlagen- und Immobilienfonds sowie institutionellen Anlegern (z. B. Venture-Capital Firmen) zusammen.

Tabelle III.3

Fallzahlen und Verteilung der in der Stichprobe erfassten Unternehmen nach Branchen

Branche	SIC-Code(s)	Anzahl Unternehmen/Jahr	Anteil an der Stichprobe (%)
Landwirtschaft, Forstwirtschaft und Fischerei	01–09	71	1,0
Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden	10–14	486	6,8
Baugewerbe/Bau	15, 16, 17	169	2,4
Verarbeitendes Gewerbe, davon	20–39	2.180	30,3
Herst. von Nahrungsmitteln, Tabakerzeugnissen & Textilien	20–23, 31	348	4,8
Herst. von Holzwaren, Papier, Pappe	24, 25, 26	128	1,8
Verlagswesen, audiovisuelle Medien und Rundfunk	27	111	1,5
Herstellung von chemischen Erzeugnissen, Gummi & Kunststoffwaren, Kokerei & Mineralölverarbeitung	28, 29, 30	345	4,8
Metallerzeugung und -bearbeitung, Herst. von Metallerzeugnissen	32, 33, 34	239	3,3
Maschinenbau, Herst. von Datenverarbeitungsgeräten	35	318	4,4
Herstellung von elektrischen Ausrüstungen	36	325	4,5
Fahrzeugbau	37	119	1,7
Herst. von optischen Erzeugnissen & sonst. Herst. von Waren	38, 39	247	3,4
Energie- & Wasserversorgung, Transport- & Kommunikationsdienstleistungen	40–49	569	7,9
Groß- und Einzelhandel	50–59	471	6,6
Finanz- und Versicherungsdienstleistungen, Grundstücks- und Wohnungswesen, davon	60–67	1.818	25,3
Erbringung von Finanz- und Versicherungsdienstleistungen	60–64	618	8,6
Grundstücks- und Wohnungswesen	65	350	4,9
Sonstige Finanzdienstleistungen	67	850	11,8
Dienstleistungen, davon	70–89	1.431	19,9
Sonstige Dienstleistungen	70, 72, 75–89	596	8,3
Unternehmensdienstleistungen	73	835	11,6
Insgesamt		7.195	100,0

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters

3. Empirische Befunde

3.1 Entwicklung personeller Unternehmensverflechtungen nach Ländern im Zeitverlauf

376. Im folgenden Abschnitt werden zunächst der Stand und die Entwicklung personell verflochtener Unternehmen zwischen verschiedenen europäischen Ländern verglichen. Die Analyse stellt somit eine Erweiterung der im Rahmen von Kapitel II traditionell durchgeführten Untersuchung zum Stand und der Bedeutung personeller Verflechtungen zwischen den hundert größten Unternehmen in Deutschland dar.

377. In den Abbildungen III.1 und III.2 ist für jedes der betrachteten Länder der Anteil der personell verflochtenen Unternehmen an allen in der Stichprobe erfassten Unternehmen des jeweiligen Landes für die Jahre 2010 bzw. 2006 ausgewiesen. Die Länder sind in aufsteigender Reihenfolge nach dem Gesamtanteil personell verflochtener Unternehmen sortiert. Für alle in der Stichprobe vertretenen Länder konnten sowohl nationale als auch internationale Verflechtungen identifiziert werden. Die Tabellen C.4 bis C.7 in den Anlagen zu diesem Gutachten enthalten ergänzend die Anteile sowie die Anzahl der verflochtenen Unternehmen nach Ländern ausführlich für die Berichtsjahre 2006 bis 2010.

Im Durchschnitt über alle Länder sind im Berichtsjahr 2010 rund 73 Prozent der Unternehmen mit mindestens einem weiteren Unternehmen personell verflochten. Gegenüber dem Jahr 2006 erhöhte sich der Anteil um 1,8 Prozentpunkte. Betrachtet man die Verflechtung in den einzelnen Ländern, ergibt sich ein gemischtes Bild. Während der Verflechtungsgrad in fünf der betrachteten 17 Länder sank, erhöhte er sich in zwölf Ländern. Der geringste Anteil verflochtener Unternehmen entfällt mit 49,8 Prozent bzw. 53,7 Prozent im Jahr 2010 auf Griechenland bzw. Frankreich. Österreichische und finnische Unternehmen in der Stichprobe sind mit Anteilen von 87,7 Prozent bzw. 89,1 Prozent im Jahr 2010 im internationalen Vergleich am stärksten verflochten. Deutschland liegt mit einem Anteil von 61,9 Prozent verflochtener Unternehmen deutlich unterhalb des internationalen Durchschnittes. Da die Unternehmen in der Stichprobe keine repräsentative Auswahl darstellen und aus einigen Ländern nur vergleichsweise wenige Unternehmen in den Untersuchungskreis einfließen, kann aus den vorliegenden Ergebnissen kein direkter Rückschluss auf den tatsächlichen nationalen personellen Verflechtungsgrad der Unternehmen in einem Land geschlossen werden. Zudem wird im Rahmen der Untersuchung darauf abgestellt, ob ein Unternehmen mindestens eine Verflechtungsbeziehung aufweist. Wie die Untersuchungen zu Kapitel II zeigen, nehmen einige Unternehmen im deutschen Netzwerk aus personellen Unternehmensverflechtungen eine zentrale Stellung ein und sind häufig durch Mehrfachmandatsträger mit einer Vielzahl von Unternehmen verbunden. Ungeachtet dieser vereinfachten Darstellung veranschaulichen die Ergebnisse deutlich, dass personelle Verflechtungen eine internationale Dimension in allen betrachteten Ländern besitzen.

378. Neben dem Anteil verflochtener Unternehmen insgesamt werden in Abbildung III.1 und III.2 jeweils die An-

teile der Unternehmen je Land, die international bzw. national personell verflochten sind, ausgewiesen. Ein Unternehmen gilt als national verflochten, wenn wenigstens ein Mitglied der obersten Leitungs- oder Kontrollgremien zugleich ein weiteres Mandat in einem anderen Unternehmen desselben Landes ausübt. Wird parallel ein weiteres Mandat in einem anderen Unternehmen eines anderen Landes wahrgenommen, werden die beteiligten Unternehmen als international verflochten betrachtet.¹³ In der Mehrheit der betrachteten Länder liegt der Anteil national verflochtener Unternehmen deutlich über dem Anteil international verflochtener Unternehmen. Die vergleichsweise hohen Anteile internationaler personeller Verflechtungen in Irland und Luxemburg lassen sich teilweise auf die geringe Zahl von Beobachtungen im Datensatz zurückführen und können dementsprechend nur bedingt interpretiert werden. Der größte Anteil verflochtener Unternehmen ist folglich regelmäßig auf inländische Verflechtungen zurückzuführen. In beiden Jahren 2010 und 2006 beträgt das Verhältnis von inländisch zu international verflochtenen Unternehmen in elf Fällen weniger als 50 Prozent. In Deutschland verringerte sich im Zeitraum 2006 bis 2010 die Zahl der inländisch verflochtenen Unternehmen von 58,6 Prozent auf 55,8 Prozent, während die Zahl der internationalen Verflechtungen im gleichen Zeitraum von 23,3 Prozent auf 24,6 Prozent stieg. Betrachtet man den Durchschnitt aller Unternehmen in der Stichprobe, so ergibt sich ein Anstieg international verflochtener Unternehmen um 2,8 Prozentpunkte auf 34,1 Prozent im Jahr 2010 gegenüber 31,2 Prozent im Jahr 2006.

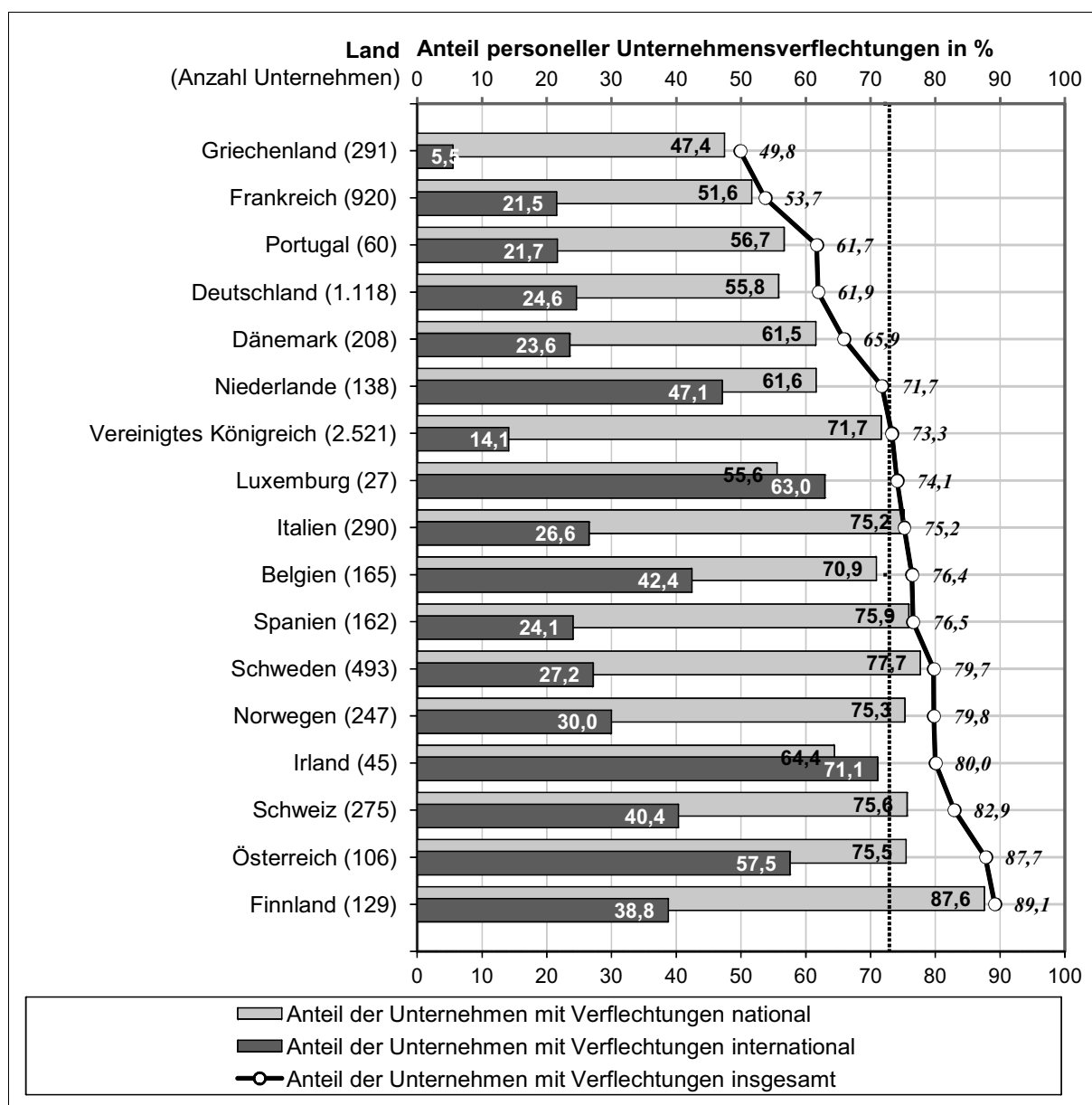
379. Zur Veranschaulichung der Verflechtungsbeziehungen zwischen den untersuchten Ländern im Jahr 2010 sind die internationalen personellen Unternehmensverbindungen anhand einer Netzwerkgrafik in Abbildung III.3 dargestellt. Die in das Verflechtungsnetzwerk eingebundenen Unternehmen werden durch graue Kreise symbolisiert. Der Flächeninhalt eines Kreises repräsentiert die Gesamtzahl der verflochtenen Unternehmen in einem Land. Die Linien zwischen zwei Ländern zeigen die ungerichteten Verflechtungsbeziehungen über personelle Verbindungen zwischen zwei Ländern an. Die Stärke der Linien berechnet sich in der Abbildung über die absolute Zahl der Verflechtungen zwischen zwei Ländern. In Abbildung C.1 in den Anlagen zu diesem Gutachten ist ergänzend die Stärke der Linien aus dem Verhältnis der absoluten Zahl bestehender Verflechtungen und den theoretisch möglichen Kombinationen zwischen allen in der Stichprobe erfassten Unternehmen der jeweiligen Länderpaare berechnet.

380. Die Abbildung verdeutlicht, dass auf die anteilmäßig am stärksten in der Stichprobe vertretenen Länder die höchste Zahl an internationalen Verflechtungsbeziehungen entfällt. Zudem zeigt sich, dass personelle Unternehmensverflechtungen verstärkt zwischen geografisch benachbarten Ländern bestehen, z. B. zwischen Belgien und Frankreich, Deutschland und Österreich bzw. der Schweiz oder Norwegen und Schweden.

¹³ Die Summe der Anteile national und international verflochtener Unternehmen kann über dem Anteil der Verflechtungen insgesamt liegen, da ein Unternehmen sowohl nationale als auch internationale Verflechtungen aufweisen kann.

Abbildung III.1

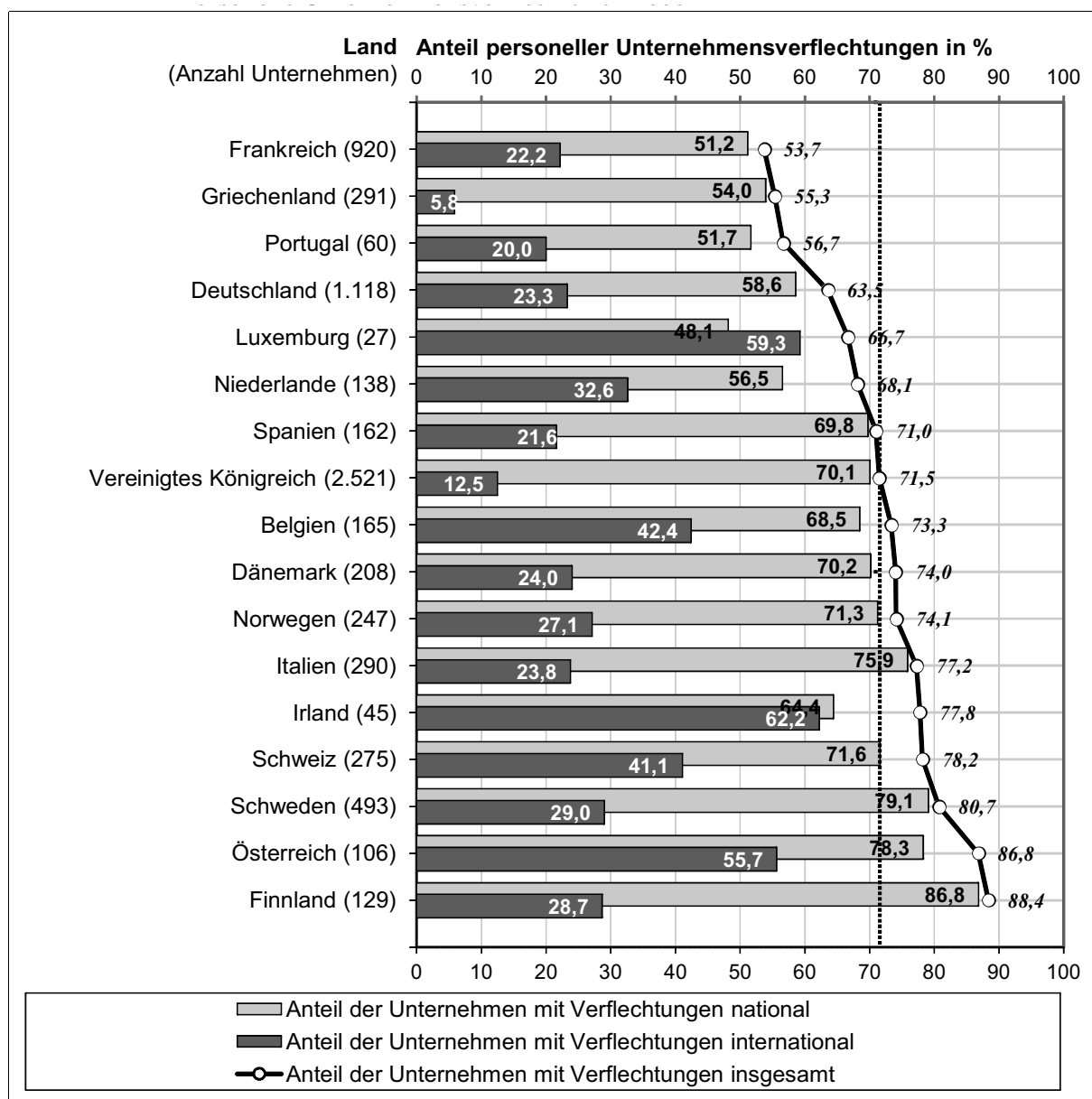
Personelle Unternehmensverflechtungen im Ländervergleich 2010



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters

Abbildung III.2

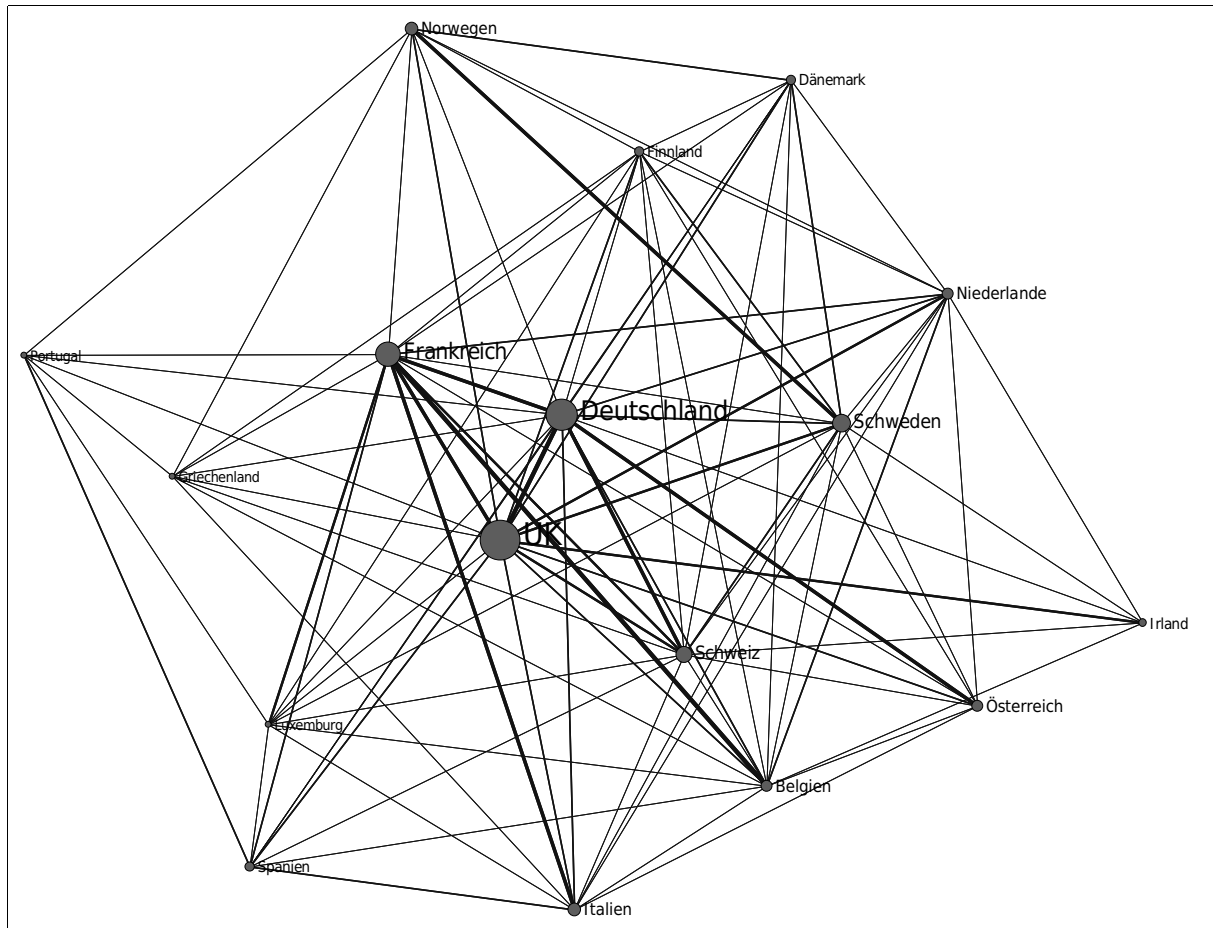
Personelle Unternehmensverflechtungen im Ländervergleich 2006



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters

Abbildung III.3

**Verflechtungsnetzwerk nach der Anzahl der erfassten internationalen personellen Verbindungen
im Jahr 2010**



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters

3.2 Entwicklung personeller Unternehmensverflechtungen nach Branchenzugehörigkeit im Zeitverlauf

3.2.1 Personelle Unternehmensverflechtungen nach Branchen

381. In den folgenden Abschnitten werden personelle Unternehmensverflechtungen auf Branchenebene dargestellt, um die Relevanz dieser Verflechtungsbeziehungen in unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen zu veranschaulichen. Die in der Stichprobe erfassten Großunternehmen sind meist nicht nur auf einem nationalen Markt tätig. Sowohl die Absatz- als auch die Beschaffungsmärkte sind regelmäßig internationalisiert. Nachfolgend werden daher die nationalen und internationalen personellen Verflechtungen der Unternehmen auf Branchenebene analysiert. Im Rahmen der Untersuchung wird zwischen Verflechtungen von Unternehmen unterschieden, die eine identische Haupttätigkeit aufweisen (Intra-Branchenverflechtungen) sowie vertikalen Verflechtungsbeziehungen zwischen Unternehmen (Inter-Branchenverflechtungen).

382. In den Abbildungen III.4 und III.5 ist der Anteil personell verflochtener Unternehmen in einzelnen Branchen gemäß der Brancheneinteilung in Tabelle III.3 für die Jahre 2010 und 2006 dargestellt.¹⁴ Die Branchen sind in aufsteigender Reihenfolge nach dem Anteil verflochtener Unternehmen an allen erfassten Unternehmen einer Branche sortiert. Neben dem Anteil verflochtener Unternehmen in der Branche insgesamt erfolgt eine Unterscheidung personeller Verflechtungen innerhalb und außerhalb eines Wirtschaftszweiges. Eine personelle Verbindung zwischen zwei Unternehmen wird als Intra-Branchenverflechtung behandelt, wenn für beide betroffenen Unternehmen der gleiche Tätigkeitsschwerpunkt festgestellt wird. Analog werden Verbindungen zwischen zwei Unternehmen mit unterschiedlicher Haupttätigkeit als Inter-Branchenverflechtung klassifiziert. Da es sich

¹⁴ Vgl. Tabelle C.8 in den Anlagen zu diesem Gutachten für einen detaillierten Überblick zu den Anteilen personell verflochtener Unternehmen in den Jahren 2006 bis 2010.

bei den betrachteten Unternehmen in der Regel um Konzernobergesellschaften handelt, deren Konzernunternehmen häufig in verschiedenen Branchen Umsätze erzielen und über ein diversifiziertes Produktportfolio verfügen, ist von einer Verzerrung beider Verflechtungsformen auszugehen. Vor diesem Hintergrund ist anzunehmen, dass Intra-Branchenverflechtungen tendenziell unterschätzt

werden, während Inter-Branchenverflechtungen eher überschätzt werden.¹⁵

¹⁵ Eine Berücksichtigung unterschiedlicher Branchencodes für ein Unternehmen ist bei der Berechnung der Anteile der unterschiedlichen Verflechtungsformen mit einem erheblichen methodischen und technischen Aufwand verbunden und muss im Rahmen dieser Untersuchung vernachlässigt werden.

Abbildung III.4

Personelle Unternehmensverflechtungen nach Branchen 2010

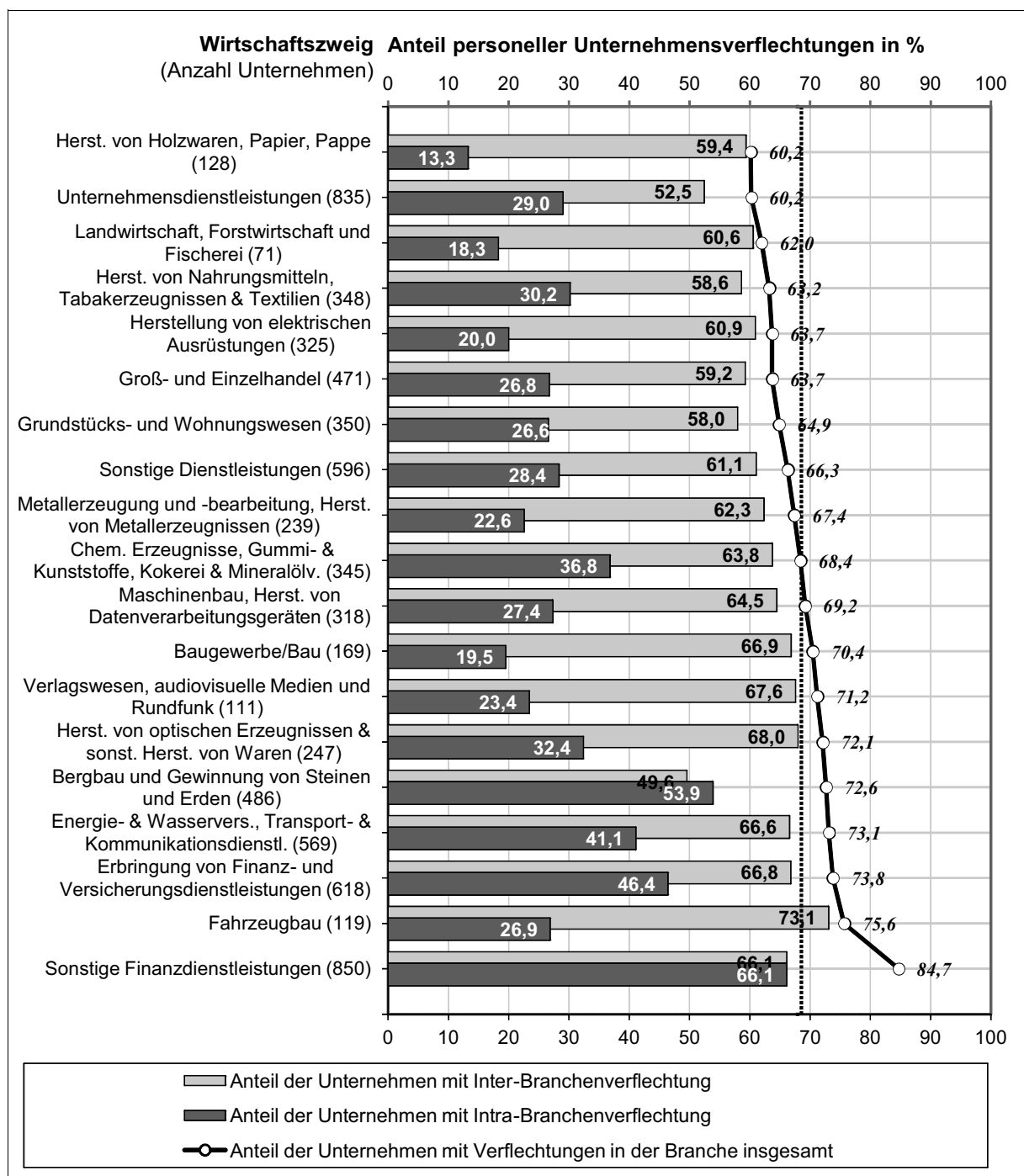
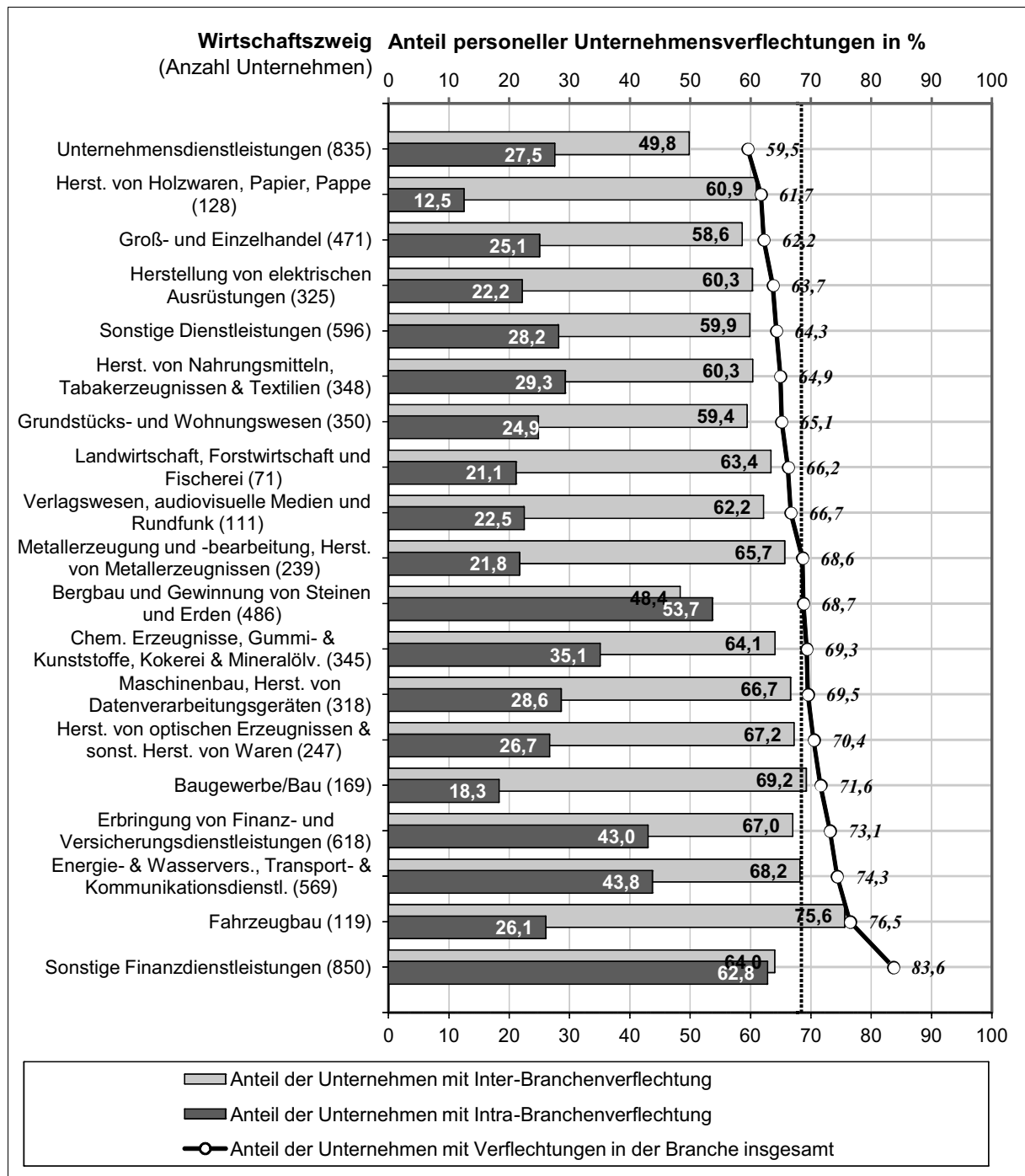


Abbildung III.5

Personelle Unternehmensverflechtungen nach Branchen 2006



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters

383. In allen betrachteten Wirtschaftsbereichen sind über die Hälfte aller beobachteten Unternehmen mit mindestens einem weiteren Unternehmen personell verflochten. Im ungewichteten Mittel über alle Branchen weisen die Unternehmen in der Stichprobe im Berichtsjahr 2010 einen Verflechtungsgrad von 68,6 Prozent auf (2006:

68,4 Prozent). Dieser recht hohe Wert ist maßgeblich auf personelle Verflechtungen zu Unternehmen zurückzuführen, deren Tätigkeitsschwerpunkt in einem anderen Wirtschaftszweig liegt. Im Jahr 2010 betrug der durchschnittliche Anteil aller verflochtenen Unternehmen 62,4 Prozent gegenüber 62,7 Prozent in 2006. Verglichen

mit diesen Inter-Branchenverflechtungen fällt der Anteil derjenigen Unternehmen, die mit einem weiteren Unternehmen desselben Wirtschaftszweiges verflochten sind, mit einem durchschnittlichen Anteil von 31,0 Prozent in 2010 deutlich geringer aus (2006: 30,2 Prozent). Eine Ausnahme stellen Unternehmen in den Wirtschaftsbereichen „Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden“ sowie „Sonstige Finanzdienstleistungen“ dar, die in beiden Berichtsjahren 2006 und 2010 jeweils vergleichbare Anteile von Inter- und Intra-Branchenverflechtungen aufwiesen. Branchenübergreifende Unternehmensverbindungen scheinen für die betrachteten Unternehmen eine attraktive Verflechtungsstrategie darzustellen. Neben der Einschränkung einer Fokussierung auf den Tätigkeitsschwerpunkt bei der Identifizierung von Inter- und Intra-Branchenverflechtungen lässt sich der Befund möglicherweise dahin gehend interpretieren, dass die Ergebnisse typische Zuliefer- bzw. Abnehmerbeziehungen zwischen einzelnen Wirtschaftszweigen widerspiegeln. Verflechtungen zwischen vor- und nachgelagerten Unternehmen in der Wertschöpfungskette werden nach dem vorliegenden methodischen Ansatz eher als Inter-Branchenverflechtungen eingeordnet. Aus einer Wettbewerbsperspektive könnten sich diese vertikalen Verflechtungsbeziehungen als vorteilhaft für die betreffenden Unternehmen erweisen. Anhand des vorliegenden Datenmaterials lassen sich derartige vertikale Zuliefer- bzw. Abnehmerbeziehungen entlang der Wertschöpfungskette aus der Menge aller ermittelten Verbindungen nicht zweifelsfrei identifizieren. Insgesamt sprechen die in den Abbildungen dargestellten Ergebnisse jedoch deutlich für den Befund einer hohen Relevanz von Mehrfachmandatsträgern als Instrument zum Aufbau von Verflechtungsbeziehungen zwischen Unternehmen.

3.2.2 Inter- und Intra-Branchenverflechtungen national verflochtener Unternehmen

384. Für die folgenden Untersuchungen werden analog dem Vorgehen in Abschnitt 3.2.1 erneut Inter- und Intra-Branchenverflechtungen aller Unternehmen in der Stichprobe ausgewertet, mit dem Unterschied, dass ausschließlich inländische Verbindungen, d. h. personelle Verflechtungen zwischen Unternehmen, deren Hauptsitz im gleichen Land liegt, berücksichtigt werden. Ausgenommen sind dementsprechend Verbindungen zwischen zwei Unternehmen aus unterschiedlichen Ländern in der Stichprobe. Diese sind Gegenstand der Untersuchung im nächsten Abschnitt 3.2.3.

385. Wie aus den Abbildungen III.6 und III.7 ersichtlich wird, sind in den Jahren 2010 und 2006 durchschnittlich 65,3 Prozent bzw. 65,4 Prozent der erfassten Unternehmen mit einem weiteren Unternehmen aus demselben Land verflochten.¹⁶ In Übereinstimmung zu den Anteilen personeller Verflechtungen nach Branchen insgesamt sind

naionale Verflechtungen zwischen Unternehmen mit unterschiedlichen Tätigkeitsschwerpunkten mit Ausnahme der Wirtschaftsbereiche „Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden“ sowie „Sonstige Finanzdienstleistungen“ vorherrschend. Im Jahr 2010 waren durchschnittlich 59,1 Prozent aller betrachteten Unternehmen durch Inter-Branchenverflechtungen gekennzeichnet, während 26,4 Prozent der Unternehmen Intra-Branchenverflechtungen aufweisen (2006: 59,7 Prozent bzw. 26,3 Prozent). Die höchste Verflechtungsintensität im Jahr 2010 ergibt sich für Unternehmen des Wirtschaftsbereichs „Sonstige Finanzdienstleistungen“ mit insgesamt 82,5 Prozent (2006: 81,3 Prozent).

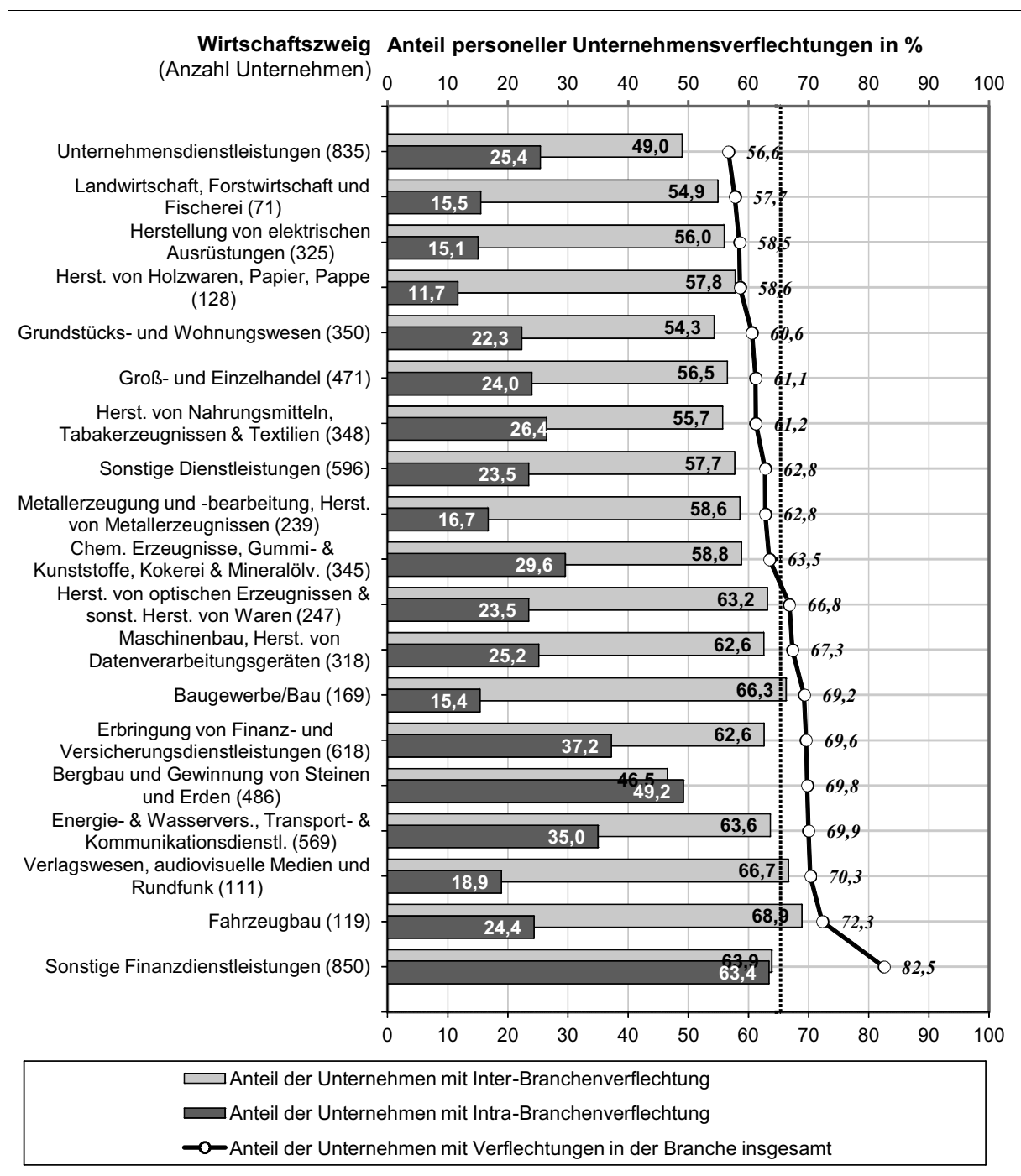
386. Verglichen mit den Ergebnissen aus dem vorherigen Abschnitt lässt sich zudem festhalten, dass der Anteil personeller Verflechtungen in jeder betrachteten Branche insgesamt sowohl im Hinblick auf Inter- als auch auf Intra-Branchenverflechtungen überwiegend auf Verflechtungen zwischen inländischen Unternehmen beruht. Die Differenz des durchschnittlichen Anteils der personellen Verflechtungen insgesamt und nationaler personeller Verflechtungen beträgt 3,2 Prozent im Jahr 2010. Für Inter- bzw. Intra-Branchenverflechtungen ergibt sich jeweils eine Differenz von 3,3 Prozent bzw. 4,6 Prozent. Der Anteil nationaler Intra-Branchenverflechtungen unterscheidet sich in den einzelnen Branchen mit einer Spannweite zwischen 11,7 Prozent und 63,4 Prozent deutlich stärker als der Anteil von Inter-Branchenverflechtungen, die sich auf einem vergleichsweise hohen Niveau zwischen 46,5 Prozent und 68,9 Prozent bewegen.

387. Zusammenfassend verdeutlichen die skizzierten Ergebnisse, dass personelle Verflechtungen zwischen den Unternehmen im Untersuchungskreis überwiegend stark national geprägt sind. Als Erklärungsansätze lassen sich zum Teil bestehende Unterschiede in der Arbeitssprache wie auch kulturelle Gegebenheiten bei den betrachteten Unternehmen anführen. Zudem ist festzuhalten, dass auch die räumliche Distanz zwischen verschiedenen Unternehmen und der Grad der Internationalisierung in einer Branche ausschlaggebend für den Aufbau personeller Verflechtungen sind. Es ist anzunehmen, dass regionale Unternehmenscluster, eine gemeinsame Amtssprache wie auch geringere kulturelle Unterschiede Verflechtungen zwischen zwei Unternehmen begünstigen. Ebenso sollte ein positiver Zusammenhang zwischen einer stärker nationalen Ausrichtung der Beschaffungs- und Absatzmärkte und der Existenz nationaler personeller Unternehmensverflechtungen bestehen.

¹⁶ Vgl. Tabelle C.9 in den Anlagen zu diesem Gutachten für einen detaillierten Überblick zu den Anteilen personell verflochtener Unternehmen in den Jahren 2006 bis 2010.

Abbildung III.6

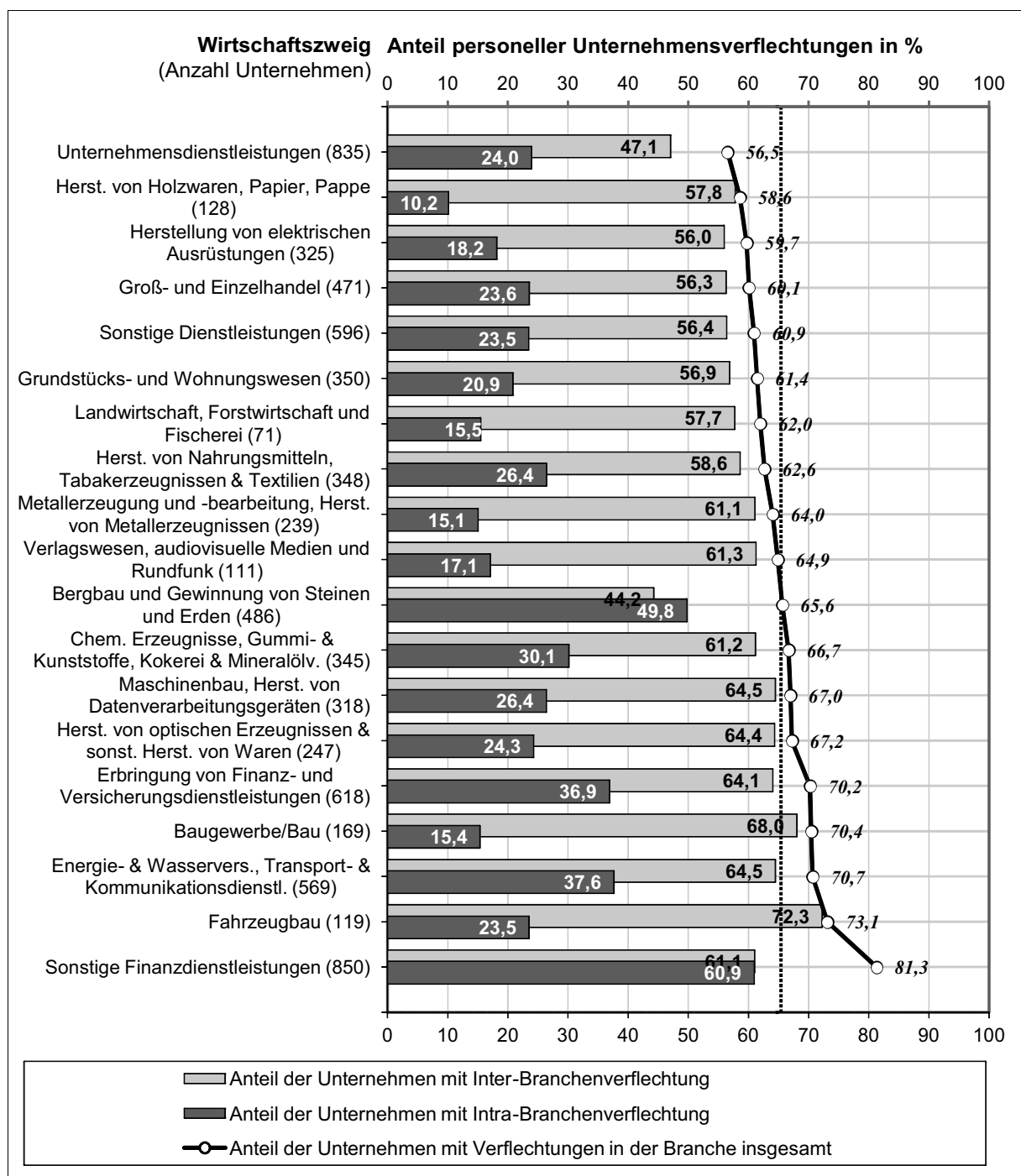
Nationale personelle Unternehmensverflechtungen nach Branchen 2010



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters

Abbildung III.7

Nationale personelle Unternehmensverflechtungen nach Branchen 2006



Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters

3.2.3 Inter- und Intra-Branchenverflechtungen international verflochtener Unternehmen

388. Während nationale Beschaffungs- und Absatzmärkte grundsätzlich eher durch nationale personelle Unternehmensverflechtungen gekennzeichnet sein sollten, ist anzunehmen, dass für Unternehmen, die auf internationalen oder globalen Märkten agieren, Anreize bestehen, länderübergreifende Verflechtungsbeziehungen aufzu-

bauen. In Ergänzung zu den zuvor dargestellten Analysen werden in den Abbildungen III.8 und III.9 die Anteile international personell verflochtener Unternehmen auf Branchenebene dargestellt.¹⁷

¹⁷ Vgl. Tabelle C.10 in den Anlagen zu diesem Gutachten für einen detaillierten Überblick zu den Anteilen personell verflochtener Unternehmen in den Jahren 2006 bis 2010.

Abbildung III.8

Internationale personelle Unternehmensverflechtungen nach Branchen 2010

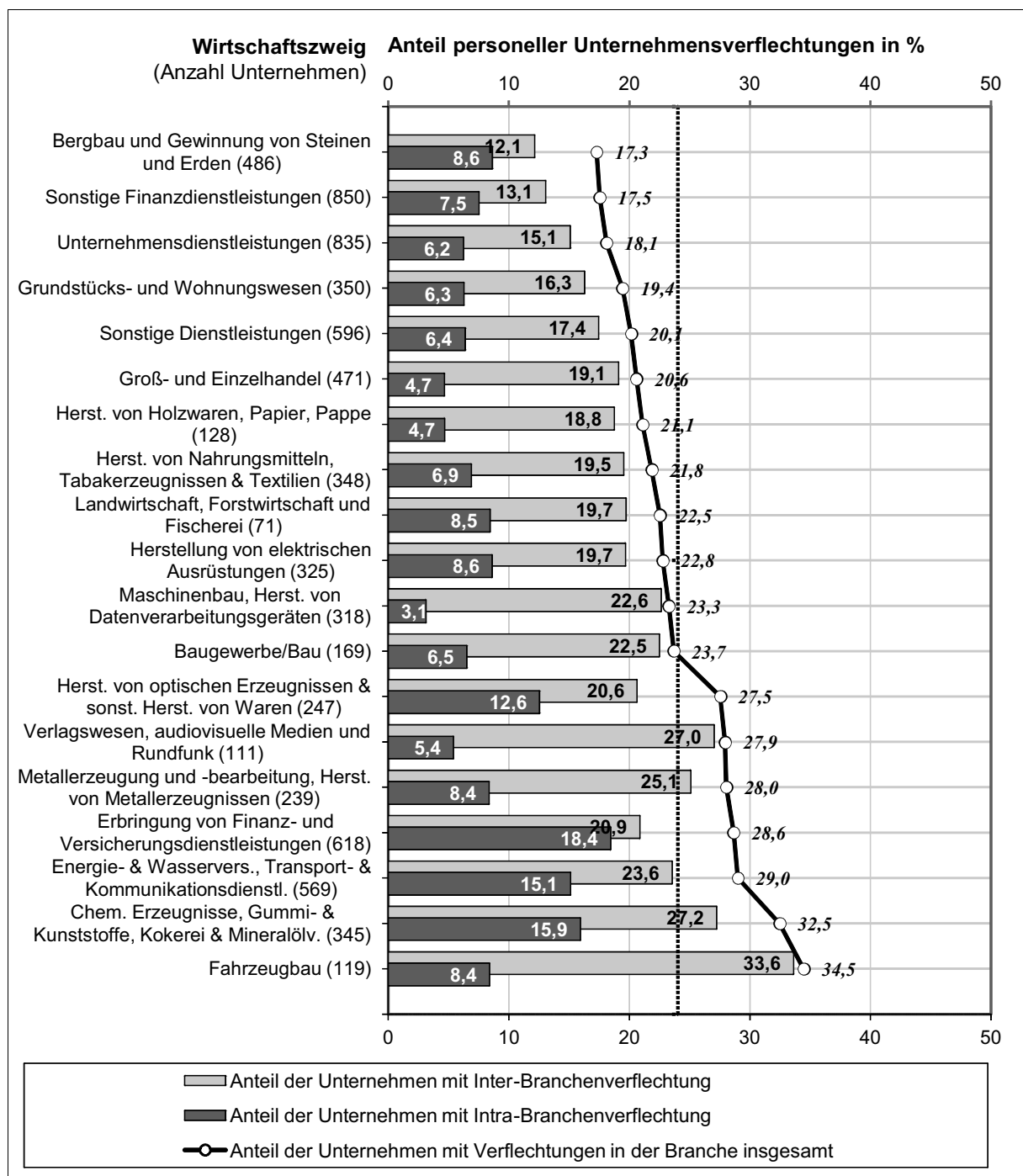
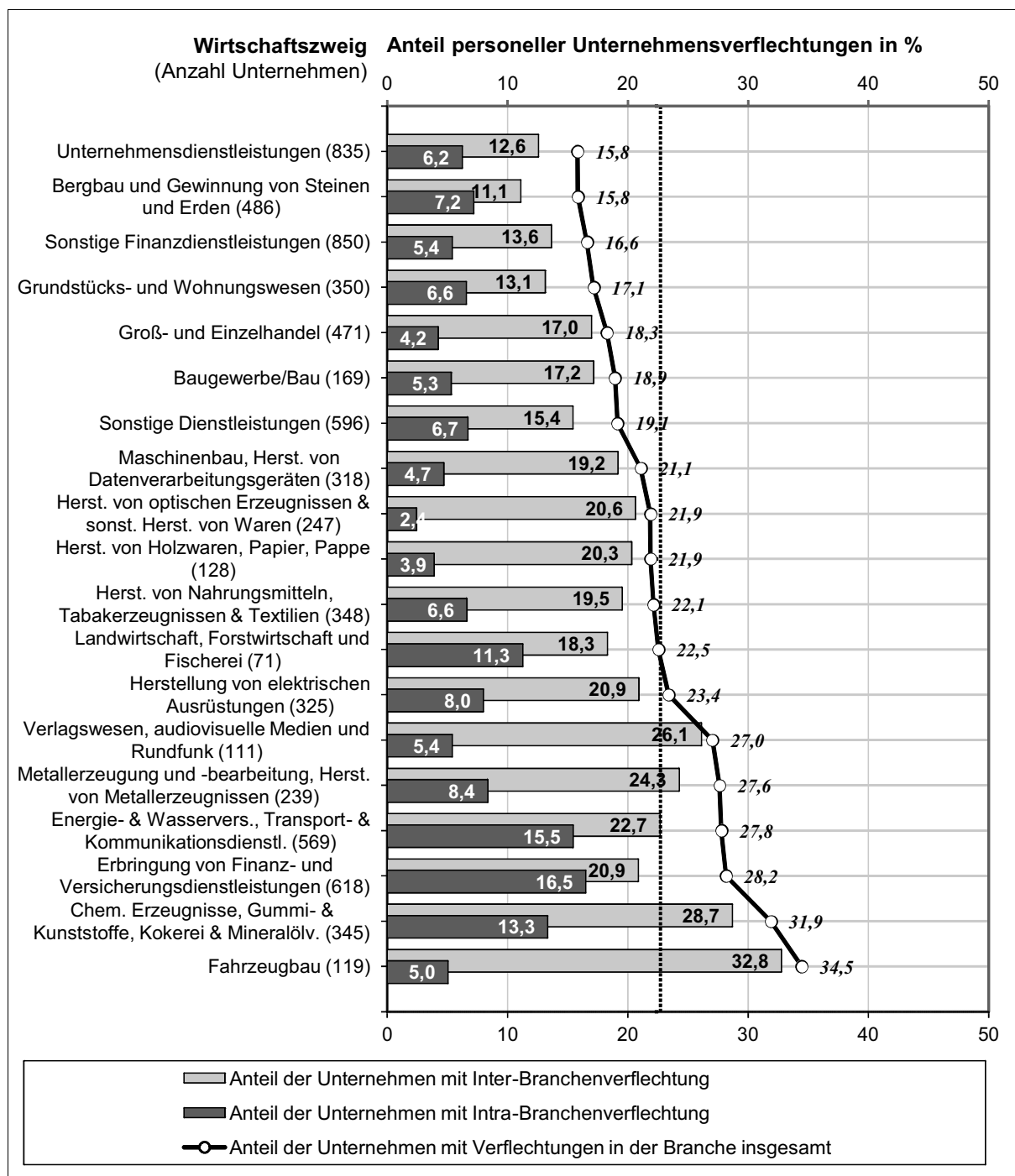


Abbildung III.9

Internationale personelle Unternehmensverflechtungen nach Branchen 2006

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters

389. Zwischen den Jahren 2006 und 2010 lässt sich ein leichter Anstieg der im Durchschnitt über alle betrachteten Unternehmen und Branchen mit wenigstens einem weiteren Unternehmen aus einem anderen Land personell verflochtenen Unternehmen von 22,7 Prozent auf 24,0 Prozent beobachten. In Übereinstimmung mit den vorherigen Befunden dominieren Inter-Branchenverflechtungen auch im Falle ausschließlich international verflochtener Unternehmen. Gegenüber 2006 erhöhte sich der durchschnittliche Anteil entsprechender Verbindungen bis zum Jahr 2010 um einen Prozentpunkt auf 20,7 Prozent. Intra-Branchenverflechtungen wuchsen im gleichen Zeitraum durchschnittlich ebenfalls um einen Prozentpunkt. Der Anteil liegt mit durchschnittlich 8,5 Prozent allerdings auf einem vergleichsweise niedrigen Niveau. Der Anteil internationaler Unternehmensverbindungen bleibt sowohl insgesamt als auch im Hinblick auf Inter- und Intra-Branchenverflechtungen deutlich hinter den Anteilen entsprechender nationaler Verflechtungen zurück. Die stärksten internationalen Unternehmensverbindungen ergeben sich in den Jahren 2006 und 2010 für die Wirtschaftsbereiche „Fahrzeugbau“ und „Herstellung von chemischen Erzeugnissen, Gummi- & Kunststoffwaren, Kokerei & Mineralölverarbeitung“. Ein Vergleich mit den Ergebnissen aus Abschnitt 3.2.2 zeigt ferner, dass das Ausmaß internationaler personeller Unternehmensverbindungen deutlich zwischen den betrachteten Branchen variiert. Während z. B. für die Wirtschaftsbereiche „Sonstige Finanzdienstleistungen“ und „Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden“ überdurchschnittlich hohe nationale Inter- und Intra-Branchenverflechtungen festzustellen sind, ist entsprechenden internationalen Verflechtungen in diesen Branchen nur eine relativ geringe Bedeutung beizumessen.

3.3 Die Bedeutung von Finanzdienstleistungsunternehmen im europäischen Netzwerk aus personellen Unternehmensverflechtungen

390. Die empirischen Untersuchungen zu Kapitel II haben in der Vergangenheit gezeigt, dass insbesondere Repräsentanten aus Unternehmen, die schwerpunktmäßig der Finanzdienstleistungsbranche zuzurechnen sind, traditionell Kapitalanteile an deutschen Großunternehmen hielten und auch eine zentrale Stellung im personellen Verflechtungsnetzwerk einnahmen.¹⁸ Infolge der Einbeziehung von Finanzdienstleistungsunternehmen in die vorliegende Untersuchung ist anzunehmen, dass die zu-

vor ausgewiesenen Unternehmensverbindungen zu einem nicht unerheblichen Teil auf Mandatsträger aus Finanzunternehmen zurückgeführt werden können.

391. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen, wurden in einem weiteren Schritt die personellen Verflechtungen ohne Berücksichtigung des Wirtschaftsbereichs „Erbringung von Finanz- und Versicherungsdienstleistungen, Grundstücks- und Wohnungswesen“ (Branchencodes 60 bis 67) berechnet. Dies reduziert die zugrunde liegende Stichprobe um etwa 25 Prozent (1 818 Unternehmen, vgl. Tabelle III.3) auf 5 377 Unternehmen. Tabelle III.4 zeigt die Anteile verflochtener Unternehmen je Land (insgesamt, national und international) für die Berichtsjahre 2006 und 2010.

392. Es zeigt sich, dass der Verflechtungsgrad insgesamt im Durchschnitt mit 66,7 Prozent (2006) bzw. 67,4 Prozent (2010) etwa um fünf Prozentpunkte niedriger ist (2006: 4,9 Prozent; 2010: 5,5 Prozent) als in der gesamten Stichprobe. Besonders hoch sind die Veränderungen für die Länder Belgien, Deutschland, Griechenland und das Vereinigte Königreich. Eine besonders diametrale Entwicklung ist in Luxemburg zu beobachten: So ist Luxemburg in der Gesamtstichprobe durch einen Anstieg seines personellen Verflechtungsnetzwerks (sowohl national als auch international) charakterisiert, während in der vorliegenden Teilstichprobe ein gegenläufiger Effekt zu beobachten ist, welcher sich besonders stark im Rückgang der nationalen Verflechtungen widerspiegelt. Dies kann jedoch damit zusammenhängen, dass die Anzahl der beobachteten Unternehmen mit 27 Unternehmen ohnehin recht klein ist und sich durch die Vernachlässigung der Finanzbranche um knapp die Hälfte auf 15 Unternehmen reduziert (vgl. Tabelle III.5).

393. Auch für die Länder Belgien, Deutschland und das Vereinigte Königreich, deren Verflechtungsgrad in der Teilstichprobe zwischen 8 Prozent und 11 Prozent geringer ist als in der Gesamtstichprobe, lässt sich aus Tabelle III.5 ablesen, dass mehr als ein Viertel der Unternehmen dem Finanzsektor zugeordnet werden kann. Trotz der hohen Änderungen (gesamt und national) bleibt der internationale Verflechtungsgrad für das Vereinigte Königreich nahezu konstant. Überraschenderweise ergeben sich hinsichtlich des Verflechtungsgrades nur marginale Änderungen für Dänemark, Spanien und die Schweiz, obwohl auch hier mehr als 40 Prozent bzw. 30 Prozent aller Unternehmen in der Gesamtstichprobe in der Finanzbranche aktiv sind. Geringe Änderungen ergeben sich auch für Finnland und Norwegen, deren Anteil der Unternehmen in der Finanzbranche in der verfassten Stichprobe zumindest im Fall von Finnland vergleichsweise niedrig ausfällt.

¹⁸ Vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Hauptgutachten 2004/2005, Baden-Baden 2006, Tz. 354 ff.

Tabelle III.4

**Personelle Unternehmensverflechtungen im Ländervergleich
2006 und 2010**

Land	Anteil der Unternehmen mit Verflechtungen (%)					
	insgesamt		national		international	
	2006	2010	2006	2010	2006	2010
Belgien	64,4	67,8	58,5	59,3	39,0	33,1
Dänemark	71,8	66,1	66,9	58,1	29,8	31,5
Deutschland	55,2	52,9	50,2	47,4	22,8	23,5
Finnland	88,7	88,7	87,0	86,1	27,0	36,5
Frankreich	48,4	47,9	45,8	45,7	18,3	17,4
Griechenland	47,2	42,9	46,0	40,5	3,6	4,4
Irland	73,7	76,3	52,6	57,9	55,3	63,2
Italien	69,0	65,5	67,7	65,5	16,8	20,4
Luxemburg	60,0	53,3	46,7	33,3	46,7	40,0
Niederlande	63,7	66,7	54,9	55,9	30,4	43,1
Norwegen	76,7	82,0	71,8	75,7	28,6	28,2
Österreich	79,7	81,0	72,2	72,2	49,4	48,1
Portugal	50,9	58,5	45,3	50,9	17,0	17,0
Schweden	78,8	77,1	76,7	74,6	27,9	25,2
Schweiz	76,7	82,5	69,3	74,6	41,3	42,9
Spanien	68,4	72,8	68,4	71,9	18,4	20,2
Vereinigtes Königreich	60,8	64,2	59,2	62,2	11,5	13,6
Mittelwert	66,7	67,4	61,1	60,7	28,5	29,9

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters

Tabelle III.5

**Anzahl der Unternehmen in der Teilstichprobe ohne Finanzdienstleistungsunternehmen
nach Ländern**

Land	Anzahl Unternehmen/Jahr	Anteil der Unternehmen an der Gesamtstichprobe (%)
Belgien	118	71,5
Dänemark	124	59,6
Deutschland	839	75,0
Finnland	115	89,1
Frankreich	777	84,5
Griechenland	252	86,6
Irland	38	84,4
Italien	226	77,9
Luxemburg	15	55,6
Niederlande	102	73,9
Norwegen	206	83,4
Österreich	79	74,5
Portugal	53	88,3
Schweden	433	87,8
Schweiz	189	68,7
Spanien	114	70,4
Vereinigtes Königreich	1.697	67,3
Insgesamt	5.377	74,7

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters

3.4 Deutsche Unternehmen im Netzwerk europäischer Unternehmensverflechtungen

394. Der folgende Abschnitt gibt einen detaillierteren Überblick über die personellen Verflechtungen in der deutschen Unternehmenslandschaft. Für die folgenden Auswertungen wurden dementsprechend nur Unternehmen berücksichtigt, deren Hauptsitz in Deutschland liegt. Tabelle III.6 vermittelt einen Überblick hinsichtlich der Fallzahlen und der Verteilung der 1 118 deutschen Unternehmen in den verschiedenen Branchen. Tabelle III.6 zeigt zudem, dass mehr als 80 Prozent der analysierten deutschen Unternehmen ihren Tätigkeitsschwerpunkt im Verarbeitenden Gewerbe (36,1 Prozent), der Branche „Finanz- und Versicherungsdienstleistungen, Grundstücks- und Wohnungswesen“ (25,0 Prozent) sowie im Dienstleistungsbereich (21,9 Prozent) haben.

395. In Tabelle III.7 sind sowohl die Anteile verflochtener Unternehmen insgesamt sowie nationale und inter-

nationale Verflechtungen als auch die Anzahl derjenigen Unternehmen, mit denen ein Unternehmen durchschnittlich verflochten ist, für das Berichtsjahr 2010 aufgeführt. In Branchen mit geringen Fallzahlen besteht jedoch die Gefahr, dass die berechneten Werte stark durch untypische Ausnahmefälle verzerrt sind. Wie bereits eingangs beschrieben, können die Ergebnisse nicht auf die Menge aller Unternehmen in den jeweiligen Wirtschaftszweigen übertragen werden, da es sich bei der betrachteten Stichprobe nicht um eine repräsentative Auswahl handelt.

396. Besonders hoch sind die personellen Verflechtungen in den Branchen „Sonstige Finanzdienstleistungen“, „Fahrzeugbau“, „Metallerzeugung und -bearbeitung“ sowie „Erbringung von Finanz- und Versicherungsdienstleistungen“. Mit jeweils über 70 Prozent liegt der Anteil der personell verflochtenen Unternehmen klar über dem Gesamtdurchschnitt von 61,9 Prozent. Den niedrigsten Anteil der verflochtenen Unternehmen, welcher auch weit unter der Fallzahl für die gesamte Stichprobe (vgl.

Tabelle III.6

Fallzahlen und Verteilung deutscher Unternehmen nach Branchen

Branche	SIC-Code(s)	Anzahl Unternehmen/Jahr	Anteil an der Stichprobe (%)
Landwirtschaft, Forstwirtschaft und Fischerei	01–09	8	0,7
Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden	10–14	18	1,6
Baugewerbe/Bau	15, 16, 17	21	1,9
Verarbeitendes Gewerbe, davon	20–39	404	36,1
Herst. von Nahrungsmitteln, Tabakerzeugnissen & Textilien	20–23, 31	51	4,6
Herst. von Holzwaren, Papier, Pappe	24, 25, 26	16	1,4
Verlagswesen, audiovisuelle Medien und Rundfunk	27	8	0,7
Herstellung von chemischen Erzeugnissen, Gummi & Kunststoffwaren, Kokerei & Mineralölverarbeitung	28, 29, 30	60	5,4
Metallerzeugung und -bearbeitung, Herst. von Metallerzeugnissen	32, 33, 34	38	3,4
Maschinenbau, Herst. von Datenverarbeitungsgeräten	35	82	7,3
Herstellung von elektrischen Ausrüstungen	36	70	6,3
Fahrzeugbau	37	29	2,6
Herst. von optischen Erzeugnissen & sonst. Herst. von Waren	38, 39	50	4,5
Energie- & Wasserversorgung, Transport- & Kommunikationsdienstleistungen	40–49	86	7,7
Groß- und Einzelhandel	50–59	57	5,1
Finanz- und Versicherungsdienstleistungen, Grundstücks- und Wohnungswesen, davon	60–67	279	25,0
Erbringung von Finanz- und Versicherungsdienstleistungen	60–64	111	9,9
Grundstücks- und Wohnungswesen	65	83	7,4
Sonstige Finanzdienstleistungen	67	85	7,6
Dienstleistungen, davon	70–89	245	21,9
Sonstige Dienstleistungen	70, 72, 75–89	93	8,3
Unternehmensdienstleistungen	73	152	13,6
Insgesamt		1.118	100,0

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters

Abbildung III.4) liegt, weist die Branche „Landwirtschaft, Forstwirtschaft und Fischerei“ auf.

397. Der gleiche Befund ergibt sich, wenn man nur die nationale Verflechtungsintensität nach Branchen betrachtet: Auch hier ergeben sich die höchsten Verflechtungsanteile für die im vorherigen Abschnitt erwähnten Branchen. Der Anteil der deutschen Unternehmen, welche international verflochten sind, liegt – wie auch schon in der gesamten Stichprobe (vgl. Abbildung III.8) – in allen Branchen

deutlich unter dem nationalen Verflechtungsanteil. Besonders hoch ist der internationale Verflechtungsgrad in der Chemieindustrie mit 45,0 Prozent und liegt somit weit über dem Gesamtanteil über alle Branchen von 24,6 Prozent.

398. Es zeigt sich zudem, dass deutsche Unternehmen im Durchschnitt mit 2,3 Unternehmen personell verflochten sind. Hierbei wird deutlich, dass deutsche Firmen innerhalb Deutschlands mit durchschnittlich 1,7 anderen Unternehmen verflochten sind, wohingegen die durch-

Tabelle III.7

**Personelle Unternehmensverflechtungen deutscher Unternehmen
nach Branchen 2010**

Branche	Anteil verflochtener Unternehmen (%)			Anzahl verflochtener Unternehmen ¹		
	insgesamt	national	international	insgesamt	national	international
Landwirtschaft, Forstwirtschaft und Fischerei	37,5	37,5	12,5	1,0	0,8	0,3
Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden	50,0	38,9	16,7	1,7	1,4	0,2
Baugewerbe/Bau	52,4	47,6	28,6	1,7	1,1	0,6
Herst. von Nahrungsmitteln, Tabakerzeugnissen & Textilien	52,9	49,0	17,6	1,4	1,0	0,4
Herst. von Holzwaren, Papier, Pappe	56,3	50,0	25,0	1,4	1,1	0,3
Verlagswesen, audiovisuelle Medien und Rundfunk	50,0	50,0	12,5	1,8	1,3	0,5
Herstellung von chemischen Erzeugnissen, Gummi- & Kunststoffwaren, Kokerei & Mineralölverarbeitung	68,3	60,0	45,0	3,3	2,3	1,0
Metallerzeugung und -bearbeitung, Herst. von Metallerzeugnissen	71,1	63,2	34,2	3,0	2,4	0,6
Maschinenbau, Herst. von Datenverarbeitungsgeräten	62,2	59,8	17,1	2,1	1,7	0,5
Herstellung von elektrischen Ausrüstungen	58,6	45,7	27,1	1,7	1,2	0,5
Fahrzeugbau	72,4	69,0	37,9	4,8	4,1	0,8
Herst. von optischen Erzeugnissen & sonst. Herst. von Waren	56,0	52,0	34,0	2,4	1,6	0,8
Energie- & Wasserversorgung, Transport- & Kommunikationsdienstleistungen	65,1	58,1	27,9	2,7	2,0	0,7
Groß- und Einzelhandel	66,7	59,6	29,8	2,4	1,8	0,6
Erbringung von Finanz- und Versicherungsdienstleistungen	70,3	61,3	29,7	3,5	2,6	0,8
Grundstücks- und Wohnungswesen	57,8	51,8	18,1	1,6	1,3	0,3
Sonstige Finanzdienstleistungen	77,6	75,3	14,1	2,6	2,4	0,2
Sonstige Dienstleistungen	57,0	52,7	21,5	1,5	1,2	0,3
Unternehmensdienstleistungen	53,3	47,4	19,1	1,6	1,2	0,4
Mittelwert	61,9	55,8	24,6	2,3	1,7	0,5

¹ Anzahl der Unternehmen, mit denen die Unternehmen in der Branche durchschnittlich verflochten sind.

Quelle: Eigene Berechnungen auf Basis von Daten von Thomson Reuters

schnittliche Anzahl derjenigen Unternehmen, mit denen deutsche Firmen im Ausland verflochten sind, nur 0,5 beträgt. Mit den meisten Unternehmen durchschnittlich verflochten – sowohl insgesamt als auch auf nationaler Ebene – sind Firmen in der Branche „Fahrzeugbau“ mit

4,8 bzw. 4,1 verflochtenen Unternehmen und liegen somit weit über dem Gesamtdurchschnitt. Hohe Fallzahlen finden sich ebenfalls in den Branchen „Herstellung von chemischen Erzeugnissen“, „Metallerzeugung“ und „Finanzdienstleistungen“.

4. Zusammenfassung und Ausblick

399. Zusammenfassend verdeutlichen die Untersuchungen zum Stand und der Entwicklung personeller Unternehmensverflechtungen in und zwischen den sog. EU-15-Mitgliedstaaten zuzüglich Norwegen und der Schweiz die hohe Relevanz von Mehrfachmandatsträgern als Instrument zum Aufbau von Verflechtungsbeziehungen zwischen Unternehmen. Es konnte zum einen gezeigt werden, dass personelle Unternehmensverflechtungen kein deutsches Phänomen darstellen. Unternehmen, deren Hauptsitz in einem anderen Staat liegt, weisen häufig sogar einen höheren Anteil personell verflochtener Unternehmen auf. Zum anderen dokumentieren die Befunde, dass der Gesamtanteil personeller Verflechtungen zwar stark durch nationale Verbindungen geprägt ist, jedoch in einzelnen Branchen auch zahlreiche personelle Verflechtungen über Ländergrenzen hinweg bestehen. Im Zuge der fortschreitenden Globalisierung der Wirtschaft ist davon auszugehen, dass internationale Verflechtungen zukünftig weiter an Bedeutung gewinnen. Tendenziell sprechen die Ergebnisse für eine leicht zunehmende Bedeutung personeller Verflechtungen über Ländergrenzen hinweg. Aufgrund des relativ kurzen Untersuchungszeitraums für die Periode 2006 bis 2010 lassen sich zeitliche Entwicklungen nur bedingt interpretieren. Zudem war die betrachtete Periode durch erhebliche konjunkturelle Effekte gekennzeichnet, von denen anzunehmen ist, dass sie erhebliche Wirkungen auf die Unternehmenspolitik der betrachteten Unternehmen ausübten. Angesichts des unverändert hohen Anteils nationaler Verbindungen sollte dieses Verflechtungsmuster auch mittelfristig seine hohe Bedeutung behalten. Die Ergebnisse legen nahe, das empirische Phänomen personeller Unternehmensverflechtungen im internationalen Kontext auch zukünftig zu thematisieren und weiter zu vertiefen.

400. Mit dem Aufbau eines umfassenden Paneldatensatzes zu 7 195 börsennotierten Unternehmen in ausgewählten europäischen Staaten für den Zeitraum 2006 zu 2010 ist es gelungen, den Grundstein für weiterführende empirische Analysen zu legen. Im Rahmen der erstmaligen systematischen Untersuchung der nationalen und internationalen Bedeutung personeller Verflechtungen in ausgewählten europäischen Ländern lag der Untersuchungsschwerpunkt in diesem Hauptgutachten zunächst auf der Beschreibung des aktuellen Standes und der zeitlichen Entwicklung, um eine fundierte Einschätzung der Bedeutung personeller Verflechtungen im internationalen Kontext zu gewinnen. Dabei sind eine Reihe von weiterführenden Fragestellungen angerissen worden, die im aktuellen Hauptgutachten der Monopolkommission aufgrund knapper Ressourcen nicht bearbeitet werden konnten. Künftige empirische Untersuchungsschwerpunkte betreffen vorrangig die Fortschreibung sowie einen weiteren Ausbau und eine Verbesserung der Datenba-

sis, an die sich eine Ausweitung der Analysemethoden anschließen sollte, um personelle Verflechtungen aus einer wettbewerbspolitischen Perspektive zukünftig besser analysieren zu können.

401. Auf Ebene der Datenbasis konnten deutliche Verbesserungen erreicht werden. Private Datenbanken enthalten mittlerweile weltweit detaillierte Informationen zu einer Vielzahl von Unternehmen. Zahlreiche Unternehmen nutzen diese Daten bereits für eigene Marktanalysen. Öffentliche Datenbestände haben neben zum Teil prohibitiven Zugangshürden regelmäßig den entscheidenden Nachteil, wichtige internationale Aktivitäten von Unternehmen nur unzureichend abzubilden. Die in der Datenbank „Officers & Directors“ des Anbieters Thomson Reuters erfassten detaillierten Informationen zu Führungskräften börsennotierter Unternehmen im Zeitverlauf konnte zur systematischen Abbildung von Verflechtungsbeziehungen auf Länderebene im Zeitablauf genutzt werden. Wichtige Erweiterungen betreffen neben dem Zuspänsen detaillierter Bilanzdaten zunächst die Identifikation der Eigentümerstruktur sowie die Erfassung paralleler kapitalmäßiger Unternehmensverflechtungen.

402. Eine um zusätzliche Variablen und Beobachtungen erweiterte Datenbasis stellt die Grundlage zur Ableitung belastbarer Schlussfolgerungen und Aussagen unter dem Einsatz empirischer Analysemethoden dar. Von besonderem Interesse wäre hierbei, für ausgewählte Branchen unter Berücksichtigung der nationalen rechtlichen und strukturellen Rahmenbedingungen alle aktiven Unternehmen zu erfassen, um sich einer eher marktbasierten Untersuchung anzunähern. Die im Rahmen der vorliegenden Erhebung gewonnenen Erkenntnisse über Verflechtungsbeziehungen könnten in diesem Zusammenhang als Grundlage für tiefer gehende Branchenanalysen genutzt werden. Zudem wäre die zusätzliche Auswertung spezifischer personenbezogener Begleitmerkmale, wie etwa das Alter, der Zeitpunkt des Unternehmens Eintritts, vorherige Berufsstationen oder die Art des ausgeübten Mandats in einem Unternehmen, von Interesse, um die Funktion personeller Verbindungen zwischen Unternehmen besser qualifizieren zu können. Des Weiteren stellt der Einsatz von netzwerkanalytischen Verfahren zur Darstellung der Verflechtungsbeziehungen eine sinnvolle Ergänzung dar, um wichtige Schlüsselverbindungen oder spezielle Verflechtungsformen wie Dreiecks- und Ringverflechtungen 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 gegebenenfalls paralleler personeller Unternehmensverflechtungen aufzudecken, die eine stärker wettbewerbsbezogene Analyse nationaler und internationaler Unternehmensverflechtungen erlauben.

Kapitel IV

Kartellrechtliche Entscheidungspraxis

1. Allgemeines zur deutschen Kartellrechtspraxis

1.1 Kartellrecht in der Wirtschafts- und Finanzkrise

403. Bisher hat die besondere Situation der Wirtschafts- und Finanzkrise nur in verfahrenstechnischer Hinsicht Anforderungen an das Bundeskartellamt gestellt. So lassen sich zunehmend Zusammenschlüsse beobachten, bei denen Unternehmen in bzw. kurz vor der Insolvenz aufgekauft werden. Derartige Vorhaben stehen häufig unter besonderem Zeitdruck. Das Bundeskartellamt war jedoch bislang vor dem Hintergrund insbesondere seiner dezentralen Entscheidungsstruktur in der Lage, solche Untersuchungen, soweit sie wettbewerblich unproblematische Transaktionen betrafen, in kurzer Frist, teilweise innerhalb weniger Tage, abzuschließen.

404. Auf konkrete Entscheidungen des Bundeskartellamtes ist bislang nur in Einzelfällen ein mittelbarer Einfluss der Wirtschafts- und Finanzkrise erkennbar. Strukturkrisenkartelle, die allenfalls unter sehr engen Voraussetzungen Einzelfallfreistellungen vom Kartellverbot rechtfertigen könnten,¹ sind nicht bekannt geworden. Auch Sanierungsfusionen, bei denen Wettbewerbsverschlechterungen in Kauf genommen werden, da auch ohne die Transaktion die Marktanteile des Übernehmenden dem übernehmenden Unternehmen zuwachsen würden,² waren in den vergangenen Jahren nur ganz vereinzelt in Zeitungsmärkten zu beobachten und ohne Bezug zur Wirtschafts- und Finanzkrise.³ Eine Insolvenzgefährdung von Bußgeldschuldern wurde nur vereinzelt beim Bundeskartellamt vorgetragen und hat in einigen Fällen zur Vereinbarung von Ratenzahlungen, zu Stundungen sowie in zwei Fällen zur Herabsetzung der Geldbußen geführt.⁴ Dabei war die Wirtschafts- und Finanzkrise nur mittelbar, vor allem vermittelt durch Nachfragerückgänge, bedeutsam.

1.2 Kartellrechtsanwendung in spezialgesetzlich überformten Wirtschaftsbereichen

405. In einer Reihe von Wirtschaftsbereichen wird die Anwendung des Kartellrechts durch spezialgesetzliche Vorschriften mehr oder weniger ausdrücklich modifiziert.

Derartige Vorschriften und entsprechende Gesetzgebungsverfahren stellen einerseits oftmals ein Einfallstor für die Durchsetzung von Partikularinteressen dar. Andererseits sollen diese Einschränkungen des Wettbewerbsrechts nach dem Willen des Gesetzgebers insoweit vorrangigen Zwecken dienen und regelmäßig den Besonderheiten des betroffenen Wirtschaftsbereiches Rechnung tragen. Dabei stellen sich in der Praxis oftmals Fragen der Zuständigkeit des Bundeskartellamtes, des zulässigen Rechtswegs und vor allem der genauen Grenzziehung zwischen Spezialgesetz und allgemeinem Kartellrecht.⁵

406. Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit und der Grundrechte betroffener Unternehmen sowie die Vorgaben des europäischen Rechts haben bei gesetzlichen Einschränkungen des Kartellrechts stets mitbestimmendes Gewicht.⁶ Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz darf die Zulassung wettbewerbswidriger Praktiken nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des mit der Ausnahme verfolgten Gesetzeszwecks erforderlich ist.⁷ So hat etwa der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle⁸ einen Teil der bis 2005 im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufgeführten Ausnahmereiche gestrichen.⁹ Die verbliebenen expliziten Ausnahmereiche für die Landwirtschaft und für Zeitungen und Zeitschriften lassen Wettbewerbsbeschränkungen nur in genau umschriebenem, engem Rahmen zu.¹⁰

⁵ In regulierten Industrien ist teilweise eine spezialgesetzliche Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur vorgesehen; diese dient jedoch in aller Regel einer Konkretisierung der Verhaltensvorgaben, nicht deren Abschwächung. Teilweise besteht hier eine parallele Zuständigkeit des Bundeskartellamtes. Doch auch im Bereich ausschließlicher Zuständigkeit der Bundesnetzagentur (oder anderer Aufsichtsbehörden) können verspätete Zuständigkeitsrügen allein eine Rechtswidrigkeit von Kartellamtsbeschlüssen nicht begründen, § 55 Absatz 2 GWB; vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Oktober 2011, VI-3 Kart 1/11 (V).

⁶ Vgl. hierzu eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 400 ff. sowie die dortigen Nachweise.

⁷ Vgl. zum in der Tendenz eindeutigen Konsens im internationalen Vergleich etwa OECD, Policy Roundtables, Regulated Conduct Defence, 2011, insbesondere S. 9 ff., 21 ff.

⁸ Vgl. etwa die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Bundestagsdrucksache 15/3640 vom 12. August 2004, S. 48 ff., in der mehrfach auf den Vorrang des europäischen Rechts und auf das europäische Verhältnismäßigkeitsprinzip verwiesen wird.

⁹ Vgl. zum Stand vor der 7. GWB-Novelle BKartA, Ausnahmereiche des Kartellrechts – Stand und Perspektiven der 7. GWB-Novelle, Diskussionspapier, September 2003; zu den Veränderungen durch die Novelle Monopolkommission, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten 41, Baden-Baden 2004, Tz. 122 ff. Gestrichen wurden 2005 insbesondere Sondervorschriften für Urheberrechtsverwertungsgesellschaften (§ 30 GWB a. F.) und für die zentrale Vermarktung von Fernsehrechten an Sportveranstaltungen durch Sportverbände (§ 31 GWB a. F.).

¹⁰ Aufgrund deren Nähe zu staatlichem Handeln findet das Kartellrecht darüber hinaus keine Anwendung auf die Deutsche Bundesbank und die Kreditanstalt für Wiederaufbau, § 130 Absatz 1 Satz 2 GWB.

¹ Vgl. eingehender Monopolkommission, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Hauptgutachten 2008/2009, Baden-Baden 2010, Tz. 328.

² Vgl. ebenda, Tz. 329.

³ Vgl. BKartA, Entscheidung vom 10. Februar 2010, B6-16/10 „Nordwest-Medien/Promotion Verlagsgesellschaft“ (Verlagsobjekt „Hunte Report“); Entscheidung vom 23. Juli 2009, B6-67/09 „Rhein-Neckar-Zeitung/ Eberbacher Zeitung“.

⁴ Vgl. eingehender Tz. 478.

407. Die Sondervorschriften für die Landwirtschaft zeigen beispielhaft die ausdrückliche Beschränkung von Ausnahmen vom Kartellverbot auf das für die Erreichung des verfolgten Zwecks notwendige Mindestmaß. So gilt die Ausnahme vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen für landwirtschaftliche Erzeugerbetriebe und deren Vereinigungen nach § 28 Absatz 1 und 2 GWB nur in dort genau bestimmtem Umfang. Insbesondere bleiben horizontale Absprachen verboten, soweit sie Preise betreffen oder den Wettbewerb ausschließen. Das Marktstrukturgesetz¹¹ privilegiert daneben Kooperationen landwirtschaftlicher Erzeuger auch zur Kompensation eines Machtungleichgewichts zu deren Abnehmern. Nach § 11 Absatz 1 MarktStrG gilt das Verbot des § 1 GWB nicht für Beschlüsse anerkannter Erzeugergemeinschaften, die allerdings nach § 3 Absatz 1 Ziffer 8 MarktStrG den Wettbewerb nicht ausschließen dürfen. Vereinigungen derartiger Gemeinschaften dürfen nach § 11 Absatz 2 MarktStrG in der Preisbildung beraten und entsprechende Empfehlungen aussprechen. Insgesamt lässt sich feststellen, dass diese Kartellrechtsbeschränkungen klar als enge Ausnahmen ausgestaltet sind, das Verbot von Preisabsprachen regelmäßig aufrechterhalten und den ganz überwiegenden Teil des Wettbewerbsrechts ausdrücklich unberührt lassen. Von einer Ausweitung dieser Ausnahmenvorschriften rät die Monopolkommission ab.¹² Denn einerseits sind die bestehenden Regelungen bereits recht weitgehend; ihre Ausweitung könnte andererseits zu Verwerfungen in den betroffenen Märkten führen, ohne zielgenau eventuelle Probleme adressieren zu können. Auch würde die fortschreitende Liberalisierung der Milchwirtschaft so konterkariert; erfahrungsgemäß kann jedoch den Herausforderungen derartiger Liberalisierungen durch möglichst markt- und wettbewerbskonforme Rahmenbedingungen am besten begegnet werden.

408. Explizite Ausnahmen von der Anwendbarkeit des Kartellrechts schließen dieses regelmäßig nur in klar begrenztem Umfang aus. Dagegen wird teilweise für ungeschriebene Ausnahmen vom Kartellrecht in Anspruch genommen, diese gälten unterschiedslos. Soweit dies überhaupt begründet wird, erfolgt meist ein – regelmäßig

pauschaler – Hinweis auf die „Sondergesetzlichkeit“ des betroffenen Sektors oder zu vermeidende Abwägungsprobleme. Das ist etwa für das Arbeitsrecht¹³ und das Gesundheitswesen zu beobachten.

409. In ihrem letzten Hauptgutachten hat die Monopolkommission ausführlich die Wettbewerbsdefizite im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung untersucht. Es wurden erhebliche Lücken der faktischen Anwendbarkeit von Kartellverbot, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle festgestellt und entsprechende Lösungsvorschläge gemacht, zuletzt im Sondergutachten zum Referentenentwurf für die 8. GWB-Novelle.¹⁴

Zwar stellt die Neuordnung der (entsprechenden) Anwendbarkeit der Wettbewerbsvorschriften auf die Beziehung zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern in § 69 Absatz 2 SGB V zum 1. Januar 2011 eine erste Verbesserung dar.¹⁵ Dadurch wurde die – an die Besonderheiten gesetzlicher Kooperationspflichten der Akteure angepasste – Anwendbarkeit von Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht in diesem Teilsegment des Marktes ausdrücklich angeordnet. Insbesondere für Wettbewerbsbeschränkungen zwischen gesetzlichen Krankenkassen bleibt dies jedoch weiter stark umstritten;¹⁶ eine Kontrolle der Zusammenschlüsse zwischen diesen praktisch und nach dem Willen des Gesetzgebers im Wettbewerb stehenden Akteuren¹⁷ findet derzeit nicht mehr statt.¹⁸

410. In der gesetzlichen Krankenversicherung ist von weiter zunehmendem Wettbewerbsdruck auszugehen. In der Konsequenz steigen die Anreize für die Akteure, den Wettbewerb zu beschränken und eventuelle Marktmacht auszunutzen. Vor diesem Hintergrund erscheint es der

¹¹ Gesetz zur Anpassung der landwirtschaftlichen Erzeugung an die Erfordernisse des Marktes (Marktstrukturgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. September 1990, BGBl. I S. 2134; zuletzt geändert durch Artikel 21 des Gesetzes vom 9. Dezember 2010, BGBl. I S. 1934.

¹² Vgl. bereits die im März 2012 auf europäischer Ebene neu eingeführte, unmittelbar geltende Privilegierung von Milcherzeugern durch die Verordnung 261/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates 14. März 2012 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1234/2007 des Rates im Hinblick auf Vertragsbeziehungen im Sektor Milch und Milcherzeugnisse, ABl. EU Nr. L 94 vom 30. März 2012, S. 38. Nach deren Artikel 1 Nummer 3 dürfen allerdings nicht mehr als 3,5 Prozent der EU-weiten bzw. 33 Prozent der nationalen Milchproduktion gebündelt werden. Daneben hat die nationale Wettbewerbsbehörde die Befugnis, diese Privilegierung im Einzelfall zu entziehen, wenn Wettbewerbsprobleme bestehen; entsprechende Kooperationen von Verbänden sind bei der Europäischen Kommission anzumelden und dürfen keine Preiskoordination beinhalten, Artikel 1 Nummer 6. Vgl. zum unverändert umgesetzten Diskussionsentwurf von 2010 BKartA, Sektoruntersuchung Milch, B2-19/08, Endbericht Januar 2012, S. 109 ff.

¹³ Vgl. eingehender zur Reichweite dieser Ausnahme Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 880 f., 1017 ff.

¹⁴ Vgl. ebenda, Tz. 1193 ff., 1236 ff.; Monopolkommission, Die 8. GWB-Novelle aus wettberbspolitischer Sicht, Sondergutachten 63, Baden-Baden 2012, Tz. 130 ff.; hierzu insgesamt auch Tz. 171 ff.

¹⁵ Artikel 1 Nummer 9 des Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz – AMNOG) vom 22. Dezember 2010, BGBl. I S. 2262.

¹⁶ So soll das Bundeskartellamt auch bei deutlicher Wettbewerbsbeschränkung im Bereich vom Gesetzgeber als wettbewerbslich vorgehener Parameter (Erhebung und Höhe von Zusatzbeiträgen) hier unzuständig und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unanwendbar sein; vgl. LSG Hessen, Urteil vom 15. September 2011, L 1 KR 89/10 KL.

¹⁷ Vgl. eingehend bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 1193 ff., besonders plastisch dort Abbildung VI.7.

¹⁸ Vgl. Bündler, H./Steltzner, H., Kartellamt stoppt Fusionskontrolle, Frankfurter Allgemeine, 21. November 2011. Dies erfolgt aus pragmatischen Gründen mit Bezug auf das oben genannte Urteil des Landessozialgerichts Hessen, das von einer uneingeschränkten Ausschließlichkeit der Rechtsaufsicht durch das Bundesversicherungsamt ausgeht und dazu die Unternehmenseigenschaft von Krankenkassen unterschiedslos ablehnt (so für den Unternehmensbegriff des europäischen Wettbewerbsrechts auch bereits BSG, Urteil vom 22. Juni 2010, B 1 A 1/09 R). Die für die Auslegung der relevanten Vorschriften möglicherweise nicht unmaßgebliche Vorfrage des zulässigen Rechtswegs zu den Sozialgerichten steht seit dem Beschluss des Bundessozialgerichts vom 28. September 2010, B 1 SF 1/10 R, fest.

Monopolkommission weiterhin besonders dringlich, die Regelungen des Sozialgesetzbuchs V über die Anwendung des Wettbewerbsrechts im Gesundheitswesen entsprechend einem eindeutigen und konsistenten Leitbild anzupassen.¹⁹ Sie hat dem Gesetzgeber insoweit empfohlen, eine allgemeine Vorschrift in das Sozialgesetzbuch V einzuführen, welche die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unter Nennung der Ausnahmen sowie die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes ausdrücklich fest schreibt.²⁰ So würden gleichzeitig – unter der jetzigen Regelung absehbare – ineffiziente Streitigkeiten in Grenzbereichen minimiert und die Erfahrungen des Bundeskartellamtes zur Effektivierung von Wettbewerb unter bestmöglicher Einbindung der gesetzlich vorgesehenen Kooperationen in diesem Bereich nutzbar gemacht. Die in Artikel 3 des Regierungsentwurfs für eine 8. GWB-Novelle²¹ vorgesehenen Änderungen entsprechen dieser Forderung und werden von der Monopolkommission nachdrücklich unterstützt. Nicht zuletzt die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes und der ordentlichen Gerichte erscheint hier angesichts der Erfahrung dieser Institutionen bei der Anwendung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften dringend erforderlich.

411. Die Monopolkommission empfiehlt dem Gesetzgeber auch in allgemeinerer Hinsicht, bei einer expliziten Einschränkung des Kartellrechts durch Sonderregelungen und Spezialgesetze eine zeitliche Befristung der Ausnahmeregelung vorzusehen, im Idealfall gepaart mit entsprechenden Evaluierungsvorgaben. Denn der Grund für die Ausnahmeregelung könnte später wegfallen. Eine entsprechende Überprüfungsklausel dürfte in vielen Fällen ein wirksames zusätzliches Instrument sein, ungerechtfertigten Überdehnungen des Ausnahmetatbestands entgegenzuwirken.

1.3 Kartellrechtsanwendung im Grenzbereich hoheitlicher Tätigkeit

412. Analog zu diesem „Sonderkartellrecht“ im Geltungsbereich von Spezialgesetzgebung versuchen Hoheitsträger im Grenzbereich zur Ausübung hoheitlicher Gewalt nicht selten, die Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Dabei ist anerkannt und nach Auffassung der Monopolkommission entscheidend, dass Ausnahmen von der allgemeinen Geltung des Kartellrechts bei wirtschaftlicher Betätigung nach allgemeinen juristischen Prinzipien eng und entspre-

chend dem Sinn und Zweck der Ausnahme auszulegen sind. Daneben sind stets die Restriktionen des europäischen Unionsrechts, insbesondere der Grundfreiheiten, zu beachten.²²

413. Das Kartellrecht ist grundsätzlich auch auf jede wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand anwendbar.²³ Dabei wird nicht selten von Hoheitsträgern versucht, mit Hinweis auf den Zusammenhang einer Maßnahme oder Praxis mit hoheitlichen Aufgaben und/oder durch die Einkleidung in hoheitliche Formen die Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auszuschließen. So wird in der Wasserwirtschaft von einer „Flucht ins Gebührenrecht“ gesprochen.²⁴ Insbesondere zwei höchstgerichtliche Entscheidungen haben im Berichtszeitraum die Grenzen derartiger Kartellrechtsausnahmen deutlich gemacht.

In einem Beschluss hat der Bundesgerichtshof die Untersagung einer Fusion von zwei in öffentlicher Hand befindlichen Krankenhausgesellschaften durch das Bundeskartellamt bestätigt.²⁵ Dabei wurde erneut die uneingeschränkte Geltung des Kartellrechts für den Fall klargestellt, in dem sich eine Körperschaft des öffentlichen Rechts in privatrechtlicher Form am Rechtsverkehr beteiligt.

Im zweiten Beschluss hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass auch ein öffentlich-rechtlicher Wasserversorger, der die Leistungsbeziehungen zu seinen Abnehmern öffentlich-rechtlich ausgestaltet hat und Gebühren erhebt, Unternehmen im Sinne des § 59 Absatz 1 GWB und somit verpflichtet ist, dem Bundeskartellamt im Rahmen von Kartellverfahren Auskünfte zu erteilen.²⁶ Dabei wurde unter einer Aufgliederung des Unternehmensbegriffs im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausdrücklich offengelassen, ob – angesichts der „weitgehenden Austauschbarkeit“ öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Ausgestaltung der Leistungsbeziehung – ein derartiger Versorger auch Unternehmen im Sinne des § 19 GWB ist.

414. Die Monopolkommission begrüßt die Klarstellungen des Bundesgerichtshofs. Entscheidend für die Anwendbarkeit des Kartellrechts ist nicht die Organisationsform des Eigentümers bzw. des Handelnden oder die rechtliche Form der Leistungsbeziehung, sondern allein die funktionale Einordnung der betreffenden Tätigkeit.²⁷

¹⁹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 1217 ff., 1236 ff.; Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 135 ff.

²⁰ Vgl. für einen konkreten Formulierungsvorschlag eines neuen Absatzes zwischen Absatz 1 und 2 des § 4 SGB V bereits Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 136: „Das Handeln der gesetzlichen Krankenkassen ist unternehmerisches Handeln im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Ausnahmen sind solche Bereiche, in denen die Kassen zur Erfüllung ihres Versorgungsauftrags zu kollektivem Handeln verpflichtet sind. Dies gilt insbesondere für Verträge zwischen Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsamsregelung gilt.“

²¹ Bundestagsdrucksache 17/9852 vom 31. Mai 2012.

²² Vgl. hierzu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 402, 468 mit weiteren Nachweisen.

²³ Allgemein zur Anwendung in Grenzbereichen hoheitlicher Betätigung vgl. ebenda, Tz. 397 ff., Tz. 463 ff.; zur Anwendung auf (Wasser-)Gebühren vgl. ebenda, Tz. 12 ff.; zur Anwendung auf Krankenkassen vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 130 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen.

²⁴ Vgl. hierzu eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 8 ff. So ist etwa seit dem 1. April 2012 in Kassel der neu geschaffene Eigenbetrieb KASSELWASSER für die Wasserversorgung der Städte Kassel und Vellmar verantwortlich und nicht mehr die Städtischen Werke. KASSELWASSER hat die Städtischen Werke Netz + Service GmbH mit der technischen Betriebsführung der Wasserversorgung betraut.

²⁵ BGH, Beschluss vom 8. November 2011, KVZ 14/11.

²⁶ BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2011, KVR 9/11 „Niederbarnimer Wasserverband“, unter Aufhebung des Beschlusses des OLG Düsseldorf vom 8. Dezember 2010, VI 2 Kart 1/10 (V).

²⁷ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 397 ff. mit den entsprechenden Nachweisen.

Allein originär hoheitliches Handeln kann von einer Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgenommen sein. Angesichts der wiederholten Zurückhaltung des Bundesgerichtshofs, dieses auch für nur der rechtlichen Form nach hoheitliche, materiell aber wirtschaftliche Tätigkeiten zu entscheiden,²⁸ erscheint der Monopolkommission eine Klarstellung durch den Gesetzgeber empfehlenswert. Denn dadurch ließen sich weitere Rechtsstreitigkeiten über die Anwendbarkeit des Kartellrechts in derartigen Bereichen ebenso vermeiden wie Umstrukturierungsmaßnahmen, mit denen sich insbesondere Versorger vor einer Überprüfung ihres Handelns an für wirtschaftliche Tätigkeiten allgemein geltenden Regeln zu entziehen versuchen. Darüber hinaus hätte eine eindeutige Geltung des Kartellrechts auch in diesen Bereichen den Vorteil, die Handelnden unmittelbar zu einer stärkeren Orientierung an Effizienzgesichtspunkten auch im Interesse ihrer Kunden anzuhalten.²⁹ Allerdings könnte eine solche Klarstellung auf deutlichen politischen Widerstand stoßen.³⁰ Vor diesem Hintergrund ermutigt die Monopolkommission auch das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden, entsprechende (Pilot-) Verfahren zu führen bzw. weiter voranzutreiben.³¹

1.4 Nutzung des vollen Spektrums der kartellamtlichen Handlungsformen

415. Neben den klassischen förmlichen Entscheidungen in Fusionskontroll-, Missbrauchs- und Kartellverfahren – Verwaltungsakt und Bußgeldbescheid – stehen dem Bundeskartellamt für die Durchsetzung des Kartellrechts und die Förderung von dessen Anwendung eine Reihe weiterer Handlungsformen zu Gebot. Insbesondere durch die 7. GWB-Novelle 2005 wurden einige neue Instrumente eingeführt, die dem Amt erlauben, problematische Marktkonstellationen umfassender zu untersuchen und flexibler auf (vermutete) Wettbewerbsprobleme zu reagieren.³² Diese Instrumente sind in aller Regel zwar ebenso wie Verwaltungsakte und Bußgeldbescheide mit erheblichem Verfahrensaufwand verbunden, fördern aber vielfach über die Verfahrensbeteiligten hinaus die fakti-

sche Einhaltung des Kartellrechts durch dritte Unternehmen. Nichtförmliches Handeln der Kartellbehörde schließlich kann in vielen Fällen eine effiziente Methode zur Sicherstellung kartellrechtmäßigen Verhaltens der Marktteilnehmer darstellen.

1.4.1 Nichtförmliche Kartellrechtsdurchsetzung, insbesondere Compliance-Förderung

416. Die Durchsetzung des Kartellrechts durch das Bundeskartellamt stellt für die Befolgung des Kartellrechts durch die Unternehmen eine wichtige Grundlage dar. Insbesondere im Bereich von Kartellverfolgung und Missbrauchsaufsicht³³ jedoch dürfte der weitaus größte Wirkungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der freiwilligen Befolgung dessen Vorschriften durch die Handelnden liegen.³⁴ Diese Kartellrechts-Compliance³⁵ setzt Kenntnis und aktuelles Bewusstsein seitens der in Unternehmen Handelnden um die Vorgaben des Kartellrechts voraus. Verwaltungsakte und Bußgeldentscheidungen stellen regelmäßig das jeweilige unzulässige Verhalten der betroffenen Unternehmen ab. Nicht zuletzt im Verbund mit der Öffentlichkeitsarbeit des Bundeskartellamtes wirken derartige Entscheidungen auch dadurch, dass sie zusätzlich dritte Unternehmen nachdrücklich daran erinnern bzw. nicht selten deren erstmalige (intensivere) Beschäftigung mit den Vorschriften zum Schutz des Wettbewerbs auslösen. Vor allem in Bereichen eindeutiger kartellrechtlicher Verbote hängt die Kartellrechtsmäßigkeit unternehmerischen Handelns von der Kenntnis kartellrechtlicher Vorschriften und maßgeblich von einer Compliance-Kultur in den Unternehmen selbst ab.³⁶

²⁸ BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2011, KVR 9/11 „Niederbarnimer Wasserverband“ unter Bezug auf BGH, Beschluss vom 22. März 1976, GSZ 2/75, BGHZ 67, 81, 91 „Auto-Analyzer“.

²⁹ Vgl. im internationalen Vergleich OECD, Policy Roundtables, State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality, 2009, sowie die Analyse bei Capobianco, A./Christiansen, H., Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options“, OECD Corporate Governance Working Papers, Nr. 1, 2011.

³⁰ Vgl. jedoch die Empfehlungen des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates zur 8. GWB-Novelle, Bundesratsdrucksache 176/1/12 vom 30. April 2012, Nr. 11.

³¹ Dabei ist die Frage noch nicht abschließend geklärt, wie weit die Umstrukturierung der Lieferbeziehungen zur Umgehung der kartellrechtlichen Regeln Informationsrechte der Kartellbehörden und Verhaltenspflichten der Unternehmen auszuhebeln vermag, vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 20. September 2011, 11 W 24/11 (Kart) „Rekommunalisierung Wetzlar“ (Nichtzulassungsbeschwerde anhängig beim Bundesgerichtshof unter dem Aktenzeichen KVZ 53/11) gegenüber BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2011, KVR 9/11 „Niederbarnimer Wasserverband“.

³² Vgl. hierzu insgesamt Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 336 ff., 354 ff.

³³ Auch die Befolgung der Anmeldepflicht für bestimmte Zusammenschlussvorhaben setzt letztlich die Initiative der Unternehmen voraus; vgl. zur Sanktionierung von Verstößen Tz. 659 ff.

³⁴ Das Verhältnis von Sanktions- und Abschreckungswirkung ist naturgemäß schlecht messbar; Versuche finden sich bei OFT, The Deterrent Effect of Competition Enforcement by the OFT, Discussion Document, OFT 963, November 2007. Zur Theorie vgl. etwa Harding, C., Cartel Deterrence: The Search for Evidence and Argument, Antitrust Bulletin 56(2), 2011, S. 345–376.

³⁵ Der englische Begriff Compliance bedeutet mittlerweile auch im Deutschen das regelgemäße Verhalten von Regelunterworfenen; im kartellrechtlichen Kontext wird darunter die Vermeidung von Wettbewerbsverstößen verstanden.

³⁶ Vgl. die grundsätzlich auf Deutschland übertragbaren Ergebnisse in OFT, Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law, An OFT Report, OFT 1227, May 2010, sowie in OFT, The Impact of Competition Interventions on Compliance and Deterrence, Final Report, OFT 1391, December 2011, S. 45 ff. Aus wissenschaftlicher Sicht vgl. etwa Krawiec, K., Organizational Misconduct: Beyond the Principal-Agent Model, Florida State University Law Review 32, 2005, S. 571–615; Waller, S. W., Corporate Governance and Competition Policy, George Mason Law Review 18(4), 2011, S. 833–887; Parker, C./Gilad, S., Internal corporate compliance management systems: structure, culture and agency, in: Parker, C./Lehmann, V. (Hrsg.): Explaining Compliance: Business Responses to Regulation, Cheltenham 2011, S. 170–196; allgemeiner etwa die Meta-Studie von Engel, C., The behaviour of corporate actors: How much can we learn from the experimental literature, Journal of Institutional Economics 6(4), 2010, S. 445–475, sowie Fehr, E./Falk, A., Psychological foundations of incentives, European Economic Review 46(4/5), 2002, S. 687–724.

417. Förmliche Entscheidungen des Bundeskartellamtes bedürfen eines erheblichen Verfahrens- und Begründungsaufwands. Behörde und Betroffene stehen sich regelmäßig als Gegner gegenüber, was Kooperation meist zumindest erschwert. Aufgrund ihres unmittelbar verpflichtenden bzw. sanktionierenden Charakters werden diese Entscheidungen oftmals vor den Gerichten angegriffen, was weiteren erheblichen Aufwand für Behörde wie Unternehmen bedeutet. Nichtförmliche Handlungen des Bundeskartellamtes hingegen binden in der Regel erheblich weniger Ressourcen und können mit deutlich geringerem Aufwand als förmliche Verfahren gleiche oder größere praktische Wirksamkeit erzielen. Sie haben allerdings generell keine verpflichtende Wirkung für die Unternehmen und können uneindeutige Rechts- oder Beurteilungsfragen nicht verbindlich klären. Die niedrigere rechtliche Bindungswirkung derartiger Kartellrechtsdurchsetzung spiegelt sich in ihrer geringeren gerichtlichen Überprüfbarkeit.³⁷

418. Eine Vielzahl von Verfahren des Bundeskartellamtes erreicht das Stadium des förmlichen Verfahrens nicht oder bleibt ohne förmlichen Verfahrensabschluss. Nicht selten stellen Unternehmen kartellrechtswidriges Verhalten bereits nach dem ersten informellen Kontakt mit dem Bundeskartellamt oder nach der Verfahrenseröffnung ohne Notwendigkeit einer förmlichen Entscheidung ab. Derartige informelle Verfahrensbeendigungen kommen auch in Fusionskontrollverfahren vor, wenn Parteien eines Zusammenschlussvorhabens dieses wegen wettbewerblcher Bedenken des Bundeskartellamtes entweder nicht bzw. modifiziert anmelden oder die Anmeldung in der ersten Phase oder im Hauptprüfverfahren zurückziehen. In diesen Fällen wird der Zweck des Kartellamtshandelns regelmäßig mit einem Bruchteil des für förmliche Entscheidungen notwendigen Verfahrensaufwands erreicht.

419. Ein ähnlich gutes, freilich schwer zu messendes Kosten-Nutzen-Verhältnis dürfte vielfach die „Competition Advocacy“ des Bundeskartellamtes haben (in dessen Übersetzung „Werben für das Wettbewerbsprinzip“).³⁸ Darunter lassen sich diejenigen Bestrebungen des Bundeskartellamtes zusammenfassen, die in erster Linie oder jedenfalls unter anderem der Steigerung des Bewusstseins – vor allem der Adressaten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – für Geltung und Inhalt des Kartellrechts sowie die Vorzüge funktionierenden Wettbewerbs dienen. Zu nennen sind hier vor allem Presse- und Öffentlichkeitsarbeit, Fallberichte, sonstige Veröffentlichungen und öffentliche Stellungnahmen, der Tätigkeitsbericht, Sektoruntersuchungen, die Organisation von und die Teilnahme an Fachkonferenzen, die Zusammenarbeit mit anderen Behörden und nicht zuletzt Stellungnahmen in kartellrechtsrelevanten Gerichtsverfahren zwischen Dritten, aber auch in Gesetzgebungsverfahren.

420. Besonders wirksam dürften derartige, die Aufmerksamkeit für und die Bekanntheit des Kartellrechts steigernden Maßnahmen im Zusammenhang mit Bußgeldentscheidungen sein, die auch nach der Höhe des Bußgelds geeignet sind, die nachhaltige Aufmerksamkeit der relevanten Akteure zu fördern. Eine derartige koordinierte Erhöhung der Aufmerksamkeit entsprechender Verkehrskreise dürfte die Abschreckungswirkung der einzelnen Entscheidungen erheblich erhöhen.

421. In konsequenter Weiterführung des Advocacy-Gedankens fördern viele ausländische Kartellbehörden Compliance-Bestrebungen von Unternehmen aktiv.³⁹ Unternehmensseitige Bemühungen in diese Richtung haben zunehmend systematischen Charakter: Die Einrichtung von speziellen Compliance-Programmen und die Einsetzung von Compliance-Beauftragten sind insbesondere bei größeren Unternehmen verstärkt zu beobachten und bei auch international, vor allem in den USA tätigen Unternehmen fast schon die Regel.⁴⁰ In kleineren und mittleren Unternehmen dagegen fehlt es nicht selten bereits an einer hinreichenden Kartellrechtskenntnis.⁴¹

422. Einerseits ist die Einhaltung des Kartellrechts prinzipiell selbstverständliche Pflicht der Unternehmen. Andererseits sind Unternehmen keine monolithischen Gebilde mit einheitlicher Willensbildung, die auf jeden einzelnen Handelnden unmittelbar einwirken würde. Vielmehr stellt sich in den vielfältigen Entscheidungs- und Handlungsstrukturen vor allem mittlerer und großer Unternehmen die Vermeidung von Kartellrechtsverstößen nicht selten als wenig bewusste Nebenrestriktion dar. Bei Unternehmen, denen aufgrund eines (nicht notwendig kartellrechtlichen) Regelverstößes ein bedeutendes Bußgeld auferlegt wurde, führt der Vergleich der Kosten für einen Verstoß (neben Bußgeld etwa Schadensersatz, Reputations- und Kundenverlust) mit den Kosten proaktiver systematischer Compliance-Anstrengungen oftmals zur Implementierung eines Compliance-Programms. Ohne einen derartigen Anlass kann es jedoch an Anreizen für die Unternehmensleitung mangeln, derartige Erwägungen anzustellen.⁴² In der Folge kann es unternehmensintern an Wissen um die Vorgaben des Kartellrechts und an einer

³⁷ Vgl. anschaulich OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. September 2009, VI-Kart 1/09 (V).

³⁸ Vgl. dazu eingehend bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 370 ff.

³⁹ Vgl. etwa die internationale Übersicht bei International Chamber of Commerce (ICC), Promoting Antitrust Compliance: The Various Approaches of National Competition Authorities, November 2011. Dort unberücksichtigt sind insbesondere die Broschüre „Compliance matters“ der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission, ebenfalls von November 2011, verfügbar unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/>, sowie Autorité de la concurrence, Framework-Document of 10 February 2012 on Antitrust Compliance Programmes.

⁴⁰ Besonders starke Treiber von förmlichen Compliance-Programmen sind hier auch die Anforderungen des US-amerikanischen Kapitalmarktrechts sowie die US-amerikanischen und die britischen Vorschriften zur Korruptions- und Geldwäschevermeidung.

⁴¹ Vgl. die grundsätzlich auf Deutschland übertragbaren Ergebnisse in OFT, The impact of competition interventions on compliance and deterrence, OFT 1391, 2011, S. 53 ff.

⁴² Vgl. etwa bereits Beckenstein, A./Gabel, H., The Economics of Antitrust Compliance, Southern Economic Journal 52(3), 1986, S. 673–692.

Compliance-Kultur fehlen, was die Gefahr von Kartellrechtsverstößen erhöht.

423. Um diese Anreizlücke auszufüllen und über bloße Abschreckung und Advocacy hinaus Compliance-Bestreben von Unternehmen zu fördern, berücksichtigen manche Kartellbehörden entsprechende bestehende Programme bei der Bußgeldbemessung, soweit diese bestimmte Voraussetzungen erfüllen.⁴³ Andere Kartellbehörden berücksichtigen die Verpflichtung zur Implementierung eines Compliance-Systems im Rahmen von (einverständlichen) Verfahrensbeendigungen infolge von Kartellverstößen, so etwa in Australien, Frankreich und Südafrika; weitere Kartellbehörden bieten den Unternehmen Leitlinien zur Implementierung eines Compliance-Programms.⁴⁴

424. Im deutschen Kartellrecht kann das Unterlassen von (angemessenen) Vorkehrungen, um Wettbewerbsverstöße von vornherein zu verhindern, zu einer persönlichen Haftung des ansonsten an dem konkreten Kartellrechtsverstoß unbeteiligten Unternehmensinhabers wegen Verletzung von Aufsichts- und Organisationspflichtverletzungen führen (§ 130 Absatz 1 OWiG).⁴⁵

425. Das Bundeskartellamt fördert bislang systematische Compliance-Anstrengungen der Unternehmen nicht ausdrücklich. Dem liegt die – zutreffende – Auffassung zugrunde, die Erfüllung kartellrechtlicher Pflichten obliege allein den Unternehmen. Auch zeige ein Kartellrechtsverstoß bei bestehendem Compliance-Programm in der Regel, dass Letzteres nicht (richtig) funktioniert habe; soweit es Verstöße frühzeitig aufzudecken ermögliche, könne durch eine Selbstanzeige im Rahmen der Bonusregelung ein Erlass oder eine Reduktion der Geldbuße erlangt werden. Angemessen hohe Bußgelder und eine effektive Verfolgung von Verstößen würden die Unternehmen in erheblichem Maße von Kartellrechtsverstößen abschrecken. Darüber hinaus ließen sich derartige Programme zur Verdeckung von Kartellrechtsverstößen missbrauchen und müssten dann zu einer Erhöhung des Bußgelds führen. Eine Berücksichtigung im Rahmen der Bußgeldbemessung oder als Zusagen würde zudem die unter Umständen aufwendige Überprüfung einzelner Compliance-Maßnahmen erfordern. Schließlich würden sich derartige Maßnahmen in vielen Unternehmen bereits zur Vermeidung von Organisationsverschulden dringend empfehlen. Die systematische Vermeidung von Kartell-

rechtsverstößen durch Unternehmen soll sich nach dieser Ansicht allein aus sich selbst heraus motivieren.

426. Diesen Argumenten ist grundsätzlich zwar zuzustimmen. Allerdings bleibt durch die völlige Nichtbehandlung des Themas durch das Bundeskartellamt in seiner Entscheidungspraxis und in seiner Öffentlichkeitsarbeit⁴⁶ auch ein wirksames Mittel ungenutzt, Unternehmen zusätzlich zu kartellrechtmäßigem Verhalten anzuregen. Wenn auch vielfach Rechts- und spezialisierte Compliance-Berater sowie Wirtschaftsprüfer die Implementierung entsprechender Compliance-Programme anbieten,⁴⁷ so dürfte doch bei vielen – insbesondere kleineren und mittleren Unternehmen – eine starke Unsicherheit über Zielrichtung, Ausgestaltung und Mehrwert systematischer Compliance-Bestreben bestehen. Vor diesem Hintergrund empfiehlt die Monopolkommission dem Bundeskartellamt, die völlige Aussparung von Compliance-Systemen im weiteren Sinne jedenfalls in seiner Advocacy-Praxis zu überdenken.

427. Eine Veröffentlichung genauer und konkreter Hinweise auf die richtige Ausgestaltung von Compliance-Programmen könnte zwar zu diesem Zeitpunkt auch angesichts der vielfältigen Unternehmenswirklichkeit, knapper Ressourcen und mangelnder entsprechender Erfahrung des Bundeskartellamtes wenig sinnvoll erscheinen. So haben die oben aufgeführten Kartellbehörden ganz überwiegend eine längere, teilweise jahrzehntelange Erfahrung in dieser Hinsicht aufzuweisen. Deren Compliance-bezogene Texte basieren auch überwiegend auf teils gestaffelten und umfangreichen empirischen Studien und/oder öffentlichen Konsultationen und können für die Situation in Deutschland nur von eingeschränktem Vorbildcharakter sein. Dennoch könnte sich eine eingehendere Behandlung von Grundlagen und Vorzügen systematischer Compliance-Bestreben von Unternehmen in einer möglichst eigenständigen Veröffentlichung des Bundeskartellamtes anbieten, um Unsicherheiten der Unternehmen zu beseitigen und deren Aufmerksamkeit in dieser Richtung zu unterstützen.

Dabei sind 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. Unabhängig von Größe und Branche des Unternehmens kann bereits die klare Positionierung der Unternehmensleitung im Sinne der Einhaltung kartellrechtlicher Vorschriften wirksame Grundlage einer Compliance-Kultur in Unternehmen sein.

⁴³ So ausdrücklich etwa in Großbritannien mit bis zu 10 Prozent Reduktion, vgl. OFT, *How Your Business Can Achieve Compliance*, Guidance, OFT 1341, June 2011, S. 31; unbeziffert in Kanada, vgl. Competition Bureau Canada, *Corporate Compliance Programs*, Bulletin, September 27, 2010, Part 5.

⁴⁴ Vgl. etwa die Übersichten bei ICC, a. a. O., sowie Murphy, J., *Promoting Compliance with Competition Law: Do Compliance and Ethics Programs have a Role to Play*, OECD Roundtable on Promoting Compliance with Competition Law, DAF/COMP(2011)5, 7 Oktober 2011, Rn. 67 ff.

⁴⁵ Vgl. bereits KG, Urteil vom. 30. April 1997, Kart 10/96, WuW/E DE-R 83, 87 „Jeans-Vertrieb“; ebenso OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. April 2006, VI-2 Kart 5/05 OWi u. a. „Transportbeton“, WuW/E DE-R 1893, 1896 f.

⁴⁶ Vgl. jedoch neuerdings die Stellungnahme im Rahmen der OECD Roundtable: *Promoting Compliance with Competition Law* vom 20. Juni 2011 [noch nicht öffentlich].

⁴⁷ Vgl. statt vieler den (nicht nur kartellrechtsbezogenen) Prüfungsstandard des Instituts der Wirtschaftsprüfer IDW PS 980, Grundsätze ordnungsmäßiger Prüfung von Compliance-Management-Systemen, veröffentlicht etwa in WPg Supplement 2/2011, S. 78 ff., FN-IDW 4/2011, S. 203 ff.

1.4.2 Vorgabe positiver Maßnahmen und Verbindlicherklärung von Verpflichtungszusagen

428. Nach § 32 Absatz 2 GWB kann das Bundeskartellamt seit der 7. GWB-Novelle neben der Unterlassung wettbewerbswidrigen Verhaltens auch positive Maßnahmen seitens der Unternehmen anordnen, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind.⁴⁸ Soweit die Unternehmen entsprechende Zusagen machen, können diese nach § 32b GWB für verpflichtend erklärt werden. Diese Befugnisse sind mittlerweile fest in der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes etabliert; insbesondere das Instrument der Verpflichtungszusagen hat sich grundsätzlich als effizient bewährt.⁴⁹ Entsprechende formelle Entscheidungen waren in jüngerer Zeit verstärkt im Energiebereich zu beobachten, wo neben der Absenkung bzw. Rückzahlung kartellrechtswidrig überhöhter Entgelte (Erdgas, Heizstrom und Konzessionsabgaben) auch die diskriminierungsfreie Vergabe von Konzessionsrechten und verschiedene marktöffnende Maßnahmen veranlasst wurden.⁵⁰ Bedeutsam erscheinen der Monopolkommission aus dem Berichtszeitraum daneben vor allem Fälle von Ausschreibungsdesign⁵¹, die Anordnung der Ermöglichung des Wettbewerberzugangs zum Fährhafen Puttgarden sowie Erlösabsenkungsvorgaben in der Trinkwasserversorgung.⁵² Auch wenn es in einigen Verfahren nicht zu förmlichen Verfügungen kam, so waren die Befugnisse des Bundeskartellamtes nach § 32 Absatz 2 und § 32b GWB als Hintergrund für die freiwillige Abstellung kartellrechtswidriger Verhaltensweisen von erheblicher Bedeutung.

429. Grundsätzlich müssen Zusagen nach § 32b GWB die kartellrechtlichen Bedenken der Behörde vollständig ausräumen; zulässig sind dabei alle Maßnahmen, die im Rahmen einer Entscheidung nach § 32 Absatz 2 GWB infrage kommen. Wie weit die für verbindlich erklärten Zusagen über das hinausgehen dürfen, was – das Zutreffen der vorläufigen Einschätzung des Bundeskartellamtes unterstellt – auch in einer streitigen Verfügung hätte angeordnet werden können, ist unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes noch nicht vollständig

geklärt.⁵³ In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission jedoch darauf hin, dass oftmals die nachhaltigste Beseitigung von Missbräuchen und illegalen Kartellabsprachen in der Veränderung der Markt- und Firmenstrukturen liegen dürfte, die zu diesen Verstößen geführt haben. Wenn die Unternehmen derartige Maßnahmen selbst für das weniger belastende Mittel als etwa ein Bußgeld und/oder Rückzahlungsanordnungen halten, könnte dies zumindest ein Indikator für die Verhältnismäßigkeit von deren Verbindlicherklärung sein.⁵⁴

430. Informelle Verfahrensabschlüsse und solche mit Zusagenentscheidungen fördern grundsätzlich die effiziente Kartellrechtsdurchsetzung, da insbesondere der Verfahrensaufwand verringert wird und typischerweise die von den Unternehmen angebotenen Zusagen diese weniger belasten als einseitig von der Behörde vorgegebene Maßnahmen. Problematisch können derartige Verfahrensabschlüsse jedoch dann sein, wenn in Problemfeldern mit noch nicht eindeutig festgestellten Grenzen des Zulässigen allgemeine verbindliche Klärungen der kartellrechtlichen Verhaltensmaßstäbe unterbleiben. Denn derartige Zusagen binden nur das unmittelbar betroffene Unternehmen, während die Pflichten dritter Unternehmen davon nicht betroffen werden. Die Vorfeldwirkung derartiger Entscheidungen ist somit in jenen Fällen gering. Die Monopolkommission empfiehlt daher, vorrangig solche Verfahren mit Verpflichtungszusagen abzuschließen, die auf einer gesicherten rechtlichen Grundlage basieren. Neue Rechtsfragen und Sachverhalte mit großer Relevanz für weitere Marktteilnehmer sollten demgegenüber verbindlich geklärt und einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden, um die Verhaltensregeln am Markt auch für am Verfahren Unbeteiligte klarzustellen.

1.4.3 Freistellungsentziehung

431. Die Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Kommission gelten nach § 2 Absatz 2 GWB entsprechend auch für rein innerdeutsche Sachverhalte. Sie stellen bestimmte, grundsätzlich gegen das Kartellverbot verstoßende Verhaltensweisen und Vertragsklauseln typisiert von diesem Verbot frei.⁵⁵ Ihrer Natur nach

⁴⁸ Dabei ist umstritten, ob und wie weit diese Befugnis auch strukturelle Maßnahmen (insbesondere Entflechtungen) erfasst; der Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle will insoweit eine Klarstellung einfügen; vgl. zu dem Problem bereits Monopolkommission, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Sondergutachten 58, Baden-Baden 2010.

⁴⁹ Vgl. allgemein Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 355 ff.

⁵⁰ Vgl. eingehender Monopolkommission, Strom und Gas 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Sondergutachten 59, Baden-Baden 2011, Tz. 36 ff., 598 ff., 710 ff., insbesondere die Kritik an der Ausgestaltung der Rückerstattungen, Tz. 718 mit weiteren Nachweisen. Im Folgenden werden aus dem Energiebereich insbesondere Fälle von Heizstrom-Preishöhenmissbrauch und kartellrechtswidriger Konzessionsvergabe behandelt; vgl. Tz. 626 ff., 649 ff.

⁵¹ Vgl. Tz. 534 ff.

⁵² Vgl. Tz. 582 ff., 603 ff.

⁵³ Vgl. jedoch für das europäische Recht EuGH, Urteil vom 29. Juni 2010, Rs. C-441/07 P „Alrosa“, Rn. 36 ff., 47 f., zuvor bereits EuG, Urteil vom 11. Juli 2007, Rs. T-170/06.

⁵⁴ Insoweit kann auch auf den Gedanken des Rechtssatzes „volenti non fit iniuria“ [lat.: Dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht] hingewiesen werden, der jedoch angesichts des asymmetrischen Drohpotenzials der Behörde möglicherweise hier nicht uneingeschränkt gelten kann. Die volle gerichtliche Überprüfbarkeit der Sanktionen, die als streitige Verfügung im Raum stehen, dürfte den Unternehmen jedoch ein erhebliches Maß an besonnener Selbstbehauptung ermöglichen. Insbesondere soweit das Drohpotenzial allein aufgrund eines Kartellamtsverfahrens gering ist („schlechte Presse“ und unternehmerische Unsicherheit etwa dürften ab einer gewissen Publizität des Verfahrens weniger ‚freiwilligkeitsbeschränkend‘ für die Unternehmen wirken), erscheint weniger wahrscheinlich, dass die betroffenen Unternehmen unbilligem Druck unterliegen. Vgl. etwa die Zusageverhandlungen im Fall Flüssiggas, in dem die Unternehmen gar mit einer Strafanzeige gegen die handelnden Beamten des Bundeskartellamtes reagierten, die mangels rechtlicher Haltbarkeit nicht zur Einleitung von Ermittlungen führte; vgl. Schlautmann, C., Riskanter Kuhhandel, Handelsblatt, 7. April 2011, S. 30.

⁵⁵ Vgl. zu einer Übersicht über diese Verordnungen und zur Analyse der Anwendung des Kartellverbots Tz. 463 ff.

nehmen sie Besonderheiten einzelner Märkte kaum auf und berücksichtigen insbesondere nicht die im Einzelfall tatsächlich gegebene Marktstruktur. Um diesen Anpassungsdefiziten zu begegnen, kann das Bundeskartellamt nach Artikel 29 Absatz 2 VO 1/2003 und § 32d GWB wie die Europäische Kommission nach Artikel 29 Absatz 1 VO 1/2003 die Rechtsvorteile einer Gruppenfreistellungsverordnung für bestimmte Märkte (teilweise) entziehen. Das kann insbesondere auf Märkten von Interesse sein, in denen die in der Gruppenfreistellungsverordnung getroffenen typisierten Abwägungen unzutreffend sind und die daher für ihre Wettbewerbsfähigkeit ein strengeres Wettbewerbsregime benötigen als andere Märkte, etwa soweit die Besonderheit der betroffenen Marktstrukturen und/oder Produkte einzelne, an sich unbedenkliche Praktiken wettbewerbsschädlich erscheinen lassen.

432. Das Bundeskartellamt hat bislang von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht und ihre Anwendung in diesem wie im letzten Berichtszeitraum nur in wenigen Fällen erwogen.⁵⁶ Eine derartige Entscheidung erschien offenbar vor allem deshalb nicht notwendig, da nach Auffassung des Bundeskartellamtes in den entsprechenden Fällen schon die jeweilige Gruppenfreistellungsverordnung nicht anwendbar war. Dabei können sich jedoch nicht unerhebliche Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Amt und den betroffenen Unternehmen über die genaue Reichweite der jeweiligen Gruppenfreistellungsverordnung ergeben. Die Praktikabilität der Freistellungsentziehung leidet auch darunter, dass bislang nur wenige, in Deutschland überhaupt keine Erfahrungen damit vorliegen.

433. Vor dem Hintergrund von in Sektoruntersuchungen oder einzelnen Zusammenschluss-, Kartell- oder Missbrauchsverfahren gewonnenen Erkenntnissen könnte aber in Zukunft häufiger die Notwendigkeit bestehen, den Besonderheiten eines Marktes gerecht zu werden und durch eine Gruppenfreistellungsverordnung freigestelltes Verhalten dort einzudämmen. Insbesondere in Märkten, in denen aufgrund der Marktstruktur durch das fragliche Verhalten weder eine angemessene Verbraucherbeteiligung an dessen Vorteilen erreicht noch im Sinne des § 2 Absatz 1 GWB, Artikel 101 Absatz 3 AEUV der Fortschritt gefördert wird, könnte dies naheliegen.

1.4.4 Sektoruntersuchungen

434. Das 2005 in das deutsche Recht eingeführte Instrument der Sektoruntersuchungen ist voll in der Praxis des Bundeskartellamtes etabliert. So wurden im Berichtszeitraum die Sektoruntersuchungen im Bereich Stromerzeugung,⁵⁷ Kraftstoffhandel⁵⁸ und Milch⁵⁹ abgeschlossen, die jeweils fundierte Grundlagen für weiteres Vorgehen im Rahmen von Fusionskontroll-, Kartell- und

Missbrauchsverfahren darstellen. Diese Sektoruntersuchungen sind in aller Regel sehr zeit- und ressourcenaufwendig; dennoch kann sich – insbesondere soweit sich einzelne Fragen als besonders kontrovers darstellen – die Veröffentlichung eines Zwischenberichts anbieten, um für Stellungnahmen Interessierter zusätzliche Anreize und konkrete Anhaltspunkte zu liefern. Ebenso kommt ein Vorgehen in mehreren Schritten in Betracht, um Erkenntnisinteresse, erfassbare Daten und Untersuchungsmethoden optimal in Einklang zu bringen. Zu Redaktionsschluss dieses Gutachtens waren Sektoruntersuchungen in den Bereichen Fernwärme, Walzasphalt und Lebensmittel Einzelhandel anhängig, die unter anderem die jeweilige Marktstruktur, vor allem Verflechtungen bzw. Vertragsstrukturen, und deren Auswirkungen genauer verständlich machen sollen.

435. Insgesamt haben sich aus den abgeschlossenen Sektoruntersuchungen bereits eine Reihe von in der Entscheidungspraxis verwertbaren Erkenntnissen ergeben. Der hohe Aufwand solcher Untersuchungen, die eigenverantwortlich und zusätzlich zu den sonstigen Aufgaben von den einzelnen Beschlussabteilungen durchgeführt werden, wirkt sich jedoch weiterhin beschränkend auf deren Anzahl und Reichweite aus.

436. Die – in Einzelfällen bereits praktizierte – Einbindung Dritter, etwa von externen Spezialisten und/oder Universitäten, könnte möglicherweise den Untersuchungsprozess und dessen Ergebnisse weiter verbessern. Nicht zuletzt bei der Datenanalyse könnten Gutachten von Experten außerhalb des Bundeskartellamtes bestehendes Wissen nutzbar machen.⁶⁰ Zusätzlich könnte sich nach Auffassung der Monopolkommission auch eine gewisse Zentralisierung von Methodenwissen und Erfahrungen hier positiv auswirken.⁶¹

1.5 Breites Spektrum von Verlautbarungsformen

437. Neben unmittelbar gegenüber den Adressaten wirksamen Verwaltungsakten bedient sich das Bundeskartellamt einer Reihe von öffentlichen Verlautbarungen zur Erfüllung seiner Aufgaben. Deren Ziele reichen von der Vereinfachung der Kartellrechtsdurchsetzung im Verhältnis zu den Unternehmen über die Förderung der Kartellrechtsanwendung bis hin zur legitimen Beeinflussung von Meinungsfindungsprozessen in Gesetzgebungsverfahren, auf Märkten und innerhalb von Unternehmen.

438. Vor allem der Competition Advocacy sowie der Transparenz des Verwaltungshandelns dient die Veröffentlichung von Fallberichten, von Entscheidungstexten und von Informationsschriften,⁶² Stellungnahmen in Gesetzgebungsverfahren sowie in Gerichtsverfahren zwischen Drit-

⁵⁶ Vgl. eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 367 ff.

⁵⁷ BKartA, Sektoruntersuchung Stromerzeugung/Stromgroßhandel, B10-9/09, Bericht gemäß § 32e Absatz 3 GWB, Januar 2011; vgl. dazu bereits eingehender Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 461 ff.

⁵⁸ BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, B8-200/09, Abschlussbericht Mai 2011, zuvor bereits Zwischenbericht Juni 2009.

⁵⁹ BKartA, Sektoruntersuchung Milch, Endbericht Januar 2011, zuvor bereits Zwischenbericht Dezember 2009.

⁶⁰ Vgl. etwa die Kritik der Sektoruntersuchung Stromerzeugung/Stromgroßhandel in Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 477 ff.

⁶¹ Vgl. eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 351 f.

⁶² Vgl. BKartA, Das Bundeskartellamt in Bonn – Organisation, Aufgaben und Tätigkeit, September 2011; Erfolgreiche Kartellverfolgung – Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher, Juli 2010.

ten. Informeller wirken in die gleiche Richtung öffentliche Stellungnahmen vor allem des Präsidenten und Konferenzbeiträge einzelner Mitarbeiter des Bundeskartellamtes. Auch private Veröffentlichungen von Amtsmitarbeitern in Fachzeitschriften weisen regelmäßig diese Aspekte auf.

439. Neben diesen Informationen für Öffentlichkeit und Fachwelt dienen eine Reihe weiterer Verlautbarungsformen unmittelbar dem effizienten Ablauf der amtlichen Kartellrechtsdurchsetzung: Vor allem Formulare, Muster-texte, Leitlinien, Leitfäden und Merkblätter kanalisieren die Interaktion mit Kartellrechtsadressaten und informieren über das Kartellrechtsverständnis des Bundeskartellamtes. Diese Mitteilungen und Merkblätter können als Verwaltungsgrundsätze⁶³ rechtlich eine gewisse Bindungswirkung im Rahmen der Ermessensausübung des Bundeskartellamtes haben, sind jedoch insbesondere für die Gesetzesauslegung von Gerichten nicht verbindlich.

440. Die einzelnen Verlautbarungen des Bundeskartellamtes lassen sich in folgende Kategorien nicht völlig einheitlicher Bezeichnung und mit unterschiedlicher Prägung einteilen:

- Das vom Bundeskartellamt bereitgestellte Formular für die Fusionskontrolle erleichtert die Vollständigkeit der Fusionskontrollanmeldung und deren Bearbeitung sowohl durch das Amt als auch durch die Anmelder.
- Die ebenfalls für das Fusionskontrollverfahren bereitgestellten Mustertexte erleichtern die Verhandlungen über eventuell notwendige Nebenbestimmungen und bündeln die Erfahrungen der unterschiedlichen Beschlussabteilungen.⁶⁴
- Bekanntmachungen,⁶⁵ Mitteilungen,⁶⁶ Merkblätter,⁶⁷ Hinweise,⁶⁸ Standards,⁶⁹ Leitlinien⁷⁰ und Leitfäden⁷¹

⁶³ Eine Veröffentlichungspflicht für derartige Verwaltungsgrundsätze folgt aus § 53 Absatz 1 Satz 3 GWB.

⁶⁴ Hierbei handelt es sich um Mustertexte für aufschiebende Bedingungen, für auflösende Bedingungen, für Auflagen und für einen Treuhändervertrag; vgl. hierzu bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 642 ff.

⁶⁵ Vgl. die Bekanntmachung des Bundeskartellamtes zu Auswirkungen der 2. Inlandsumsatzschwelle auf die Ausnahmeregelungen beim Erwerb von Immobilien sowie die „Bagatellbekanntmachung“ (Bekanntmachung Nr. 18/2007 über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung vom 13. März 2007). Teilweise wird für Texte, die ausdrücklich als „Bekanntmachung“ veröffentlicht wurden, auch geläufig eine andere Bezeichnung verwendet, so etwa die „Bonusregelung“ (Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen).

⁶⁶ Vgl. Mitteilung zur Behandlung nachträglich angemeldeter Zusammenschlüsse.

⁶⁷ Vgl. Merkblatt zur deutschen Fusionskontrolle, Merkblatt zur Inlandsauswirkung bei der deutschen Fusionskontrolle, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen. Vor allem der Information von Anmeldepflichtigen dient das Merkblatt zur EU-Fusionskontrolle.

⁶⁸ Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland.

⁶⁹ Vgl. BKartA, Standards für ökonomische Gutachten vom 20. Oktober 2010.

⁷⁰ Vgl. BKartA, Bekanntmachung Nr. 38/2006 über die Festsetzung von Geldbußen nach § 81 Absatz 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen – Bußgeldleitlinien – vom 15. September 2006.

⁷¹ Vgl. BKartA/BNetzA, Gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 15. Dezember 2010, sowie BKartA, Leitfaden zur Marktbe-

erläutern in unterschiedlicher Dichte und Weite die Rechtsauffassungen des Bundeskartellamtes (sowie in einem Fall auch die der Bundesnetzagentur) und erleichtern Amt wie Unternehmen die transparente Anwendung des Kartellrechts.

441. Die Bezeichnung der unterschiedlichen Texte der letzteren Kategorie erscheint auch bei Inrechnungstellung inhaltlicher Unterschiede nicht systematisch kohärent. Die Unterschiede in den Bezeichnungen lassen sich teilweise nur mit der zeitlichen Staffelung ihrer Entstehung erklären. Ihre überschaubare Anzahl macht es zwar für Fachleute relativ einfach, ihre Reichweite einzuschätzen. Dennoch erscheint der Monopolkommission die systematische Vereinheitlichung der Bezeichnungen nach einem kohärenten Muster wünschenswert. Die parallele Veröffentlichung englischer und – in geringerem Maße – französischer Fassungen mancher Dokumente kann nach Auffassung der Monopolkommission den zusätzlichen Aufwand vor allem in den Fällen rechtfertigen, in denen das Verständnis deutschen Kartellrechts für Unternehmen und Berater aus dem Ausland erleichtert werden soll und in denen das Bundeskartellamt die internationale Fachdiskussion fördern kann.⁷²

442. Die beiden aktuellen Leitfäden des Bundeskartellamtes zeichnen sich durch eine Erstellung unter Einbeziehung Dritter aus: So wurde der „Gemeinsame Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers“ gemeinsam auch mit Landeskartell- und Landesregulierungsbehörden erarbeitet. Der „Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle“ wurde in einer Entwurfsfassung zur Konsultation veröffentlicht. Die Kommentare von elf ebenfalls veröffentlichten Stellungnahmen wurden in der endgültigen Fassung berücksichtigt. Die Monopolkommission begrüßt eine derartige Einbeziehung anderer Behörden und die zweistufige Erstellung mit zwischengeschalteter (öffentlicher) Konsultation. Denn einerseits werden so verteilte Ressourcen und verstreutes Wissen für den endgültigen Text nutzbar gemacht. Zum anderen lassen sich durch eine derartige Einbeziehung Dritter die Legitimität und die Überzeugungskraft der so erstellten Dokumente – möglicherweise erheblich – steigern.

443. In einem Kartellverfahren im Einzelhandel wurde – nicht öffentlich – vom Vorsitzenden der für die Kartellverfolgung zuständigen Beschlussabteilung an eine Vielzahl beteiligter Unternehmen eine Handreichung versendet, die eine vorläufige Bewertung von Verhaltensweisen in der Wertschöpfungskette im Einzelhandel zum Zwecke der Konkretisierung der Kooperationspflichten der be-

herrschaft in der Fusionskontrolle, 29. März 2012, der die „Auslegungsgrundsätze“ zur gleichen Frage von 2005 ersetzt; vgl. zu letzterem eingehender Tz. 701 ff.

⁷² Das Bundeskartellamt nimmt rege an der internationalen Diskussion, vor allem im Rahmen von bestimmten Foren bzw. Institutionen wie dem International Competition Network und der Organisation for Co-operation and Development teil und erstellt insoweit häufig Dokumente, die jedoch nur teilweise öffentlich verfügbar und nur selten offiziell auf der Webseite des Bundeskartellamtes verlinkt sind.

troffenen Unternehmen im Rahmen einer Inanspruchnahme der Bonusregelung enthielt.⁷³ Unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Branche und in enger Abstimmung mit der Konsumgüterindustrie und mit der für die Branche zuständigen Beschlussabteilung wurde versucht, diejenigen Praktiken zu bezeichnen, deren Kartellrechtswidrigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu vermuten war, und diejenigen, die für sich genommen wenig kartellrechtliche Bedenken aufwarfen. Zur Erhaltung der Vorteile aus ihren Kronzeugenanträgen wurden die Unternehmen angehalten, Praktiken der zuerst genannten Art zu unterlassen. Die Handreichung sollte einer Befriedung der nach mehreren Durchsuchungen durch das Bundeskartellamt stark verunsicherten Einzelhandelsunternehmen und Markenartikelherstellern dienen. Den Beteiligten eine derartige vorläufige Einschätzung zur Verfügung zu stellen, erschien auch deshalb notwendig, da eine Vielzahl der bei einer ersten Durchsicht sichergestellten Beweismittel, insbesondere der Vertragsdokumente und Verhandlungsunterlagen, eine Kartellrechtswidrigkeit vieler Praktiken vermuten ließ. Ganz überwiegend stellen die Einschätzungen lediglich Konkretisierungen der nach § 2 Absatz 2 GWB auch auf nationale Sachverhalte anwendbaren EU-Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung⁷⁴ dar.

Die angesprochenen Unternehmen und deren Berater verstanden diese Handreichung jedoch weniger als Hilfestellung denn als vorzeitige Einschränkung ihrer Handlungsoptionen und widersetzten sich überwiegend der Anwendung der dort entwickelten Grundsätze. Dies ist vor dem Hintergrund des insoweit nicht unerheblichen Aufwands des Bundeskartellamtes in dieser Sache bedauerlich, dürfte allerdings in der schwierigen Vereinbarkeit vorläufiger Einschätzungen und überwiegend langfristig angelegter Praktiken und Vertragsrahmen begründet liegen, und belegt die Schwierigkeiten des Umganges mit preisbindungsähnlichen Tatbeständen.⁷⁵ Die Monopolkommission weist auf die Möglichkeit hin, in derartigen Fällen in der Zukunft eine (teilweise) Entziehung der Vorteile einer Gruppenfreistellung nach § 32d GWB durch das Bundeskartellamt zu prüfen.⁷⁶ Eine solche unmittelbar wirksame Umkehrung der Beweislast könnte die Diskussion zwischen Amt und Unternehmen bzw. Beratern von der Vorfrage der Anwendbarkeit allgemeiner Detailregelungen auf wettbewerblich derart problematische Märkte befreien und unter Umständen die Unternehmen schon in einem frühen Verfahrensstadium zu Zusagen be-

wegen, die eine entsprechende Freistellungsentziehung entbehrlich machen.

1.6 Ökonomische Begriffe, Theorien und Methoden in der Kartellrechtsanwendung

444. Die unbestimmten Rechtsbegriffe des Kartellrechts beruhen größtenteils auf ökonomischen Theorien und Konzepten. Daraus ergeben sich verschiedene Herausforderungen, die nicht selten auf methodische Grundsatzzurückführen. Nicht unwesentlich ist insoweit der Unterschied der fachlichen Grundhaltungen von Juristen und Ökonomen: Während ein Ökonom als Sozialwissenschaftler selbstverständlich von der Parallelität verschiedener Erklärungsmodelle der Wirklichkeit ausgeht und insoweit stets die partialanalytische Natur von Gedankenmodellen mitdenkt, geht der Jurist von seiner Ausbildung her tendenziell von einer (prozessualen) „Wahrheit“ aus. Der Richter wie der (ökonomisch ausgebildete) Kartellbeamte muss eine Entscheidung treffen, während Ökonomen sich mitunter damit begnügen, weiteren Forschungsbedarf festzustellen.⁷⁷

445. Die Tatbestände im Kartellrecht sind nicht nur ökonomisch geprägt, sondern setzen in aller Regel auch ein gewisses (mikro)ökonomisches Vorverständnis des Rechtsanwenders voraus. Einerseits ist das Kartellrecht für eine adäquate Analyse und Bewertung unternehmerischen Verhaltens im Hinblick auf die konkreten ökonomischen Auswirkungen auf dem relevanten Markt auf die Ökonomik angewiesen. Andererseits vollzieht sich die Einbeziehung ökonomischer Erkenntnisse im Rahmen der Rechtsanwendung. Dadurch ist für eine fundierte und erfolgreiche Anwendung des Kartellrechts eine Zusammenarbeit zwischen Jurisprudenz und Wirtschaftswissenschaft unentbehrlich. Entsprechend sind die Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes und der meisten anderen Wettbewerbsbehörden seit deren Einrichtung sowohl mit Juristen als auch mit Ökonomen besetzt. Dadurch wird ökonomischer Sachverstand in praktisch allen Entscheidungen der Behörde wirksam. Die bei der Anwendung des Kartellrechts zu Einsatz kommende Methodik richtet sich insoweit auf die richtige Kombination von ökonomischer und juristischer Argumentationsweise und Wertung, wobei beide Disziplinen voneinander gelernt haben und weiterhin lernen.

446. In jüngerer Zeit lässt sich eine Tendenz im Kartellrecht feststellen, die eine stärkere Ausrichtung der Kartellrechtspraxis und -normen an ökonomischen Erkenntnissen und Einzelfallanalysen fordert.⁷⁸ Hintergrund ist auch, dass die dem Kartellrecht besonders nahestehende

⁷³ Von dritter Seite veröffentlicht in *Wirtschaft und Wettbewerb* 60(7/8), 2010, S. 786 ff., sowie unter http://www.studienvereinigung.de/pdf/2010-06-17-rundschreiben_04-2010.pdf.

⁷⁴ Es handelt sich um die zu jenem Zeitpunkt gültige Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EU Nr. L 336 vom 29. Dezember 1999, S. 21; zur Anwendbarkeit von Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Kommission vgl. eingehender Tz. 463.

⁷⁵ Vgl. dazu eingehender allgemein Tz. 499 ff. sowie zum Problem der Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel Tz. 1072 ff.

⁷⁶ Vgl. dazu eingehender Tz. 431 ff.

⁷⁷ Zu der für den Tankstellenmarkt bedeutsamen Bewertung von Edgeworth-Preiszyklen, bei denen unklar ist, ob sie auf Wettbewerb oder dessen Einschränkung hindeuten, vgl. Tz. 565. Diese Frage war Gegenstand mehrerer beim Bundeskartellamt eingereichter ökonomischer Gutachten; vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 115 ff.

⁷⁸ Vgl. insoweit statt vieler Christiansen, A./Kerber, W., *Competition Policy with Optimally Differentiated Rules instead of „Per-Se Rules vs Rule of Reason“*, *Journal of Competition Law & Economics* 2(2), 2006, S. 215–244.

hende Industrieökonomik zu einer zentralen Teildisziplin der modernen Ökonomik geworden ist, die in den letzten drei Jahrzehnten beträchtliche Fortschritte gemacht hat. Dies gilt sowohl in theoretischer als auch in empirischer Hinsicht. Das in jahrzehntelanger Forschung und Anwendungspraxis akkumulierte Wissen wird zunehmend zur Analyse wettbewerbsrechtlicher Fragen eingesetzt. Auf politischer Ebene ging diese Entwicklung vor allem von der europäischen Ebene unter dem Schlagwort „more economic approach“ aus und gipfelt vorläufig im Vorhaben der Einführung des sog. SIEC-Tests in die deutsche Fusionskontrolle.⁷⁹

447. Nicht zuletzt unter dem Einfluss des europäischen Rechts und der behördlichen Praxis der Europäischen Kommission ist diese verstärkte Einbeziehung ökonomischer Konzepte und Analysen inzwischen zum Standardinstrumentarium auch der Kartellbehörden der Mitgliedstaaten, insbesondere des Bundeskartellamtes, geworden. Immer mehr Ökonomen bei den Kartellbehörden und in Beratungsunternehmen beschäftigen sich mit der Erstellung ökonomischer Gutachten. Auch in der Gesetzgebung und bei der Veröffentlichung von Leitlinien werden ökonomische Erkenntnisse verstärkt berücksichtigt. Die dabei aufkommenden Fragen inspirieren nicht selten die Weiterentwicklung der Theorie.⁸⁰ Allerdings führen vertiefte ökonomische Untersuchungen mitunter zurück auf Grundsatzfragen, die die Industrieökonomik (noch) weitgehend ausblendet. Besonders prominent ist in diesem Zusammenhang die Frage nach dem zugrunde zu legenden Wohlfahrtsstandard.⁸¹

448. Die Einbindung der Ökonomik in die Kartellrechtsanwendung erfolgt einerseits durch die Verwendung ökonomischer Konzepte und Begriffe. So werden etwa zunehmend kartellrechtlich zu bewertende Entwicklungen unter dem Aspekt des „counterfactual“ (Alternativhypothese) und der „theory of harm“ (Schadenstheorie) betrachtet. Andererseits wird versucht, anhand von theoretisch-konzeptionellen Analysen, empirischen Auswertungen und theoretisch-empirischen Mischformen unmittelbar einzelne kartellrechtliche Fragen, wie z. B. die Frage nach den Anreizwirkungen einzelner Praktiken und Strukturen oder die Frage nach der Profitabilität von Markteintritten, zu beantworten. Teilweise wird unmittelbar der Wettbewerbsdruck zu messen versucht, etwa anhand von Begegnungsanalysen in Ausschreibungsmärkten, aber auch mittels entsprechender empirischer Maße.⁸² Theoretisch-konzeptionelle Analysen (z. B. von Fällen auf der Basis ökonomischer Modelle) und empirische Auswertungen (z. B. Regressionsanalysen) sind seit der Entstehung der Wettbewerbsgesetzgebung geläufig.

Mischformen sind ein vergleichsweise neues Instrument, das durch Fortschritte in der ökonomischen Theorie und bei ökonometrischen Methoden,⁸³ in der Computertechnologie und der Datenverfügbarkeit zunehmend an Praktikabilität und Aussagekraft gewinnt. Derartige Gutachten werden sowohl von den beteiligten Parteien für die Vorlage bei Kartellbehörden und Gerichten in Auftrag gegeben als auch von den Wettbewerbsbehörden selbst erstellt.

449. Grundsätzlich können ökonom(etr)ische Gutachten einen echten Mehrwert in Sinne eines aussagekräftigen Beitrags zur Sachverhaltsaufklärung und Einzelfallbewertung leisten. Dieser hängt jedoch von einer Vielzahl von Faktoren ab. Bei theoretisch-konzeptionellen Analysen ist etwa insbesondere die Komplexität der zugrunde liegenden Situation problematisch, da in dynamischen Märkten, die sich durch eine mehrdimensionale strategische Interaktion der Unternehmen über einen längeren Zeitraum auszeichnen, die aus der ökonomischen Theorie ableitbaren Aussagen oft nicht (sehr) präzise bzw. robust⁸⁴ sind. Dazu kommt bei Analysen mit empirischer Komponente vor allem das Problem der Datenverfügbarkeit. Wenn notwendige Daten für direkte empirische Auswertungen bzw. für die Kalibrierung von Modellen nur unzureichend verfügbar sind, hält sich deren Mehrwert oft in engen Grenzen. Auch das Problem der Kausalität ist empirisch oftmals nur indirekt zu lösen, etwa wenn Variablen nicht nur über einen Wirkungskanal miteinander verknüpft sind (Endogenitätsproblem). Bei allen ökonomischen Gutachten ist der Mehrwert gering, wenn nicht stringent und nachvollziehbar argumentiert wird. Insgesamt ist stets der potenzielle Nutzen (Erkenntnisgewinn/Beweiswert) mit den anfallenden Kosten durch den zusätzlichen Aufwand eines Gutachtens abzuwägen.

450. Um den zunehmend wachsenden ökonomischen Anforderungen besser gerecht zu werden, hat das Bundeskartellamt 2007 ein besonderes Referat für ökonomische Grundsatzfragen (G3) eingerichtet, dessen Expertise allen Abteilungen des Amtes zur Verfügung steht. Seitdem wurden bei der Behörde insgesamt 46 ökonomische Gutachten in konkreten Verfahren eingereicht, von denen ca. 80 Prozent durch Beratungsunternehmen, ca. 20 Prozent durch an Hochschulen tätige Wissenschaftler erstellt wurden. Von der Gesamtheit dieser Gutachten enthielten ebenfalls ca. 80 Prozent neben theoretisch-konzeptionellen Ausführungen eigene datengestützte Analysen, deren Umfang und Komplexität stark variieren. Über 40 Prozent der Gutachten wurden in Fusionskontrollverfahren,

⁷⁹ Vgl. dazu eingehender Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 14 ff.

⁸⁰ Einen guten Überblick über die theoretischen und empirischen Analysemethoden in der Wettbewerbsökonomik bieten Davis, P./Garces, E., *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton 2010.

⁸¹ Vgl. etwa Kaplow, L., *On the Choice of Welfare Standards in Competition Law*, Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 693, 2011.

⁸² Vgl. Tz. 672 ff.

⁸³ Die Ökonomik beginnt bereits mit der expliziten Einbeziehung von Knappheitsrelationen und lässt sich zumindest auf Aristoteles (384 bis 322 v. Chr.) zurückführen, dem ein Werk dieses Namens zugeschrieben wird. Ökonometrie ist das Teilgebiet der Ökonomik, das die ökonomische Theorie sowie mathematische Methoden und statistische Daten zusammenführt, um wirtschaftstheoretische Modelle empirisch zu überprüfen und ökonomische Phänomene quantitativ zu analysieren. Dieser Ansatz wurde in den frühen 1930er Jahren entwickelt; dabei werden mitunter äußerst komplexe statistische Verfahren angewendet.

⁸⁴ Robust ist die Aussage eines Modells dann, wenn sie sich auch bei Änderung der Annahmen bzw. Modellspezifikationen nicht oder nur geringfügig ändert.

über 20 Prozent in Kartellverfahren (zur Mehrerlösermittlung) und knapp 20 Prozent in Sektoruntersuchungen vorgelegt. Auch vor den Kartellgerichten, insbesondere dem Oberlandesgericht Düsseldorf, hat die Zahl der in Verfahren vorgelegten Gutachten stark zugenommen; in einzelnen Fällen wurde dem Bundeskartellamt eine ökonometrische Nachermittlung aufgegeben.

451. Um seine Erfahrungen mit den vorgelegten Gutachten zu bündeln und Dritten verfügbar zu machen, hat das Bundeskartellamt Ende 2010 Standards für ökonomische Gutachten veröffentlicht.⁸⁵ Dadurch sollte auch auf die wachsende Zahl von ökonomischen Gutachten in den vergangenen Jahren adäquat reagiert werden. Die Standards gehen von grundsätzlichen Voraussetzungen ökonom(etr)ischen Vorgehens aus und enthalten einerseits allgemeine Vorgaben wie etwa den Bezug zur kartellrechtlichen Fragestellung, Nachvollziehbarkeit und Vollständigkeit, Transparenz und Kongruenz. Andererseits wird ausdrücklich auf die wissenschaftlich anerkannten Voraussetzungen der praktischen Verwertbarkeit theoretisch-konzeptioneller Analysen (geeignete Modellwahl, Zusammenhang zwischen Modell und kartellrechtlicher Fragestellung und Robustheit gegenüber einer Aufweichung der Annahmen) und empirischer Analysen (geeignete Analysemethoden, adäquate Auswahl und Aufbereitung der verwendeten Daten und Robustheitsprüfungen) eingegangen. Die Europäische Kommission hat Ende 2011 eine vergleichbare Publikation veröffentlicht, der ein öffentlicher Entwurf und eine öffentliche Konsultation vorausgingen.⁸⁶

452. Die starke Variation in der Qualität der Gutachten ist jedoch immer noch ein Problem. So zeigt sich, dass Gutachter mit der Einhaltung nicht nur spezieller Vorgaben wie Robustheit, sondern auch mit allgemeinen Standards wie beispielsweise Nachvollziehbarkeit teilweise beträchtliche Probleme haben. Dadurch kann der Erkenntniswert von Gutachten sehr gering werden. Vielfach werden auch Gutachten zu einzelnen Teilfragen eines Verfahrens vorgelegt, die an sich tragfähig sind, die übrige konzeptionelle Bewertung des Sachverhaltes jedoch nicht entscheidend zu ändern vermögen. Die Monopolkommission ist jedoch zuversichtlich, dass sich vor dem Hintergrund der vom Bundeskartellamt veröffentlichten Gutachtenstandards und einer entsprechend begründeten Außerachtlassung wenig aussagekräftiger Gutachten durch das Bundeskartellamt und insbesondere die Gerichte die Qualität der Gutachten nach einer „Gewöhnungsphase“ an anerkannten Maßstäben ausrichten wird.

453. Beispielhaft lassen sich drei Fusionskontrollverfahren eingehender beschreiben, in denen im Laufe der Verfahren ökonom(etr)ische Gutachten zu würdigen waren.

Im Verfahren Loose/Poelmeyer veranlasste das Oberlandesgericht Düsseldorf in der Beschwerdeinstanz das Bundeskartellamt im Rahmen der Prüfung der Marktabgrenzung (Sauermilchkäsemarkt) zu einer Ermittlung von Kreuzpreiselastizitäten (relative Absatzauswirkungen von Preisänderungen). Die Ergebnisse stützten die konzeptionelle Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes; das Oberlandesgericht stellte entscheidend auf die Lebenserfahrung der Mitglieder des entscheidenden Senats ab, die zu dem angesprochenen Nachfragerkreis gehörten. Insofern komme es auf die vom Bundeskartellamt durchgeführte, umfangreiche Regressionsanalyse nicht entscheidend an.⁸⁷ Die Monopolkommission bedauert, dass das Gericht diese empirische Studie nicht eingehender gewürdigt hat. Sie weist in diesem Zusammenhang erneut darauf hin, dass nicht nur vor dem Hintergrund jüngerer psychologischer Forschung⁸⁸ nicht unproblematisch erscheint, wenn verfügbare wissenschaftliche Erkenntnisse mit dem Hinweis auf eigenes Wissen der Entscheider ungenutzt bleiben.⁸⁹

Im Verfahren Van Drie/Alpuro war die streitige Frage der geografischen Marktabgrenzung von einem Parteigutachten im Rahmen einer datengestützten Analyse untersucht worden. Aufgrund methodischer Mängel und der stark eingeschränkten Nachvollziehbarkeit der Analyse wurde dem Gutachten in der abschließenden Beweiswürdigung nur ein entsprechend geringes Gewicht beigemessen.⁹⁰

Im Verfahren Liberty/Kabel BW hatten die Zusammenschlussbeteiligten zwei Gutachten zu der Frage vorgelegt, ob und unter welchen Voraussetzungen unter Berücksichtigung der relevanten investitionsrechnerischen Kalküle mit einem wettbewerblichen Vorstoß eines Anbieters in das „etablierte“ Netzgebiet eines Wettbewerbers zu rechnen ist. Die beiden vorgelegten Gutachten wiesen hinsichtlich ihrer Qualität Unterschiede auf; im Ergebnis wurden jedoch beide Analysen als nicht hinreichend robust eingestuft.⁹¹

454. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung ökonomischer Theorien, Begriffe und Gutachten in der Kartellrechtsanwendung und insbesondere der Notwendigkeit, deren Aussagekraft auch und gerade im Rahmen von Gerichtsverfahren zu würdigen, ließe sich die Integration von Ökonomen in die Kammern und Senate der Kartellgerichte erwägen. Im internationalen Vergleich

⁸⁵ BKartA, Standards für ökonomische Gutachten vom 20. Oktober 2010.

⁸⁶ EU-Kommission, Commission Staff Working Paper, Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection in Cases Concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases, SEC(2011) 1216, 17. Oktober 2011; vgl. dazu auch Tz. 924 ff.

⁸⁷ Vgl. BKartA, Beschluss vom 2. Juli 2008, B2-359/07, WuW/E DE-V 1591, sowie OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Mai 2009, VI-Kart 10/08 (V) „Sauermilchkäse“; zum Ganzen bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 561 ff., insbesondere 565 f.

⁸⁸ Vgl. hierzu bereits Oskamp, S., Overconfidence in Case-Study Judgements, *Journal of Consulting Psychology* 29, 1965, S. 261–265; wiederabgedruckt in Kahneman, D./Slovic, P./Tversky, A. (Hrsg.), *Judgement under Uncertainty*, Cambridge 1982, S. 287 ff.

⁸⁹ Vgl. insoweit bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 570.

⁹⁰ Für die ausführliche Bewertung des Gutachtens durch das Bundeskartellamt vgl. BKartA, Entscheidung vom 27. Dezember 2010, B2-71/10, Rn. 129 ff.; eingehender zu den Abhilfemaßnahmen in diesem Fall Tz. 748 ff.

⁹¹ Für die ausführliche Bewertung der Gutachten durch das Bundeskartellamt vgl. BKartA, Entscheidung vom 15. Dezember 2011, B7-109/10, Rn. 103 ff.; eingehender zu diesem Fall Tz. 744 ff.

ist eine derartige interdisziplinäre Zusammensetzung von (Kartell-) Gerichten nicht ungewöhnlich;⁹² auch das deutsche Recht kennt eine Reihe von gerichtlichen Spruchkörpern, in denen die Mitentscheidung nicht juristischer Fachleute vorgesehen ist.⁹³ Die unmittelbare Einbindung ökonomischen Sachverständnisses in die richterliche Entscheidungsfindung würde einerseits dem zunehmenden ökonomischen Gehalt kartellrechtlicher Argumentationen Rechnung tragen und das ökonomische Verständnis der Gerichte weiter stärken. Andererseits dürfte eine solche Zusammensetzung des Spruchkörpers teilweise die Einholung von Sachverständigengutachten verzichtbar machen und die Verfahrensdauer nicht unerheblich abkürzen. Durch eine praktische Einbindung ökonomischer Experten könnte auch die Weiterentwicklung sowohl des Kartellrechts als auch der (angewandten) Ökonomik sowie nicht zuletzt das Verständnis der beiden Disziplinen füreinander weiter befördert werden.

2. Kartellverfolgung durch das Bundeskartellamt

455. Neben der Fusionskontrolle und der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen ist das Kartellverbot der dritte Pfeiler des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kartelle sind nach § 1 GWB Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen sowie Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, unabhängig davon, ob sie horizontal zwischen Unternehmen derselben Marktstufe oder vertikal zwischen Unternehmen unterschiedlicher Marktstufen wirken. Eine Koordination wettbewerblichen Verhaltens ist grundsätzlich verboten und nur unter bestimmten Bedingungen freigestellt. Nur soweit mit der Vereinbarung nicht schon eine Wettbewerbsbeschränkung „bezweckt“ wird, ist eine Prüfung ihrer tatsächlichen Auswirkungen erforderlich.⁹⁴ Nachrangige, für die Erreichung des Hauptzwecks einer an sich wettbewerbsneutralen Vereinbarung notwendige, doch wettbewerbsbeschränkend wirkende Bestandteile können allerdings in Ausnahmefällen schon von der Anwendung des Kartellverbots ausgenommen sein.⁹⁵

⁹² So werden in den Vereinigten Staaten schon seit der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts regelmäßig Ökonomen als Richter an die Obergerichte bestellt; in Chile müssen zwei der fünf Richter des (spezialisierten) Kartellgerichts Ökonomen sein.

⁹³ Vergleichbar sind insoweit etwa die Kammern für Handelssachen (vgl. § 105 GVG) und das Bundespatentgericht (§ 65 Absatz 2, § 67 PatG), in denen oft sogar die Mehrheit der an der Entscheidungsfindung Beteiligten nichtjuristische Fachleute sind.

⁹⁴ Vgl. zu der europäischen Parallelvorschrift EuGH, Urteile vom 4. Juli 2009, Rs. C-8/08 „T-Mobile Netherlands“, Rn. 28 ff., sowie vom 6. Oktober 2009, Rs. C-501/06 P u. a., „GlaxoSmithKline“, Rn. 58 ff. Dabei kommt es für ein „Bezwecken“ nicht allein auf die Intentionen der Handelnden an, sondern insbesondere auf den Inhalt der Vereinbarung und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang, in dem sie steht.

⁹⁵ Zu nennen sind hier die Tatbestandsrestriktionen des Kartellverbots vor allem aufgrund des sog. Immanenz- und des Arbeitsgemeinschaftsgedankens, vgl. dazu etwa Zimmer, D., in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Aufl., München 2007, § 1 Rn. 174 ff.

456. Das Bundeskartellamt kann dabei – parallel zur Europäischen Kommission⁹⁶ – auch das unmittelbar geltende europäische Recht, insbesondere das Kartellverbot des Artikel 101 Absatz 1 AEUV, anwenden.⁹⁷ Dieses ist bei seiner Anwendbarkeit auch vorrangig.⁹⁸ In jüngerer Zeit hat das Bundeskartellamt in etwa der Hälfte seiner Kartellverfahren zumindest auch Artikel 101 AEUV angewendet. Im Folgenden wird zur Vereinfachung in erster Linie vom – in Hinsicht auf Kartelle – weitgehend inhaltsgleichen deutschen Kartellrecht die Rede sein. Dieses ist seit der Angleichung der Kartellvorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen an die des europäischen Rechts durch die 6. und endgültig durch die 7. GWB-Novelle weitgehend wortlautidentisch mit jenem.⁹⁹ Daraus folgt insbesondere auch die Leitfunktion des europäischen Rechts, vor allem der europäischen Rechtsprechung, für die Auslegung des deutschen Kartellverbots.¹⁰⁰

457. Insbesondere die Verfolgung verbotener Absprachen von Preisen bzw. Preisbestandteilen und/oder Absatzquoten sowie der Aufteilung von Märkten oder Kunden (sog. „Hardcore-Kartelle“) durch das Bundeskartellamt hat in den vergangenen Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen. Dazu hat vor allem die Einführung einer Kronzeugenregelung (sog. „Bonusprogramm“) im Jahre 2000 und deren Überarbeitung 2006 beigetragen, nach der diejenigen Kartellmitglieder, die ein Kartell gegenüber der Behörde aufdecken, mit einem Erlass bzw. einer Reduktion der Geldbuße rechnen können. Neben Bußgeldverfahren gegen Beteiligte an Hardcore-Kartellen hat die Einzelfallkontrolle von expliziter Verhaltenskoordination im grundsätzlich freistellungsfähigen Bereich eine erhebliche, wenn auch im Zeitverlauf abnehmende Bedeutung. So betrafen von den 2005 und 2006 eröffneten 177 Kartellverfahren sieben Hardcore-Kar-

⁹⁶ Vgl. § 22 Absatz 1 GWB und Artt. 4, 5 Absatz 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artt. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EU Nr. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1. Allerdings ist diese Zuständigkeit nachrangig, da sie entfällt, sobald die Europäische Kommission in der gleichen Sache ein Verfahren eröffnet (Artikel 11 Absatz 6 VO 1/2003).

⁹⁷ Voraussetzung für eine Anwendung des weitestgehend inhaltsgleichen Artikel 101 AEUV durch das Bundeskartellamt ist die Eignung des Kartells zur Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Handels innerhalb der Europäischen Union, was auch bei rein innerdeutschen Kartellen der Fall sein kann.

⁹⁸ Vgl. allgemein bereits EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, Rs. C-6/64, „Costa/ENEL“, Slg. 1964, 1253 ff., st. Rspr.; ebenso für das Kartellrecht § 22 Absatz 2 GWB, Artikel 3 Absatz 2 Satz 1 VO 1/2003.

⁹⁹ Vor allem die Sonderregeln zum Schutz des Mittelstands in § 3 GWB weichen vom europäischen Vorbild ab. Nicht angeglichen wurden insbesondere die Missbrauchsaufsicht nach §§ 19 ff. GWB sowie die Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB.

¹⁰⁰ Wie weit in diesem Bereich noch eine autonome Auslegung des deutschen Rechts möglich bleibt, ist grundsätzlich und im Einzelnen ungeklärt. Der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle jedenfalls hat den ursprünglich im Entwurf vorgesehenen § 23 GWB-E, der gesondert die „Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts“ für bei der Auslegung der §§ 1 bis 4 und 19 GWB maßgeblich erklären sollte, auf Vorschlag des Bundesrates und des Vermittlungsausschusses gestrichen; vgl. Bundesratsdrucksache 441/04 (Beschluss) vom 9. Juli 2004, S. 5 ff., Beschlussempfehlung Vermittlungsausschuss vom 15. Juni 2005, Bundestagsdrucksache 15/5735 vom 15. Juni 2005.

telles, während von den 2007 und 2008 eröffneten 148 Kartellverfahren 30 und von den 2009 und 2010 neu eröffneten 101 Kartellverfahren 33 Hardcore-Kartelle zum Gegenstand hatten.¹⁰¹

458. Diese Entwicklung bedeutet eine Verschiebung des Schwerpunkts der Amtspraxis von legalen bzw. freistellungsfähigen zu illegalen Kartellen und ist auch eine Folge der weitgehenden Übernahme des europäischen Rechts der Kartellverfolgung mit der 7. GWB-Novelle 2005: Mit Einführung der Legalausnahme für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die die Voraussetzungen einer Freistellung erfüllen, sind die betroffenen Unternehmen selbst für eine Einschätzung der Legalität ihrer Kooperationen verantwortlich. Zuvor hatte überwiegend ein administratives Anmelde- und Genehmigungssystem gegolten.¹⁰² Diese Veränderung brachte einen erheblichen Transparenzverlust für die Behörde mit sich,¹⁰³ der durch Sektoruntersuchungen und Hinweise aus den Unternehmen nur teilweise aufgefangen werden kann.

2.1 Begrifflichkeit: Unerlaubte Kartelle und effiziente Kooperationen

459. Die meisten Kooperationen von Unternehmen, die im gleichen oder in verbundenen Märkten tätig sind, haben eine gewisse wettbewerbsbeschränkende Wirkung. Auf der anderen Seite werden derartige Kooperationen zumindest teilweise auch abgeschlossen, um Effizienzvorteile zu generieren, die für die einzelnen Unternehmen unmöglich oder nur schwer erreichbar wären. Entsprechend wird das allgemeine Kartellverbot des § 1 GWB eingeschränkt durch die Freistellungsvorschrift des § 2 Absatz 1 GWB. Danach sind diejenigen expliziten koordinierten Wettbewerbsbeschränkungen vom Kartellverbot befreit, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen (1) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder (2) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Während das ökonomische Begriffsverständnis unter „Kartellen“ häufig allein Hardcore-Absprachen zwischen direkten Wettbewerbern auf horizontaler Ebene begreift, enthält der juristische Kartellbegriff also jegliche Art wettbewerbsbeschränkender Absprachen auch in vertikalen Beziehungen, die bei Erfüllung der Freistellungsvoraussetzungen ex lege zulässig sind.

460. Da sich die Auswirkungen einer Vereinbarung, auf die eine Freistellung nach § 2 GWB abstellt, oftmals

nicht genau abschätzen lassen, ist in diesem Bereich eine Kartellverfolgung seitens der Behörden mit Unsicherheiten belastet, die um so größer sind, je ungenauer die Auswirkungen gemessen werden können. Das verstärkt den Trend der Konzentration der Amtspraxis auf diejenigen Kartelle, deren Kartellrechtswidrigkeit auf der Hand liegt. Vor diesem Hintergrund erscheinen die Verfahren gegen Vereinbarungen und Praktiken von besonderer Bedeutung, die im Graubereich erheblicher Wettbewerbsbeschränkungen die Freistellungsvoraussetzungen nicht erfüllen. Die Durchsetzung des Kartellverbots in derartigen Fällen ist notwendig, um zu verhindern, dass sich die Kartellverbotswahrnehmung der Unternehmen auf das Verbot von Hardcore-Kartellen verengt. In diesem Bereich ist allerdings die Abschreckungswirkung von Verfahren deutlich geringer als bei Bußgeldern infolge von Hardcore-Kartellen, da einerseits die jeweiligen Vereinbarungen und Praktiken typischerweise sehr spezifisch und daher oft schlecht vergleichbar sind und andererseits in der Regel keine oder nur geringe Bußgelder verhängt werden.

2.2 Institutioneller Rahmen

461. Die Landeskartellbehörden sind für in ihrer Wirkung auf das Gebiet eines Landes beschränkte Kartelle zuständig, das Bundeskartellamt für alle übrigen (auch) im Bundesgebiet wirksamen Kartelle.¹⁰⁴ Die Europäische Kommission greift in der Regel die bedeutenderen grenzüberschreitenden Kartelle auf.¹⁰⁵ Innerhalb des Bundeskartellamtes obliegt die Kartellverfolgung der Sonderkommission Kartellbekämpfung, die eine Reihe zentraler Funktionen wahrnimmt (eingerrichtet 2002), drei spezialisierten Beschlussabteilungen (eingerrichtet 2005, 2008 und 2011), die in erster Linie für Hardcore-Kartelle zuständig sind, sowie für Kartelle im Nicht-Hardcore-Bereich den für die jeweiligen Branchen zuständigen neun Beschlussabteilungen. Im Juni 2012 schließlich hat das Bundeskartellamt eine elektronische Plattform eingerrichtet, die anonyme Hinweise auf illegale Kartelle erleichtern soll.¹⁰⁶

462. Bei Verstoß gegen das Kartellverbot sind entsprechende Vereinbarungen nach § 134 BGB stets nichtig. Diese Nichtigkeitssanktion gilt auch für kartellrechtswidrige Gemeinschaftsunternehmen, die dadurch vollständig rückabgewickelt werden müssen.¹⁰⁷ Demgegenüber beschränkt das Bundeskartellamt in der Regel die behördliche Verfolgung von Wettbewerbsabsprachen, die weniger

¹⁰⁴ Vgl. § 48 Absatz 2 GWB.

¹⁰⁵ Die Verfolgung grenzüberschreitender Kartelle nach Artikel 101 AEUV findet vielfach auch durch nationale Kartellbehörden statt, die sich im European Competition Network (ECN) koordinieren und austauschen; vgl. Artikel 12 ff. VO 1/2003 sowie die Bekanntmachung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. EU Nr. C 101 vom 27. April 2004, S. 43.

¹⁰⁶ Vgl. http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/Kartellverbot/Hinweise_auf_Kartellrechtsverstoesse.php.

¹⁰⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVV 55/07 „Nord-KS“, nach dem die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht auf kartellrechtswidrige Gemeinschaftsunternehmen anwendbar sind.

¹⁰¹ Vgl. die Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamtes jeweils in Teil II des Vierten Abschnitts, Tabelle I.1.

¹⁰² Vgl. dazu Monopolkommission, Sondergutachten 41, a. a. O., Tz. 9 ff.; zuvor bereits eingehend Monopolkommission, Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union?, Sondergutachten 28, Baden-Baden, 1999, Tz. 22 ff.

¹⁰³ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2005/2006, Bundestagsdrucksache 16/5710 vom 15. Juni 2007, S. 10.

als 10 Prozent (Horizontalabsprachen) bzw. 15 Prozent (Vertikalabsprachen) Marktanteil abdecken, auf Kernbeschränkungen (Preisabsprachen und Produktionsbeschränkungen).¹⁰⁸ Daneben gelten für kleine und mittlere Unternehmen bestimmte Erleichterungen.¹⁰⁹

463. Ganz entscheidend wird die Praxis im freistellungs-fähigen Bereich mitgeprägt durch die Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Kommission, die nach § 2 Absatz 2 GWB auch auf rein innerdeutsche Sachverhalte anwendbar sind.¹¹⁰ Diese Gruppenfreistellungsverordnungen stellen – unterhalb bestimmter kombinierter Marktanteile der Beteiligten – bestimmte wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen vom Kartellverbot frei. Diese Wirkung entfällt einerseits für einzelne aufgeführte Vereinbarungen (nicht freigestellte Vereinbarungen). Andererseits lassen besonders aufgeführte „Kernbeschränkungen“ die Freistellung für die gesamte Vereinbarung entfallen. Europäische Kommission und Bundeskartellamt sind befugt, für bestimmte Märkte den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellungsverordnungen zu entziehen, Artikel 29 Absatz 2 VO 1/2003, § 32d GWB.¹¹¹ Ohne unmittelbare Bindungswirkung für die deutschen Behörden und die Gerichte¹¹² sind die Leitli-

nien der Europäischen Kommission zur Auslegung der Gruppenfreistellungsverordnungen bzw. des Kartellverbots.¹¹³ Diese haben jedoch weitreichende praktische Auswirkungen, da sie die ökonomische Diskussion zu den einzelnen behandelten Problemen gut widerspiegeln, teilweise nicht unerheblich mitprägen und ihre Aussagen faktisch oft bestimmende Überzeugungskraft haben.

464. Die Sanktionierung von Verstößen erreicht mittlerweile bedeutende Bußgeldbeträge. Aus deren Höhe wird teilweise abgeleitet, faktisch werde damit die Schwelle zwischen Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht – insbesondere bei Bußgeldern gegenüber natürlichen Personen – bereits überschritten. Entsprechend seien jedenfalls bei „großen Ordnungswidrigkeiten“ mit entsprechenden Bußgeldhöhen die im Strafrecht geltenden Verfahrensvorschriften anwendbar. Insbesondere sei die Verhängung derartiger Bußgelder nach Artikel 92 GG den Gerichten vorbehalten.¹¹⁴ Eine Vergleichbarkeit von (hohen) Geldbußen und echten Kriminalstrafen scheitert nach Auffassung der Monopolkommission jedoch schon daran, dass Letztere einen ungleich höheren Stigmatisierungseffekt als bloße Bußgelder haben.

465. Eine institutionelle Trennung zwischen Ermittlung und Entscheidung schon im Bußgeldverfahren könnte zwar möglicherweise die Legitimität der Entscheidungen noch erhöhen. Eine Verbesserung der Verfahrensposition der Unternehmen wäre damit jedoch nicht zwangsläufig verbunden. Denn diesen steht im Einspruchsverfahren vor dem Oberlandesgericht eine vollständige gerichtliche Tatsacheninstanz zur Verfügung. Insofern ähnelt das Bußgeldverfahren des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen dem Strafbefehlsverfahren der Strafprozessordnung. Jedenfalls den Verfahrensanforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) genügt eine derartige nachlaufende vollständige Überprüfung.¹¹⁵ Vor dem Hintergrund des erheblichen Verfahrensmehraufwands bei institutioneller Trennung des Kartellbußgeldverfahrens in Ermittlungs- und Entscheidungsverfahren und insbesondere aufgrund der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit behördlicher Entschei-

¹⁰⁸ BKartA, Bagatellbekanntmachung 2007.

¹⁰⁹ Vgl. § 3 Absatz 1 GWB sowie das Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen von März 2007; hierzu auch Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie, Kooperation und Wettbewerb, Ein Ratgeber für kleine und mittlere Unternehmen, 6. Aufl., München 2006.

¹¹⁰ Vgl. Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung Text von Bedeutung für den EWR, ABl. EU Nr. L 335 vom 18. Dezember 2010, S. 36 (F&E-GVO); Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, ABl. EU Nr. L 335 vom 18. Dezember 2010, S. 43 (Spezialisierungs-GVO); Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EU Nr. L 102 vom 23. April 2010, S. 1 (Vertikal-GVO); Verordnung (EU) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27. Mai 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. EU Nr. L 129 vom 28. Mai 2010, S. 52 (Kfz-GVO); Verordnung (EG) Nr. 246/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Anwendung des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrages auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Seeschiffahrtsunternehmen, ABl. EU Nr. L 79 vom 25. März 2009, S. 1 (Schiffahrts-GVO); Verordnung (EU) Nr. 267/2010 der Kommission vom 24. März 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und abgestimmten Verhaltensweisen im Versicherungssektor, ABl. EU Nr. L 83 vom 30. März 2010, S. 1 (Versicherungs-GVO).

¹¹¹ Vgl. Tz. 431 ff.

¹¹² Allerdings hat auf europäischer Ebene der Europäische Gerichtshof in einem Fall ein Urteil des Gerichts der Europäischen Union ausschließlich an Leitlinien der Europäischen Kommission gemessen, ohne selbst insoweit Unionsrecht zu prüfen; vgl. EuGH, Urteil vom 24. September 2009, Rs. C-125/07 P „Erste Group Bank“, Rn. 143, 174 ff., 192 f.

¹¹³ Vgl. die Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU Nr. C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1, und die Leitlinien für vertikale Beschränkungen (Vertikal-Leitlinien), ABl. EU Nr. C 130 vom 15. März 2010, S. 1. Beide Leitlinien haben die Form von offiziellen Mitteilungen der Europäischen Kommission und wirken nach dem Prinzip der Selbstbindung der Verwaltung verpflichtend allein für die Europäische Kommission.

¹¹⁴ Vgl. stellvertretend Möschel, W., Kartellbußen und Artikel 92 Grundgesetz, Wirtschaft und Wettbewerb 60(9), 2010, S. 869–877; weitergehend Feld, L.P. u. a. (Kronberger Kreis), Reform der Geldbußen im Kartellrecht überfällig, Berlin 2012.

¹¹⁵ Vgl. zur insoweit vergleichbaren Praxis in Italien EGMR, Urteil vom 27. September 2011, Requête n° 43509/08 „A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie“. Dabei geht der EGMR zwar von einem strafrechtlichen Charakter der verhängten hohen Geldbuße aus (Rn. 44), lässt aber für die Anforderungen des Artikel 6 Absatz 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) die faktisch von den Gerichten ausgeübte Überprüfung der behördlichen Entscheidung ausreichen: „La décision de l’AGCM ayant été soumise au contrôle ultérieur d’organes judiciaires de pleine juridiction, aucune violation de l’article 6 § 1 de la Convention ne saurait être décelée en l’espèce.“ (Rn. 67).

dungen sieht die Monopolkommission derzeit keine Notwendigkeit zu grundlegenden Veränderungen des kartellbehördlichen Verfahrens in diese Richtung.¹¹⁶

2.3 Doppelkontrolle von Gemeinschaftsunternehmen

466. Eine kartellverbotswidrige Abstimmung kann auch im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen stattfinden. Eine Angleichung der Geschäftspolitiken von fusionswilligen Unternehmen vor der erforderlichen Freigabe durch das Bundeskartellamt ist nach § 41 Absatz 2 i. V. m. § 81 Absatz 1 GWB als Verstoß gegen das Vollzugsverbot gesondert bußgeldbewehrt.¹¹⁷ Unabhängig von einer – nur teilweise notwendigen – fusionskontrollrechtlichen Freigabe der zugrunde liegenden Unternehmensstruktur unterliegt eine Koordination des Geschäftsverhaltens von selbstständigen Muttergesellschaften eines Gemeinschaftsunternehmens in aller Regel auch dem Kartellverbot des § 1 GWB.¹¹⁸ Diese Doppelkontrolle strukturell wettbewerbsbeschränkender und koordinativer Effekte wird vom Bundeskartellamt regelmäßig ausgeübt.

467. Grundsätzlich prüft das Amt bei allen im Rahmen der Fusionskontrolle angemeldeten Gemeinschaftsunternehmen konkrete Anhaltspunkte für kartellrechtswidrige Koordinierung der Muttergesellschaften. Eine solche Koordinierung ist dann ausgeschlossen, wenn diese weder aktuelle noch potenzielle Wettbewerber sind. Daneben sieht das Bundeskartellamt in der Regel von der Einleitung eines Kartellverfahrens ab, wenn der kumulierte Marktanteil aller Muttergesellschaften 10 Prozent nicht überschreitet.¹¹⁹ Ähnliches gilt, wenn das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen zumindest konkret wahrscheinlich erscheint. Soweit die koordinativen Wirkungen geplanter fusionskontrollpflichtiger Gemeinschaftsunternehmen nicht innerhalb der Fristen des Fusionskontrollverfahrens oder überhaupt nicht ex ante beurteilt werden können, prüft das Bundeskartellamt die Einhaltung der Vorschriften der §§ 1 ff. GWB in einem eigenständigen Verfahren; teilweise wird in Freigabeentscheidungen ausdrücklich der Vorbehalt einer Prüfung nach § 1 GWB klarstellend mit aufgenommen. Derartige parallele Kartellverfahren sind nicht an Fristen gebunden; daneben sind in deren Rahmen, anders als in der Fusionskontrolle, Verhaltenszusagen zulässig. Teilweise ist bereits zum

Zeitpunkt des Fusionskontrollverfahrens eine mit dem Kartellverbot unvereinbare Wirkung des geplanten Gemeinschaftsunternehmens erkennbar, was zur Anpassung der Transaktion, zur Rücknahme der Anmeldung, zu einer Untersagung oder zur Freigabe mit Nebenbestimmungen führen kann. Entsprechende Untersagungen können dann sowohl auf § 1 als auch auf § 36 Absatz 1 GWB gestützt sein.

468. Im Berichtszeitraum wurden koordinative Effekte von Gemeinschaftsunternehmen in einer Vielzahl von Fusionskontrollverfahren geprüft. Soweit die Wirkungen kartellrechtlich bedenklich waren, wurden teils die Vorhaben aufgegeben, teils entsprechende Vorkehrungen getroffen, die kartellrechtswidrige Koordination verhindern sollen, wie Sicherungsmaßnahmen gegen einen kartellrechtswidrigen Informationsaustausch oder die Beschränkung der Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auf das kartellrechtlich zulässige Maß. Daneben wurde das Bundeskartellamt in einigen Fällen im Rahmen von Fusionskontrollverfahren oder anderweitig auf problematische Gemeinschaftsunternehmen aufmerksam, die eigenständig nach § 1 GWB geprüft und teilweise in der Folge von den Muttergesellschaften aufgelöst oder umgestaltet wurden.

Betroffen waren vor allem der Baustoffbereich und die Entsorgungswirtschaft, aber auch der Pressesektor; im Bereich Walzasphalt haben eine Vielzahl mutmaßlich problematischer Gemeinschaftsunternehmen das Bundeskartellamt zu einer Sektoruntersuchung veranlasst.¹²⁰ Die weit überwiegende Mehrzahl geprüfter Gemeinschaftsunternehmen hingegen wies keine erkennbaren Probleme im Sinne des Kartellverbots auf.

469. Die im Fusionskontrollverfahren untersagte Einrichtung eines Gemeinschaftsunternehmens durch die Pro7Sat1- und die RTL-Gruppe im Bereich Video-on-Demand beruht neben § 36 Absatz 1 GWB auch auf dem Kartellverbot.¹²¹ Durch den gemeinsamen Aufbau einer Plattform für den Abruf der Programminhalte beider beteiligten Sendergruppen im Internet wäre deren gemeinsame Marktbeherrschung im Fernsehwerbemarkt verstärkt worden. Daneben wäre insbesondere aufgrund der vorgesehenen Ausgestaltung der Plattform eine kartellverbotswidrige Koordination der Geschäftspraktiken der Muttergesellschaften zu befürchten gewesen, ohne dass diese Ausgestaltung zur Erreichung der vorgesehenen Effizienzvorteile notwendig und damit freistellungsfähig gewesen wäre.

Die Monopolkommission begrüßt die parallele Prüfung solcher Vorhaben und die doppelte Fundierung des Untersagungsbeschlusses allgemein und in diesem Fall: Soweit neben fusionskontrollrechtlich relevanten Bedenken auch Verstöße gegen das Kartellverbot zu befürchten sind, vermögen beide Aspekte jeweils eigenständig eine Untersagung zu tragen. Dadurch wird zum einen nochmals das Verbot aus § 1 GWB nachdrücklich verdeutlicht, Gemein-

¹¹⁶ Vgl. eingehender zum Spektrum der institutionellen Möglichkeiten Zimmer, D., Sanktionensysteme im internationalen Vergleich: Administrativentscheidung versus gerichtliches Verfahren, in: Sanktionen im Kartellrecht, Referate des 44. FIW-Symposiums, Köln 2011, S. 1–12.

¹¹⁷ Vgl. zu diesem englisch auch plastisch „gun jumping“ genannten Verstoß Tz. 659 ff.

¹¹⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, Rn. 28, BGHZ 81, 56, 66, WuW/E BGH 1810 „Transportbeton Sauerland“; Beschluss vom 8. Mai 2001, KVR 12/99 „Ostfleisch“, Rn. 34; Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07, WuW DE-R 2361 „Nord-KS/Xella“, Urteil vom 23. Juni 2009, KZR 58/07 „Gratiszeitung Hallo“; Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 508 ff.

¹¹⁹ Vgl. BKartA, Bagatellbekanntmachung 2007, Rn. 7 ff.

¹²⁰ Vgl. dazu Tz. 434 ff.

¹²¹ BKartA, Beschluss vom 17. März 2011, B6, 94/10 „Amazonas“, vgl. zu den Einzelheiten Tz. 733 ff.

schaftsunternehmen kartellrechtswidrig als koordinative Plattformen zu nutzen.¹²² Andererseits wird durch die parallele Anwendung beider Prüfungsmaßstäbe der eigenständigen Bedeutung der nur teilweise deckungsgleichen Schutzbereiche von Kartellverbot und Fusionskontrolle Rechnung getragen. Schutzlücken werden so verhindert. Letztlich kommt auch den Muttergesellschaften eine derartige Prüfung entgegen, da so die Gefahr kartellrechtswidrigen Verhaltens schon im Ansatz vermindert wird. Insoweit ist hervorzuheben, dass den Beteiligten freigestanden hätte, durch eine entsprechende Ausgestaltung des Gemeinschaftsunternehmens die unter der untersagten Ausgestaltung strukturell immanenten Verstöße gegen das Kartellverbot auszuräumen. Eine vergleichbare Kooperation der öffentlich-rechtlichen Fernsehsender wurde im Fusionskontrollverfahren freigegeben, da diese im vor allem betroffenen Werbemarkt über keine marktbeherrschende Stellung verfügen; die Prüfung des Vorhabens im Kartellverfahren erfolgte getrennt.

2.4 Kartellschwelle in Oligopolmärkten

470. Unterhalb der Grenze expliziter Koordination kommt eine implizite Koordination in Betracht. Denn in engen Märkten mit oligopolistischer Struktur ist regelmäßig aufgrund der Interdependenz der Akteure deren Handeln nur eingeschränkt dem Risiko ausgesetzt, dem derartige Handeln im Wettbewerb begegnen würde. Eine solche implizite Verhaltensabstimmung „über den Markt“ unterfällt grundsätzlich nicht dem Kartellverbot und wird dementsprechend nach überwiegender Ansicht als legal angesehen. Entscheidender Faktor für diese Einstufung ist die Schwierigkeit, in solchen Situationen eine Grenze zwischen legalem und illegalem Verhalten zu ziehen, da die Reaktion von Unternehmen auf Angebote von Wettbewerbern einen grundsätzlichen Wesenszug des Wettbewerbs darstellt. Die implizite Abstimmung von Preiserhöhungen über den Markt dem Kartellverbot zu unterwerfen, käme auch einem behördlichen Verbot von Preiserhöhungen und damit einer Preisregulierung gefährlich nahe.¹²³

471. Die Monopolkommission sieht zu diesem Zeitpunkt keine praktikable Möglichkeit, implizite Verhaltensabstimmungen „über den Markt“ als solche im Rahmen des Kartellverbots zu erfassen. Zwar lässt sich aus der Verdichtung von Indizien, die eine als illegales Kartell erfassbare kollusive Verfestigung wahrscheinlicher machen, in Einzelfällen auch eine explizite Abstimmung herleiten;¹²⁴ oftmals jedoch wird gerade die enge Marktstruktur paralleles Verhalten auch ohne explizite Abstimmung plausibel machen.¹²⁵ Allerdings können sich auf derart wettbewerbsarmen Märkten bereits relativ gering-

fügte Wettbewerberkontakte erheblich wettbewerbsbeschränkend auswirken, die dann leicht die Verbotsgrenze des § 1 GWB erreichen.¹²⁶ Insoweit weist die Monopolkommission erneut darauf hin, dass insbesondere die Strukturen von Verbänden und Gemeinschaftsunternehmen in oligopolistisch engen Märkten diese als Koordinationsplattformen wirken lassen können. In diesem Zusammenhang obliegt Oligopolisten bei der Ausgestaltung von Kooperationen mit Wettbewerbern sowie – abhängig von der Marktstruktur – mit Lieferanten und Abnehmern grundsätzlich eine gesteigerte Sorgfaltspflicht in Bezug auf die Einhaltung des Kartellverbots.¹²⁷

472. Vor diesem Hintergrund erneuert die Monopolkommission ihre Forderung an das Bundeskartellamt, in oligopolistisch strukturierten Branchen die bestehenden vertraglichen und gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen systematisch etwa im Rahmen von Sektoruntersuchungen oder im Nachgang zu Fusionskontrollverfahren zu überprüfen und verstärkt nach § 1 f. und § 32 GWB einzuschreiten.¹²⁸

2.5 Kartellschaden, Bußgeldhöhe und effiziente Abschreckungswirkung

473. Insbesondere Hardcore-Kartelle richten erheblichen Schaden an.¹²⁹ Unterscheiden lassen sich allokativen, produktiven und dynamischen Effizienzverluste. Eine kartellbedingte Preiserhöhung (direkt oder mittelbar, etwa infolge von Angebotsverknappung) transferiert einen Teil der Konsumenten- in die Produzentenrente (Preiseffekt), was an sich keinen volkswirtschaftlichen, sondern allein einen individuellen Schaden bedeutet. Die Preiserhöhung hat in der Regel jedoch auch zur Folge, dass weniger Abnehmer als zu Wettbewerbspreisen das kartellverstrickte Gut beziehen und davon profitieren können (Mengeneffekt). Kartelle können durch Verminderung des Wettbewerbsdrucks des Weiteren zu verminderter Produktionseffizienz und geringeren Anreizen für Forschung und Entwicklung führen.¹³⁰ Insgesamt lässt sich feststellen, dass der gesamte durch ein illegales Kartell verursachte volkswirtschaftliche Schaden den individuellen Schaden der (direkten und mittelbaren) Abnehmer erheblich über-

¹²² Vgl. dazu eingehend Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 505 ff.

¹²³ Vgl. hierzu eingehender etwa Zimmer, D., in: Immenga/Mestmäcker, a. a. O., § 1 Rn. 98 ff.

¹²⁴ Vgl. vor dem Hintergrund des US-amerikanischen Rechts etwa Kovacic, W.E. u. a., Plus Factors and Agreement in Antitrust Law, Michigan Law Review 110(3), 2011, S. 393-436.

¹²⁵ Vgl. in Anwesenheit paralleler Preiserhöhungsankündigungen EuGH, Urteil vom 14. Juli 1972, Rs. C-48/69 u. a. „ICI“, Rn. 64 ff., 99 ff., gegenüber EuGH, Urteil vom 31. März 1993, Rs. C-89/85 u. a. „Ahlström/Kommission“, Rn. 70 ff. (Oligopolverteidigung).

¹²⁶ Vgl. etwa zum Kartellverstoß durch einmaligen Informationsaustausch im engen Oligopol EuGH, Urteil vom 4. Juli 2009, Rs. C-8/08 „T-Mobile Netherlands“; ähnlich für die Berücksichtigung einer „Bündelwirkung“ von Vertragspraktiken bereits EuGH, Urteil vom 28. Februar 1991, Rs. C-234/89 „Delimitis/Henninger Bräu“, Slg. 1991, I-935, Rn. 18 ff.

¹²⁷ Vgl. etwa Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 505 ff., 525 ff.

¹²⁸ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 529, sowie Tz. 572 ff.

¹²⁹ So geht etwa das Bundeskartellamt in seiner Advocacy-Broschüre „Erfolgreiche Kartellverfolgung – Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher“, Juli 2010, S. 17, davon aus, dass schon ein einziges Kartell auf einem gesamtwirtschaftlich bedeutsamen Markt Nachteile für Wirtschaft und Verbraucher in einem Umfang von mehreren 100 Mio. Euro zur Folge haben kann.

¹³⁰ Vgl. jedoch z. B. zu den Bedingungen produktiv effizienter Kartelle die Spezialisierungs-GVO, zu denen dynamisch effizienter Kartelle die F&E-GVO der Europäischen Kommission.

steigen, aber auch unterschreiten kann. Beide Schadensmaße sind also nicht zwingend korreliert.¹³¹

474. Bei der Berechnung von Kartellbußgeldern geht das Bundeskartellamt von einem zweistufigen Verfahren aus:¹³² Der Grundbetrag richtet sich nach der Schwere und Dauer des Verstoßes und kann bis zu 30 Prozent des tatbezogenen Umsatzes summiert über die Kartelldauer betragen. Erschwerende¹³³ und mildernde¹³⁴ Umstände der Tatbegehung werden als Anpassungsfaktoren berücksichtigt. Daneben soll insbesondere bei großen Unternehmen eine besonders erforderliche Abschreckungswirkung die Erhöhung des Grundbetrags um bis zu 100 Prozent rechtfertigen können. Die so ermittelte Geldbuße unterliegt nach § 81 Absatz 4 Satz 2 GWB einer Obergrenze von 10 Prozent des Gesamtumsatzes des bebußten Unternehmens im Vorjahr der Entscheidung. Dabei handelt es sich nach umstrittener, doch überzeugender Auffassung um eine Kappungsgrenze, nicht um eine Bußgeldobergrenze.¹³⁵ Der so errechnete Bußgeldbetrag kann – im Falle eines Kronzeugenantrags – entsprechend der Bonusregelung erlassen oder vermindert werden;¹³⁶ daneben kommt eine Reduzierung durch einverständliche Verfahrensbeendigung in Betracht.¹³⁷ Zusätzlich hat das Bundeskartellamt nach § 34 GWB die Möglichkeit, den Mehrerlös abzuschöpfen.

475. Die vom Bundeskartellamt gegen die Teilnehmer an verbotenen Kartellen verhängten Bußgelder erreichten in der Summe seit 2007 regelmäßig eine Höhe von mehreren 100 Mio. Euro pro Jahr – so 2010 266,7 Mio. Euro und 2011 193 Mio. Euro. Entscheidendes Ziel der Verhängung von Bußgeldern für Kartellverstöße ist die Abschreckungswirkung gegenüber aktuellen und potenziel-

len Kartellanten. Dabei ergibt sich der motivatorische Effekt grundsätzlich durch die Höhe des durch ein Kartell angestrebten Mehrgewinns einerseits im Vergleich mit der um die Aufdeckungswahrscheinlichkeit adjustierten mutmaßlichen Bußgeldhöhe andererseits.¹³⁸ Auch bei Annahme einer relativ hohen Aufdeckungswahrscheinlichkeit¹³⁹ muss zur effektiven Abschreckung die Geldbuße also ein Mehrfaches der kartellbedingten Mehrerwinne¹⁴⁰ betragen.

476. Seit der 7. GWB-Novelle ist das Bundeskartellamt mit § 81 Absatz 4 GWB von der Notwendigkeit befreit, zur Bußgeldberechnung Mehrerlöse zu berechnen.¹⁴¹ Die oben aufgezeigten Berechnungsgrundsätze der Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes führen jedoch auch auf Grundlage des kartellbefangenen Umsatzes zu einer sachgerechten Bußgeldermittlung. Insbesondere sprechen gute Gründe für die Annahme, dass die in der Methode ihrer Berechnung eng verwandten Kartellgeldbußen der Europäischen Kommission in der Regel noch unterhalb des effizienten Abschreckungsniveaus geblieben sind.¹⁴²

477. Die Monopolkommission erachtet die wettbewerbspolitische Gefahr einer durch hohe Geldbußen verursachten Marktvereinigung bzw. geminderte Wettbewerbsfähigkeit etwa infolge von bußgeldbedingten Insolvenzen oder Finanzierungsschwierigkeiten betroffener Unternehmen als gering.¹⁴³ Denn zum einen vermei-

¹³¹ Vgl. allgemein etwa Haucap, J./Stühmeier, T., Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie, *Wirtschaft und Wettbewerb* 58(4), 2008, 413–424.

¹³² Vgl. die BKartA, Bußgeldleitlinien 2006.

¹³³ Es kommt insbesondere in Betracht: schwere Formen des Vorsatzes und ein gesteigerter Grad der Fahrlässigkeit, das Vorliegen einer Wiederholungstat, eine besonders aktive Rolle im Kartell (Kartellanführer, Kartellinitiator, sonstige hervorgehobene Stellung im Kartell), ein hoher Organisationsgrad im Rahmen der Kartellabsprache oder die Androhung von Vergeltungs- oder Zwangsmaßnahmen in Zusammenhang mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten.

¹³⁴ Es kommt insbesondere in Betracht: das Nachtatverhalten (z. B. Ausgleich finanzieller Einbußen Dritter), die erzwungene Teilnahme oder passive Rolle an der Zuwiderhandlung; die Genehmigung oder Förderung der Zuwiderhandlung durch eine nationale oder supranationale Behörde oder geltende Vorschriften.

¹³⁵ Vgl. für Ersteres BKartA, Bußgeldleitlinien 2006, Rn. 18 ff., für Letzteres OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. Juni 2009, VI-2a Kart 2 - 6/08 Owi. Das vom Oberlandesgericht angeführte Argument der Notwendigkeit einer festen Bußgeldobergrenze als oberes Ende einer Bußgeldskala erscheint angesichts der Notwendigkeit effektiver Abschreckung und der durch die Kappungsgrenze genau bestimmbareren rechtlichen Obergrenze verhängter Bußgelder wenig tragfähig, zumal der vom Bundeskartellamt als Maßstab herangezogene tatbezogene Umsatz regelmäßig eine geeignete Bezugsgröße für den (potenziellen) volkswirtschaftlichen Schaden sein dürfte. Mitentscheidend spricht für die Deutung als Kappungsgrenze auch die mit der Gesetzesänderung intendierte Angleichung an die Praxis der Europäischen Kommission; vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, Bundestagsdrucksache 15/5049 vom 9. März 2005, S. 50.

¹³⁶ Vgl. die BKartA, Bonusregelung 2006; dazu eingehender Tz. 484 f.

¹³⁷ Vgl. dazu eingehender Tz. 486 f.

¹³⁸ Vgl. bereits Becker, G., Crime and Punishment, *An Economic Approach*, *Journal of Political Economy* 76(2), 1968, S. 169–217; Landes, W., *Optimal Sanctions for Antitrust*, *University of Chicago Law Review* 50(2), 1983, S. 652–678.

¹³⁹ Die Wahrscheinlichkeit einer Aufdeckung illegaler Kartelle ist aufgrund der unbekannten Anzahl unaufgedeckter Kartelle nicht absolut ermittelbar; auch wenn durch das Bonusprogramm und verbesserte Ressourcen der Kartellbehörden in forensischer Hinsicht eine Aufdeckung deutlich wahrscheinlicher als in der Vergangenheit geworden sein dürfte, lässt sich wohl von einem aktuellen jährlichen „Entdeckungsrisiko“ für Kartellanten von deutlich unter 20 Prozent ausgehen; vgl. etwa Combe, E./Monnier, C./Legal, R., *Cartels: the Probability of Getting Caught in the European Union*, BEER Working Paper No. 12, March 2008 (ca. 13 Prozent Aufdeckungswahrscheinlichkeit); Bryant P./Woodrow E., *Price Fixing: The Probability of Getting Caught*, *Review of Economics and Statistics* 73(3), 1991, S. 531–536 (13 bis 17 Prozent Aufdeckungswahrscheinlichkeit).

¹⁴⁰ Deren Höhe ist schwierig zu bestimmen, unter anderem, da alternative Preisentwicklungen ohne die Kartellvereinbarung abgeschätzt werden müssen; vgl. Boyer, M./Kotchoni, R., *The Econometrics of Cartel Overcharges*, CIRANO Scientific Series 2011s-35, August 2011.

¹⁴¹ Nach § 81 Absatz 6 GWB kann mit dem Bußgeld auch zusätzlich eine Abschöpfung des Mehrerlöses erfolgen, nach § 34 GWB darf dies auch gesondert erfolgen.

¹⁴² Vgl. Veljanovski, C., *Cartel Fines in Europe – Law, Practice and Deterrence*, *World Competition* 30(1), 2007, S. 65–86; Combe, E./Monnier, C., *Fines Against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of Overenforcement*, *Antitrust Bulletin* 56(2), 2011, S. 321–275, die 64 Kartellentscheidungen der Europäischen Kommission zwischen 1975 und 2009 auswerten; ähnlich Allain, L. u. a., *The Determination of Optimal Fines in Cartel Cases – The Myth of Underdeterrence*, CIRANO Scientific Series 2011s-35, September 2011. Drastisch wird auch für die in ihrer Höhe vergleichbaren US-Bußgelder eine Verfünffachung diskutiert; vgl. Lande, R./Connor, J., *Cartels As Rational Business Strategy: New Data Demonstrates that Crime Pays*, AAI Working Paper 11-08, 2012.

¹⁴³ Anders etwa Feld, L. u. a. (Kronberger Kreis), a. a. O.

den Kartellbehörden bußgeldbedingte Insolvenzen.¹⁴⁴ Zum anderen dürfte selbst nach der Insolvenz eines Unternehmens – dessen grundsätzliche Wettbewerbsfähigkeit vorausgesetzt – in der Regel das Produktivvermögen als Wettbewerbsfaktor im Markt erhalten bleiben. Insoweit wirken sich nicht zuletzt die Änderungen des Insolvenzrechts zur Ermöglichung einer häufigeren Fortführung der betroffenen Unternehmen seit 1999 positiv aus.¹⁴⁵

Aus diesem Verständnis heraus sieht die Monopolkommission keinen begründeten Anlass, über eine Absenkung des Bußgeldniveaus nachzudenken. Im Übrigen soll hier darauf hingewiesen werden, dass eine weitere Erhöhung der Aufdeckungswahrscheinlichkeit und/oder eine Ausweitung des Sanktionenspektrums größere Abschreckungseffekte haben dürfte als Steigerungen der Bußgeldhöhe.¹⁴⁶

478. Insbesondere bei kleineren und bei Einproduktunternehmen können Bußgelder vor allem nach Kartellen mit längerer Lebensdauer potenziell existenzbedrohende Höhen erreichen. Das Bundeskartellamt vermeidet es jedoch, derartige Insolvenzen auszulösen. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der betroffenen Unternehmen wird bereits bei der Bußgeldbemessung der Unternehmen, aber auch im Rahmen der Bußgeldvollstreckung berücksichtigt. So kann nach Ziffer 24 der Bußgeldleitlinien 2006 bei Zahlungsschwierigkeiten auch nachträglich ein Besserungsschein¹⁴⁷ erteilt oder das Bußgeld gestundet bzw. in Raten beglichen werden. Eine Reduzierung der Geldbuße kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn auch langfristig die Zahlung der Geldbuße ohne Existenzgefährdung unmöglich ist. Im Berichtszeitraum wurde in zwei Fällen das Bußgeld aufgrund der umfangreich dargelegten und geprüften nachhaltig fehlenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Unternehmen signifikant gemindert, um der Gefahr einer Insolvenz dieser Unternehmen durch Überschuldung vorzubeugen. In zwei Fällen wurden Stundungen, in sieben weiteren Fällen Ratenzahlungen bereits in den Bußgeldentscheidungen gewährt.¹⁴⁸ In einem Fall wurden im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens auf begründeten Antrag des Unternehmens hin die Modalitäten der Ratenzahlung modifiziert.

Eine stärkere Berücksichtigung finanzieller Engpässe bei Teilnehmern an illegalen Kartellen erscheint der Monopolkommission nicht angezeigt. Die Europäische Kommission hat zwar in Einzelfällen auf ähnlicher textlicher Grundlage unter insolvenzähnlichen Bedingungen bei unmittelbar drohendem Marktaustritt Bußgeldreduktionen

von bis zu 95 Prozent bewilligt.¹⁴⁹ Die Möglichkeit derartiger Reduktionen kann jedoch schon im Vorhinein erhebliche negative Anreizwirkung haben und sollte nur unter der Bedingung eines tatsächlich drohenden Marktaustritts des produktiven Anlagekapitals des jeweiligen Unternehmens erwogen werden. Notwendig ist dafür eine eingehende Prüfung der genauen Umstände des Einzelfalls, die in der Praxis des Bundeskartellamtes nur in absoluten Ausnahmefällen eine Bußgeldreduktion als angezeigt erscheinen ließ.¹⁵⁰ Derartige Ausnahmen sollten keinesfalls Unternehmen bevorzugen, die ineffizient, schlecht geführt oder übermäßig fremdkapitalfinanziert sind. Eine äußerst restriktive Handhabung ist schon dem Gleichbehandlungsgrundsatz geschuldet. Dabei muss stets sichergestellt sein, dass die Zahlungsunfähigkeit nicht auf Umgehungsbemühungen des Unternehmens zurückgeht.

479. In einigen Rechtsordnungen, beispielsweise in den USA und in Großbritannien, werden Personen, die am Abschluss von Kartellvereinbarungen beteiligt waren, auch strafrechtlich verfolgt und insbesondere zu Freiheitsentziehung und zu Berufsverböten verurteilt. Derart drastische persönliche Sanktionen¹⁵¹ dürften zwar an sich erheblich höhere Abschreckungswirkungen mit sich bringen und insbesondere die Advocacy-Arbeit der Behörden in diesem Bereich wirksam untermauern.¹⁵² Sie könnten aber Einbußen der Wirksamkeit der Bonusregelung und damit eine niedrigere Kartellaufdeckungsrate zur Folge haben. Daneben setzt eine wirksame Kriminalisierung von Kartellverstößen angesichts der erhöhten strafrechtlichen Beweisanforderungen und des dadurch erheblich höheren Verfahrensaufwands entsprechende zusätzliche Ressourcen beim Bundeskartellamt bzw. den zuständigen Staatsanwaltschaften voraus.¹⁵³ Vor dem Hintergrund der bislang noch nicht ausreichend geklärten Nach- und Vor-

¹⁴⁴ Vgl. dazu sogleich die folgende Tz.

¹⁴⁵ Vgl. etwa das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011, BGBl. I S. 2582, überwiegend in Kraft seit 1. März 2012.

¹⁴⁶ Vgl. etwa Connor, J., Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels, *Journal of Industry, Competition and Trade* 6(3/4), 2006, S. 195–223; ähnlich bereits früher Becker, G., Crime and Punishment, An Economic Approach, *Journal of Political Economy* 76(2), 1968, S. 169–217, Text zu Fn. 12 mit weiteren Nachweisen.

¹⁴⁷ Ein (Teil-)Verzicht auf das Bußgeld, auflösend bedingt durch eine Verbesserung der finanziellen Situation des Unternehmens. Derartige Vereinbarungen haben insbesondere bilanztechnische Vorteile und wirken sich positiv auf die Kreditwürdigkeit des Schuldners aus.

¹⁴⁸ Vgl. hierzu insbesondere die Entscheidung vom 28. Januar 2011, B12-11/09 „Ziegler“, sowie Tz. 497.

¹⁴⁹ Auf Grundlage von Ziffer 35 Satz 3 der Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission (Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. EU Nr. C 210 vom 1. September 2006, S. 2): „Eine Ermäßigung ist nur möglich, wenn eindeutig nachgewiesen wird, dass die Verhängung einer Geldbuße gemäß diesen Leitlinien die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit des Unternehmens unwiderruflich gefährden und ihre Aktiva jeglichen Wertes berauben würde.“ Vgl. hierzu Kienapfel, P./Wils, W., Inability to Pay – First Cases and Practical Experiences, *Competition Policy Newsletter* 2010-3, S. 3–7.

¹⁵⁰ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, Bundestagsdrucksache 17/6640 vom 20. Juli 2011, S. 16 f. Diese Thematik war auch Gegenstand der Anhörung des Bundeskartellamtes durch die Monopolkommission im April 2012.

¹⁵¹ In der Praxis des Bundeskartellamtes werden zwar regelmäßig Bußgelder gegen die verantwortlich Handelnden verhängt, diese erreichen jedoch weder ihrer Höhe noch dem mit ihnen verbundenen Unwerturteil nach die Sanktionswirkung von Strafen.

¹⁵² Vgl. etwa OECD, Policy Roundtables, Cartel Sanctions against Individuals, 2003, insbesondere S. 20 ff.

¹⁵³ Zu den (internationalen) Erfahrungen in dieser Hinsicht vgl. statt vieler Beaton-Wells, C./Ezrahi, A. (Hrsg.), *Criminalising Cartels, Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Oxford u. a. 2011, S. 25–200. Zu den australischen Erfahrungen der Kartellrechtskriminalisierung seit 2009 vgl. etwa Parker, C./Platanias-Phung, C., *The Deterrent Impact of Cartel Criminalisation: Supplementary Report on a Survey of Australian Public Opinion Regarding Business People's Views on Anti-Cartel Laws and Enforcement*, Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper No. 73, January 2012.

teile einer solchen Regelung sieht die Monopolkommission weiteren Diskussionsbedarf und empfiehlt vorerst, die Auswirkungen strafrechtlicher Verfolgung der Teilnahme an Submissionskartellen weiter aufzuklären.¹⁵⁴

2.6 Kartellschadensersatz

480. Neben der Ausgleichsfunktion im Interesse der Geschädigten dient der Ersatzanspruch für kartellbedingte Schäden auch einer Erhöhung der Abschreckungswirkung. Daneben hat die faktische Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen den wohl nicht zu unterschätzenden Vorzug, Kartellbeteiligten anschaulich den durch ihren Regelverstoß verursachten Schaden vor Augen zu führen. Das könnte durch Förderung des Unrechtsbewusstseins bei Kartellverstößen auch eine gewisse präventive Wirkung haben.

481. Kartellschadensersatz folgt grundsätzlich allgemeinen Prinzipien und muss zwingend „jedermann“ offenstehen;¹⁵⁵ er steht vorrangig neben der Mehrerlösabschöpfung durch das Bundeskartellamt nach § 34 GWB. In der Vergangenheit insbesondere aufgrund von Nachweisschwierigkeiten von geringerer Bedeutung wurde der Kartellschadensersatz nicht zuletzt aufgrund der Initiative der Europäischen Kommission¹⁵⁶ immer bedeutender.¹⁵⁷ Zur Erleichterung der Geltendmachung von Kartellschadensersatz wurde auch § 33 durch die 7. GWB-Novelle neu gefasst; ein Urteil des Bundesgerichtshofs hat einige der verbleibenden Fragen nunmehr entschieden.¹⁵⁸

482. Klagen auf Kartellschadensersatz folgten bislang ausschließlich auf Entscheidungen der Kartellbehörden, ohne bislang unentdeckte Kartelle aufzudecken. Dies liegt zum einen darin begründet, dass die Feststellungen der Kartellbehörden bzw. Kartellgerichte grundsätzlich im Schadensersatzprozess bindend feststehen.¹⁵⁹ Zum anderen ist es für Privatparteien naturgemäß deutlich schwieriger, ein Kartell aufzudecken. Aus diesen Grün-

den haben derartige Prozesse als sog. „Follow-on-Klagen“ bislang nicht zu einer erhöhten Aufdeckungswahrscheinlichkeit für Kartelle geführt. Es erscheint jedoch nicht nur vor dem Hintergrund einer sich in diesem Bereich entwickelnden regelrechten „Klageindustrie“ möglich, dass in Zukunft auch von Privaten Impulse zur Aufdeckung von Kartellen ausgehen.

2.7 Sonderfall: Strafbare Submissionsabsprachen

483. Einen Sonderfall stellen Absprachen zwischen Wettbewerbern in öffentlichen Ausschreibungen dar: Werden die einzeln abzugebenden Angebote zwischen verschiedenen teilnehmenden Unternehmen illegal abgesprochen, kann eine derartige Koordination gleichzeitig als verbotenes Submissionskartell mit einem Bußgeld der Kartellbehörde gegen das betreffende Unternehmen und als Ausschreibungsbetrug strafrechtlich nach § 298 StGB¹⁶⁰ gegen die handelnden Personen verfolgt werden.¹⁶¹ Daneben kann ein Submissionsbetrug nach § 263 StGB auch in der Abgabe abgesprochener Angebote bei einer freihändigen Vergabe mit Angebotsanfragen durch öffentliche oder private Auftraggeber an zumindest zwei Unternehmer liegen; eine Verfolgung auf dieser Grundlage setzt jedoch zusätzlich zu den Voraussetzungen des § 298 StGB die Feststellung eines betrugsbedingten Schadens voraus.¹⁶² Insoweit bestehen hier parallele Zuständigkeiten von Kartellbehörden und Staatsanwaltschaften. Submissionskartelle haben in der Vergangenheit so unterschiedliche Branchen wie Hoch- und Tiefbau, Entsorgungsbetriebe, Auftausalz und Feuerwehrfahrzeuge betroffen. Sie sind regelmäßig besonders schädliche Absprachen, nicht zuletzt da hier die öffentliche Hand und damit die Gesamtheit der Steuerzahler die Geschädigten sind. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Monopolkommission die Initiative des Bundeskartellamtes, durch einen Erfahrungsaustausch und eine Verbesserung der Kooperation mit den zuständigen Staatsanwaltschaften die Verfolgung in diesem Bereich zu stärken. Sie teilt die Auffassung, dass durch die Schaffung einheitlicher Ansprechpartner und die Bildung von spezialisierten Einheiten bei den beteiligten Behörden die behördenübergreifende Verfolgung von Submissionsabsprachen deutlich erleichtert werden könnte. Durch eine bessere Vernetzung sowie eine zentralisierte Verfügbarkeit von Wissen, Daten und Erfahrungen dürfte die Aufdeckungswahrscheinlichkeit für Submissionskartelle und damit die Abschreckungswirkung des Verbots erheblich vergrößert werden.¹⁶³

¹⁵⁴ Vgl. bereits Wagner-von Papp, F., What if all Bid Riggers Went to Prison and Nobody Noticed? Criminal Antitrust Law Enforcement in Germany, in: Beaton-Wells, C./Ezrachi, A. (Hrsg.), a. a. O., S. 157 ff.

¹⁵⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 20. September 2001, Rs. C-453/99 „Courage/Crehan“, Rn. 26; Urteil vom 13. Juli 2006, Rs. C-295/04 u. a. „Manfredi“, Rn. 60.

¹⁵⁶ EU-Kommission, Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM (2005) 672, 9. Dezember 2005; Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165, 2. April 2008; die von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene Studie von Oxera u. a., Quantifying Antitrust Damages – Towards Non-binding Guidance for Courts, Dezember 2009, sowie andauernde Bestrebungen, privaten Kartellschadensersatz zu fördern, so etwa mit dem Entwurf der Leitlinien zur Quantifizierung von Kartellschäden, dessen Konsultationsphase Ende September 2011 abgeschlossen wurde, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹⁵⁷ Genaue Statistiken werden bislang nicht geführt; in Fachkreisen wird für 2010 und 2011 von einer niedrigen zweistelligen Fallzahl ausgegangen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Dauer derartiger Verfahren erheblich sein kann.

¹⁵⁸ BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, KZR 75/10 „Selbstdurchschreibepapier“. Darin werden insbesondere Fragen der Klagebefugnis indirekter Abnehmer sowie der Schadensweiterwälzung bzw. Vorteilsausgleichung in vertikalen Lieferketten geklärt.

¹⁵⁹ § 33 Absatz 4 GWB.

¹⁶⁰ Eingeführt durch Artikel 1 Nummer 3 des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption (Korruptionsbekämpfungsgesetz) vom 13. August 1997, BGBl. I S. 2038.

¹⁶¹ Im Jahr 2010 wurden 58 Verstöße gegen § 298 StGB aufgeklärt; vgl. Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik 2010, Tabellenanhang, Tabelle 12, S. 16.

¹⁶² Vgl. BGH, Urteil vom 11. Juli 2001, 1 StR 576/00; danach enthält die Angebotsabgabe vor dem gesetzlichen Hintergrund der Regelung in § 1 GWB regelmäßig die schlüssige (konkludente) Erklärung, dass dieses Angebot ohne eine vorherige Preisabsprache zwischen den Bietern zustande gekommen ist.

¹⁶³ Vgl. bereits Porter, R./Zona, J., Detection of Bid Rigging in Procurement Auctions, Journal of Political Economy 101(3), 1993, S. 518–538; vgl. insoweit auch den OECD-Leitfaden zur Bekämpfung von Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen von 2009.

2.8 Bonusregelung und einverständliche Verfahrensbeendigung

484. Entsprechend einer Kronzeugenregelung versucht die Bonusregelung des Bundeskartellamtes,¹⁶⁴ den Kartellbeteiligten eine „goldene Brücke“ zurück in die Legalität zu bauen. Durch ihre Kooperation bei der Aufdeckung eines Kartells können diese einen Erlass bzw. eine Reduktion der durch die Kartellteilnahme eigentlich verurteilten Geldbuße erlangen. Diese Möglichkeit fördert die Instabilität von Kartellen durch die Erhöhung der Unsicherheit zwischen den Beteiligten und hat jedenfalls zu einem starken Anstieg der aufgedeckten Hardcore-Kartelle geführt.¹⁶⁵

Nach der Selbstbindungswirkung dieser Bekanntmachung des Bundeskartellamtes kommt ein Erlass des Bußgelds demjenigen zu, der dem Amt als Erster Informationen liefert, die einen Durchsuchungsbeschluss ermöglichen. Wenn mit ausreichenden Beweismitteln die Voraussetzungen eines Durchsuchungsbeschlusses bereits vorliegen, kann andernfalls das Bundeskartellamt dem ersten Kartellbeteiligten, der Informationen liefert, die den Nachweis der Tat ermöglichen, die Geldbuße erlassen. Voraussetzung dafür ist jeweils, dass der „Kronzeuge“ nicht alleiniger Anführer des Kartells war oder andere zur Teilnahme an dem Kartell gezwungen hat, und vor allem eine ununterbrochene und uneingeschränkte Kooperation mit dem Bundeskartellamt im Rahmen des Kartellverfahrens. Wer die Voraussetzungen eines Erlasses nicht erfüllt, aber dem Bundeskartellamt mündliche oder schriftliche Informationen und – soweit verfügbar – Beweismittel vorlegt, die wesentlich dazu beitragen, die Tat nachzuweisen, kann mit einer Reduktion der Geldbuße von bis zu 50 Prozent rechnen. Diese Vorteile wirken nicht gegenüber den Schadensersatzansprüchen der Geschädigten, sollen aber in der Regel anteilig die Abschöpfung des Kartellvorteils durch die Behörde hindern. Zur Sicherung der wichtigen zeitlichen Priorität eines Bonusantrags gilt ein Markersystem, das die Nachlieferung von Informationen erlaubt.

485. Die Ausgestaltung dieser englisch „leniency“ genannten Regelungen durch das Bundeskartellamt entspricht seit der Neufassung 2006 dem Stand der Wissenschaft¹⁶⁶ und findet die Anerkennung nicht nur der Monopolkommission.¹⁶⁷ Dabei ist neben der Erhöhung der Aufdeckungswahrscheinlichkeit vor allem die uneingeschränkte Kooperationspflicht der Unternehmen für die

Arbeit des Bundeskartellamtes von Bedeutung. Durch den Anreiz eines Erlasses oder einer Reduktion des Bußgelds wird die Motivation für die Unternehmen wesentlich verstärkt, einen möglichst effizienten Abschluss des Verfahrens zu fördern. Daneben ist zu begrüßen, dass die Bonusregelung bei einem für die Unternehmen möglichst transparenten und voraussehbaren Rahmen ausreichenden Handlungsspielraum für das Bundeskartellamt lässt, in jedem Einzelfall angemessen handeln zu können. Dabei wird den Unternehmen gleichzeitig ausreichend Sicherheit geboten, um wirksame Anreize zu Bonusanträgen zu setzen.

486. Im Rahmen einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung („Settlement“) werden effiziente Verfahrensabschlüsse zusätzlich erleichtert. Ein Settlement ist eine Absprache, in der die Rechtsfolgen eines Bußgeldverfahrens von der Behörde mit den Kartellbeteiligten abgestimmt werden; heute stellt das Angebot des Bundeskartellamtes an die Beteiligten eines Kartells zum Abschluss eines solchen Settlements den Regelfall dar. Das Bundeskartellamt hat hierzu keine förmliche Mitteilung erlassen, doch in anderweitig veranlassten Dokumenten seine Eckpunkte für derartige Verfahren veröffentlicht.¹⁶⁸ Das Settlement bedingt aufseiten des Betroffenen regelmäßig, dass in einer sog. Settlement-Erklärung der in einer Zusammenfassung der Ermittlungsergebnisse zur Last gelegte Sachverhalt anerkannt wird. Die Kartellbehörde stellt regelmäßig die Obergrenze der Geldbuße in Aussicht und mindert das Bußgeld um 10 Prozent und mehr.¹⁶⁹ Ein – nach deutschem Recht nicht zulässiger – Rechtsmittelverzicht ist nicht vorgesehen; bislang jedoch sind alle verhandelten Bußgeldverfügungen ohne Beschwerdeverfahren rechtskräftig geworden. Es kann auch zu sog. „hybriden“ Settlements kommen, wenn nur ein Teil der Beteiligten an einem Kartell einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung zustimmt, während die Übrigen das mit einem Bußgeldbescheid in voller Länge abgeschlossene Verfahren durchlaufen.

Für die Behörde bedeuten derartige Verfahrensabschlüsse eine erhebliche Ressourcenentlastung durch das zusätzliche Beweismittel des Geständnisses, die übliche Abkürzung des Bußgeldbescheids¹⁷⁰ und nicht zuletzt die erheblich geringere Wahrscheinlichkeit eines aufwendigen

¹⁶⁴ BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung vom 7. März 2006; diese hat die erste Bonusregelung von 2000 ersetzt.

¹⁶⁵ Vgl. Tz. 457 f. Dabei ist die zunehmende Beteiligung einer Mehrzahl von Kartellunternehmen und insbesondere persönlich Verantwortlicher zu verzeichnen: 2009: 24 Bonusanträge in 20 Fällen, 23 Unternehmen, 1 persönlich Betroffener; 2010: 56 Bonusanträge in 25 Fällen, 51 Unternehmen, 5 persönlich Betroffene; 2011: 41 Bonusanträge in 29 Fällen, 36 Unternehmen, 5 persönlich Betroffene.

¹⁶⁶ Vgl. etwa Spagnolo, G., Divide et Impera: Optimal Leniency Programs, CEPR Discussion Paper Series No. 4840, 2004; Harrington, J., Optimal Corporate Leniency Programs, Journal of Industrial Economics 56(2), 2008, S. 215–246. Die Wirkung von Bonusprogrammen findet immer innerhalb einer weiteren Rechtsordnung statt, die daher bei internationalen Vergleichen berücksichtigt werden muss.

¹⁶⁷ Zu einem Vergleich europäischer Bonusprogramme vgl. ECN Model Leniency Programme, Report on Assessment of the State of Convergence 2009; aus rechtsvergleichender Perspektive vgl. etwa Wils, W., Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice, in: Schmidten, D./Albert, M./Voigt, S. (Hrsg.), The More Economic Approach to European Competition Law, Tübingen 2007, S. 203–248.

¹⁶⁸ Vgl. BKartA, Bußgeldverfahren gegen Kaffeeröster wegen Preisabsprachen, B11-18/08, Fallbericht vom 14. Januar 2010, zuvor kurz im Tätigkeitsbericht 2007/2008, Bundestagsdrucksache 16/13500 vom 22. Juni 2009, S. 35, sowie ausführlich im Beitrag des Bundeskartellamtes zur OECD Roundtable vom 17. Oktober 2006, Plea Bargaining/Settlement of Cartel Cases, abrufbar auf der Webseite des Bundeskartellamtes, <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/International/OECD.php>

¹⁶⁹ Bei horizontalen Kartellen bis zu 10 Prozent, bei vertikalen Verstößen auch mehr; gegebenenfalls soll auch die Einstellung des Verfahrens gegen bestimmte Betroffene in Betracht kommen.

¹⁷⁰ Mit den Mindestangaben nach § 66 OWiG.

gerichtlichen Überprüfungsverfahren. Der Anreiz für die Unternehmen besteht vor allem in einer kürzeren Verfahrensdauer, geringeren Beratungskosten und einem geringeren Bußgeld.

487. Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich die Nutzung solcher Verfahrenserleichterungen mit Einverständnis der Betroffenen. Dabei wird das Rechtsstaatsprinzip gewahrt, da die Vorwürfe bis zur Belegbarkeit der Tatvorwürfe ausermittelt werden und Verfahrensrechte der Betroffenen, insbesondere rechtliches Gehör und Rechtsmittel, erhalten bleiben. Allerdings erscheint der Monopolkommission im Interesse stärkerer Rechtsklarheit insbesondere für weniger kartellrechtlich versierte Unternehmen und Berater eine eigenständige Veröffentlichung der gefestigten, bislang jedoch nur vor allem in Fall- und Tätigkeitsberichten des Amtes dokumentierten Praxis dazu wünschenswert. Dabei sollte jedoch die für dieses Verfahren besonders wertvolle Flexibilität der Handhabung nicht durch übermäßige Festlegungen eingeschränkt werden.

488. Noch nicht völlig geklärt sind schließlich die Ermessensspielräume des Bundeskartellamtes im Rahmen der Kooperationspflichten der Unternehmen.¹⁷¹ So wehren sich Unternehmen insbesondere dann gegen Verhaltensforderungen bzw. Zusagenvorschläge des Bundeskartellamtes, wenn streitige Rechtspflichten betroffen sind.¹⁷² Einerseits erscheint eine derart vereinfachte Lösung von Wettbewerbsproblemen in solchen Fällen besonders wertvoll; andererseits wird teilweise befürchtet, das Bundeskartellamt könnte seinen Ermessensspielraum überschreiten. Entscheidend gegen derartige Befürchtungen spricht zum einen, dass die gerichtliche Anfechtbarkeit von Entscheidungen auf Grundlage derartiger Verfahren nicht eingeschränkt ist. Andererseits soll kartellamtliches Handeln in erster Linie den Wettbewerb schützen;¹⁷³ die Sanktionierung von Gesetzesverstößen ist dabei lediglich zwar wesentliches, doch nachrangiges Mittel.¹⁷⁴ Nicht zuletzt die Motivations- und Kontrollstrukturen innerhalb des Bundeskartellamtes erscheinen der Monopolkommission im Verbund mit der in derartigen Verfahren gegenüber den Beteiligten geübten Transparenz und den gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeiten der jeweils im Raum stehenden Sanktionen geeignet, unverhältnismäßige Druckausübung auszuschließen.

¹⁷¹ Vgl. hierzu auch die Ausführungen zu § 32 und 32b GWB Tz. 428 ff.

¹⁷² Vgl. etwa im Fall der Einzelhandelskartelle Tz. 443, im Fall des Flüssiggaskartells BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, a. a. O., S. 120 f.

¹⁷³ Hiermit soll keine Festlegung in der Debatte um die Schutzzwecke des Wettbewerbsrechts getroffen werden; vgl. im Überblick etwa Bork, R., The Goals of Antitrust Policy, American Economic Review 57(2), Papers and Proceedings 1967, S. 242–253, gegenüber Stucke, M., Reconsidering Antitrust's Goals, Boston College Law Review 53(2), 2012, S. 551–630.

¹⁷⁴ Aus diesem Grund ist insbesondere auch der Rechtsgedanke des nur für gerichtliche Verfahren geltenden § 257c Absatz 2 Satz 1 StPO unanwendbar (eingefügt durch das Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, BGBl. I S. 2353), der die verhandelbaren Sanktionen auf solche beschränkt, die auch mit einer streitigen Entscheidung in dem Verfahren getroffen werden könnten.

489. Insgesamt erhöhen Bonusregelung und Settlements vor allem durch Ressourcenschonung die Wirkkraft der kartellamtlichen Kartellrechtsdurchsetzung, indem die Kartellrechtsverletzer eingebunden werden. Derartige kooperative Rechtsdurchsetzung war lange Zeit stark umstritten; eine Analyse der Praxis der vergangenen Jahre deutet jedoch darauf hin, dass Bedenken nicht gerechtfertigt waren.

2.9 Kartellbewertung in Zivilprozessen

490. Auch außerhalb von Verfahren des Bundeskartellamtes spielt das Kartellrecht in Rechtsstreitigkeiten eine erhebliche Rolle.¹⁷⁵ So wird die Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen mitunter als Einwand gegen Forderungen aus derartigen Verträgen gebraucht. Die steigende Tendenz zu Kartellschadensersatzprozessen – in aller Regel nur aufbauend auf kartellbehördlichen Entscheidungen – wurde bereits oben beleuchtet.¹⁷⁶ Daneben können das Bundeskartellamt, die Landeskartellbehörden und die Europäische Kommission in Zivilprozessen Dritter als „amicus curiae“ Stellungnahmen zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen abgeben, soweit Kartellrecht zur Anwendung kommen soll (§ 90 Absatz 2 und 3, § 90a Absatz 2 GWB). Grundlage dieses Stimmrechts ist die Pflicht der Gerichte, die Kartellbehörden über entsprechende Prozesse zu informieren.

2.10 Ausgewählte Kartellverfahren des Bundeskartellamtes

2.10.1 Ein fast normales Kartell: Feuerwehrlöschfahrzeuge

491. Auf eine anonyme Anzeige hin hat das Bundeskartellamt 2009/2010 ein Kartell im Markt für Feuerwehrlöschfahrzeuge aufdecken können, das über mindestens acht Jahre für etwa 90 Prozent dieses Marktes Preise und Absatzquoten abgesprochen hatte.¹⁷⁷ Beteiligt waren die Albert Ziegler GmbH & Co. KG, Giengen, die Schlingmann GmbH & Co. KG, Dissen, die Rosenbauer Gruppe, Luckenwalde und Leonding/Österreich, die Iveco Magirus Brandschutztechnik GmbH, Ulm, sowie ein Schweizer Wirtschaftsprüfer, der die Kartellabsprachen koordinierte. Auf vier Durchsuchungen der betroffenen Unternehmen hin, davon zwei in Österreich mit Unterstützung der dortigen Wettbewerbsbehörde, gingen beim Bundeskartellamt nacheinander Bonusanträge aller Kartellanten ein. Dadurch konnte ein weiteres Kartell im Markt für Feuerwehrleiterdrehfahrzeuge aufgedeckt werden.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Vgl. zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung Peyer, S., Myths and Untold Stories – Private Antitrust Enforcement in Germany, CCP Working Paper 10-12, July 2010, S. 39 ff., 60, der allerdings datenbedingt nur einen Teil der relevanten Fälle erfassen kann.

¹⁷⁶ Vgl. Tz. 480 ff.

¹⁷⁷ BKartA, Beschlüsse vom 28. Januar, 10. Februar 2011 sowie vom 7. März 2012, B12-11/09.

¹⁷⁸ BKartA, Beschluss vom 27. Juli 2011, B12-12/10. Gegen Iveco wurde eine Geldbuße von 17,5 Mio. Euro verhängt; weiter war an dem Zweierkartell eine Tochter von Rosenbauer beteiligt, die jedoch aufgrund ihres Bonusantrags vollständigen Bußgelderlass erlangte.

492. Hintergrund des Kartells war eine Mitte der 1990er Jahre rückgängige Absatzsituation und entsprechend schwierige wirtschaftliche Situationen der vier in diesem Markt vor allem tätigen Unternehmen. Um den Markt „zu beruhigen“ und zum Abbau des Misstrauens zwischen den Wettbewerbern sollten „vertrauensbildende Maßnahmen“ ergriffen werden. Dazu wurde ein Kartell auf zwei Ebenen gegründet: Die Ebene der Geschäftsleitung, also Vorstandsvorsitzende und Geschäftsführer, traf sich regelmäßig am Flughafen von Zürich, zwischen 2001 und 2009 mindestens neunzehn Mal. Die Sitzungen wurden ohne schriftliche Einladung, Tagesordnung und Teilnehmerliste durchgeführt. Der Termin für das nächste Treffen wurde in der Regel am Ende einer jeden Sitzung festgelegt. Der Treffpunkt in Zürich wurde gewählt, um die Absprachen zu verschleiern und dem Zugriff von deutschen und anderen europäischen Kartellbehörden zu entziehen.

Auf den Treffen erörterten die Unternehmensleiter eine Liste mit einer umfangreichen Marktstatistik über die Auftragseingänge ihrer Unternehmen, die durch einen eigens dafür beauftragten Schweizer Wirtschaftsprüfer erstellt wurde, an den sie ihre Auftragseingänge regelmäßig per E-Mail oder CD-ROM schickten. Neben den tatsächlichen Zahlen wurden in den Listen die sog. „Soll-Quoten“ ausgewiesen, die die Unternehmen im Jahr 2000 erstmals festgelegt hatten und während des Kartellzeitraums einmal anpassten. Soweit die tatsächlichen Zahlen von den Sollquoten abwichen, ergriffen die Unternehmen interne Maßnahmen, um ihre Marktanteile auf die eigene Sollquote zurückzuführen. Zudem wurden in diesem Rahmen auch Erhöhungen der Angebotspreise abgestimmt.

Daneben wurden auf regelmäßigen Zusammenkünften der Vertriebsleiterebene die einzelnen aktuellen kommunalen Ausschreibungen und deren Aufteilung unter den Kartellanten besprochen. Durch eine entsprechende Rabattpolitik bei der Angebotserstellung stellten die Unternehmen sicher, dass das Unternehmen, dem das Projekt zugeordnet war, den Zuschlag tatsächlich erhielt.

493. In Settlement-Verfahren wurden gegen drei der Kartellanten und den beteiligten Wirtschaftsprüfer Geldbußen in Höhe von insgesamt 20,5 Mio. Euro verhängt. Iveco lehnte eine einvernehmliche Beendigung im Bußgeldverfahren ab und wurde ein Jahr später mit 30 Mio. Euro bebußt. Die Bußgeldberechnung ging angesichts der Schwere und Dauer des Kartells von einem Grundbetrag von 25 Prozent des tatbezogenen Umsatzes aus und honorierte die Bonusanträge mit 20 bis 45 Prozent dieser Zwischensumme. Für die Einwilligung zur einvernehmlichen Beendigung im Settlement-Verfahren wurde eine weitere Reduktion um 10 Prozent gewährt. Bei den Unternehmen Ziegler und Schlingmann wurde die Kappungsgrenze von 10 Prozent des Jahresumsatzes 2010 erreicht, während das Bußgeld von Iveco angesichts seiner Stellung im Konzernverbund mit FIAT S.p.A. um einen Abschreckungszuschlag erhöht wurde. Das Verfahren gegen die betroffenen Vertriebsleiter, Geschäftsführer und Vorstandsvorsitzenden wurde zum Zwecke einer strafrechtli-

chen Prüfung, insbesondere in Bezug auf §§ 263, 298 StGB (Submissionsbetrug bzw. wettbewerbsbeschränkende Absprache bei Ausschreibungen) an die zuständigen Staatsanwaltschaften abgegeben.

494. Der illegale Charakter der Absprachen war den Beteiligten bewusst. Dennoch wurde (erfolglos) zur Verteidigung vorgetragen, die die Fahrzeuge abnehmenden Gemeinden hätten von dem Kartell profitiert. Denn aufgrund seltenerer Teilnahmen der Unternehmen an den Ausschreibungen seien Kosten gespart worden, die sich in niedrigeren Preisen niedergeschlagen hätten. Problematischer war die Tatsache, dass der Feuerwehr-Fuhrpark der einzelnen Gemeinden teilweise gewisse Pfadabhängigkeiten aufwies („Stallstruktur“) und – nicht nur aus diesem Grund – die Ausschreibungen teilweise so spezifiziert waren, dass nur ein bestimmter Hersteller den Zuschlag erhalten konnte. Die möglicherweise mangelnde Kausalität der Kartellabsprachen in diesen Fällen war jedoch nicht entscheidungserheblich, da Grundlage der Bußgelder nicht einzelne Ausschreibungen, sondern die marktumfassenden Absprachen als solche sind.

495. Praktisch bedeutsam sind die Ansprüche der vielen Gemeinden, die bei Anschaffung von entsprechenden Fahrzeugen im Kartellzeitraum einen kartellbedingt überhöhten Preis zahlten und deshalb Schadensersatzansprüche geltend machen (können). Das hat zu einer Flut von Anträgen auf Akteneinsicht geführt. Dieser wird auch durch Zulassung von Akteneinsicht für die kommunalen Spitzenverbände wie den Deutschen Städte- und Gemeindebund begegnet, die diese für eine Vielzahl ihrer Mitglieder ausüben und koordinieren. Im Mai 2012 erging bereits ein erstes Urteil zu Schadensersatzansprüchen des Abnehmers eines Kartellmitglieds an diesem Kartell, in dem allerdings eine in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Abnehmers (wirksam) pauschalierte Schadensquote von 15 Prozent zugrunde gelegt werden konnte.¹⁷⁹

496. Dieses Kartell stellt den Fall eines Hardcore-Kartells dar, bei dem sowohl Preise als auch Quoten abgesprochen wurden. Bonusanträge, die mittlerweile in der Mehrzahl aller Kartellverfahren beim Amt eingehen, wurden allerdings erst nach den ersten Durchsuchungen von allen Kartellbeteiligten gestellt und konnten nur Bußgeldreduktionen begründen. Dass wie hier dadurch weitere Kartelle aufgedeckt werden, ist nicht ungewöhnlich und macht die Funktionsweise der durch das Bonusprogramm gesetzten Anreize deutlich, kartellrechtlich „reinen Tisch zu machen“. Anschaulich wird auch die unterschiedliche unternehmensspezifische Betroffenheit von Bußgeldern: Während bei zwei Kartellbeteiligten, die auf den betroffenen Markt fokussiert sind, die 10-Prozent-Kappungsgrenze erreicht wurde, setzte das Bundeskartellamt bei der mit FIAT konzernverbundenen und breiter aufgestellten Iveco zur Erzielung einer angemessenen Sanktionswirkung einen Abschreckungszuschlag fest.

¹⁷⁹ LG Mannheim, Urteil vom 4. Mai 2012, 7 O 463/11 Kart.

497. Über die kartellbeteiligte Albert Ziegler GmbH & Co. KG wurde am 1. November 2011 das Insolvenzverfahren eröffnet. Zuvor war bereits im Rahmen der Settlement-Gespräche substantiiert zur schlechten wirtschaftlichen Lage des Unternehmens vorgetragen worden; die drohende Zahlungsunfähigkeit wurde daraufhin vom Bundeskartellamt durch die Gewährung von Ratenzahlungen berücksichtigt. Die Insolvenz des Unternehmens trat noch vor der Zahlung der ersten Bußgeldrate ein; nach Aussage des Insolvenzverwalters war die Kartellbuße dafür lediglich an untergeordneter Stelle mitentscheidend.¹⁸⁰ Beim Bundeskartellamt wurde jedoch nicht vorgetragen, dass die fristgerechte Zahlung der einzelnen Bußgeldraten nach den wirtschaftlichen Verhältnissen nicht zumutbar sei, sodass sich (bis Redaktionsschluss dieses Gutachtens) für die Behörde kein Anlass ergeben hat, über weitere Zahlungserleichterungen zu entscheiden. Das Unternehmen wird auch weitergeführt, sodass Ziegler als Wettbewerber erhalten bleibt. Die spezialpräventive Wirkung von Kartellbußen wird in diesem Fall gut veranschaulicht durch die internen Reorganisationsmaßnahmen, die bei Ziegler zur Vermeidung zukünftiger Kartellverstöße durchgeführt wurden.¹⁸¹

498. Im Verlauf der Ermittlungen hat sich gezeigt, dass vielfach Ausschreibungen de facto auf einen einzelnen Anbieter zugeschnitten waren und der Wettbewerb in diesem Markt auch dadurch eingeschränkt wurde. Die Monopolkommission verkennt nicht die aus einheitlichen Fuhrparkstrukturen folgenden Effizienzen insbesondere bei Wartung und Ausbildung. Allerdings empfiehlt sie den beschaffenden Gemeinden, bei zukünftigen Ausschreibungen die Bedingungen – soweit nicht Effizienzgründe die Alternativen unerlässlich einengen – ausreichend offen zu spezifizieren, um wettbewerbliche Angebote zu ermöglichen.

2.10.2 Preisbindung der zweiten Hand

499. Die direkte oder indirekte Festlegung von Mindestpreisen durch den Hersteller bzw. Lieferanten gegenüber dem Händler bzw. dem Abnehmer verhindert den Preiswettbewerb zwischen den Wiederverkäufern und kann eine Wettbewerbsbeschränkung nach § 1 GWB darstellen. Für die kartelltatbestandlich notwendige Willensübereinstimmung genügt dabei bereits die implizite Zustimmung der preisgebundenen Partei;¹⁸² die einseitige Durchsetzung von Wiederverkaufspreisvorstellungen des Lieferanten ist im Regelfall nach § 21 Absatz 2 i. V. m. § 1 GWB verboten.

500. Preisbindungen der zweiten Hand haben eine Reihe allokativer, produktiver und dynamischer Effekte, die sich teils negativ, teils positiv auf den Wettbewerb und

die Wohlfahrt auswirken können.¹⁸³ Der deutlichste negative Effekt ist die Unterbindung von Preiswettbewerb zwischen den Produkten des preisbindenden Herstellers (sog. Intra-brand-Wettbewerb), was ineffizient hohe Preise verursachen und Innovationen im Vertrieb verhindern kann. Daneben sind – insbesondere bei starker Verbreitung derartiger und verwandter Praktiken innerhalb einer Branche und/oder wenn das Verlangen nach Preisbindung von der Vertriebsseite ausgeht – koordinative Effekte auf horizontaler Ebene möglich, die die Wettbewerbsdynamik in dem gesamten Markt beeinträchtigen können. Auf der anderen Seite können durch Preisbindung Anreizverzerrungen in der vertikalen Wertschöpfungskette korrigiert werden; auch kann so der Wettbewerb vom Preis auf andere Wettbewerbsparameter verlagert werden und der Wettbewerb zwischen dem preisgebundenen Produkt und anderen Produkten verstärkt werden (Inter-brand-Wettbewerb). Dabei lassen sich jedenfalls bislang diese Effekte empirisch nur schwer quantifizieren oder gar gegeneinander abwägen, sodass allgemeine Aussagen auf ökonomischer Grundlage kaum möglich sind.¹⁸⁴

501. Die in jüngerer Zeit verstärkt geführte Diskussion um die Grenzen zulässiger Maßnahmen zur Preisbindung ist maßgeblich mitgetrieben durch die Aufhebung des absoluten Verbots einer Preisbindung durch den US Supreme Court im Jahr 2007¹⁸⁵ sowie durch die Abschaffung der insoweit restriktiveren Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der Angleichung des deutschen an das europäische Kartellrecht im Jahr 2005.¹⁸⁶ Entscheidend liegt dieser Entwicklung letztlich die immer stärkere Berücksichtigung der konkreten Auswirkungen einzelner Verhaltensweisen zugrunde; preisbindende Unternehmen führen zunehmend an, die Preisbindung rechtfertige sich aus den damit verbundenen hohen Effizienzen, ohne dass derartiges Vorbringen bislang entscheidungsrelevant gewesen wäre. Im Lebensmitteleinzelhandel und in der Konsumgüterindustrie dauern die Ermittlungen noch an; die vorläufigen Einschätzungen im Rahmen eines Schreibens des Vorsitzenden der

¹⁸³ Vgl. etwa bereits Marvel, H./McCafferty, The Welfare Effects of Resale Price Maintenance, *Journal of Law and Economics* 28(2), 1985, S. 363–379; Gilligan, T., The Competitive Effects of Resale Price Maintenance, *Rand Journal of Economics* 17(4), 1986, S. 544–556; zur Übersicht aus neuerer Zeit etwa Schwalbe, U., Preisgestaltung in vertikalen Strukturen – Preisbindung und Preisempfehlung aus ökonomischer Sicht, *Wirtschaft und Wettbewerb* 61(12), 2011, S. 1197–1216.

¹⁸⁴ Vgl. etwa die Übersicht über empirische Studien bei Schwalbe, U., a. a. O., S. 2010 ff., der zudem zutreffend auf das Anwachsen hierzu verfügbarer Daten hinweist.

¹⁸⁵ Urteil des US Supreme Court vom 28. Juni 2007, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007). Diesem für die Bundesebene geltenden Urteil steht mittlerweile eine erhebliche Anzahl von Regelungen einzelner Bundesstaaten gegenüber (sog. „Leegin-Repealer-Legislation“); vgl. zum Stand von Ende 2010 Lindsay, A., An Update on State RPM Laws Since Leegin, *The Antitrust Source*, December 2010, S. 1 ff.

¹⁸⁶ Vgl. § 22 Absatz 1, Absatz 2 Ziffer 2 und § 23 Absatz 1 Ziffer 1 GWB 1998. Danach waren Preisempfehlungen generell verboten und für kleine und mittlere Unternehmen sowie beim Verkauf von Markenwaren nur dann zulässig, wenn sie ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet wurden und zu ihrer Durchsetzung keinerlei Druck ausgeübt wurde.

¹⁸⁰ Vgl. Klöpfer, M., Ziegler: 150 Mitarbeiter werden entlassen, *Feuerwehr-Magazin*, 14. November 2011.

¹⁸¹ Vgl. die auf der Webseite des Unternehmens unter der Rubrik „ZIEGLER-Compliance und Unternehmenskultur“ verfügbaren Dokumente, <http://www.ziegler.de/index.php?id=161>; anschaulich besonders die Aussage: „Compliance wird bei ZIEGLER gelebt.“

¹⁸² Dabei soll nach ganz überwiegender Ansicht eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des § 1 GWB noch nicht in der schlichten Befolgung von Preisempfehlungen liegen.

11. Beschlussabteilung fanden auf Unternehmensseite wenig Zustimmung.¹⁸⁷

502. Generell zulässig sind derartige Vereinbarungen nur im Bereich des § 30 GWB als Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften sowie nach §§ 3, 5 Buchpreisbindungsgesetz für Bücher und verwandte Verlagserzeugnisse.¹⁸⁸ Zulässig sind – bis zu einem Marktanteil von 30 Prozent – generell auch Preisempfehlungen und Höchstpreisfestsetzungen, die den wiederverkaufenden Abnehmern tatsächlich nur unverbindliche Empfehlungen geben, ohne sich „infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise aus[zu]wirken“.¹⁸⁹ Dabei ist die Abgrenzung zwischen (unter Umständen auch wiederholter) bloßer Erläuterung von Preisempfehlungen einerseits und unzulässiger Preisbindung (Einschränkung des Preissetzungsspielraums) des Abnehmers durch Druckausübung andererseits nicht immer einfach.¹⁹⁰ Ein bisweilen unterstellter Gegensatz zwischen der diesbezüglichen Auffassung des Bundeskartellamtes und europäischem Recht erscheint jedoch wenig plausibel, da jeweils entscheidend auf die faktische Bindungswirkung bzw. die Beschränkung der Preissetzungsfreiheit abgestellt wird.¹⁹¹ Gegenstand der Entscheidungspraxis waren im Berichtszeitraum vor allem Fälle, in denen bei bestehenden Preisempfehlungen Durchsetzungsmaßnahmen Druck ausübten und dadurch die Schwelle einer Empfehlung überschritten haben.

503. Der Softwarehersteller Microsoft hatte im Zusammenhang mit der Einführung eines neuen Produkts mehrfach die Wiederverkaufspreise eines wichtigen Einzelhändlers mit diesem abgesprochen und so eine seinen Vorstellungen entsprechende Preissetzung auf dem Endverbrauchermarkt erreicht, was mit einem Bußgeld in Höhe von 9 Mio. Euro geahndet wurde.¹⁹²

504. In der Bekleidungs- und Schuhbranche war dem Bundeskartellamt eine Vielzahl von Preisvorgaben seitens der Hersteller gemeldet worden, oftmals mit der Drohung verbunden, bei Nichteinhaltung der Preisvorgaben die Belieferung des betreffenden Händlers einzustellen. Dabei waren teilweise zwar nur umsatzschwache Produktgruppen betroffen, angesichts der Breitenwirkung der entsprechenden Verstöße und ihrer Signalwirkung beim Verbraucher hat jedoch das Bundeskartellamt eine Vielzahl von Fällen aufgegriffen und ganz überwiegend ohne formelle Schritte die Abstellung entsprechender Verhal-

tensweisen erreicht. In einem Fall hatte der Geschäftsführer des Sportschuhimporteurs All Star in einem Interview mitgeteilt, seine Firma beabsichtige, gegen Händler bei Nichteinhaltung der unverbindlichen Preisempfehlung vorzugehen. Das Bundeskartellamt forderte das Unternehmen auf, seinen Händlern mitzuteilen, dass diese in der Preissetzung frei sind und unverbindliche Preisempfehlungen des Herstellers nicht einzuhalten haben. Da das Unternehmen dieser Aufklärungsverpflichtung nachweislich nachgekommen war, sah das Bundeskartellamt von der Einleitung eines Bußgeldverfahrens ab.¹⁹³ Weitere Verfahren in diesem Bereich dauern noch an.

505. Der Kontaktlinsenhersteller CIBA Vision unterhielt ein Überwachungs- und Interventionssystem zur Preispflege. Dabei waren mehrere Mitarbeiter mit der Beobachtung und Kontrolle von Verkaufspreisen der Händler im Internet befasst. Bei Unterschreiten der unverbindlichen Preisempfehlung durch einzelne Händler über ein gewisses Maß hinaus nahmen Mitarbeiter der CIBA Vision mit diesen Internethändlern Kontakt auf und versuchten – in vielen Fällen erfolgreich – diese zu einer Anhebung ihrer Abgabepreise zu bewegen. In diesem Fall wurde ein Bußgeld in Höhe von 11,5 Mio. Euro verhängt.¹⁹⁴

506. Der Markt für Brillengläser war gekennzeichnet durch unverbindliche Preisempfehlungen der Brillenglashersteller für Augenoptiker bei der Abgabe an Endverbraucher. Diese umfassten entsprechend über den Branchenverband koordinierter Kalkulationsschemata die Handwerksleistung des Augenoptikers mit. Vor allem aufgrund der vollständigen Durchdringung des Marktes mit Preisempfehlungen im Segment der selbstständigen Augenoptiker und deren Inklusivpreis-Charakter wirkten diese faktisch wie Preisbindungen; Preiswettbewerb zwischen Optikern für Brillengläser gleicher Marke war im betroffenen Marktsegment praktisch nicht zu beobachten. Im Zusammenhang mit Preisabsprachen auf Ebene der Hersteller und im Rahmen des Verbandes, die mit Bußgeldbescheiden abgestellt wurden,¹⁹⁵ griff das Bundeskartellamt diese Praktiken auf und konnte ohne formelle Verfügung den Verzicht der Hersteller auf Preisempfehlungen erreichen. Zusammen mit einem kleineren Brillenglashersteller wurden in diesem Zusammenhang Grundsätze zur Behandlung von Preisempfehlungen in der Augenoptik erarbeitet. Diese beschreiben einen Rahmen, innerhalb dessen das Bundeskartellamt die Herausgabe von Preisempfehlungen in der Augenoptik für zulässig erachtete. Die Grundsätze sind kurz gehalten und streichen vor allem die Bedingungen heraus, unter denen die Preisempfehlung eine zulässige Empfehlung bleibt. Sie waren unmittelbar nur an einen bestimmten Hersteller gerichtet und wurden lediglich von einem Branchenverband bekannt gemacht.¹⁹⁶ Vor diesem Hintergrund haben die meisten Brillenglashersteller in der Folgezeit wieder

¹⁸⁷ Vgl. zu deren Hintergrund Tz. 443.

¹⁸⁸ Gesetz über die Preisbindung für Bücher (Buchpreisbindungsgesetz) vom 2. September 2002 (BGBl. I S. 3448), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 14. Juli 2006 (BGBl. I S. 1530).

¹⁸⁹ So die Formulierung des nach § 2 Absatz 2 GWB unmittelbar anwendbaren Artikel 4 lit. a Halbsatz 3 Vertikal-GVO.

¹⁹⁰ Vgl. zur deutschen Rechtsentwicklung etwa Möschel, W., Zwecke der Preisempfehlung – Motive des Gesetzgebers, in: Ahlert, D. u. a. (Hrsg.), Vertikale Preis- und Markenpflege im Kreuzfeuer des Kartellrechts, Wiesbaden 2012, S. 193-198.

¹⁹¹ Vgl. die Auslegungshilfen der EU-Vertikal-Leitlinien 2010, Rn. 48.

¹⁹² Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, a. a. O., S. 110.

¹⁹³ Vgl. ebenda, S. 81.

¹⁹⁴ Vgl. ebenda, S. 105.

¹⁹⁵ Vgl. ebenda, S. 104 f.

¹⁹⁶ BKartA, Grundsätze für Preisempfehlungen vom 25. Mai 2010, B3-46/09 [nicht veröffentlicht].

Preisempfehlungen herausgegeben, die zwar nicht mehr explizit abgestimmte Kalkulationsgrundlagen enthalten, faktisch allerdings möglicherweise ein ähnlich homogenes Preisniveau wie vordem verursachen. Das Bundeskartellamt hat deutlich gemacht, dass die Praktiken der Branche weiter beobachtet werden;¹⁹⁷ bislang jedoch erschien angesichts der begrenzten Ressourcen des Bundeskartellamtes und des vonseiten der großen Optikerketten ausgeübten Wettbewerbsdrucks ein erneutes Vorgehen hier nicht prioritär.

507. In dem durch eingeschränkten Wettbewerb – insbesondere geringe Preistransparenz – gekennzeichneten Markt für Hörgeräte hatte der Hersteller Phonak einen Hörgeräteakustiker durch Liefersperren davon abgebracht, Hörgeräte unterhalb des empfohlenen Verkaufspreises zu verkaufen. Das Bundeskartellamt maß bei der Ausübung seines Aufgreifermessens dem beschriebenen Verhalten eine über den Einzelfall hinausgehende wettbewerbliche Bedeutung zu. Die Ausschaltung des einzigen preisaktiven Internetanbieters sei dazu geeignet und bestimmt gewesen, die auf dem deutschen Markt für den Handel mit Hörgeräten insgesamt herrschende Preisstabilität aufrechtzuerhalten bzw. wiederherzustellen. Sei aber der Preiswettbewerb auf Einzelhandelsebene ohnehin eingeschränkt, so wiege jede weitere Verhinderung vorstoßenden Wettbewerbs umso schwerer. In diesem Fall wurde ein Bußgeld in Höhe von 4,2 Mio. Euro verhängt.¹⁹⁸

508. Im Markt für mobile Navigationsgeräte hatte der Hersteller Garmin erhöhte Herstellerabgabepreise für solche Fachhändler mit eigenem Internethandel vorgesehen, die durch niedrige Verkaufspreise im Internet auffielen. Hoben die betroffenen Händler ihre Internetpreise für die jeweiligen Navigationsgeräte wieder auf ein durch den Hersteller vorgegebenes Mindestpreisniveau an, wurde ihnen ein ausgleichender Bonus gewährt. Das Unternehmen hatte hier ein Marktüberwachungssystem zur Identifizierung von niedrigen Preisen verbunden mit deutlichen Sanktionen für Verstöße gegen die „Preisdisziplin“ und finanziellen Anreizen für die Einhaltung eines Mindestpreisniveaus. Auch dieses Verhalten hatte die Verhängung eines Bußgelds in Höhe von ca. 2,5 Mio. Euro zur Folge.¹⁹⁹

509. Insgesamt lässt sich feststellen, dass das Bundeskartellamt Bußgelder für Preisbindungen zweiter Hand bislang nur in Fällen verhängt, in denen klar und bewusst Druck seitens des Lieferanten auf den Abnehmer zur Einhaltung empfohlener Endverkaufspreise ausgeübt wird oder eine direkte Koordination zwischen beiden die Endverkaufspreise festlegt. In Fällen systematischer Überwachung der marktweiten Endverkaufspreise durch den Lieferanten wird eher unzulässige Druckausübung vorliegen, wenn Händler an die „Empfehlung“ „erinnert“ werden. Dabei greift das Bundeskartellamt auch für sich genommen eher unbedeutende Fälle auf, wenn die Wettbewerbssituation im betroffenen Markt oder die Signalwirkung

der Praxis über den Einzelfall hinaus den Aufwand rechtfertigt. Hier zeigt sich wiederum die Bedeutung informellen Handelns: Soweit keine verfestigten Praktiken oder Druckausübung vorliegen, dürfte in einem erheblichen Teil der Fälle schon eine kurze Erinnerung des preisbindenden Unternehmens an das geltende Recht zu einer Abstellung des kartellrechtswidrigen Verhaltens führen. In der großen Vielzahl aller Vertragsbeziehungen, in denen vertikale Preisbindungen infrage kommen, dürfte schon die Rechtskenntnis der Beteiligten derartige Rechtsverstöße verhindern. Zur Aufrechterhaltung dieses Rechtsbewusstseins erscheint jedoch auch die (öffentlichkeitswirksame) Verfolgung einzelner, für sich genommen vielleicht den Verfahrensaufwand kaum rechtfertigender Verstöße notwendig.

510. Grundsätzlich bedeutet die Einstufung von Preisbindungen zweiter Hand nach Artikel 4 lit. a Vertikal-GVO als Kernbeschränkung lediglich die Unanwendbarkeit der Gruppenfreistellung auf Vereinbarungen, die derartige Klauseln aufweisen. Demgegenüber kann im Prinzip ein preisbindendes vertikales Vertragssystem bei Erfüllung der Freistellungsbedingungen des § 2 Absatz 1 GWB zulässig sein. Das Bundeskartellamt hat bislang jedoch in keinem aufgegriffenen Fall von Preisbindung festgestellt, dass die Freistellungs Voraussetzungen erfüllt gewesen wären. Insbesondere dürften in der Regel derart weitgehende Wettbewerbsbeschränkungen in der Praxis nicht notwendig sein, um entsprechende Effizienzvorteile zu erreichen.²⁰⁰

511. Jedenfalls soweit – wie etwa im Markt für Brillengläser und möglicherweise auch im Bekleidungshandel – die Branchenumstände und die weite Verbreitung unverbindlicher Preisempfehlungen diese faktisch wie Preisbindungen wirken lassen, können auch derartige Empfehlungen abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des § 1 GWB darstellen, die eine Wettbewerbsverfälschung bewirken. Wenn die Freistellungs Voraussetzungen des § 2 Absatz 1 GWB nicht vorliegen, kommt eine Entziehung der Vorteile insbesondere der EU-Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung in Betracht. Diese kann sich insbesondere dann empfehlen, wenn eine Vielzahl gleichartiger Praktiken die Reaktions- und Innovationsfähigkeit in Märkten beeinträchtigt.²⁰¹

2.10.3 Einschränkungen des Internetvertriebs

512. Der Vertrieb von Waren über das Internet gewinnt zunehmend an Bedeutung. Dabei steht nicht nur der Online-Handel im Wettbewerb mit dem stationären Ver-

¹⁹⁷ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, a. a. O., S. 105.

¹⁹⁸ BKartA, Bußgeldbescheid vom 14. Oktober 2009, B3-69/08.

¹⁹⁹ BKartA, Beschluss vom 18. Juni 2010, B5-100/09.

²⁰⁰ Vgl. zu den diskutierten Effizienzen Tz. 500 sowie z. B. Rn. 225 Vertikal-GVO; eingehender etwa Haucap, J./Klein, G., Einschränkungen der Preisgestaltung im Einzelhandel aus wettbewerbsökonomischer Perspektive, in: Ahlert, D. u. a. (Hrsg.), a. a. O., S. 169–186, die allerdings auf die Diskrepanz zwischen dem weitgehenden faktischen Ausschluss von Preisbindungen und anderen kartellrechtlich zulässigen Konstruktionen hinweisen, mit denen sich vergleichbare Effekte erzielen lassen, wie etwa (hypothetische) vertikale Zusammenschlüsse, permanente Nachverhandlungen mit entsprechenden Preisanpassungen und Verkauf auf Kommission.

²⁰¹ Ähnlich (vor Einführung der Vertikal-GVO) EuGH, Urteil vom 28. Februar 1991, Rs. C-234/89 „Delimitis“, Rn. 20 ff.; vgl. dazu Tz. 431 ff.

trieb über Ladengeschäfte, Fachhandwerker etc.; auch zwischen stationären Händlern kann Preistransparenz über das Internet den Wettbewerb verstärken. Vor diesem Hintergrund versuchen manche Hersteller, den Internetvertrieb ihrer Produkte zu beschränken. Als Begründung wird vor allem vorgebracht, solche Beschränkungen seien notwendig, um die Verbraucherwahrnehmung auf betroffene Produkte nicht zu beschädigen („Verramschen“) und um angemessenen Service bzw. sachgemäße Anwendung oder Einbau des Produkts gewährleisten zu können. Zur Beschränkung des Internetvertriebs sind in erster Linie zwei Mittel zu beobachten: einerseits eine Ausgestaltung der Verkaufsbedingungen, die einen Vertrieb über das Internet – direkt oder indirekt – unattraktiv oder unmöglich macht, andererseits unterschiedliche Herstellerabgabepreise entsprechend dem Verkauf im stationären oder im Online-Handel.

513. Die vertragliche Beschränkung der Verkaufsbedingungen durch den Lieferanten kann als selektives Vertriebssystem schon von der Anwendung des Kartellverbots des § 1 GWB ausgenommen sein, wenn die Auswahl der Wiederverkäufer bzw. der Verkaufsbedingungen anhand objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden, sofern die Eigenschaften des fraglichen Erzeugnisses zur Wahrung seiner Qualität und zur Gewährleistung seines richtigen Gebrauchs ein solches Vertriebsnetz bzw. entsprechende Verkaufsbedingungen erfordern und sofern die festgelegten Kriterien schließlich nicht über das erforderliche Maß hinausgehen.²⁰² Dabei ist die Reichweite des im Einzelfall auf Grundlage der Produkteigenschaften objektiv Erforderlichen kaum unabhängig vom konkreten Einzelfall zu beurteilen, es lassen sich jedoch einige Eckpunkte feststellen. So dürfte der explizite Ausschluss des Internetvertriebs stets eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB darstellen, Verkaufsbedingungen für den Online-Vertrieb können jedoch – bei objektiver Notwendigkeit entsprechend den betroffenen Produkten – zulässig in einer Weise vorgegeben werden, dass der Vertrieb über (unspezifische) Online-Auktionsplattformen unmöglich wird.²⁰³ Das Ziel, bei Luxusartikeln den Prestigecharakter eines Produkts zu bewahren, kann jedoch keine Einschränkung des Wettbewerbs im Rahmen des Kartellverbots rechtfertigen.²⁰⁴

²⁰² Vgl. zu Artikel 101 Absatz 1 AEUV bzw. 86 Absatz 1 EWG-Vertrag EuGH, Urteile vom 5. Oktober 1977, Rs. 26/76 „Metro“, Rn. 20, und vom 11. Dezember 1980, Rs. 31/80 „L'Oréal“, Rn. 15 f., zuletzt vom 13. Oktober 2011, Rs. C-439/09 „Pierre Fabre“, Rn. 41, st. Rspr.; ebenso OLG Karlsruhe, Urteil vom 25. November 2009, 6 U 47/08 Kart „Scout Schulranzen“.

²⁰³ Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 25. November 2009, 6 U 47/08 Kart „Scout Schulranzen“; ähnlich für einen Sachverhalt außerhalb eines selektiven Vertriebssystems OLG München, Urteil vom 2. Juli 2009, U (K) 4842/08 (in Anwendung der – insoweit unverändert übernommenen – Vorschriften der alten Vertikal-GVO 2790/1999).

²⁰⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2011, Rs. C-439/09 „Pierre Fabre“, Rn. 46.

514. Weitergehende Vorgaben von Verkaufsbedingungen können erstens nach der EU-Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt sein. Diese enthält zwar keine direkt auf den Internethandel zugeschnittenen Vorschriften; aus ihren allgemeinen Regelungen folgen jedoch nicht unerhebliche Grenzen für Vertriebsbeschränkungen auch im Internet.²⁰⁵ Zweitens kommt eine Individualfreistellung nach der allgemeinen Regelung des § 2 Absatz 1 GWB in Betracht, die jedoch inhaltlich im Regelfall kaum über die schon beschriebenen Ausnahmen hinausgehen dürfte.

515. Analog einzuschätzen ist eine Differenzierung der Herstellerabgabepreise bzw. die Vergabe von Rabatten, Boni etc. danach, über welchen Vertriebskanal ein Produkt abgesetzt wird (sog. Doppelpreissystem oder „dual pricing“). Derartige Preisstrukturen können den gleichen praktischen Effekt haben wie ein Verbot des Internetvertriebs und setzen darüber hinaus in der Regel die kartellrechtlich bedenkliche Weitergabe detaillierter Geschäftsinformationen vom Händler an den Hersteller voraus.

516. Einen direkten vertraglichen Ausschluss des Internetvertriebs durch den Hersteller CIBA Vision hat das Bundeskartellamt zuletzt 2009 mit einem Bußgeld geahndet.²⁰⁶ In dem auch durch die ebenfalls praktizierte Preisbindung zweiter Hand auffälligen Verfahren hatte der Hersteller, der für den Großteil seines Sortiments lediglich qualitative Vertriebsvorgaben für den Internetvertrieb machte, seine Abnehmer ausdrücklich verpflichtet, ein bestimmtes Produkt nicht online zu verkaufen. Dies wurde mit den für die betroffene Kontaktlinsensorte befürchteten höheren Gesundheitsgefahren begründet, denen nur durch Verkauf in einem stationären Ladenlokal begegnet werden könne. Zudem habe es sich um die Einführung eines neuen Produkts gehandelt, für die weitergehende Wettbewerbsbeschränkungen zulässig sind. Das Bundeskartellamt stellte fest, dass eine fachmännische Erstanpassung, Beratung und regelmäßige Kontrollen zwar wünschenswert seien. Doch diese seien rechtlich nicht vorgeschrieben und unterlägen der Eigenverantwortung des Verbrauchers. Auch sei nicht erkennbar, dass die Augengesundheit bei stationärem Verkauf besser geschützt wäre. So sei der Erwerb ohne entsprechende Anpassungen bzw. den Nachweis augenärztlicher Spezifikation auch bei Augenoptikern möglich und üblich. In Drogerien, Apotheken etc., über die der Hersteller seine Produkte ebenfalls vertrieb, seien derartige gesundheitsrelevante Maßnahmen nicht möglich bzw. nicht üblich. Auch bei einem Nachkauf bereits angepasster Kontaktlinsensorten seien solche Bedenken nicht tragfähig. Vielmehr wiesen Gesamteindruck und Beweismittel deutlich darauf hin, dass entscheidende Motivation des Herstellers

²⁰⁵ Wesentlich kommt es hier auf die Reichweite des nach Artikel 4 Absatz 1 lit. b Ziffer 1 Vertikal-GVO grundsätzlich freigestellten vertraglichen Verbots „aktiven Verkaufs“ in Gebiete oder an Kundengruppen an, die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschließlich einem anderen Abnehmer zugewiesen hat; vgl. zu dessen Auslegung etwa die EU-Vertikal-Leitlinien 2010, Rn. 51 ff.

²⁰⁶ BKartA, Beschluss vom 25. September 2009, B3-123/08.

die Einschränkung der Preiskonkurrenz aus dem Internet gewesen sei. Weitergehende Tatbestandsrestriktionen des Kartellverbots kämen nicht in Betracht, da die von der Exklusivität begünstigten stationären Vertriebsstrukturen bereits bestünden und nennenswerte Zusatzinvestitionen nicht erforderlich seien. Die Berechnung des Bußgelds in Höhe von 11,5 Mio. Euro bestimmte sich nicht nach dem unmittelbar betroffenen, sondern nach dem Gesamtumsatz. Denn diese Vertriebsbeschränkung war Teil eines umfangreicheren Systems zur Beschränkung von Preiswettbewerb für das gesamte Sortiment, insbesondere durch Verhinderung des ebay-Handels, ein Großhandelsverbot für bestimmte Wiederverkäufer und diverse Maßnahmen der „Preispflege“.

517. Einen faktischen Ausschluss von Internetvertrieb durch ein Doppelpreissystem bzw. eine entsprechende Rabattstruktur des Herstellers Dornbracht hat das Bundeskartellamt im Bereich von Luxussanitärarmaturen ohne förmliche Verfügung abstellen können.²⁰⁷ Dabei war der entscheidende Rabatt nach den abgeschlossenen „Fachhandelsvereinbarungen“ abhängig von der Erfüllung bestimmter Qualitätskriterien im Vertrieb, insbesondere der Gewährleistung fachgerechter Montage und Inbetriebnahme der betroffenen Produkte sowie eines geeigneten After-Sales-Service. Die Ausgestaltung der Kriterien und die daraus folgende Preisstruktur führten dazu, dass Internethändler die Produkte überhaupt nicht mehr bzw. nur noch zu nicht wettbewerbsfähigen Preisen erhalten konnten. Das Bundeskartellamt stellte mit Hinweis auf die Vertikal-Leitlinien der Europäischen Kommission fest, dass das Doppelpreissystem nach der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung nicht freistellungsfähig und auch deshalb kartellrechtlich problematisch sei, weil es die Kommunikation wettbewerbs-sensibler Geschäftsgeheimnisse voraussetze. Nachdem das Bundeskartellamt dem Unternehmen seine wettbewerbslichen Bedenken mitgeteilt hatte, verzichtete Dornbracht auf die weitere Verwendung dieser Vertragsbestimmungen, sodass auf die Verhängung eines Bußgelds verzichtet wurde.

518. In beiden Fällen konnte die Verfolgung der von den Herstellern angegebenen Ziele die vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen nicht rechtfertigen oder zu einer Freistellung führen. Die schlichte Beschränkung des Online-Vertriebs in der Hoffnung, eventuelle Gesundheitsgefahren würden dadurch vermindert, erscheint vor dem Hintergrund allgemeiner Lebenserfahrung schon kaum zur Zielerreichung geeignet. Entsprechende Abgabevoraussetzungen hätten dieses Ziel zuverlässiger und mit geringeren wettbewerbslichen Auswirkungen erreicht. Dabei kann zwar kartellrechtlich durchaus zulässig sein, den Wettbewerb sogar noch stärker zu beschränken. So könnte etwa die Beschränkung des Vertriebs auf besonders qualifizierte Händler mit der Auflage, Risikofaktoren und Anpassung vor Abgabe der Kontaktlinsen genau zu untersuchen, anders zu bewerten sein. Doch muss zur

Inanspruchnahme der Freistellung – entsprechend den oben zu Wettbewerbsbeschränkungen in selektiven Vertriebssystemen dargestellten Grundsätzen – die Zielverfolgung kohärent und nachvollziehbar sein. Erschwerend kam in diesem Fall hinzu, dass die Internetvertriebsbeschränkung Teil eines größeren Systems von Wettbewerbsbeschränkungen zum Erhalt möglichst hoher Preise war.

519. Ein Doppelpreissystem zur Förderung stationären Vertriebs erscheint zwar auf den ersten Blick nicht ungeeignet, die Mehrkosten der mit den Vertriebsauflagen verbundenen Service-Qualitätsanforderungen zu kompensieren. Auch lassen sich so Verkaufsanstrengungen der stationären Händler relativ transaktionskostenarm und proportional zur Anzahl tatsächlich verkaufter Produkte fördern. Verkaufsunabhängige Einmalzahlungen (oder entsprechende Rabatte) des Herstellers zu demselben Zweck²⁰⁸ haben dagegen den Nachteil, keine verkaufsorientierten Anreize zu setzen. Doch setzt ein Doppelpreissystem einmal die Weitergabe wettbewerbs-sensibler Geschäftsgeheimnisse, insbesondere der jeweiligen Umsatzzahlen, vom Händler an den Hersteller sowie eine Transparenz in der Lieferkette voraus. Auch kann ein Doppelpreissystem zur Segmentierung von Märkten und zur Abschirmung von Vertriebskanälen vor Wettbewerb führen oder solches erleichtern. Zum anderen dürfte die Bestimmung der Höhe derartiger kompensatorischer Rabatte sehr aufwendig sein, soll sie mit der Erfüllung der Qualitätsanforderungen im Vertrieb korrelieren und nicht gegen das Diskriminierungsverbot aus § 20 Absatz 1 und 2 GWB für mindestens marktstarke Unternehmen verstoßen. Insgesamt ist kaum vorstellbar, unter welchen Voraussetzungen ein Doppelpreissystem freistellungsfähig wäre. Vor dem Hintergrund, dass dies der erste Fall derartiger Vertriebsbeschränkungen war, den das Bundeskartellamt aufgegriffen hat, erscheint die Behandlung im Verwaltungsverfahren und dessen Einstellung nach Aufgabe der entsprechenden Praxis angemessen. Nach diesem Präzedenzfall jedoch erscheint die Verhängung von Bußgeldern gegen Unternehmen, die derartige Systeme weiterhin praktizieren, ohne sie an das geltende Kartellrecht anzupassen, angezeigt, wie dies der Fallbericht des Bundeskartellamtes bereits andeutet.²⁰⁹

520. Insgesamt lässt sich feststellen, dass Beschränkungen des Vertriebs von Waren über das Internet durchaus kartellrechtsgemäß ausgestaltbar sind. Die Beschränkungen dürfen jedoch nicht absolut und müssen zur Verfolgung eines legitimen Zwecks geeignet und erforderlich sein. Dabei ist immer der Kontext des jeweiligen Marktes und der sonstigen Vertriebspraktiken des Unternehmens zu beachten. Doppelpreissysteme stehen sehr hohen Rechtfertigungshürden gegenüber, können jedoch in Einzelfällen freigestellt sein, soweit sie den Online-Handel nicht unbillig behindern. Dieser Schutz des Internetvertriebs spiegelt die hohe Bedeutung wieder, die das

²⁰⁷ BKartA, Verfahren B5-100/10; vgl. den Fallbericht vom 13. Dezember 2011.

²⁰⁸ So etwa der Vorschlag in den EU-Vertikal-Leitlinien 2010, Nr. 52 lit. b S. 2.

²⁰⁹ BKartA, Verfahren B5-100/10; vgl. den Fallbericht vom 13. Dezember 2011.

Internet für die Entwicklung effizienterer Vertriebsformen, aber auch für die Preistransparenz spielt.

2.10.4 Informationsaustausch, Marktinformationsverfahren und der Schutz des Geheimwettbewerbs

521. Der Austausch oder die Offenlegung wettbewerbssensibler Informationen durch Unternehmen kann sowohl positive als auch negative Effekte auf Wettbewerb und Wohlfahrt haben.²¹⁰ So können dadurch einerseits Anpassungs- und Transaktionskosten verringert werden; Transparenz kann insbesondere für die Abnehmerseite, im Rahmen von Benchmarking auch im horizontalen Wettbewerbsverhältnis Effizienz fördernd sein. Andererseits erhöht derartige Transparenz vor allem die Reaktionsverbundenheit zwischen den Marktteilnehmern, was wie eine Kartellierung des Marktes wirken kann. Vor diesem Hintergrund kommt es für die kartellrechtliche Bewertung derartiger Praktiken entscheidend auf die ausgetauschten Informationen und das Marktumfeld an;²¹¹ eine Reihe von Grundsätzen lässt sich jedoch allgemein festhalten.²¹² So hat das Bundeskartellamt bereits 1977 Grundsätze zur Bewertung von Marktinformationen veröffentlicht,²¹³ die Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission von 2011 sehen dafür einen eigenen Abschnitt²¹⁴ vor.

522. Ein Informationsaustausch zwischen Unternehmen verstößt gegen § 1 GWB, wenn dadurch eine Beschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird, wobei die objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung ausreicht.²¹⁵ Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Informationsaustausch geeignet ist, Unsicherheiten hinsichtlich des von den betreffenden Unternehmen ins Auge gefassten Verhaltens auszuräumen. Dabei kommt es nicht entscheidend auf die Art und Weise an, wie die Transparenz (künstlich) erhöht wird: Erfasst wird neben systematischem Austausch im Rahmen eines organisierten Verfahrens auch der einma-

lige Kontakt.²¹⁶ Der Verstoß liegt in der Verletzung des (unionsrechtlichen) Selbstständigkeitspostulats, wonach Unternehmen im Wettbewerb selbstständig ihr Verhalten festzulegen haben,²¹⁷ und in der Beschränkung des Geheimwettbewerbs,²¹⁸ der den Schutz der Entscheidungsunsicherheit im Wettbewerb bezweckt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Informationen direkt zwischen den Unternehmen oder indirekt über einen Dritten, vergleichbar mit einem Sternkartell („hub-and-spoke cartel“), ausgetauscht werden.

523. Entscheidend kommt es darauf an, ob der Informationsaustausch den Grad der Ungewissheit über das fragliche Marktgeschehen verringert oder beseitigt und dadurch zu einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen führt.²¹⁹ Diese Gefahr ist in engen, oligopolistisch strukturierten Märkten besonders hoch, kann sich aber auch in weniger konzentrierten Märkten verwirklichen. Je genauer und eingehender die ausgetauschten Informationen auf das Wettbewerbsverhalten der beteiligten Unternehmen, insbesondere Preise bzw. Preisbestandteile, schließen lassen, desto kartellrechtlich problematischer ist der Austausch. Andererseits sind angemessen aggregierte und historische Daten in der Regel unproblematisch. Auch die Transparenz des Austauschs gegenüber unbeteiligten Wettbewerbern und Abnehmern beeinflusst die Bewertung.

524. Entsprechend der höheren wettbewerbslichen Gefährlichkeit des Austauschs von Preisinformationen hat das Bundeskartellamt bislang in erster Linie solche Marktinformationsverfahren in Bußgeldverfahren aufgegriffen, die Preisbestandteile bzw. unmittelbar preiswirksame Wettbewerbsparameter für Wettbewerber transparent machten. Weniger stark wettbewerbsbeschränkende Informationsaustauschverfahren wurden bislang vor allem in Verwaltungsverfahren behandelt; dabei hat das Bundeskartellamt auch auf Anfragen aus dem Markt hin die Grenzen des Zulässigen dargelegt.

525. Bußgelder in Höhe von insgesamt rund 18 Mio. Euro wurden gegen vier Markenhersteller von Drogerieartikeln sowie deren Vertriebsleiter verhängt, die sich während zweier Jahre gegenseitig über den Stand der Jahresgespräche mit Einzelhändlern ausgetauscht hatten; darüber hinaus wurden Bußgelder in Höhe von rund 19 Mio. Euro für eine gezielte Abstimmung von Preiser-

²¹⁰ Vgl. im Einzelnen etwa Wagner-von Papp, F., Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb, Baden-Baden 2004, S. 40 ff., 49 ff., 261 ff.

²¹¹ Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 23. November 2006, Rs. C-238/05 „Asnef-Equifax“, Rn. 54.

²¹² Vgl. etwa Kühn, K./Vives, X., Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition, Studie für die EG-Kommission, Luxemburg 1995; OECD, Policy Roundtables, Price Transparency, 2001; OECD, Policy Roundtables, Information Exchanges Between Competitors under Competition Law, 2010; Konkurrenterhet, Swedish Competition Authority, The Pros and Cons of Information Sharing, Stockholm 2006.

²¹³ Vgl. BKartA, Bekanntmachung über die kartellrechtliche Beurteilung von Marktinformationsverfahren vom 24. Januar 1977, BAnz. Nr. 22 vom 2. Februar 1977, Nr. 8; abgedruckt bei Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1: Deutsches Kartellrecht, 10. Aufl., München 2006, S. 1625.

²¹⁴ Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, a. a. O., Rn. 55 ff.

²¹⁵ So zu Artikel 86 EWG-Vertrag EuGH, Urteil vom 28. März 1984, Rs. 29/83 und Rs. 30/83 „Rhein-Zink“, Rn. 26; ähnlich zu § 1 GWB a. F. bereits BGH, Beschluss vom 18. November 1986, KVR 1/86, WuW/E BGH 2313, 2317 „Baumarkt-Statistik“.

²¹⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, Rs. C-8/08 „T-Mobile Netherlands“, Tz. 41 ff.

²¹⁷ Vgl. EuGH, Urteile vom 16. Dezember 1975, Rs. 40/73 u. a., „Suiker Unie“, Rn. 173; vom 14. Juli 1981, Rs. 172/80, „Züchner“, Rn. 13; vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P, „Anic Partecipazioni“, Rn. 115 ff.; st. Rspr.

²¹⁸ Vgl. zu § 1 GWB a. F. bereits BGH, Beschluss vom 29. Januar 1975, KRB 4/74 „Aluminium-Halbzeug“, WuW/E BGH 1337, 1341 ff.; BGH, Beschluss vom 18. November 1986, KVR 1/86, „Baumarkt-Statistik“, WuW/E BGH 2313, 2315.

²¹⁹ Vgl. zu § 1 GWB a. F. bereits BGH, Beschluss vom 29. Januar 1975, KRB 4/74 „Aluminium-Halbzeug“, WuW/E BGH 1337, 1341 ff.; ebenso EuGH, Urteile vom 28. Mai 1998, Rs. C-7/95 P, „John Deere“, Rn. 90; vom 2. Oktober 2003, Rs. C-194/99 P, „Thyssen Stahl“, Rn. 81; vom 23. November 2006, Rs. C-238/05, „Asnef-Equifax“, Rn. 51 ff.; st. Rspr.

höhungen festgesetzt.²²⁰ Der regelmäßige Informationsaustausch im Rahmen des Arbeitskreises „Körperpflege-, Wasch- und Reinigungsmittel“ (KWR) des Markenverbandes e. V. umfasste vor allem neue Rabattforderungen des Einzelhandels sowie Abschlüsse der Vertragspartner im Rahmen der Jahresgespräche. Dabei wurden zwar keine Informationen über die absolute Höhe von Rabatten ausgetauscht; die Höhe zusätzlicher Rabatte steht jedoch im Fokus der Verhandlungen mit den Abnehmern und hat insoweit erhebliche Bedeutung im Markt und für das Verhandlungsverhalten der einzelnen Hersteller. Die im Wettbewerb typische Unsicherheit über das Verhalten von Wettbewerbern war durch den Austausch jedenfalls erheblich vermindert. Durch den Informationsaustausch entstand zumindest die konkrete Gefahr einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unter den Teilnehmern, nicht zuletzt durch die Förderung einer gewissen kartelltypischen Gruppensolidarität.

526. Bußgelder in Höhe von insgesamt rund 10 Mio. Euro wurden 2008 gegen neun Unternehmen der Luxuskosmetikbranche und 13 frühere oder aktuelle Geschäftsführer für einen systematischen Austausch von Informationen über zehn Jahre verhängt.²²¹ Gegenstand dieses intern „Schlossrunde“ genannten Kartells war eine Vielzahl wettbewerbsrelevanter und teilweise zukunftsgerichteter Informationen, darunter Umsatzdaten, Werbeausgaben, Marktstrategieparameter, aber auch Preislisten, Preiserhöhungstermine und -spannen sowie geplantes Verhalten gegenüber einzelnen Abnehmern; die Mitglieder legten ausdrücklichen Wert auf die Geheimhaltung der Inhalte des vierteljährlichen Austauschs gegenüber Dritten. Aus diesem Informationsverfahren folgte ein für alle Teilnehmer verlässliches Verhalten; Wettbewerbsverstöße in diesem im betroffenen Segment ohnehin von Einschränkungen des Wettbewerbs gekennzeichneten Markt wurden leichter und schneller sichtbar. Dass Teile der ausgetauschten Informationen auch anderweitig öffentlich verfügbar gewesen wären, konnte die Kartellrechtswidrigkeit des Austauschs nicht mindern, da dies einerseits nur für Teile der betroffenen Informationen galt, andererseits durch den praktizierten Informationsaustausch die für ein Kartell typische Gruppensolidarität entstanden war.

527. Eine ähnliche Konstellation lag einem Informationsaustausch zugrunde, der zwischen drei Konsumgüterherstellern stattfand und 2011 mit Geldbußen in Höhe von insgesamt rund 38 Mio. Euro sanktioniert wurde.²²² Dabei tauschten sich ranghohe Mitarbeiter der Unternehmen über mehrere Jahre regelmäßig über den Stand und den Verlauf von Verhandlungen ihres Unternehmens mit verschiedenen großen Einzelhändlern aus, teilweise auch

über beabsichtigte Preiserhöhungen. Dabei standen sie in einigen betroffenen Produktgruppen – insbesondere Süßwaren, Speiseeis, Trockenfertiggerichte, Tiefkühlpizza, Tiernahrung und Waschmittel – jeweils ihren Hauptwettbewerbern gegenüber. Auch in diesem Fall wurden die Unsicherheit des Wettbewerbs durch den Austausch über die zu erwartenden Forderungen des Einzelhandels und die Reaktionen der maßgeblichen Wettbewerber auf diese Forderungen stark vermindert. Zusätzlich wurde das Marktverhalten der einzelnen Unternehmen von Informationen über beabsichtigte Preiserhöhungen der Konkurrenz entscheidend beeinflusst. Auch in diesem Fall wurde eine kartellähnliche Gruppensolidarität begründet, die in Bezug auf abgestimmte Preiserhöhungen sogar den Tatbestand des Hardcore-Kartells erfüllte.

528. Vor allem die hohe Marktkonzentration und die Homogenität des Produkts begründeten die Unzulässigkeit von Statistiken im Zementmarkt. Nach Beanstandung durch das Bundeskartellamt im Verwaltungsverfahren hat der Bundesverband der Deutschen Zementindustrie die jährliche Erfassung und Veröffentlichung von Absatzdaten teils aufgegeben, teils eingeschränkt.²²³ Zwar waren die ausgetauschten Unternehmensdaten historisch und enthielten keine unmittelbar preisrelevanten Informationen. Aus den detaillierten Mengenangaben jedoch wäre in dem engen Markt vorstoßender Wettbewerb gut erkennbar gewesen; die schon bestehenden strukturellen Anreize zu wettbewerbslosem Parallelverhalten wurden so verstärkt.

529. Im Juni 2011 hat das Bundeskartellamt vorläufige Grundsätze zur kartellrechtskonformen Ausgestaltung von Marktinformationssystemen im Bereich von Milchauszahlungspreisen aufgestellt, die nach einer Praxisphase evaluiert werden sollen.²²⁴ Zuvor waren die Ausführungen im Zwischenbericht der Sektoruntersuchung Milch zur Markttransparenz insbesondere auf dem Milcherfassungsmarkt zwischen Milcherzeugern und Molkereien²²⁵ auf ein geteiltes Echo getroffen, was für erhebliche Unsicherheit in der Branche gesorgt hatte.²²⁶ Der Milchsektor weist – regulatorisch und historisch bedingt – bereits eine erhebliche Transparenz auf, nicht zuletzt in Bezug auf den Milchauszahlungspreis als wichtigstem Wettbewerbsparameter auf Beschaffungsseite und wesentlichem Kostenfaktor der Molkereien.²²⁷ Teilweise bestehen Referenzpreissysteme, bei denen Preise nicht individuell ausgehandelt werden, sondern sich nach zentral ermittelten Referenzpreisen richten, die zum Teil von öffentlichen Stellen ermittelt werden. Vor dem Hintergrund einer Reihe von bestehenden, kartellrechtlich noch unbewerteten Systemen zur Herstellung von Preistransparenz in diesem Bereich hat sich das Kartellamt in einem Pilot-

²²⁰ Vgl. BKartA, Pressemeldung vom 20. Februar 2008, Bundeskartellamt verhängt Millionenbußen gegen Drogerieartikelhersteller.

²²¹ Vgl. BKartA, Pressemeldung vom 10. Juli 2008, Bundeskartellamt verhängt Millionenbußen gegen Luxuskosmetikhersteller wegen Marktinformationssystem.

²²² Vgl. BKartA, Pressemeldung vom 17. März 2011, Millionenbuße gegen Konsumgüterhersteller wegen wettbewerbsbeschränkendem Informationsaustausch.

²²³ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/2008, a. a. O., S. 78.

²²⁴ Vgl. BKartA, Entscheidung vom 12. Mai 2011, B2-118/10.

²²⁵ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Milch, Zwischenbericht Dezember 2009, S. 112 ff.

²²⁶ Vgl. zu den gegensätzlichen Stellungnahmen aus der Branche BKartA, Sektoruntersuchung Milch, Endbericht Januar 2012, S. 49 ff.

²²⁷ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Milch, Zwischenbericht Dezember 2009, S. 82 ff.; 112 ff.; Endbericht Januar 2012, S. 49 ff.

fall mit einem Anbieter von Marktinformationssystemen auf Rahmenbedingungen für die Veröffentlichung von Marktdaten vorläufig geeinigt, um nach vorläufiger kartellrechtlicher Einschätzung bestehende Bedenken zu überprüfen. Danach dürfen identifizierende (molkereigenaue) Milchauszahlungspreise vorerst nur mit sechs Monaten Abstand, kontinuierlich jedoch als gleitendes Zwölfmonatsmittel veröffentlicht werden; für die Mindestaggregation nicht identifizierender Preisdaten wurden genaue Kriterien aufgestellt. Mit Ablauf eines Jahres nach Umsetzung dieser Vorgaben durch den Anbieter des Marktinformationssystems sollen die tatsächlichen Auswirkungen der so kanalisierten Markttransparenz im Sommer 2012 einer detaillierten Überprüfung unterzogen werden, an deren Ausgang modifizierte Kriterien stehen könnten.

530. In den ausgewählten Fällen zeigt sich die Linie der Entscheidungspraxis: je stärker die koordinierende Wirkung des Informationsaustauschs und je preiswirksamer die ausgetauschten Informationen, desto stärker die Auswirkungen auf den Wettbewerb. Soweit über zukünftiges wettbewerbsrelevantes Verhalten Informationen ausgetauscht werden und durch die Umstände des Austauschs eine kartellähnliche Gruppensolidarität entsteht, ist ein Marktinformationsverfahren in der Wirkung von einem Hardcore-Kartell kaum zu unterscheiden. Das gilt insbesondere in oligopolistischen Märkten. Erschwerend kommt die Heimlichkeit des Austauschs bzw. Exklusivität der ausgetauschten Informationen hinzu. In derartigen Fällen ist in der Regel die Verhängung erheblicher Bußgelder angezeigt. Fälle weniger eindeutiger Kartellrechtswidrigkeit von Marktinformationsverfahren hat das Bundeskartellamt regelmäßig im Verwaltungsverfahren aufgegriffen und auf eine Änderung der Austauschpraxis hin zu kartellrechtsgemäßer Ausgestaltung hingewirkt, da hier Bußgelder bislang nicht notwendig schienen. In Einzelfällen kommt auch eine Entscheidung oder Einschätzung des Bundeskartellamtes – im Vorhinein und auf Veranlassung von Marktbeteiligten – zu Marktinformationssystemen in problematischen Märkten in Betracht.

531. Die Monopolkommission begrüßt die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes in diesem Bereich. Soweit Marktinformationssysteme kartellähnliche Koordinationswirkungen haben und eindeutig über das zulässige Maß hinausgehen, sind Bußgeldsanktionen unverzichtbar zur Erhaltung der faktischen Regelgeltung vor allem durch Aufrechterhaltung entsprechenden Rechtsbewusstseins bei den Unternehmen. Denn Unternehmen sind grundsätzlich selbst für die Kartellrechtmäßigkeit ihrer Praktiken verantwortlich. In besonderen Grenzfällen können Verwaltungsentscheidungen des Bundeskartellamtes zum Maß des Zulässigen notwendig erscheinen, um Unsicherheiten über einen zulässigen Informationsaustausch in bestimmten Branchen zu vermindern. Derartig erhöhte Rechtsklarheit kann bei fortdauerndem Informationsfluss auch – abhängig von dessen wettbewerbswidriger Wirkung – hohe Bußgelder rechtfertigen. Insoweit ist der bei Milchpreisen gewählte Ansatz, vorläufige Einschätzungen einem späteren Praxistest zu unterziehen, ein wichtiger Pilotfall. Derartige zweiphasige

Erkenntnisprozesse erscheinen insbesondere im Graubereich freistellungsfähiger Wettbewerbsbeschränkungen vielversprechend, um die Entscheidung genauer an die tatsächlichen Auswirkungen in einem bestimmten Markt anzupassen. Allerdings sind solche Evaluationen aufwendig; auch ist noch unsicher, wie weit sich die tatsächlichen Auswirkungen gesteigerter Transparenz praktisch erfassen lassen. In jedem Fall lässt sich festhalten, dass zwar grundsätzlich Transparenz das Funktionieren von Märkten fördert, ein hoher Grad an Transparenz jedoch auch zu Dysfunktionen von Märkten, wie zu Verfestigungen von Strukturen und zu höherer Volatilität, führen kann.²²⁸

532. Unabhängig von den Besonderheiten des Milchmarktes und anderen speziellen Bereichen sind jedenfalls die entscheidenden Gesichtspunkte für die Einschätzung der Wettbewerbswidrigkeit und damit der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Informationsaustausch dem Grunde nach anerkannt.²²⁹ Gewisse Praktiken, wie etwa ein Austausch über zukünftiges, vor allem preisrelevantes Verhalten, indizieren eine Kartellrechtswidrigkeit. Bei einer Einschätzung der Wirkungen von Informationsaustausch lassen sich in der Regel mehr oder weniger deutlich die Faktoren ausmachen, die dessen Wettbewerbswidrigkeit fördern oder unwahrscheinlicher machen. Auf dieser Grundlage ist jedes Unternehmen gehalten, jedenfalls eine – zwar summarische, doch begründete – Abschätzung vorzunehmen.

533. Wenn sich aus den Umständen eines Informationsaustauschs deutlich dessen Kartellrechtswidrigkeit ergibt, zögert das Bundeskartellamt nicht, teils erhebliche Bußgelder zu verhängen. Das findet die ausdrückliche Zustimmung der Monopolkommission. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob die Informationen direkt, über einen Verband, über ein Gemeinschaftsunternehmen oder über einen Dritten, wie etwa einen spezialisierten Verlag oder Anbieter von Marktdaten, ausgetauscht werden. Der Monopolkommission erscheint hier die Schaffung eines allgemeineren Bewusstseins für die kartellrechtlichen Grenzen derartiger kartellähnlich wirkender Praktiken und Informationssysteme bzw. -nutzungen besonders wichtig, insbesondere vor dem Hintergrund zunehmend weitergehender Datenangebote spezialisierter Anbieter. Denn auch die Nutzer solcher Angebote bleiben selbstständig für die Einhaltung von Kartellrecht verantwortlich.

²²⁸ Für den Agrarmarkt erscheint auf nationaler Ebene eine Transparenzerhöhung vor allem für Finanzmarktdaten angezeigt, weniger jedoch für aktuelle individualisierte Handelsdaten; vgl. etwa Ledebur, E.-O. von/Schmitz, J., Preisvolatilität auf landwirtschaftlichen Märkten, Arbeitsberichte aus der vTI-Agrarökonomie, 05/2011, Braunschweig, April 2011. Die Herstellung einer Mindesttransparenz auf Agrarmärkten auf internationaler Ebene auf Grundlage aggregierter Daten hingegen soll informiertere politische Entscheidungen ermöglichen, so der Beschluss der G20 vom 4. November 2011 über die Einrichtung eines internationalen Agrarmarkt-Informationssystems (AMIS); vgl. dazu <http://www.amis-outlook.org> sowie die dort verfügbaren Berichte.

²²⁹ Vgl. Tz. 523 ff. sowie die dort zitierten Dokumente.

2.10.5 Ausschreibungsdesign: Recycling, Autobahntankstellen und Fußball-zentralvermarktung

534. In Märkten, die aufgrund von Gesetzen oder faktischer Limitationen nicht genügend Raum für funktionsfähigen Wettbewerb im Markt bieten, kommt Wettbewerb um den Markt in Betracht. Ausschreibungen gehören zum Beschaffungsinstrumentarium öffentlicher Stellen, können aber auch Auswahlprobleme privater Akteure im Einklang mit dem Kartellrecht vermindern. Insbesondere in Fällen von Monopolstellungen einer vertraglichen Gemeinschaft kann die wettbewerbsfreundliche Ausgestaltung von Beschaffungs- bzw. Vermarktungsmodalitäten notwendig sein, um die in der Koordination der gemeinsam Beschaffenden bzw. Vermarktenden liegende Wettbewerbsbeschränkung zu rechtfertigen. Auch soweit ein einzelnes Unternehmen eine Reihe paralleler Verträge veranlasst, kommt eine Anwendung des Kartellverbots in Betracht.

2.10.5.1 Recycling

535. So hat das Bundeskartellamt in mehreren Verfahren auf wettbewerbslichere Strukturen bei der Erfassung („Einsammlung“) und Entsorgung von Verkaufsverpackungen („gelbe Tonne“) hingewirkt. Im durch die Vorschriften der Verpackungsverordnung²³⁰ vorstrukturisiertes System der gelben Tonne erfassen und entsorgen mittlerweile neun bundesweit tätige Unternehmen („duale Systeme“) Verkaufsverpackungen und bieten diese Leistungen den zum Nachweis flächendeckender Rücknahme verpflichteten Herstellern und Vertriebern verpackter Produkte an (z. B. durch Lizenzierung des „Grünen Punkts“). Seit dem Markteintritt von Wettbewerbern des ehemaligen Monopolisten Duales System Deutschland (DSD) im Jahr 2003²³¹ praktizieren die dualen Systeme eine gemeinsame Erfassung von Verkaufsverpackungen, bei der die DSD-Wettbewerber das jeweils lokal zuständige Erfassungsunternehmen anteilig mit beauftragten. Dessen Auswahl erfolgte bislang durch Ausschreibung allein von DSD, während die übrigen dualen Systeme keinen Einfluss auf die Ausschreibungen hatten. Die Kosten wurden anteilig zu den auf die einzelnen dualen Systeme entfallenden Anteile der Verpackungen („Lizenzmengenanteil“) verteilt. Das durch die 5. Novelle zur Verpackungsverordnung²³² eingeführte System der Kooperation der dualen Systeme unter Nutzung von wettbewerbsneutralen

Ausschreibungen konnte bislang aufgrund von Regelungslücken nicht wirksam werden.

536. Vor diesem Hintergrund hat das Bundeskartellamt 2011 in einem seit 2007 andauernden Verfahren eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung der Ausschreibungskoordination zwischen den dualen Systemen erreicht.²³³ Dabei erfüllte erst das vierte von den dualen Systemen vorgelegte Vertragsmodell die kartellrechtlichen Anforderungen vollständig: Unter Beibehaltung des Mitbenutzungsmodells wird die umfassende Organisationsverantwortung für die Erfassungsleistung („Ausschreibungsführerschaft“) für die nach den Erfassungsgebieten differenzierten Ausschreibungen anteilig nach den Lizenzmengenanteilen zwischen den dualen Systemen im Losverfahren aufgeteilt, statt wie bisher allein durch DSD ausgeübt zu werden. Um Anreize zu möglichst effizienter Ausgestaltung der Erfassungsleistungen durch den jeweils Ausschreibungsverantwortlichen zu setzen, trägt dieser immer mindestens 50 Prozent der in seinem Gebiet anfallenden Kosten, was bei abweichenden Lizenzmengen bundesweit in der Mengenberechnung ausgeglichen wird. Weitere Bestimmungen flankieren die Wettbewerbsneutralität und Kartellrechtskonformität des Vertragssystems.²³⁴

537. Dieses Verfahren zeigt anschaulich, wie das Kartellrecht Leitlinien für gesetzlich geförderte und praktisch notwendige Koordinationen vorgeben kann und muss, um die (hier ausdrücklich vom Ordnungsgeber vorgesehene) Wettbewerbsneutralität nicht über das notwendige Maß hinaus zu beschränken.²³⁵ Das Aufbrechen eines bundesweiten Ausschreibungsmonopols auf nunmehr neun Ausschreibungsführer bringt die Vorzüge des Wettbewerbs zur Geltung, die gebietsweise Hauptkostenträger des jeweiligen Ausschreibungsführers beugt der Gefahr einer Ausnutzung verbleibender lokaler Monopolmacht vor.

2.10.5.2 Autobahntankstellen

538. Die Autobahntankstellen in Deutschland werden weit überwiegend von der Tank & Rast GmbH betrieben und verwaltet; die frühere bundeseigene Gesellschaft wurde 1998 privatisiert. Dabei wurden die Einlieferungs- und Vertriebsrechte für Mineralölprodukte, insbesondere Motorkraftstoffe, bislang tankstellenweise an die verschiedenen Mineralölanbieter entsprechend deren Anteilen am bundesdeutschen Gesamtkraftstoffmarkt vergeben.²³⁶ Bei einer Überprüfung dieser Praxis nach Aufforderung durch die Beteiligten kam das Bundeskar-

²³⁰ Verpackungsverordnung vom 21. August 1998, BGBl. I S. 2379, zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 24. Februar 2012, BGBl. I S. 212. Insbesondere deren § 6 Absatz 3 und 7 sehen Kooperationspflichten der dualen Systeme vor.

²³¹ Vor allem vorbereitet durch die marktöffnende Entscheidung der Europäischen Kommission vom 17. September 2001 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen, COMP/34493 u. a. „DSD“, ABl. EG Nr. L 319 vom 4. Dezember 2001, S. 1; bestätigt durch EuG, Urteil vom 24. Mai 2007, Rs. T-289/01 „Der Grüne Punkt“; vgl. hierzu bereits Monopolkommission, Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft, Sondergutachten 37, Baden-Baden 2003, Tz. 34 ff., 51 ff.

²³² Fünfte Verordnung zur Änderung der Verpackungsverordnung vom 2. April 2008, BGBl. I S. 531, in Kraft seit 1. Januar 2009.

²³³ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/2008, a. a. O., S. 154 f.; Tätigkeitsbericht 2009/2010, a. a. O., S. 106.

²³⁴ BKartA, Beschluss vom 30. November 2010, Verfahren B4-152/07; zusammenfassend Fallbericht vom 18. April 2011.

²³⁵ Vgl. § 6 Absatz 7 Verpackungsverordnung. Die hinter der Novelle stehenden Erwartungen wettbewerbsneutraler Koordinierung (vgl. die Entwurfsbegründung, Bundestagsdrucksache 16/6400 vom 19. September 2007, S. 15, 21) wurden nicht spontan erfüllt. Die dort vorgesehene „Gemeinsame Stelle“ leidet weiter an Details der in der Verordnung nicht geregelten Ausgestaltung.

²³⁶ Vgl. eingehender BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 213 ff.

tellamt zu dem Ergebnis, dass vor dem Hintergrund einer gestiegenen Sensibilität gegenüber marktabschottenden Vertragspraktiken nunmehr gegenüber der – ursprünglich unter Mitwirkung des Bundeskartellamtes zustande gekommenen – Praxis Bedenken bestünden, sämtliche Vertriebsrechte für Kraftstoffe an Autobahntankstellen quotall nach Gesamtmarktanteilen zu vergeben. Denn anders als früher stehe heute nicht mehr nur eine diskriminierungsfreie Rechtevergabe im Vordergrund der kartellrechtlichen Beurteilung. Inzwischen sei es für die Wettbewerbsaufsicht zunehmend bedeutsam geworden, Marktabschottungen zu vermeiden. So verhindere das Quotenmodell eine besondere Ausrichtung auf Autobahntankstellen sowie Markteintritte auf diesem Teilmarkt. Insbesondere stießen auch die Ermittlung der jeweiligen Quoten durch einen Arbeitskreis der betroffenen Unternehmen und die damit verbundene Fühlungnahme und Detailregelungen auf kartellrechtliche Bedenken.

539. Für eine Übergangsphase hat das Bundeskartellamt in Zusammenarbeit mit den Beteiligten auf eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung der Quotenermittlung hingewirkt.²³⁷ Für das von 2013 an geltende, entsprechend den Bedenken des Bundeskartellamtes veränderte Vergabemodell der Tank & Rast wurde nach Durchführung eines Markttests sowie der Einholung eines Sachverständigengutachtens nach § 32c GWB entschieden, dass kein Anlass zu kartellbehördlichem Einschreiten bestehe.²³⁸ Dabei erfolgte eine Prüfung sowohl in Bezug auf das Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot nach §§ 19, 20 GWB, Artikel 102 AEUV als auch nach § 1 GWB und Artikel 101 AEUV. Neben einer wettbewerbsneutralen Ausgestaltung des Quotenmodells und einer teilweisen Selbstbelieferung der Tank & Rast soll danach ein zunehmender Anteil der Vertriebsrechte an den betroffenen 293 Autobahntankstellen per Auktionsverfahren vergeben werden, für 2013 mindestens 30 Prozent. Das Gesamtsystem sowie die Auktions- und Vertragsbedingungen hat das Bundeskartellamt untersucht und einzelne Punkte, insbesondere solche, die auf Bedenken Beteiligter stießen, aus kartellrechtlicher Sicht genauer geprüft.

540. Auch in diesem Fall konnte die Beteiligung des Bundeskartellamtes an der Ausgestaltung des Vergabesystems einerseits einer über Jahrzehnte praktizierten Marktabschottung und wettbewerbswidrigen Koordinierung der Beteiligten entgegenwirken und durch die Prüfung der Ausschreibungs- und Vertragsbedingungen kartellrechtliche Probleme schon im Vorfeld einer Umsetzung ausräumen. Andererseits dürfte dieser behördliche Einfluss, insbesondere im Verbund mit dem durchgeführten Markttest, eine gleichzeitig reibungsarme und wettbewerbslichere Versorgung der Autobahntankstellen der Tank & Rast bewirken und nicht zuletzt hier die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit erheblich verbessern. Auch dieses Verfahren zeigt die grundsätzliche Eignung angemessener Auktionssysteme für den Umgang mit monopolähnlichen Infrastrukturen. Bei der Ausschreibung im

Frühjahr 2012 haben für den ganz überwiegenden Anteil der betroffenen 87 Tankstellen allerdings wiederum vor allem Mitglieder des Oligopols (Shell, Agip, Total und Esso; Aral hat keine zusätzlichen Rechte erworben) den Zuschlag bekommen. Zusätzlich konnten einige Bietergemeinschaften mittelständischer Unternehmen Belieferungsrechte erwerben.²³⁹ Haben die Ergebnisse der Ausschreibung somit zwar nicht unmittelbar zu einer größeren wettbewerbslichen Belebung der Marktstruktur beigetragen, wurden dennoch Markteintrittsmöglichkeiten für Newcomer geschaffen, die teilweise auch genutzt wurden. Der Ausgang der Ausschreibungen der kommenden Jahre und die Auswirkungen dieser Markttöffnung bleiben abzuwarten; insoweit erscheint der Monopolkommission eine Evaluation durch das Bundeskartellamt in den nächsten Jahren wünschenswert.

2.10.5.3 Fußball-Zentralvermarktung

541. Durch die zentrale Vermarktung der Medienrechte für die Übertragung der Fußballspiele der 1. und 2. Bundesliga durch die Deutsche Fußball Liga (DFL) wird mit einem Kartell der einzelnen Fußballvereine, denen grundsätzlich die Medienrechte an ihren Spielen zustehen, ein Monopol geschaffen, dem sich Rechteverwerter gegenübersehen. Diese Praxis war bis 2005 nach § 31 GWB 1998 von der Anwendung des Kartellverbots ausgenommen, seit dessen Streichung durch die 7. GWB-Novelle²⁴⁰ jedoch unterliegt sie den allgemeinen Freistellungsvoraussetzungen des § 2 GWB.²⁴¹ Daraus folgt insbesondere die Begrenzung von Wettbewerbsbeschränkungen auf das notwendige Mindestmaß sowie das Gebot, die Verbraucher angemessen an den Vorteilen der Zentralvermarktung zu beteiligen. Aufbauend auf einer Zusagenentscheidung der Europäischen Kommission in dieser Sache von 2005²⁴² vermochte das Bundeskartellamt bereits 2008 auf eine kartellrechtsgemäße Ausgestaltung der Vermarktungsbedingungen hinzuwirken, zu diesem Zeitpunkt noch ausschließlich auf die Fernsehvermarktung bezogen. Nach längeren Gesprächen mit dem Amt²⁴³ hatte sich die DFL schließlich dafür entschieden, eine angemessene Verbraucherbeteiligung durch das Angebot einer zeitnahen, attraktiven, gebündelten Highlight-Berichterstattung im Free-TV sicherzustellen.²⁴⁴

²³⁷ Vgl. ebenda, S. 220; insbesondere sollte die Quotenermittlung nicht mehr kooperativ, sondern unter Mitwirkung des Bundeskartellamtes und eines neutralen Gutachters erfolgen.

²³⁸ BKartA, Beschluss vom 14. Januar 2011, B8-95/10.

²³⁹ Vgl. Nicolai, B., Autobahntankstellen unter dem Hammer, Die Welt online, 10. Februar 2012.

²⁴⁰ Vgl. dazu die Begründung des Regierungsentwurfs, Bundestagsdrucksache 15/3630 vom 12. August 2004, S. 50.

²⁴¹ So stellt nach Auffassung der Monopolkommission und des Bundeskartellamtes die Zentralvermarktung jedenfalls eine bewirkte, möglicherweise auch eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar; vgl. in Bezug auf Artikel 101 AEUV hierzu zuletzt etwa EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, Rs. C-403/08 u. a. „Premier League/Murphy“, Rn. 135 mit weiteren Nachweisen zur jüngeren Rechtsprechung.

²⁴² EU-Kommission, Beschluss vom 19. Januar 2005, COMP/C-2/37.214 „Gemeinsame Vermarktung der Medienrechte an der deutschen Bundesliga“, ABl. EU Nr. L 134 vom 27. Mai 2005, S. 46.

²⁴³ Vgl. insbesondere das Hintergrundpapier des Bundeskartellamtes zur Pressekonferenz am 24. Juli 2008 zum Thema „Zentralvermarktung der Verwertungsrechte der Fußball Bundesliga ab dem 1. Juli 2009“; vgl. dazu vor allem aus prozessualer Sicht OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. September 2009, VI-Kart 1/09 (V).

²⁴⁴ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/2008, a. a. O., S. 157.

542. Unter Berücksichtigung der zwischenzeitlichen Veränderungen in der Medienlandschaft erarbeitete die DFL schließlich 2011 vom Bundeskartellamt überprüfte Rahmenbedingungen der Zentralvermarktung für die Spielzeiten ab 2013/2014. Dieses Vermarktungsmodell ist Grundlage einer Entscheidung des Amtes nach § 32b GWB, die entsprechende Verpflichtungszusagen der DFL für bindend erklärt.²⁴⁵ In der Ausschreibung der DFL wurden danach unterschiedliche Pakete für die Live-Übertragung sowie für die zeitversetzte zusammenfassende Highlight-Berichterstattung (Zusammenfassungen) zur exklusiven Lizenzierung angeboten. Zudem wurde teilweise zwischen Verbreitungsarten, nämlich zwischen „Broadcast“ (Kabel, Satellit, Terrestrik), „Netcast I“ (IPTV) und „Netcast II“ (Web-TV und Mobile-TV) unterschieden. Sechs Live-Pakete für Bundesliga und 2. Bundesliga wurden ausgeschrieben: Vier Pakete enthalten nur Pay-TV-Rechte (Fernsehsendungen mit einer programmbezogenen Entgeltfestsetzung, Pakete A bis D) und zwei nur Free-TV-Rechte (Fernsehsendungen ohne programmbezogene Entgeltfestsetzung, Pakete E bis F). Die Pakete A bis C (die Live-Spiele plus Live-Konferenz der Bundesliga und sofortiger Highlight-Berichterstattung) wurden dabei getrennt nach Verbreitungsarten ausgeschrieben, wobei ein Anbieter alle Pakete erwerben konnte. Die Ausschreibung der Live-Rechte erfolgt kombiniert mit zwei alternativen Free-TV-Highlight-„Szenarien“. In Szenario I ist die erste Highlight-Berichterstattung des Spieletages im Fernsehen vorgesehen. In Szenario II würde die Highlight-Berichterstattung zunächst über Web-TV bzw. mobile Übertragung erfolgen; die früheste Fernsehberichterstattung ist hier für 21.45 Uhr vorgesehen.

Eckpunkte des Vergabeverfahrens, die eine faire, diskriminierungsfreie und transparente Ausschreibung sicherstellen sollen, sind ebenfalls Teil der Zusageentscheidung.²⁴⁶ Umfassende Dokumentierungspflichten des Vergabeprozesses unterstreichen die Selbstverpflichtungen der DFL. Am Kartellamtsverfahren waren aktuelle Lizenznehmer beteiligt; potenzielle Rechtenachfrager, andere Marktteilnehmer sowie die 36 Fußballklubs der 1. und 2. Bundesliga wurden zu unterschiedlichen Sachverhalten befragt; die Marktverhältnisse wurden eingehend ermittelt.

543. Durch die Mitwirkung an der Ausgestaltung der einzelnen Rechtepakete sowie des Vergabeverfahrens konnte das Bundeskartellamt die Einhaltung der Freistellungsbedingungen, insbesondere die angemessene Beteiligung der Verbraucher an den Vorteilen dieses vertraglichen „Monopols“²⁴⁷ sowie die Diskriminierungsfreiheit gegenüber den Rechtenachfragern, sicherstellen. Grund-

lage vor allem der Einschätzung von Highlight-Berichterstattungen waren konkrete Zuschauerpräferenzen, die für die Vergangenheit repräsentativ vorlagen. Dabei wurden jedoch keine konkreten Marktergebnisse vorgegeben. Ziel war vielmehr, den Marktprozess vor spezifischen Marktzutrittsschranken zu schützen. Die bei Verfahren des Bundeskartellamtes übliche breite Befragung interessierter Kreise unterstützte die Berücksichtigung aller wesentlichen Gesichtspunkte.

544. In einem ähnlichen Verfahren waren die kartellrechtlichen Probleme weit geringer: die Vergabe der Übertragungsrechte an Spielen um den DFB-Pokal für die Spielzeiten 2008/2009 bis 2011/2012 erfolgte nicht exklusiv. Das Vermarktungskonzept des DFB sah eine weitreichende parallele Ausstrahlung der wichtigsten Live-Spiele im Free- und Pay-TV vor. Hinzu kam eine Highlight-Berichterstattung im Free-TV kurz nach Abpfiff des letzten Spiels eines jeden Spieletages. Durch diese parallele Verfügbarkeit erschien eine angemessene Verbraucherbeteiligung an den Vorteilen der kartellierenden Zentralvermarktung sichergestellt. Mangels akuter wettbewerblicher Bedenken forderte das Bundeskartellamt den DFB lediglich auf, nicht nur beim Abschluss neuer Verträge, sondern auch bei etwaigen Vertragsverlängerungen oder Vertragsöffnungen ein offenes und transparentes Ausschreibungsverfahren sicherzustellen, um keine direkten Nachfrager (Rechteinhaber) vom Markt auszuschließen.²⁴⁸

545. In beiden Fällen dürfte die gefundene Lösung funktionierenden Wettbewerb befördern. Dabei ist insbesondere hervorzuheben, dass von den zulässigen Wettbewerbsbeschränkungen neben den Veranstaltungen und den Rechteinhabern alle betroffenen Verbraucher profitieren, während nach der aufgehobenen Sondervorschrift des § 31 GWB 1998 die Förderung des Jugend- und Amateursports genügte. Die nach der 7. GWB-Novelle auch für die Sportrechte-Zentralvermarktung geltende allgemeine Vorschrift des § 2 GWB stellt also eine breitere Weitergabe der kartellbedingten Vorteile sicher. Vor allem in Hinblick auf zukünftige Entwicklungen ist zudem die im Wettbewerb mögliche höhere Dynamik wertvoll, die eine bessere Anpassung an sich verändernde Rahmenbedingungen und insbesondere Konsumentenpräferenzen möglich macht.

2.10.5.4 Fazit

546. Die untersuchten Fälle zeigen anschaulich, wie effektiver Wettbewerbsschutz durch die kartellrechtsge-
mäßige Ausgestaltung von Ausschreibungen funktionieren kann. Dabei sind regelmäßig sowohl die Freistellungsvoraussetzungen nach § 2 GWB als auch das Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot nach §§ 19, 20 GWB maßgeblich. Insbesondere der Zuschnitt der einzelnen Lose und die Bedingungen des Vergabeverfahrens sind kritisch für die Wettbewerbsneutralität derartiger Ausschreibungen. Die Autorität, der Marktüberblick und die Aus-

²⁴⁵ Vgl. BKartA, Beschluss vom 12. Januar 2012, B6-114/10.

²⁴⁶ Zu den Vorgaben des Bundeskartellamtes vgl. ebenda, S. 37 ff.

²⁴⁷ Das Bundeskartellamt geht von einem Marktanteil der DFL von über 60 Prozent auf dem nationalen Markt für Medienübertragungsrechte an ganzjährig ausgetragenen Fußballwettbewerben aus; vgl. BKartA, B6-114/10, S. 11 ff. Dabei dürfte die nachfrageseitige Substituierbarkeit zu den Medienrechten der beiden Wettbewerber DFB und UEFA teilweise, zu sonstigen Sportübertragungsrechten deutlich beschränkt sein.

²⁴⁸ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/2008, a. a. O., S. 157 f.

kunftsbefugnisse des Bundeskartellamtes erleichtern eine umfassende, vorausschauende Berücksichtigung möglicher wettbewerblicher Probleme. Entsprechend der Konzeption des § 32b GWB kann das Bundeskartellamt den Unternehmen dabei nur begrenzt konkrete Vorgaben machen; vielmehr werden die Vorschläge der Unternehmen nach Maßgabe der marktbezogenen Bedenken des Bundeskartellamtes überprüft. Das schließt jedoch nicht aus, dass das Amt seine Bedenken genau artikuliert und konkrete Vorschläge zur Ausgestaltung macht, insbesondere soweit Abhilfemaßnahmen im Sinne des § 32 Absatz 2 GWB vorbereitet werden.

547. Die Wirkung solcher kartellamtlicher Überprüfung von Ausschreibungen ist eine doppelte: Neben der zukunftsgerichteten allgemeineren Sicherstellung kartellrechtmäßigen Verhaltens und der Herstellung von Rechtssicherheit wirken die Vorgaben des Bundeskartellamtes auf einen fairen Bieterwettbewerb und die Verhinderung von Marktverschließungseffekten hin. Die Interessen der Verbraucher werden dadurch ebenso geschützt wie die Entwicklungsoffenheit des wettbewerblichen Prozesses. Allerdings bedeuten derartige Verfahren einen erheblichen behördlichen Aufwand. Vor dem Hintergrund der Selbsteinschätzungspflicht der Unternehmen und der begrenzten Ressourcen des Bundeskartellamtes kommt dessen Tätigwerden vor allem in volkswirtschaftlich bedeutenden Märkten sowie in Fällen mit breiter Ausstrahlungswirkung in Betracht.

548. Der Gefahr, durch zu genaue Vorgaben unternehmerische Entwicklungsspielräume und Marktentwicklungen unnötig zu beschränken, begegnet das Bundeskartellamt regelmäßig auch dadurch, dass beschränkte Laufzeiten der betroffenen Ausschreibungsmodelle, teilweise auch laufende Überprüfungen vorgesehen werden. In jedem Fall bleibt ein Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 32b Absatz 2 GWB möglich, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse in einem für die Verfügung wesentlichen Punkt nachträglich geändert haben.

549. Die Monopolkommission begrüßt die Bestrebungen des Bundeskartellamtes, durch die Prüfung von Ausschreibungsdesigns in kartellrechtlich relevanten Situationen Wettbewerb zu fördern und hält den gewählten Ansatz grundsätzlich für sehr gut geeignet. Insbesondere soweit früheres staatliches Handeln, wie lückenhafte gesetzliche Ausgestaltung oder mangelnde Privatisierungsvorgaben, den Grund für Wettbewerbsverzerrungen geschaffen hat, kann ein Eingreifen des Bundeskartellamtes im öffentlichen Interesse geboten erscheinen, wenn auch derartige Verfahren oft eine nicht unerhebliche Belastung der begrenzten Ressourcen des Bundeskartellamtes bedeuten.

2.10.6 Abkauf von Wettbewerb

550. In einem Vergabenachprüfungsverfahren vor dem Bundesgerichtshof konnte das Bundeskartellamt eine kartellrechtswidrige Einigung auf Antragsrücknahme zwischen dem Antragsteller Abellio Rail NRW GmbH und der Verfahrensbeteiligten DB Regio NRW GmbH, die von dem fehlerhaften Vergabeverfahren profitiert hatte,

durch Androhung der Eröffnung eines Bußgeldverfahrens verhindern. Streitgegenstand zwischen Abellio und dem Antragsgegner Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (VRR) war die Verlängerung eines Verkehrsvertrags zwischen dem VRR und DB Regio NRW ohne vorhergehende Ausschreibung. Nach der angegriffenen Vereinbarung sollte DB Regio NRW statt wie ursprünglich vorgesehen bis 2018 nun bis 2023 Verkehrsleistungen im VRR erbringen.²⁴⁹ Abellio war interessiert an der Übernahme von Teilen der so verlängerten Verkehrsverträge, hatte seine Aussichten auf einen Markteintritt vereitelt gesehen und bei der zuständigen Vergabekammer Münster einen Nachprüfungsantrag gestellt. Die Vergabekammer hatte festgestellt, dass eine förmliche Ausschreibung erforderlich gewesen wäre, und die Verlängerung des Verkehrsvertrags für unwirksam erklärt.²⁵⁰ Das vom VRR angerufene Oberlandesgericht Düsseldorf teilte die Auffassung der Vergabekammer, sah sich jedoch durch eine abweichende Entscheidung des Oberlandesgerichts Brandenburg an einer Entscheidung gehindert²⁵¹ und legte die Sache dem Bundesgerichtshof vor. Offenbar um eine Grundsatzentscheidung zu vermeiden, hatte DB Regio NRW Abellio zur Antragsrücknahme aufgefordert und als Gegenleistung angeboten, diese als Subunternehmer auf einigen der betroffenen Strecken einzusetzen. Die Vergleichsverhandlungen waren dem Bundeskartellamt bekannt geworden; auf dessen Mitteilung kartellrechtlicher Bedenken hin sahen die Beteiligten von weiteren Vergleichsverhandlungen ab. Der Bundesgerichtshof entschied kurz darauf im Sinne der Vergabekammer und des Oberlandesgerichts Düsseldorf.²⁵²

551. Der durch das Bundeskartellamt verhinderte Vergleich hätte den Wettbewerbsdruck, der von Abellio auf DB Regio NRW ausgeübt wurde, beseitigt. Statt wie ursprünglich und jetzt infolge der Entscheidung des Bundesgerichtshofs geplant an der Ausschreibung von Verkehrsverträgen durch den VRR teilzunehmen, hätte Abellio mit dem Vergleich darauf verzichtet. Diese Wettbewerbsbeschränkung wäre auch nicht durch den verhandelten Subunternehmervertrag kompensiert worden. Denn Abellio hätte die Verkehrsleistungen nur abhängig von DB Regio NRW erbracht, ohne auf dem Aufgabenträgermarkt direkt in Leistungsbeziehungen mit dem VRR zu stehen. Insbesondere die Verbindung zwischen dem Verzicht auf Wettbewerb und einer wirtschaftlichen Gegenleistung qualifiziert das Vergleichsvorhaben als kartellrechtswidrigen Abkauf von Wettbewerb.

552. Grundsätzlich stellen alle Verträge, in denen ein Unternehmen einem Wettbewerber für die Nichtausübung von Wettbewerbschancen Gegenleistungen verspricht, Kartelle dar, die nur in Ausnahmefällen freistellungsfähig

²⁴⁹ Vgl. zu den rechtlichen und tatsächlichen Hintergründen im Einzelnen bereits Monopolkommission, Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang, Sondergutachten 60, Baden-Baden 2011, Tz. 255 ff.

²⁵⁰ VK Münster, Beschluss vom 18. März 2010, VK 1/10.

²⁵¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juli 2010, VII-Verg 19/10.

²⁵² BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10 „S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr“, vgl. dazu eingehender Monopolkommission, Sondergutachten 60, a. a. O., Tz. 248 ff.

sein dürften. Vergleiche räumen jedoch Unsicherheiten aus und können durch Herstellung einer eindeutigen Rechtslage im Ganzen positive Wettbewerbswirkungen haben. Daher können sie grundsätzlich vom Kartellverbot ausgenommen sein, soweit ein ernsthafter, objektiv begründeter Anlass zur Bejahung des durch den Vergleich beigelegten Anspruchs besteht und die wettbewerbsbeschränkenden Abreden nicht über das hinausgehen, was auch bei objektiver Beurteilung zweifelhaft sein kann.²⁵³ Dabei ist jedoch stets der wettbewerbliche Effekt im Markt zu berücksichtigen.²⁵⁴ Ein weitgehender Ausschluss von Wettbewerb kann nur durch die Beseitigung weitreichender, vor allem tatsächlicher Unsicherheiten im Vergleich aufgewogen werden. Die Beseitigung von Unsicherheit über die Auslegung von Gesetzen hingegen ist deutlich kritischer zu betrachten, insbesondere soweit sich die Streitigkeit bereits vor den Gerichten befindet.²⁵⁵ Denn hier gilt auch das Interesse der Rechtsgemeinschaft an der Klärung eben jener rechtlichen Unsicherheit. Vorliegend kam es jedoch nicht auf diese Unterscheidung an, da die – hier streitigen – Vorschriften des Vergaberechts nicht zur Disposition der Anwender bzw. Dritter stehen. Bei der Anwendung des Vergaberechts sind immer Interessen Dritter und der Öffentlichkeit berührt. Gegenleistungen für den Verzicht auf vergaberechtliche Anfechtungsrechte erscheinen vor diesem Hintergrund stets problematisch.

2.11 Fazit: Effiziente Beschränkung der Privatautonomie mit Effektivitätspotenzial

553. Die heutige Rechtssituation von Kartellen entspricht grundsätzlich der Umkehrung der ersten deutschen Kartellgesetzgebung, nach der Kartelle grundsätzlich erlaubt und nur deren Missbrauch verboten waren.²⁵⁶ Dabei wird die Privatautonomie, das Recht zur freien rechtlichen Betätigung, einerseits insoweit eingeschränkt, als bestimmte kooperative Verhaltensweisen verboten sind. Andererseits schützt das Kartellverbot gerade die autonome Entscheidungsfindung der Unternehmen. Denn grundsätzlich bietet vor allem der Wettbewerb zwischen

unabhängigen Unternehmen die Gewähr für allokativen, produktiven und dynamischen Effizienz.²⁵⁷ Vielfalt und Anpassungsfähigkeit unabhängiger Unternehmen schaffen Anreize, Kundenpräferenzen besser und günstiger zu erfüllen, verbesserte Produkte und Produktionsverfahren zu erfinden und einzusetzen; Pfadabhängigkeiten werden minimiert. Kartelle sind hingegen oftmals „Kinder der Not“.²⁵⁸ Mit ihnen wird regelmäßig bezweckt, den Kartellbrüdern zu deren eigenem Vorteil Anpassungen und die Unsicherheit des Wettbewerbs zu ersparen, ohne den Schaden für Dritte zu berücksichtigen.

554. Soweit privat initiierte Koordination von Unternehmen Vorteile auch für Dritte hat, kann sie vom Kartellverbot ausgenommen oder freigestellt sein. Voraussetzung für derartige Freistellungen ist seit 2005 lediglich, dass die Wettbewerbsbeschränkung eines der in § 2 GWB aufgeführten legitimen Ziele verfolgt und dabei nicht über das dafür notwendige Maß hinausgeht, dass die Verbraucher an den Vorteilen der Kooperation einen angemessenen Anteil erhalten und dass der Wettbewerb nicht für einen wesentlichen Teil der betroffenen Waren ausgeschaltet werden kann. Nach dieser mit der 7. GWB-Novelle aus dem europäischen Recht übernommenen Legal Ausnahme gilt die Freistellung unmittelbar ex lege und unterliegt in erster Linie der Selbsteinschätzung der Unternehmen und ihrer Berater. Angesichts der weiten Freistellungsmöglichkeiten sind kaum gesamtwirtschaftlich wünschenswerte Kartelle vorstellbar, die nicht freistellungsfähig wären.

555. Allerdings folgt aus der Weite der Kriterien eine erhebliche Unschärfe im Grenzbereich zwischen offenkundig zulässigen und erkennbar verbotenen Vereinbarungen; Legalität oder Illegalität einer Vereinbarung kann nicht mehr ohne weiteres festgestellt werden. Auch die EU-Gruppenfreistellungsverordnungen können, selbst in Verbindung mit deren Auslegung in den entsprechenden Leitlinien, diese Unsicherheit nur teilweise beseitigen. Zudem empfinden viele Anwender diese offenbar einmal als zu allgemein, zum Zweiten als zu kompliziert und drittens als zu wenig weitgehend.

556. Eine derartige Kritik wird zwar häufiger gegen detaillierte Ausnahmeregelungen vorgebracht, deutet hier aber auch auf das Grundproblem des mit dem „more economic approach“ und dessen Umsetzung des durch die Legal Ausnahme intendierten Abwägens im Einzelfall hin.²⁵⁹ Eine vollständig wirkungsbasierte Trennung zwischen legalen und illegalen Kartellen führt oft auf die gesetzlichen Vermutungs- und Beweislastregeln zurück –

²⁵³ So bereits BGH, Urteil vom 22. Mai 1975, KZR 9/74, WuW/E BGH 1385, 1387 „Heilquelle“, BGHZ BGHZ 65, 147; Urteil vom 21. April 1983, I ZR 201/80 „Vertragsstrafenrückzahlung“, WuW/E BGH 2003, 2005. Maßstab kann dabei nur eine summarische Prüfung sein; vgl. eingehender etwa Zimmer, D., in: Immenga/Mestmäcker, a. a. O., § 1 Rn. 190 f. mit weiteren Nachweisen.

²⁵⁴ So für das Unionsrecht EuGH, Urteil vom 27. September 1988, Rs. 65/86 „Bayer/Süßlöhfer“, Slg. 1988, 5249, Rn. 15 ff., 21.

²⁵⁵ Vgl. für eine Einschränkung der oben aufgeführten Formel des Bundesgerichtshofs bereits Schmidt, K., Kartellverbot und „sonstige Wettbewerbsbeschränkungen“, Köln u. a. 1978, S. 87, Fn. 142.

²⁵⁶ So nach der als Kartellverordnung bekannten Verordnung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen“ vom 2. November 1923, RGBl. S. 1067. Ähnlich bereits die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Gewerbebefreiung; vgl. Urteil vom 25. Juni 1890, RGZ 28, 238 „Rabattkartell des Börsenvereins“. Im Urteil vom 4. Februar 1897, RGZ 38, 155, 158 „Sächsisches Holzstoffkartell“, wurde allerdings die Zulässigkeit von Kartellen bereits differenziert betrachtet. Vgl. zum Ganzen etwa Möschel, W., Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln u. a. 1983, S. 16 ff., sowie Schmoeckel, M., Rechtsgeschichte der Wirtschaft: seit dem 19. Jahrhundert, Tübingen 2008, S. 243 ff.

²⁵⁷ Vgl. hierzu aus spieltheoretischer Perspektive anschaulich etwa Engel, C., Wettbewerb als sozial erwünschtes Dilemma, in: Engel, C./Möschel, W. (Hrsg.), Recht und spontane Ordnung, Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum 80. Geburtstag, Baden-Baden 2006, S. 155 ff.

²⁵⁸ So anschaulich bereits Kleinwächter, F., Die Kartelle. Ein Beitrag zur Frage der Organisation der Volkswirtschaft, Innsbruck 1883, S. 143.

²⁵⁹ Vgl. hierzu bereits eingehend Monopolkommission, Sondergutachten 28, a. a. O., 1999, Tz. 22 ff., 45 ff.; Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform, Sondergutachten 32, Baden-Baden, 2002, Tz. 24 ff., 64 ff., 76 ff.

nicht zuletzt wegen der unvermeidlichen Unschärfe der Bestimmung einzelner und kumulativer Effekte und der Unsicherheit notwendiger Prognosen.

557. Faktisch ist eine Tendenz des Bundeskartellamtes zu beobachten, die Verfolgung auf Fälle klar kartellrechtswidrigen Verhaltens zu konzentrieren. Die Ausgliederung der Zuständigkeit für Hardcore-Kartelle auf spezialisierte Beschlussabteilungen befreit zwar die für die einzelnen Wirtschaftszweige zuständigen Beschlussabteilungen von deren Verfahrensaufwand und ist deshalb zu begrüßen. In der Praxis lässt sich auch beobachten, dass für anerkannt und eindeutig wettbewerbsbeschränkende Praktiken bislang kaum substantiiert Effizienzeinreden vorgetragen werden. Insoweit scheint die Beweislastverteilung für die Freistellungsvoraussetzungen des § 2 Absatz 1 GWB, Artikel 101 Absatz 3 AEUV zulasten der Unternehmen wirksam zu sein. Hier kommen der Effizienz des kartellamtlichen Handelns insbesondere auch die Instrumente zur informellen Verfahrensbeendigung zugute.

558. Allerdings sieht sich das Bundeskartellamt in weniger eindeutigen Fällen, in denen etwa eine Vielzahl von einzeln nicht als kartellrechtswidrig anerkannten Beschränkungen zusammenwirkt, mitunter vehementen Verteidigungshaltungen seitens der Unternehmen gegenüber.²⁶⁰ Dabei ist oft schon konzeptionell nicht zu unterscheiden, wie weit diese von Effizienzen und wie weit von Kartellrenten motiviert sind. In ihrer Summe und Breite können derartige „unterschwellige“ Wettbewerbsbeschränkungen allerdings schwerwiegende Folgen haben, deren Nachweis regelmäßig jedoch aufwendig und unsicher ist. Danach entspricht eine Konzentration der amtlichen Verfolgung auf eindeutige Fälle angesichts der Ressourcenbeschränkungen des Bundeskartellamtes grundsätzlich dem Effizienzgebot. Allerdings würde dies auf längere Sicht zu einer faktischen Geltungseinschränkung des Kartellverbots führen.

559. Vor diesem Hintergrund begrüßt und ermutigt die Monopolkommission die Bestrebungen des Bundeskartellamtes, auch in weniger eindeutigen Bereichen von ihrer Wirkung her kartellrechtswidrige Vereinbarungen zu unterbinden bzw. auf freistellungsfähige Mindestmaße zu beschränken. Beispielhaft können hier die oben diskutierten Marktinformationssysteme, aber auch Einkaufskooperationen und Gemeinschaftsunternehmen genannt werden.

560. Neben den Durchsetzungsschwierigkeiten des Kartellrechts im Graubereich hat die Abschaffung des Anmeldeverfahrens für Kartelle auch ein erhebliches Informations- und Transparenzdefizit für die Kartellbehörden mit sich gebracht. Anders als vor der 7. GWB-Novelle fehlt der Behörde häufig das Wissen um die Vertragsstrukturen in den einzelnen Branchen. Dieser Mangel kann auch durch aufwendige Sektoruntersuchungen nur teilweise kompensiert werden.²⁶¹ Für die Unter-

nehmen wiederum geben auch qualifizierte anwaltliche Einschätzungen der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Vereinbarungen unter Umständen nicht die insbesondere bei langfristig wirkenden Vereinbarungen notwendige Rechtssicherheit, die unter dem früheren Anmeldesystem möglich war.²⁶² Während das Rechtssicherheitsproblem erst durch eine längere Verwaltungspraxis lösbar ist, dürfte das amtliche Informationsdefizit auch durch vermehrte Untersuchungen einzelner Wirtschaftssektoren und durch innovative Untersuchungsinstrumente jedenfalls kurzfristig nicht und mittelfristig nur teilweise behebbar sein.

561. In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission auf die Möglichkeiten hin, mit statistischen und ökonometrischen Methoden Märkte zu untersuchen, um unabhängig von Bonusanträgen Indizien für kartellrechtswidrige Absprachen zu sammeln. Derartige forensische Untersuchungen erlauben infolge von Besonderheiten beispielsweise des Preissetzungs- und Preisänderungsverhaltens Rückschlüsse auf bestehende Kartellabsprachen, die weitere Untersuchungen rechtfertigen und zur Aufdeckung von Kartellen führen können.²⁶³ So sind in kartellierten Märkten typischerweise Preisänderungen seltener als bei funktionierendem Wettbewerb.²⁶⁴

Zwar lassen sich mit den bisher verfügbaren Instrumenten lediglich Indizien für Kartellabsprachen ermitteln, während es zu deren Nachweis noch konkreterer Beweise bedarf. Durch den regelmäßigen Einsatz derartiger Instrumente könnte sich jedoch auf mittlere Sicht eine deutliche Steigerung der Abschreckungswirkung des Kartellverbots ergeben, insbesondere soweit geeignete Marktdaten, etwa aus Sektoruntersuchungen und/oder Fusionskontrollverfahren, verfügbar sind.²⁶⁵

562. Die kartellamtliche Untersuchung der tatsächlichen koordinativen Auswirkungen von Gemeinschaftsunternehmen, (gegenseitigen) Minderheitsbeteiligungen und strategischen Partnerschaften unter dem Blickwinkel

²⁶² Vgl. ebenda, Tz. 33 ff.

²⁶³ Vgl. hierzu etwa Porter, R./Zona, D., Detection of Bid-Rigging in Procurement Auctions, *Journal of Political Economy* 101(3), 1993, S. 518–538; Porter, R./Zona, D., Ohio School Milk Markets: An Analysis of Bidding, *Rand Journal of Economics* 30(2), 1999, S. 263–288; Bajari, P./Ye, L., Deciding Between Competition and Collusion, *Review of Economics and Statistics* 85(4), 2003, S. 971–989; Abrantes-Metz, R. u. a., A Variance Screen for Collusion, *International Journal of Industrial Organization*, 24(3), 2006, S. 467–486; Harrington, J., Detecting Cartels, in: Buccrossi, P. (Hrsg.), *Handbook in Antitrust Economics*, Cambridge, Mass. 2008, S. 213–258; Connor, J., Forensic Economics: An Introduction with Special Emphasis on Price Fixing, *Journal of Competition Law & Economics* 4(1), 2008, S. 31–59.

²⁶⁴ Vgl. hierzu etwa von Blanckenburg, K./Geist, A./Kholodilin K., The Influence of Collusion on Price Changes: New Evidence from Major Cartel Cases, (erscheint demnächst in: *German Economic Review*); Andreoli-Versbach, P., Collusion Through Delayed Pricing: Evidence from the Italian Petrol Market, May 17, 2011.

²⁶⁵ Vgl. etwa Friederiszick, H./Maier-Rigaud, F., Triggering Inspections ex officio: Moving Beyond a Passive EU Cartel Policy, *Journal of Competition Law & Economics* 4(1), 2008, S. 89–113; Ghosal, V., The Law and Economics of Enhancing Cartel Enforcement: Using Information from Non-Cartel Investigations to Prosecute Cartels, CESifo Working Paper Series No. 3506, June 2011.

²⁶⁰ Vgl. etwa Tz. 443.

²⁶¹ Vgl. hierzu bereits eingehend Monopolkommission, Sondergutachten 28, a. a. O., Tz. 28 ff.

des Kartellverbots²⁶⁶ hat im Gutachtenzeitraum an Bedeutung gewonnen,²⁶⁷ erscheint jedoch weiter ausbaufähig. Insgesamt lässt sich feststellen, dass das Kartellverbot im Bereich von Hardcorekartellen effizient durchgesetzt wird, im Bereich freistellungsfähiger Vereinbarungen jedoch noch hinter seiner vollen Wirksamkeit zurückbleibt. Dabei sollte das Bundeskartellamt auch in letzterem Bereich die faktische Geltung des Kartellverbots weiter mit Advocacy-Maßnahmen unterstützen.

3. Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt

3.1 Missbrauchsaufsicht in Oligopolmärkten, insbesondere im Kraftstoffmarkt

563. Grundsätzlich ist auch der Missbrauch gemeinschaftlicher Marktmacht unzulässig. Die Praxis des Bundeskartellamtes tut sich jedoch mit den Nachweisanforderungen regelmäßig schwer,²⁶⁸ sodass in jüngerer Zeit keine Verfahren auf dieser Grundlage zu beobachten waren. Das Amt greift allerdings derartige Sachverhalte regelmäßig über zwischen den Oligopolisten bestehende gesellschaftsrechtliche und vertragliche Verflechtungen in Kartellverfahren auf.²⁶⁹

564. Im Tankstellenmarkt hat das Bundeskartellamt im Rahmen der Sektoruntersuchung Kraftstoffe erneut ein wettbewerbsloses Oligopol festgestellt.²⁷⁰ Neben der Symmetrie der weit überwiegend vertikal integrierten größeren Marktteilnehmer, diversen weiteren Strukturmerkmalen eines Oligopols sowie zahlreichen gesellschaftsrechtlichen und vertraglichen Verflechtungen ist als Indikator für die Reaktionsverbundenheit der Anbieter insbesondere der Verlauf von Preisbewegungen an den Tankstellen bedeutsam. Das Bundeskartellamt hatte Angaben zu Preisen und Mengen für ausgewählte Tankstellen²⁷¹ in vier Modellregionen für den Zeitraum von Anfang 2007 bis Mitte 2010 von den Mineralölunternehmen abgefragt und diese Preisdaten eingehend analysiert. Dabei ließen sich im Wochen- und Tagesverlauf regelmäßig größere Preisanhebungen beobachten, auf die ein langsames „Abbröckeln“ der Preise folgte, bis wieder sprunghafte Preiserhöhungen zu beobachten waren.²⁷² Diese Preiserhöhungsrunden gehorchten in aller Regel einheitlichen Mustern hinsichtlich der typischen Anfangszeitpunkte von Preiserhöhungsrunden, der Rolle von Aral und Shell als Initiatoren sowie der regelmäßig gleichen Reaktionszeiten der anderen Oligopolisten, die sich fast durchgehend an sämtlichen Preiserhöhungsrunden beteiligten.²⁷³ Die Handelsmargen als Differenz zwischen Großhandels- und Nettoverkaufspreis variierten dabei insbesondere nach einem wöchentlichen Muster und waren montags in der Regel am niedrigsten. Zusätzlich war vor den Osterfeiertagen eine besonders ausgeprägte Preissteigerung zu beobachten, die nur zu einem Bruchteil durch einen entsprechenden Anstieg der Großhandelspreise und nicht durch einen Anstieg der verkauften Mengen erklärbar war.²⁷⁴

565. Während dieser Befund eines wettbewerbslosen Oligopols jedenfalls gut begründet erscheint, ist speziell die Bewertung der beobachteten Preisbewegungen, die in der Literatur als „Edgeworth-Zyklen“ beschrieben werden, noch ungeklärt.²⁷⁵ Die parallelen Preisbewegungen in diesem Markt könnten zum einen insoweit Ausdruck funktionsfähigen Wettbewerbs sein, als Wettbewerber zeitnah ihren Verkaufspreis an Marktveränderungen anpassen und damit unmittelbar auf den Wettbewerbsdruck reagieren.²⁷⁶ Zum anderen sind gerade derart häufige Preisbewegungen typische Zeichen für Preissetzungen im Oligopol, wobei häufige Preisbewegungen die oligopolistische Koordination zwar einerseits theoretisch erleichtern können,²⁷⁷ andererseits aber in der empirischen Literatur eher als Beleg

²⁶⁶ Vgl. hierzu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 505 ff., 512 ff.

²⁶⁷ Vgl. etwa Tz. 733 ff., 735.

²⁶⁸ Vgl. statt vieler bereits Möschel, W., Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974, S. 134 ff. sowie passim.

²⁶⁹ Vgl. Tz. 470 ff. sowie Tz. 733 ff., 736.

²⁷⁰ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 43 ff.; ebenso bereits BKartA, Beschluss vom 29. April 2009, B8-175/08 „Total Deutschland/OMV Deutschland“ (dazu bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 605 f.); aufgehoben durch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. August 2010, 2 Kart 6/09 (V) „Total/OMV“; dieser wiederum aufgehoben und zur weiteren Sachverhaltsaufklärung zurückverwiesen durch BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2011, KVR 95/10 „Total/OMV“; vgl. zu Letzterem auch Tz. 708.

²⁷¹ Die Tankstellen waren 19 größeren Mineralölunternehmen zugeordnet, dabei wurden diejenigen der fünf Oligopolmitglieder und der übrigen vertikal integrierten Anbieter voll, die weiterer regional oder lokal tätiger Mineralölunternehmen unterschiedlicher Größe teilweise erfasst.

²⁷² Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 80 ff., insbesondere S. 93 ff.: Preiserhöhungen wurden vornehmlich von Montag bis Donnerstag in den Abendstunden sowie freitags bereits ab mittags vorgenommen. In dem Zeitraum Montag von 18 bis 24 Uhr waren die häufigsten und typischerweise größten Preiserhöhungen zu beobachten. Weiterhin ging die Anzahl der Preiserhöhungen an Wochenenden drastisch zurück und lag für einzelne sechstündige Zeiträume sogar nur im einstelligen Bereich. Zudem fiel typischerweise auch die durchschnittliche Höhe niedriger aus.

²⁷³ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 93 ff., insbesondere die Tabellen S. 102, 104.

²⁷⁴ Vgl. ebenda, S. 112 ff., insbesondere die Tabelle S. 114.

²⁷⁵ Das theoretische Modell der Edgeworth-Zyklen wurde zuerst formalisiert von Maskin, E./Tirole, J., A Theory of Dynamic Oligopoly II: Price Competition, Kinked Demand Curves and Edgeworth Cycles, *Econometrica* 56(3), 1988, S. 571–599. Eine Erweiterung der restriktiven Annahmen dieses Modells bieten etwa Eckert, A., Retail Price Cycles and the Presence of Small Firms, *International Journal of Industrial Organization* 21(2), 2003, S. 15–170, und Noel, M., Edgeworth Cycles and Focal Prices: Computational Dynamic Markov Equilibria, *Journal of Economics and Management Strategy* 17(2), 2008, S. 34–377. Vgl. auch die Diskussion bei BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 115 ff.

²⁷⁶ So finden etwa Zimmerman, R., Yun, J./Taylor, C., Edgeworth Price Cycles in Gasoline: Evidence from the U.S., *FTC Working Paper* 303, rev. May 2011) einen relativ preissenkenden Effekt derartiger Preiszyklen. Demgegenüber erleichtern häufige Preisveränderungen die zeitnahe und gegenüber Kostensenkungen deutlich schnellere Weitergabe von Kostensteigerungen; vgl. Lewis, M./Noel, M., The Speed of Gasoline Price Response in Markets with and without Edgeworth Cycles, *Review of Economics and Statistics* 93(2), 2011, S. 67–682. Vgl. hierzu die Diskussion empirischer Studien bei BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 126 ff.

²⁷⁷ Vgl. Maskin, E./Tirole, J., a. a. O.

für eine zunehmende Wettbewerbsintensität angesehen werden.²⁷⁸ In jedem Fall kann nicht allein von Preisbewegungen auf diesem vielfach oligopolistischer Reaktionsverbundenheit zugeneigten Markt auf Wesentlichkeit des Restwettbewerbs rückgeschlossen werden.²⁷⁹

566. Ansatzpunkte und Reichweite klassischer kartellrechtlicher Werkzeuge sind in diesem Markt beschränkt, erscheinen jedoch bei Weitem noch nicht ausgeschöpft. So sind bislang hier zwar keine Hardcore-Kartelle nachweisbar.²⁸⁰ Die enge Reaktionsverbundenheit der Marktteilnehmer macht eine explizite Koordination auch entbehrlich; eine Abstimmung „über den Markt“ ist als solche jedoch grundsätzlich nicht mit dem Kartellverbot fassbar.²⁸¹

567. Im Bereich der Fusionskontrolle schränkt das Bundeskartellamt das externe Wachstum der Oligopolisten bereits heute stark ein: Tankstellen dürfen durch Oligopolmitglieder nur in (noch) nicht durch das Oligopol beherrschten Regionalmärkten erworben werden.²⁸² Insbesondere soweit sich die Wettbewerbsbedingungen infolge einer solchen Übernahme über die unmittelbar betroffenen Regionalmärkte hinaus verschlechtern, etwa durch einen kritischen Absatzrückgang für unabhängige Zwischenhändler,²⁸³ weist die Monopolkommission erneut darauf hin, dass der Restwettbewerb unabhängig von konkreter Spürbarkeit der Verschlechterung geschützt ist.²⁸⁴

568. Die Missbrauchsaufsicht in diesem Markt hat zwar mit der Einleitung von Verfahren wegen des Verdachts auf Preis-Kosten-Scheren²⁸⁵ zulasten freier Tankstellen sowie auf Verkauf zu Untereinstandspreisen in jüngerer Zeit eine Belebung erfahren.²⁸⁶ Preis-Kosten-

Scheren sollen die Wettbewerbsfähigkeit von in der Wertschöpfungskette nachfolgenden gegenüber vertikal integrierten Unternehmen sicherstellen: Verkauft ein vertikal integriertes Unternehmen Vorprodukte bzw. auf Großhandelsmärkten an Unternehmen, mit denen es auf dem nachgelagerten bzw. Endverbrauchermarkt im Wettbewerb steht, so hängt die Wettbewerbsfähigkeit der Abnehmerunternehmen (auch) von den für das Vorprodukt berechneten Preisen ab. Ist der Endverbraucherpreis niedriger als der Vorprodukt- bzw. Großhandelspreis, wird eine Missbräuchlichkeit vermutet. Abhängig von der im Einzelnen angewendeten GWB-Vorschrift und des angelegten Kostenmaßstabs kann von dem Verbot von Preis-Kosten-Scheren auch eine gewisse Intensivierung des Wettbewerbs ausgehen.

569. So setzen zwar § 19 Absatz 4 Nummer 1 und Artikel 102 AEUV einerseits sowie § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 GWB andererseits unterschiedliche Maßstäbe dafür, welche Differenz zwischen Vorprodukt- bzw. Großhandels- und Endverbraucherpreis zu einer Missbräuchlichkeit von Preis-Kosten-Scheren führt, insbesondere wie weit eine Marge des Abnehmerunternehmens zu berücksichtigen ist. Dabei stellt der Preisvergleich ohne Einbeziehung zusätzlicher Kosten des Weiterverkäufers vordergründig nach dem Wortlaut des Regelbeispiels des § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 GWB einen leicht zu beweisenden und daher in der Praxis oft entscheidenden Maßstab dar.²⁸⁷

570. Die Monopolkommission weist allerdings darauf hin, dass grundsätzlich die Fracht- und Vertriebskosten des Abnehmers mit einzubeziehen sind. So hat das Oberlandesgericht Düsseldorf bereits 2002 zu der Generalklausel des § 20 Absatz 4 Satz 1 GWB ausgeführt, dass derartige Kosten der Weiterverkäufer beim Preisvergleich zu berücksichtigen sind.²⁸⁸ Mit der ausdrücklichen Aufnahme des Regelbeispiels in Satz 2 Nummer 3 der Vorschrift durch das Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels von 2007 sollte keine Verschlechterung des intendierten Mittelstandsschutzes bewirkt werden,²⁸⁹ sodass eine negative Preisdifferenz zwischen

²⁷⁸ Vgl. Noel, M., Edgeworth Price Cycles, Cost-Based Pricing, and Sticky Pricing in Retail Gasoline Markets, *Review of Economics and Statistics* 89(2), 2007, S. 32–334; Noel, M., Edgeworth Price Cycles: Evidence from the Toronto Retail Gasoline Market, *Journal of Industrial Economics* 55(1), 2007, S. 69–92; dagegen Ewald, C./Gleave, S., Benzinpreise: Die zwei großen von der Tankstelle, *Frankfurter Allgemeine*, 27. September 2011.

²⁷⁹ So auch BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2011, KVR 95/10 „Total/OMV“, wonach ökonomisch mehrdeutige Verhaltensweisen jedenfalls im Anwendungsbereich der Oligopolvermutung des § 19 Absatz 3 Satz 2 GWB die aufgrund der Strukturanalyse begründete Annahme eines einheitlichen Verhaltens unter Ausschluss wesentlichen Wettbewerbs nicht infrage zu stellen vermögen, *Umdruck Tz. 58*.

²⁸⁰ Soweit in Einzelfällen auf Tankstellenebene eine telefonische Weitergabe von Preisveränderungen erfolgt war, hat das Bundeskartellamt bereits auf Abhilfe hingewirkt; vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Zwischenbericht Juni 2009, S. 44 f.

²⁸¹ Vgl. eingehender Tz. 470 ff.

²⁸² Vgl. dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 605 f.

²⁸³ BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 66.

²⁸⁴ Vgl. dazu eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 637 f., sowie Tz. 718, 724.

²⁸⁵ Vgl. allgemein zu Preis-Kosten-Scheren eingehend Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 422 ff., zu deren Schwierigkeiten in konzeptioneller und praktischer Hinsicht Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 89 ff.

²⁸⁶ BKartA, Pressemeldung vom 4. April 2012, Bundeskartellamt untersucht Fälle der Behinderung freier Tankstellen; zuvor bereits BKartA, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle, 30. November 2011, S. 23.

²⁸⁷ Vgl. eingehender Monopolkommission, Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 88, 90.

²⁸⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Februar 2002, VI-Kart 16/00 (V) „Freie Tankstellen II“: „Dieser Fall [einer unbilligen Behinderung durch Preis-Kosten-Scheren] tritt im Übrigen nicht erst ein, wenn die Beteiligten Kraftstoffe zu den beschriebenen höheren Preisen an mittelständische Tankstellenbetreiber abgeben, sondern bereits dann, wenn sie zwar billiger an diese verkaufen als an ihren eigenen Tankstellen, die Preisdifferenz aber die von den mittelständischen Tankstellenbetreibern zu tragenden Neben- und insbesondere Frachtkosten nicht oder nur soeben deckt“.

²⁸⁹ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung mit Begründung, Bundestagsdrucksache 16/5847 vom 27. Juni 2007; Beschlussempfehlung und Bericht des Wirtschaftsausschusses vom 14. November 2007, Bundestagsdrucksache 16/7156 vom 14. November 2007, S. 10 f. [erleichterte Darlegungs- und Beweislast in „solchen Fällen einer Preis-Kosten-Schere“]; Plenarprotokolle vom 21. September 2007, Plenarprotokoll 16/116, S. 12015C–12030B, vom 15. November 2007, Plenarprotokoll 16/126, S. 13169B–13175A, S. 13175A–13175B, vom 30. November 2007, Plenarprotokoll 839, TOP 48, S. 391D–392A.

Großhandels- und Endverkaufspreis weiterhin für die Erfüllung des Tatbestands nicht erforderlich ist. Der Ansatz eines Fixkostenanteils oder gar einer angemessenen Gewinnmarge erfordert jedoch in der Regel Marktbeherrschung nach § 19 GWB.²⁹⁰

571. Ob das grundsätzliche Problem strukturell eingeschränkten Wettbewerbs und enger Reaktionsverbundenheit allein auf diese Weise zu beheben sein wird, ist jedoch fraglich. Hintergrund der Verfahren sind vielfältige Beschwerden kleinerer Anbieter beim Bundeskartellamt. Da die Oligopolisten nach Presseberichten bereits Sicherungssysteme bei der Preissetzung zur Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren und Untereinstandspreisen implementiert haben, erscheinen hier vor allem die Verfahren gegen größere Anbieter außerhalb des Oligopols Erfolg versprechend. In jedem Fall können diese Verfahren ein entsprechendes Unrechtsbewusstsein und entsprechende Compliance-Anstrengungen fördern.

3.1.1 Koordinationsfördernde Praktiken im Tankstellen-Oligopol

572. Die Monopolkommission hält in dieser Hinsicht jedoch vor allem eine genauere Untersuchung der den Tankstellen vorgelagerten Produktionsebenen, insbesondere des Mineralölraffineriesektors und des Mineralölhandels, für wünschenswert, die im Rahmen der Sektoruntersuchung Kraftstoffe lediglich inzident betrachtet wurden. Ein vertieftes Verständnis dieser Wertschöpfungsstufen könnte einerseits die Kartellrechtskonformität von Strukturen und Transaktionen auf dieser Ebene unterstützen und andererseits von Vorteil für die Wettbewerbsaufsicht der nachgelagerten Ebenen sein.

573. Die Summe gesellschaftsrechtlicher und vertraglicher Verflechtungen, insbesondere gemeinsam gehaltener und betriebener Raffinerien, Pipelines und Tanklager, sowie von Mengenaustauschverträgen dürfte jedenfalls die Reaktionsverbundenheit der Oligopolisten bedeutend erhöhen. Die Ausgestaltung dieser Verflechtungen und ihre koordinativen Effekte bedürfen allerdings noch immer einer genaueren Untersuchung durch das Bundeskartellamt.²⁹¹

574. Daneben erscheint der Monopolkommission weiter wünschenswert, auch die jeweiligen Ausgestaltungen der Vertikalverträge mit Tankstellenbetreibern einer Überprüfung auf ihre Kartellrechtmäßigkeit hin zu unterziehen.²⁹² Preisvorgaben und die Provisionsgestaltung, aber auch Meldepflichten selbstständiger Tankstellenbetreiber über Preise umliegender Tankstellen könnten einzeln oder in der Summe ihrer Wirkungen angesichts der Marktstruktur über das nach §§ 1, 2 und 19 GWB zuläs-

sige Maß hinausgehen. Insoweit ist einerseits auf die Pflicht der Unternehmen zu kartellrechtmäßigem Verhalten, andererseits auf die Leuchtturmwirkung von Pilotentscheidungen des Bundeskartellamtes hinzuweisen. Weitergehend könnte möglicherweise eine (teilweise) Entziehung der Vorteile der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung in Betracht kommen.

575. Zusätzlich erscheinen auch die Preissetzungsmechanismen bei Mengenaustauschverträgen²⁹³ einer vertieften Untersuchung wert, welche die Reaktionsverbundenheit der Oligopolisten, aber auch kleinerer Marktteilnehmer erheblich beeinflussen dürften.²⁹⁴ Die hier oft zugrunde gelegten Referenzpreise von Brancheninformationsdiensten²⁹⁵ und teilweise verfügbaren Börsenpreise bilden nur einen kleinen Teil der tatsächlich gelieferten Mengen ab; der Einfluss von Finanzinstrumenten und Lieferverträgen ist völlig intransparent.²⁹⁶ Aufgrund des internationalen Charakters der den Referenzpreisen zugrunde liegenden Großhandelsmärkte erscheint allerdings deren Untersuchung durch die Europäische Kommission oder in Kooperation des Bundeskartellamtes mit anderen Kartellbehörden wünschenswert.²⁹⁷

3.1.2 Abhilfe durch Preissetzungsregeln?

576. In manchen Staaten wird jenseits des Kartellrechts versucht, der eingeschränkten Wettbewerbsfähigkeit von Tankstellenmärkten durch Regeln zur Preissetzung entgegenzuwirken. Hervorzuheben sind insoweit insbesondere zwei Modelle:²⁹⁸ In Österreich dürfen Preiserhöhungen für Kraftstoffe nur einmal täglich um 12.00 Uhr erhöht, jedoch beliebig oft gesenkt werden.²⁹⁹ In Westaustralien dürfen Preisänderungen nur einmal täglich erfol-

²⁹³ Da physische Lieferungen von Kraftstoffen über mehr als 100 bis 200 km praktisch unwirtschaftlich sind, werden mehr als 25 Prozent der in Deutschland abgesetzten Menge über derartige Tauschverträge umgeschlagen.

²⁹⁴ Vgl. bereits die Ausführungen zu Mengenaustauschverträgen in BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 57 f.

²⁹⁵ Vgl. die Übersicht bei BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Zwischenbericht Juni 2009, S. 18 f.

²⁹⁶ Vgl. zur teilweise vergleichbaren Problematik im Energiehandel Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 617 ff., sowie zum Rohölmarkt Fattouh, B., An Anatomy of the Crude Oil Pricing System, Oxford Institute for Energy Studies WPM 40, January 2011, insbesondere S. 74, sowie Fattouh, B./Kilian, L./Mahadeva, L., The Role of Speculation in Oil Markets: What have we learned so far? Oxford Institute for Energy Studies WPM 45, March 2012.

²⁹⁷ Vgl. jedoch etwa Bundeswettbewerbsbehörde (BWB), Report on Platts Price Assessments, July 2010; FTC Bureau of Economics: Gasoline Price Changes and the Petroleum Industry: An Update, September 2011.

²⁹⁸ Daneben werden insbesondere in Luxemburg und einigen kanadischen Staaten staatlicherseits Preisobergrenzen festgesetzt. Diese Regelungen nähern sich einer Preisregulierung an und werden hier nicht weiter erörtert, vgl. insoweit Dewenter, R., Haucap, J., Heimeshoff, U.: Maßnahmen zur Steigerung des Wettbewerbs auf den Kraftstoffmärkten in Deutschland – Eine Studie im Auftrag des ADAC, 2012, S. 16 ff.

²⁹⁹ Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft, Familie und Jugend betreffend Standesregeln für Tankstellenbetreiber über den Zeitpunkt der Preisauszeichnung für Treibstoffe bei Tankstellen (Spritpreis-Verordnung), Österreichisches BGBl. II, 484 vom 30. Dezember 2010. Die Änderung der 2009 eingeführten, weiterhin befristeten Verordnung betraf vor allem den Zeitpunkt der Preiserhöhung (die zuvor vorgesehene Preiserhöhung bei Betriebsbeginn bzw. bis 8.30 Uhr hatte zu erheblichen praktischen Problemen geführt).

²⁹⁰ Vgl. zu den Kostenmaßstäben eingehend Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 430 ff.

²⁹¹ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Zwischenbericht Juni 2009, S. 39 f.; Abschlussbericht Mai 2011, S. 55 ff.; allgemeiner bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 525 f.

²⁹² Vgl. etwa mit Hinsicht auf Markenpartner- und Markenhändlerverträge bereits BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011, S. 159 ff, insbesondere 189, 211.

gen und müssen für den Folgetag bis 14.00 Uhr des Vortages an eine bestimmte staatliche Stelle gemeldet werden.³⁰⁰ Während das westaustralische Modell jegliche untertägige Preisschwankung unterbindet, sind in Österreich regelmäßig relativ hohe Preiserhöhungen, gefolgt von kleineren Preissenkungen, zu beobachten.

577. Die Auswirkungen dieser beiden Preissetzungsregeln auf die Kraftstoffpreise sind kaum getrennt von dem durch die staatlichen Preisinformationsangebote möglicherweise gesteigerten Wettbewerbsdruck zu beurteilen und werden nicht einheitlich bewertet: Empirische Untersuchungen zeigen teilweise einen leichten (relativen) Preissenkungseffekt für das westaustralische³⁰¹ wie für das österreichische Modell.³⁰² Experimentelle Untersuchungen beider Preissetzungsregeln ergaben tendenziell kollusionserleichternde bzw. preiserhöhende Effekte für das österreichische Modell³⁰³ und keine signifikanten Effekte für das westaustralische Modell.³⁰⁴ Zusätzlich erscheint fraglich, ob und wie weit diese empirischen und experimentellen Ergebnisse angesichts der möglicherweise unterschiedlichen Marktstruktur in Deutschland³⁰⁵ und der gegenüber Experimentalanordnungen komplexeren Realität auf die deutsche Situation übertragbar sind. Ableitbar erscheint jedoch mit einiger Plausibilität, dass bei einer entsprechenden Ausgestaltung von Preissetzungsregeln nicht mit höheren Preisen als ohne diese zu rechnen ist.

578. Als einen mit Sicherheit feststellbaren positiven Effekt derartiger Regelungen lässt sich die für die Verbraucher verbesserte Vergleichbarkeit der Preise verschiedener Tankstellen festhalten, die auch zu einer Intensivierung des Wettbewerbs führen könnte. Unter der jetzigen Situation sind mehrfache untertägige Preisveränderungen häufiger zu beobachten, was das Auffinden der billigsten Tankstelle erschwert. Wenn die Preise nur noch einmal am Tag verändert bzw. erhöht werden dürfen, ist

insbesondere für Pendler, die täglich zweifach an einer Mehrzahl von Tankstellen vorbei fahren, aber auch für alle anderen Verbraucher ein Vergleich der Preise unterschiedlicher Tankstellen einfacher. Gleiches gilt für – bereits heute verfügbare – Preisvergleiche zu Benzinpreisen im Internet, die verlässlicher wären, wenn Preisänderungen nicht mehr jederzeit bzw. nur nach unten möglich wären. Durch solche Preissetzungsregeln würden also mit Sicherheit einerseits die Informationskosten der Verbraucher vermindert und die Informationsasymmetrie gegenüber den vertikal integrierten Mineralölfirmen, die umfassende Preismeldesysteme betreiben, beseitigt. Andererseits würde dem verbreiteten Gefühl der Verbraucher entgegengewirkt, der Preissetzungsmacht der Mineralölunternehmen „machtlos ausgeliefert“ zu sein.³⁰⁶

3.1.3 Wettbewerbssteigernde Informationsangebote

579. Den beiden Regelungssystemen in Österreich und Westaustralien ist eine zentrale staatliche Preismeldestelle gemeinsam, die Preisdaten für Nachfrager online verfügbar macht.³⁰⁷ Derartige Informationsangebote gehen nicht zwingend mit Preissetzungsregeln einher und können auch isoliert zu einer Intensivierung des Wettbewerbs beitragen. Denn neben der Indifferenz vieler Endkunden sind Informationsdefizite ein mitentscheidendes Hindernis für eine stärkere Wettbewerbsintensität auf diesem Markt.³⁰⁸ Durch eine verlässliche und in Echtzeit verfügbare Information über die günstigsten Tankstellen in einem bestimmten Umfeld könnte – jedenfalls mittelfristig – die Preissensibilität der Verbraucher geschärft und so der Wettbewerb gestärkt werden. Voraussetzung für ein derartiges, über die bisher bereits verfügbaren Angebote hinausgehendes Informationsangebot wäre eine Pflicht der Unternehmen, ihre Preisdaten in Echtzeit einer entsprechenden Plattform zur Verfügung zu stellen. Diese

³⁰⁰ Das „FuelWatch“-Programm gilt seit 2001 (<http://www.fuelwatch.wa.gov.au>), wurde jedoch entgegen einer dahingehenden Initiative 2008 nicht auf australischer Bundesebene übernommen.

³⁰¹ So die australische Kartellbehörde in einer Evaluation, ACCC: Petrol Prices and Australian Consumers: Report of the ACCC Inquiry into the Price of Unleaded Petrol, December 2007, S. 239 ff. und Appendix S, sowie ACCC: Petrol: Further Econometric Analysis undertaken by ACCC, 29 May 2008. Diese Studie wurde jedoch auf methodischer Grundlage angegriffen; vgl. etwa Harding, D., FuelWatch: Evidence-based Policy or Policy-based Evidence?, MPRA Paper No. 16049, December 2008.

³⁰² So Dewenter, R./Heimeshoff, U., Less Pain at the Pump? Regulatory Interventions in Retail Gasoline Markets, DICE Discussion Paper No 51, May 2012, die für Österreich eine nicht unerhebliche preissenkungsdämpfende Wirkung finden, für Westaustralien im besten Fall keine und im schlechtesten Fall eine leicht erhöhende.

³⁰³ Vgl. Haucap, J./Müller, H., The Effects of Gasoline Price Regulations: Experimental Evidence, DICE Discussion Paper No 47, April 2012; Berninghaus, S./Hesch, M./Hildenbrand, A., Zur Wirkung regulatorischer Preiseingriffe auf dem Tankstellenmarkt, Wirtschaftsdienst 92(1), 2012, S. 46–50.

³⁰⁴ Vgl. Haucap, J./Müller, H., a. a. O.

³⁰⁵ Hinzuweisen ist hier insbesondere auf die überwiegend stark ländlich geprägte Siedlungsstruktur Westaustraliens und beispielsweise auf den „Diskont-Tankstellen“-Betrieb der FE-Trading GmbH in räumlichem Zusammenhang mit Standorten der ALDI-Tochter Hofer in Österreich.

³⁰⁶ Plakativ Jung, A./Neubacher, A., Verwirrung mit System, Spiegel Nr. 14, 2. April 2012, S. 62–68; ähnlich allgemeiner Rotfeld, H., The Consumer as Serf, Journal of Consumer Affairs 38(1), 2004, S. 188–191. Die Mechanismen, nach denen schlechte Vergleichbarkeit von Angeboten zu suboptimalen Verbraucherentscheidungen führt, sind eingehender insbesondere für Mobilfunktarife analysiert; vgl. etwa Gans, J., Real Consumers and Telco Choice: The Road to Confusopoly, Präsentation Australian Telecommunications Summit Sydney 2005; Xavier, P., Behavioural economics and customer complaints in communication markets – Report commissioned by the Australian Communications and Media Authority as part of the Reconnecting the Customer public inquiry 2011, S. 17 ff., 46 ff.; allgemeiner etwa Earl, P., Consumer X-inefficiency and the problem of market regulation, in: Frantz, R. (Hrsg.): Renaissance in Behavioral Economics: Essays in Memory of Harvey Leibenstein, London u. a. 2007, S. 176–193, sowie die für das britische Office of Fair Trading erstellte Studie von Huck, S./Zhou, J., Consumer Behavioural Biases in Competition, A Survey, Final Report, OFT 1324, May 2011.

³⁰⁷ <http://www.spritpreisrechner.at/> sowie <http://www.fuelwatch.wa.gov.au> unter „Price Search“. In beiden Fällen sind Umkreis- und Regionalsuchen möglich, FuelWatch bietet darüber hinaus eine Reihe von Suchoptionen.

³⁰⁸ Vgl. insoweit die für den ADAC durchgeführte Verbraucherstudie, referiert bei Dewenter, R., Haucap, J./Heimeshoff, U., Maßnahmen zur Steigerung des Wettbewerbs auf den Kraftstoffmärkten in Deutschland – Eine Studie im Auftrag des ADAC, 2012, S. 31 ff.

müsste nicht zwingend staatlich betrieben werden und könnte Preisdaten etwa per Internetabfrage, Mobiltelefon-SMS und/oder für Navigationsgeräte bereitstellen. Ein uneingeschränktes derartiges Informationsangebot könnte zwar grundsätzlich für die Unternehmen kollusionserleichternd wirken; bei einer entsprechenden Ausgestaltung (etwa Abfragen nur für einen bestimmten Umkreis, Ergebnisse nur als Auswahl der billigsten Tankstellen) ließe sich dieser Faktor jedoch minimieren oder ausschließen.

580. Vorgaben für die Preissetzung sind nicht auf Grundlage des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen möglich, sondern bedürften einer eigenen gesetzlichen Grundlage. Das Gleiche gilt für eine zentrale Meldepflicht von Preis- und Mengendaten an die geplante Markttransparenzstelle beim Bundeskartellamt,³⁰⁹ die Grundlage für staatliche/staatlich geförderte Informationsangebote zur Förderung der Vergleichbarkeit von Preisen sein könnte.

3.2 Missbrauchsaufsicht als regulierungsähnliche Marktaufsicht

581. Kartellrecht geht von einer grundsätzlichen Funktionsfähigkeit der Märkte mit nur punktuell staatlichem Eingriffsbedarf aus, während Regulierung in denjenigen Märkten angebracht erscheint, deren Funktion systematisch beeinträchtigt ist. Teilweise lassen sich systematische Funktionsstörungen von Märkten mit einmaligen – allerdings regelmäßig komplexeren – Eingriffen beseitigen. In manchen Märkten, in denen Wettbewerb grundsätzlich nur eingeschränkt möglich ist, insbesondere in Infrastrukturmärkten, hat sich in jüngerer Zeit ein regulierungsähnliches Kartellrecht entwickelt, das in vielen Fällen informell oder über Zusagenentscheidungen nach § 32b GWB durchgesetzt wird. Dabei scheint einerseits in manchen, insbesondere streitig entschiedenen Fällen die teilweise sehr aufwendige Anwendung des Kartellrechts politisch offenbar nicht mehrheitsfähige, aber grundsätzlich zur effektiven Erreichung effizienter Resultate unter Umständen besser geeignete Regulierungsentscheidungen zu ersetzen. Andererseits können die Untersuchungsergebnisse des Bundeskartellamtes, insbesondere wenn sie in einer entsprechenden Form veröffentlicht werden,³¹⁰ nach Auffassung der Monopolkommission durchaus den Boden für politische Mehrheiten darstellen, die das zugrunde liegende Problem durch die Änderung bzw. den Erlass von Verordnungen oder Gesetzen nachhaltig, effizient und rechtssicher adressieren.³¹¹

³⁰⁹ Vgl. oben Tz. 122 ff.

³¹⁰ Vgl. zu Advocacy und Stellungnahmerecht des Bundeskartellamtes bereits die Ausführungen der Monopolkommission im Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 370 ff., im Sondergutachten 58, a. a. O., Tz. 132 ff., sowie im Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 142 ff.

³¹¹ Insbesondere soweit es auf das Marktverhalten öffentlicher Stellen ankommt, kann bereits ein deutlicher fundierter Hinweis des Bundeskartellamtes für eine echte Belebung des Wettbewerbs sorgen, so etwa infolge der Sektoruntersuchung Außenwerbung; vgl. dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 339.

3.2.1 Zugang zu Infrastruktureinrichtungen des Fährhafens Puttgarden

582. Der Fährhafen Puttgarden stellt die deutsche Seite der sog. Vogelfluglinie-Fährverbindung zwischen Deutschland und Dänemark (Hafen Rødby) dar, die eine der kürzesten und wichtigsten Fährverbindungen von Deutschland nach Skandinavien ist. Er gehört und wird betrieben von der Scandlines Deutschland GmbH, die selbst und mit Schwestergesellschaften auch als bislang einziges Unternehmen Fährverbindungen auf dieser Route anbietet.³¹² Dieses Unternehmen hatte alle Zugangsgesuche von konkurrierenden Anbietern von Fährdiensten abgewiesen, wurde jedoch 2010 erneut vom Bundeskartellamt verpflichtet,³¹³ bestimmten Wettbewerbern Zugang zu den Hafeneinrichtungen zu ermöglichen.

583. Bereits 1999 hatte das Bundeskartellamt – damals zugunsten anderer beschwerdeführender Zugangspetenten – dem Hafenbetreiber von Puttgarden untersagt, zum einen Drittzugang gegen angemessenes Entgelt und zum anderen die dafür erforderlichen Vorkehrungen zu verweigern.³¹⁴ Während das Oberlandesgericht die Tenorierung, insbesondere die Verwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe „angemessenes Entgelt“ und „erforderliche Vorkehrungen“, für zu unbestimmt gehalten und die Behördenentscheidung aufgehoben hatte,³¹⁵ war der Bundesgerichtshof der Argumentation des Bundeskartellamtes gefolgt, bei grundsätzlicher Zugangsverweigerung könne sich die Kartellbehörde „im ersten Zugriff“ auf die Untersagung der Verweigerung beschränken, ohne sämtliche Modalitäten, insbesondere die Bestimmung angemessener Entgelte festzulegen, die gegebenenfalls Gegenstand nachfolgender Kartell- oder Zivilverfahren sein könnten.³¹⁶ Eine tatsächliche Öffnung des Hafens scheiterte jedoch an der Insolvenz bzw. Auflösung der verfahrensbeteiligten Zugangspetenten, die einer Entscheidung des Oberlandesgerichts, an das der Bundesgerichtshof zurückverwiesen hatte, zuvorkam.

584. Die Entscheidung von 2010 stellt auf Grundlage von § 19 Absatz 4 Nummer 4 i. V. m. § 32 GWB die Missbräuchlichkeit der Weigerung von Scandlines fest, bestimmten Dritten Zugang gegen angemessenes Entgelt zu gewähren und entsprechende Vorkehrungen zu treffen bzw. zuzulassen. Scandlines wurde darin verpflichtet, Verhandlungen mit den am Verfahren beteiligten Zugangspetenten aufzunehmen und die aus ihrer Sicht ange-

³¹² Die Fährhöfen in Puttgarden/Fehmarn und Rødby/Lolland wurden 1963 von der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich Dänemark als Fährbahnhof errichtet, um eine direkte Verbindung des Eisenbahnverkehrs zwischen Hamburg und Kopenhagen über den 18 km breiten Fehmarnbelt zu gewährleisten. Die Privatisierung der ab 1998 als paritätisches Gemeinschaftsunternehmen zwischen der Deutschen Bahn AG und dem dänischen Verkehrsministerium organisierten Scandlines Deutschland GmbH erfolgte 2006.

³¹³ BKartA, Entscheidung vom 27. Januar 2010, B9-188/05.

³¹⁴ BKartA, Beschluss vom 21. Dezember 1999, B9-199/97 und B9-16/98.

³¹⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. August 2000, Kart 3/00 (V) „Puttgarden II“.

³¹⁶ BGH, Beschluss vom 24. September 2002, KVR 15/01 „Fährhafen Puttgarden“.

messenen Bedingungen einer diskriminierungsfreien Zugangsgewährung zu formulieren.

585. Der Fährhafen Puttgarden ist danach eine Infrastruktureinrichtung („essential facility“) im Sinne des § 19 Absatz 4 Nummer 4 GWB. Die Einrichtung eines Fährdienstes zwischen Puttgarden und Rødby sei nur durch Mitbenutzung des Fährhafens Puttgarden möglich. Eine Duplizierung der für einen Marktzutritt unverzichtbaren Hafenanlage sei – aus im Einzelnen geprüften rechtlichen und tatsächlichen Gründen – nicht möglich. Die Mitbenutzung des bestehenden Fährhafens sei insbesondere unter Berücksichtigung der nautischen Gegebenheiten möglich (insoweit hatte das Bundeskartellamt ein umfangreiches Expertengutachten anfertigen lassen, das die Möglichkeiten im Einzelnen erörtert). Auch die noch an den betroffenen, von den Zugangspetenten zur landseitigen Nutzung vorgesehenen, aktuell unbenutzten Anlagen berechnete Deutsche Bahn AG sowie das Eisenbahn-Bundesamt hatten im Verfahren keine Einwände erhoben. Die Mitbenutzung des Fährhafens durch einen Wettbewerber sei für Scandlines auch zumutbar, wie einerseits die Praxis in anderen Fährhäfen belege und andererseits die ebenso typische wie ausdrücklich zulässige Erhebung eines angemessenen Zugangsentgelts (Hafengebühr) sicherstelle.

586. Das von Scandlines angerufene Oberlandesgericht Düsseldorf ordnete zunächst die aufschiebende Wirkung der eingelegten Beschwerde an³¹⁷ und hob schließlich die Entscheidung vollumfänglich auf.³¹⁸ Nach Auffassung des Oberlandesgerichts ist ein Zugang Dritter zu den Hafenanlagen schon deshalb rechtlich unmöglich, weil die entsprechenden Flächen eisenbahnrechtlich gewidmet und deren Nutzung für den Straßenverkehr, wie beim Fährbetrieb durch Dritte vorgesehen, grundsätzlich unzulässig sind. Auf dieser Grundlage komme Scandlines ein absoluter Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 19 Absatz 4 Nummer 4 Halbsatz 2 GWB und des Artikel 102 AEUV zu. Denn ob eine eisenbahnrechtliche Entwicklung der betreffenden Flächen bzw. ein entsprechender Planfeststellungsbeschluss überhaupt möglich wäre, sei auf faktischer, umfassend geprüfter Grundlage zweifelhaft. Insoweit komme es für die Feststellung einer Unmöglichkeit/Unzumutbarkeit der Mitbenutzung im Sinne des § 19 Absatz 4 Nummer 4 Halbsatz 2 GWB entscheidend auf die vom Petenten konkret beabsichtigte Nutzung an; auch die vom Bundeskartellamt festgestellte bloße Verpflichtung zur Verhandlung sei an diesem Maßstab zu messen. Aus welcher Sphäre Zugangshindernisse herührten, sei insoweit unerheblich.

587. Die Auffassung des Oberlandesgerichts erscheint wenig praktikabel. Denn typischerweise kann der Zugangspetent vor den – hier ohne Begründung allen Zugangspetenten völlig verweigerten – Verhandlungen mit dem Infrastrukturihaber nur sehr schwer genaue Vorstel-

lungen davon entwickeln, wie eine Mitbenutzung genau aussehen könnte. Insoweit besteht ein erhebliches Informationsgefälle zugunsten des Infrastrukturihabers, das nach Auffassung des Oberlandesgerichts zusätzlich durch eine Darlegungs- und Beweislast aufseiten der Petenten und der Kartellbehörde verstärkt werden soll. Bei Anwendung dieser Auslegung würde ein Drittzugang zu Einrichtungen nach § 19 Absatz 4 Nummer 4 GWB praktisch unmöglich.

588. Insbesondere wenn wie hier bislang jegliche Mitwirkung an einer Schaffung der Voraussetzungen einer Mitbenutzung schlichtweg verweigert wurde, erscheint eine Prüfung der grundsätzlichen Verhandlungs- und Mitwirkungspflichten des Infrastrukturihabers daran, ob sich die Ermöglichung der vom Zugangspetenten vorgeschlagenen Zugangslösung in Zukunft eventuell an Hindernissen stoßen könnte,³¹⁹ wenig sachgerecht. Vielmehr dürfte es regelmäßig erst in Verhandlungen möglich sein, Hinderungsgründe für einen Zugang voll zu erfassen, die Möglichkeiten zu deren Beseitigung zu klären und Alternativen zu erwägen. Die Monopolkommission begrüßt insoweit die Verpflichtung von Scandlines zur Mitwirkung an der Schaffung der Voraussetzungen des Zugangs in der Kartellamtsentscheidung. Aber auch unabhängig von einer derartigen expliziten Feststellung der Mitwirkungsverpflichtung können behebbare Hindernisse eines Drittzugangs den Anspruch darauf nicht völlig hindern. Vielmehr enthält der Zugangsanspruch nach § 19 Absatz 4 Nummer 4 GWB als (vorläufiges) Minus zur unmittelbaren Zugangsgewährung auch die Pflicht des Infrastrukturihabers ex lege, in zumutbarer Weise an der Beseitigung bestehender Hindernisse mitzuwirken.

589. Ein Wettbewerb auf dieser Monopolstrecke ist auch nicht etwa vor dem Hintergrund der geplanten festen Fehmarnbelt-Unterquerung verzichtbar, deren Inbetriebnahme für das Jahr 2020 vorgesehen ist (Stand Ende 2011). Denn zum einen hat Scandlines bereits angekündigt, auch danach weiterhin den Fährbetrieb aufrechterhalten zu wollen, was die erwartete Profitabilität belegt, die sich auch in den entsprechenden Erklärungen der Zugangspetenten ausdrückt. Zum anderen zeigt etwa das Beispiel des Ärmelkanals, dass Fähren durchaus konkurrenzfähig zu Tunnels sein können und derartige Wettbewerbsverhältnisse sich klar positiv auf Preise und Servicequalität auswirken können.

590. Der Verlauf dieser Verfahren über bisher mehr als zwölf Jahre mit zweifacher Aufhebung durch das Oberlandesgericht und entsprechenden höchstgerichtlichen Verfahren³²⁰ zeigt deutlich die grundsätzlichen Beschränkungen und Vorzüge des kartellamtlichen Verfahrens.

³¹⁹ So stellt das Oberlandesgericht entscheidungserheblich darauf ab, dass die für die Planung des Fehmarnbelt-Tunnels zuständige Projektgesellschaft den Hafen zwar noch nicht in ihre Planungen einbezogen habe, dies jedoch sehr wohl noch könne.

³²⁰ Zusätzlich hat auch die Europäische Kommission insoweit nicht unerheblichen Verfahrensaufwand investiert; daneben wurde die Zugangsentscheidung des dänischen Verkehrsministeriums für den Hafen Rødby über zwei Instanzen bestätigt; vgl. im Einzelnen BKartA, Entscheidung vom 27. Januar 2010, B9-188/05, S. 16 ff.

³¹⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Juni 2010, VI-Kart 1/10 (V).

³¹⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Dezember 2011, VI Kart 1/10 (V) „Fährhafen Puttgarden“; die Rechtsbeschwerde ist beim Bundesgerichtshof anhängig.

Einerseits ist ein hoheitliches Aufgreifen von wettbewerbswidrigen Verhältnissen unabhängig von politischen Mehrheiten möglich. Auch bedarf es zu solchem Tätigwerden keiner besonderen Administration oder der Setzung komplexer Regeln. Vielmehr kann das Bundeskartellamt auf Grundlage der allgemeinen Regeln des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in schlichten Verfahren auch marktöffnende Entscheidungen erlassen. Andererseits führt die Begrenztheit der Befugnisse des Bundeskartellamtes und die vollständige gerichtliche Kontrollierbarkeit derartiger Entscheidungen nicht selten zu einem starken Vorteil für die Altsassen im Markt, die eine Rechtskraft dieser Anordnungen in Ruhe abwarten können und nicht selten allein durch den zeitlichen Verzug schon erheblichen Schaden für Wettbewerb und Verbraucher anrichten können. Dies mag in Fällen, in denen die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung zweifelhaft ist oder die Klärung von Rechtsfragen erfolgt, sinnvoll sein und ist im Sinne des rechtsstaatlichen Verfahrens unabdingbar.

591. Mitunter jedoch führt die Behandlung von in der Sache unbestreitbaren Wettbewerbsproblemen auch unter Einsatz erheblichen behördlichen Verfahrens- und Begründungsaufwands nicht zu einer (zeitnahen) effektiven und rechtssicheren Lösung. In derartigen Fällen fehlt es nicht selten an entsprechend eindeutigen Rechtsregeln, so wie hier die genauen Anwendungsdetails der 1998 eingefügten Vorschrift des § 19 Absatz 4 Nummer 4 GWB noch weiter geklärt werden mussten. Die Dichte der gerichtlichen Kontrolle steht dabei häufig in direktem Spannungsverhältnis mit der Effektivität kartellbehördlicher Maßnahmen. Im deutschen Kartellrecht wird bislang von einer vollen Überprüfbarkeit kartellbehördlicher Entscheidungen ausgegangen,³²¹ die im klassischen Verständnis des effektiven Rechtsschutzes fußt. Im neueren Verwaltungs- und Regulierungsrecht finden sich Ansätze, die den zugrunde liegenden schwierigen Tatsachenfragen auch dadurch Rechnung tragen wollen, dass der entscheidenden Behörde (in engen Grenzen) Ermessens- und Beurteilungsspielräume zugestanden werden („Regulierungsermessen“).³²² Ähnlich räumen auch die europäischen Gerichte der Europäischen Kommission bei komplexen technischen und ökonomischen Sachverhalten grundsätzlich einen Beurteilungsspielraum ein.³²³ Gleiches gilt beispielsweise auch für das Schweizer Kartell-

recht.³²⁴ Vor diesem Hintergrund weist die Monopolkommission nicht zuletzt die Gerichte auf die gefährlichen Anreizwirkungen für kartellrechtsunterworfenen Unternehmen hin, die Rechtskraft unliebsamer Kartellamtsentscheidungen mit in der Substanz rein förmlichen Argumenten über Jahre verzögern zu können.

592. Die Entscheidung des Bundeskartellamtes konnte auch deshalb relativ kurz und mit vergleichsweise geringem Verfahrensaufwand getroffen werden, weil sie die Berechnung des angemessenen Zugangsentgelts ausklammern konnte. An die Stelle der in Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur oftmals zentralen und komplexen Entgeltberechnung trat in diesem Fall schlicht die Feststellung, eine Verweigerung von Verhandlungen über einen Zugang gegen ein „angemessenes Entgelt“ sei rechtswidrig, gefolgt von der Konkretisierung der gesetzlichen Verpflichtung, Verhandlungen mit den Zugangspetenten aufzunehmen und die aus Sicht von Scandlines angemessenen Bedingungen einer diskriminierungsfreien Zugangsgewährung zu formulieren.

593. Diese abgestufte Durchsetzung der Zugangsverpflichtung entspricht der vom Bundesgerichtshof geforderten Rücksichtnahme auf die verfassungsrechtlich geschützten Freiheitsrechte des Adressaten.³²⁵ Die Verpflichtung zur Verhandlung ist grundsätzlich auch die vom Verfahrensaufwand her effizienteste Möglichkeit, Modalitäten eines Drittzugangs festzulegen. Die Behörde vermeidet so den in aller Regel ganz erheblichen Aufwand, alle relevanten Details zu ermitteln und in eine Entgeltberechnung einfließen zu lassen. Soweit sich Infrastrukturbetreiber und Zugangspetent nicht einigen können, wird durch die Verhandlungen zumindest eine fundierte Grundlage für weitere Schritte geschaffen. Insoweit erscheint der Monopolkommission die vom Bundeskartellamt ausgesprochene Verpflichtung des Infrastrukturbetreibers, innerhalb einer bestimmten Frist einen Zugangsvorschlag vorzulegen, besonders geeignet zur praktischen Umsetzung einer solchen Verpflichtung. Denn ein derartiger Vorschlag lässt sich auf seine Angemessenheit im Ganzen und hinsichtlich einzelner Bestandteile überprüfen. Einer in derartigen Fällen drohenden „Hinhaltetaktik“ des Verpflichteten wird so effektiv begegnet.

Zwar können grundsätzlich derartige Verhandlungsverfahren eine Kollusion zwischen den Verhandlungspartnern begünstigen. In Fällen, in denen eine monopolistische Infrastruktur geöffnet wird, ist dieses Risiko jedoch in der Regel vernachlässigbar, da die Zugangspetenten gerade Wettbewerb ausüben wollen. Überschießende Koordinationstendenzen werden vom allgemeinen Kartellverbot erfasst, nicht zuletzt vom Verbot des Abkaufs von Wettbewerb.³²⁶

³²¹ Vgl. stellvertretend Bornkamm, J., Richterliche Kontrolle von Entscheidungen im deutschen und europäischen Kartellverwaltungsverfahren, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 8(1), 2010, S. 34–52, insbesondere S. 36 ff., 41 f.

³²² Vgl. insbesondere BVerfG, Beschluss vom 8. Dezember 2011, 1 BvR 1932/08 „Mobilfunk-Terminierungsentgelte“, Tz. 37 ff., sowie zuvor Beschluss vom 31. Mai 2011, 1 BvR 857/07 „Investitionszulage“.

³²³ Vgl. EuGH, Urteil vom 31. März 1998, Rs. C-68/94 „Kali+Salz“, Rn. 223 ff.; EuG, Urteil vom 25. März 1999, Rs. T-102/96 „Gencor“, Rn. 163 ff.; jedoch EuGH, Urteil vom 15. Februar 2005, Rs. C-12/03 P „Tetra Laval“, Rn. 37 ff., 39, sowie EuG, Urteil vom 17. September 2007, Rs. T-201/04 „Microsoft“, Rn. 85 ff., 89; vgl. hierzu auch Nothdurft, J., Ökonomie vor Gericht – Richterliche Überprüfung wirtschaftlicher Fragen im deutschen und europäischen Kartellverwaltungsverfahren, in: Müller, G./Osterloh, E./Stein, T. (Hrsg.), Festschrift für Günther Hirschi, München 2008, S. 285–300.

³²⁴ Vgl. BVerwG (Schweiz), Urteil vom 12. Februar 2009, A-109/2008, WuW/E KRInt 273 „Swisscom/ ComCom“, Tz. 7.4: „Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schließt eine strikte Beweisführung regelmäßig aus“.

³²⁵ BGH, Beschluss vom 24. September 2002, KVR 15/01 „Fährhafen Puttgarden“, S. 15 ff.

³²⁶ Vgl. zu Letzterem Tz. 550 ff.

3.2.2 Transaktionsentgelte an Geldautomaten

594. Höhe und Struktur der Entgelte für Fremdadhebungen an Geldautomaten³²⁷ haben sich in den letzten 15 Jahren erheblich verändert. Das Bundeskartellamt hat diese Entwicklung begleitet, ohne mit rechtlichen Mitteln einzuschreiten, führt jedoch aktuell noch ein Ermittlungsverfahren, an dessen Abschluss Preissenkungsverfügungen stehen könnten. Dabei konnten bereits ohne formelle Verfügung erhebliche Fortschritte hinsichtlich der Entgelttransparenz und -höhe erreicht werden, weitere Erfolge könnten jedoch erheblichen zusätzlichen Aufwand des Bundeskartellamtes erfordern.³²⁸

595. Das institutsübergreifende deutsche Geldautomatensystem basiert auf einer 1979 beim Bundeskartellamt angemeldeten und im Jahre 1982 durch eine Höchstentgeltregelung ergänzten Vereinbarung der im Zentralen Kreditausschuss (ZKA) vertretenen Spitzenverbände der Kreditwirtschaft.³²⁹ Diese vertragliche Grundlage gilt zwischen allen größeren deutschen Kreditinstituten und legt den technischen Rahmen sowie die Bedingungen für Fremdadhebungen mit EC-Karte bzw. Girocard fest.³³⁰

596. Ursprünglich konnte nach dieser Vereinbarung der kartenausgebenden Bank ein Interbankenentgelt berechnet werden, das diese entsprechend ihren Geschäftsbedingungen (teilweise) an den Kunden weiterreichen konnte. Auch in Reaktion auf den Wettbewerb durch Direktbanken, die ganz überwiegend keine Geldautomaten betreiben und sich insoweit auf die Infrastruktur der übrigen Kreditinstitute verlassen, hatte der Sparkassen- und Giroverband 1997 die Höchstentgeltregelung gekündigt, da zahlreiche seiner Mitgliedsinstitute gegenüber ihren Wettbewerbern aus dem Bereich der privaten Banken erheblich höhere Entgelte berechnen wollten. Eine als Kompromiss ausgehandelte Erhöhung der Höchstgrenze von 4 auf 7 DM scheiterte an kartellrechtlichen Bedenken des Bundeskartellamtes.³³¹

597. In der Folge führte das Fehlen einer Höchstentgeltvereinbarung einerseits zu einer spiralartigen Erhöhung der einseitig festgesetzten und den Kunden unbekannten Interbankenentgelte auf bis zu 60 Euro pro Transaktion. Andererseits entstanden verschiedene Netzwerke der deutschen Kreditinstitute („Geldautomaten-Pools“),³³² die den Kunden ihrer jeweiligen Mitgliedsin-

stitute kostenlose bzw. -reduzierte Abhebungen an Geldautomaten von Pool-Mitgliedern ermöglichen.

598. Das Bundeskartellamt hat zu Beginn des Jahres 2010 Ermittlungen hinsichtlich der Höhe der Entgelte für die Nutzung von Geldautomaten eingeleitet. Ein im Verlauf des Verfahrens im April 2010 gemachter Kompromissvorschlag des Zentralen Kreditausschusses zur Einführung eines Höchstentgelts von 5 Euro scheiterte an Bedenken des Bundeskartellamtes, das diesen Betrag als zu hoch einschätzte, zumal derartige Höchstgrenzen sich in der Tendenz als Richtpreis auswirken können. Sparkassen und Volksbanken dagegen hielten das Angebot der im Bundesverband deutscher Banken e. V. (BdB) organisierten privaten Kreditinstitute, den Betrag auf 2 Euro zu deckeln, für zu niedrig.³³³ In engem zeitlichem Zusammenhang mit Ankündigungen gesetzlichen Einschreitens seitens der Exekutive³³⁴ und einer vom Bundeskartellamt gesetzten Frist einigten sich die Mitglieder des Zentralen Kreditausschusses schließlich darauf, das Interbankenentgelt durch ein Kundenentgelt abzulösen, das vor der Transaktion dem Kunden am Geldautomaten angezeigt wird.³³⁵ Daneben legten die BdB-Mitgliedsinstitute einseitig eine Höchstgrenze für derartige Entgelte von 2 Euro fest.³³⁶

599. Während das transparente Kundenentgelt einen gewissen Wettbewerb zwischen den (am Zentralen Kreditausschuss beteiligten) Betreibern von Geldautomaten ermöglicht, erheben insbesondere die Sparkassen weiterhin Entgelte von bis zu 10 Euro. Das Bundeskartellamt hat 2011 die Untersuchung hierauf konzentriert und zwischen März und August Transaktionsdaten und Preise einer repräsentativen Vielzahl von Regionalinstituten (Genossenschaftsbanken und Sparkassen) erhoben. Die ermittelten Kundenentgelte lagen zwischen 1,95 und 7,90 Euro bei einem Durchschnitt zwischen 4 und 5 Euro, wobei die Entgelthöhe nicht mit der ländlichen und städtischen Situation einzelner Institute korreliert. Die Auslastung dieser Geldautomaten war, auch im ländlichen Bereich, deutlich höher als bei vielen Privatbanken.

600. Das Bundeskartellamt prüft weiterhin die Kundenentgelte der Regionalinstitute.³³⁷ Eine Preissenkungsverfügung nach § 19 Absatz 4 Nummer 2, 3 i. V. m. § 32 GWB setzt jedoch unter anderem den Nachweis regionaler Marktbeherrschung der Adressaten im Einzelnen voraus. Daneben erscheinen vor dem Hintergrund des § 1 GWB die vier Geldautomaten-Pools von nicht unerheblicher kartellrechtlicher Bedeutung, da diese Kartelle vor allem in einzelnen Regionen erhebliche marktabschot-

³²⁷ Abhebungen von Kunden eines anderen Geldinstituts als demjenigen, das den betreffenden Geldautomat betreibt.

³²⁸ Vgl. etwa plakativ Seibel, K., Kartellamt setzt Banken bei Gebühren Ultimatum, Die Welt online, 16. April 2011.

³²⁹ Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V. (BVR), Bundesverband deutscher Banken e. V. (BdB), Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands e. V. (VÖB) und Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V. (DSGV).

³³⁰ Daneben bestehen weitere Vertragsnetzwerke, insbesondere für Abhebungen mit Kreditkarten.

³³¹ BKartA, Tätigkeitsbericht 1997/98, Bundestagsdrucksache 14/1139 vom 25. Juni 1999, S. 156 f.

³³² Das „Sparkassennetz“ der Sparkassengruppe, das „BankCard ServiceNetz“ der Volks- und Raiffeisenbanken, und PSD Banken, die „Cash Group“ der Deutschen Bank, HypoVereinsbank, Commerzbank, Postbank sowie der „CashPool“ der BBBank, National-Bank, Santander Consumer Bank, Sparda-Banken, TARGOBANK und weiterer Kreditinstitute.

³³³ Vgl. Osman, Y./Nagl, H./Neuerer, D., Banken können sich nicht auf einheitliche Gebühren einigen, Handelsblatt online, 18. August 2010.

³³⁴ Vgl. Nagl, H./Neuerer, D., Regierung droht Banken mit Gesetz gegen Gebühren-Wucher, Handelsblatt online, 19. August 2010.

³³⁵ Vgl. Bundesverband öffentlicher Banken, Pressemitteilung vom 25. August 2010, ZKA: Deutsche Kreditwirtschaft einigt sich auf kundenfreundliche Lösung für Fremdadhebungen an Geldautomaten. Diese Regelung wird seit 15. Januar 2011 praktiziert.

³³⁶ Vgl. zum Ganzen auch BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/10, a. a. O., S. 91.

³³⁷ Vgl. etwa Reuters Agenturmeldung: Kartellamt will weitere Senkung von Geldautomaten-Gebühren, Handelsblatt online, 24. Juni 2011.

tende Wirkung haben könnten. Sowohl die Durchsetzung des Kartellverbots als auch die Abstellung eventueller Missbräuche dürften insoweit erheblichen weiteren Verfahrensaufwand verursachen. Eine Lösung der Problematik auf Grundlage der Ermittlungsergebnisse des Bundeskartellamtes als Zusagenentscheidung gegenüber den Mitgliedern des Zentralen Kreditausschusses könnte hier erheblichen Verfahrensaufwand vermeiden und Rechtssicherheit herzustellen helfen.³³⁸

3.2.3 Aspekte des Vorgehens der Kartellbehörden im Wassersektor

601. Die leitungsgebundene Lieferung von Trinkwasser erfolgt regelmäßig in geschlossenen Netzen. Daraus ergibt sich in aller Regel eine Monopolstellung des lokalen Anbieters. Aus der Wettbewerbslosigkeit der Lieferverhältnisse folgen häufig nur geringe Anreize zur produktiven Effizienz, was wiederum ungerechtfertigt hohe Preise zur Folge haben kann.³³⁹ Die Landeskartellbehörde Hessen hat hier in einem Pilotverfahren die Reichweite kartellbehördlicher Befugnisse höchststrichterlich klären lassen,³⁴⁰ was die Aktivität sowohl der Landeskartellbehörden als auch des Bundeskartellamtes in diesem Sektor befördert hat. Zuletzt haben vor allem die Preissenkungsverfügung der baden-württembergischen Landeskartellbehörde gegen die Stadtwerke Calw GmbH bzw. die Aufhebung dieser Entscheidung durch das Oberlandesgericht Stuttgart³⁴¹ sowie die bekannt gewordenen Preismissbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes gegen die Berliner Wasserbetriebe und die Stadtwerke Mainz öffentlich für Aufsehen gesorgt.

602. Die Erfassung von in öffentlich-rechtlicher Form betriebenen Wasserversorgern stellt nicht zuletzt vor dem Hintergrund der zunehmend zu beobachtenden „Flucht ins Gebührenrecht“ ein wesentliches Problem der Durchsetzung von Effizienzmaßstäben in der Trinkwasserversorgung dar; zu diesem Aspekt werden aktuell Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Gesetzgebers der 8. GWB-Novelle erwartet.³⁴²

3.2.3.1 Würdigung der Verfahren des Bundeskartellamtes nur eingeschränkt möglich

603. Das Verfahren des Bundeskartellamtes gegen die Berliner Wasserbetriebe wegen überhöhter Preise war zum Redaktionsschluss dieses Gutachtens noch nicht abgeschlossen. Die Behörde war bereits Ende 2011 nach einer eigenen Erhebung bestimmter Erlöse von Wasserver-

sorgern auf Grundlage einer vorläufigen rechtlichen Bewertung zu dem Schluss gekommen, dass die Wasserpreise in Berlin überhöht waren und in den Jahren 2012, 2013 und 2014 um durchschnittlich rund 19 Prozent gegenüber dem Jahr 2010 abgesenkt werden müssten.³⁴³ Am 5. Dezember 2011 hat das Bundeskartellamt eine Abmahnung an die Berliner Wasserbetriebe gesandt. Auf eine Stellungnahme des Unternehmens hin erfolgte eine Nachermittlung bestimmter Preise in einzelnen Jahren. Am 2. April 2012 hat das Amt daraufhin eine erneute Abmahnung versendet und darin den Verdacht auf Preismissbrauch grundsätzlich beibehalten.³⁴⁴

604. Neben dem Verfahren gegen die Stadtwerke Mainz handelt es sich bei dem Verfahren gegen die Berliner Wasserbetriebe um das erste wichtige Preismissbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes im Wassersektor, weshalb eine Ausstrahlungswirkung auf die zukünftige Fallpraxis des Amtes und der Landeskartellbehörden in diesem Sektor wahrscheinlich ist. Vor diesem Hintergrund hätte die Monopolkommission eine Würdigung grundsätzlicher Elemente des rechtlichen und methodischen Vorgehens für wünschenswert erachtet, ohne dabei dem Ausgang des kartellrechtlichen Verfahrens vorgreifen zu wollen. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Monopolkommission einerseits den konstruktiven Austausch mit den zuständigen Mitarbeitern des Bundeskartellamtes, bedauert es jedoch andererseits, dass das Amt von dem etablierten und in § 46 Absatz 2a GWB festgelegten Verfahren abgewichen ist und es der Monopolkommission verweigert hat, Zugang zu den erfolgten Abmahnungen und der genutzten Datenbasis zu nehmen.³⁴⁵ Ohne konkreten Einblick in die angewendete Prüfmethode kann eine Würdigung dieses Verfahrens durch die Monopolkommission nicht erfolgen.

605. Die Stadtwerke Mainz sind Anfang Mai 2012 in einem Preismissbrauchsverfahren gemäß § 32b GWB die Verpflichtung eingegangen, ihre Wasserpreise (ohne Abgaben und Steuern) ab dem 1. Januar 2013 um rund 15 Prozent zu senken.³⁴⁶ Die Preissenkung bezieht sich auf das Preisniveau von 2010 und schreibt dieses bis zum Jahr 2019 fest. Sie richtet sich auf den abgabenbereinigten Durchschnittserlös und sieht keinen Inflationsausgleich vor; die Verteilung der Absenkungen auf die einzelnen Tarife liegt im Ermessen der Stadtwerke Mainz.

606. In dem Verfahren hat das Bundeskartellamt die Höhe der Entgelte der Stadtwerke Mainz mit denjenigen anderer großstädtischer Wasserversorger verglichen, die bereits im Rahmen des Verfahrens gegen die Berliner Wasserbetriebe ermittelt worden waren. Dabei hat sich ergeben, dass die Mainzer Wasserpreise und Erlöse sowohl über den

³³⁸ Vgl. etwa dpa: Kartellamt-Mahnung: Immer noch zu hohe Gebühren am Automaten, Handelsblatt online, 8. Januar 2012.

³³⁹ Vgl. zu diesem Markt eingehender bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 1 ff.

³⁴⁰ BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010, KVR 66/08 „Wasserpreise Wetzlar“; vgl. dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 13 ff.

³⁴¹ OLG Stuttgart, Beschluss vom 25. August 2011, 201 Kart 2/11 „Energie Calw“, aufgehoben und zurückverwiesen durch den Bundesgerichtshof; vgl. „Stunde Null beim Wasserpreis-Streit“, Schwarzwälder Bote online, 18. Mai 2012.

³⁴² Vgl. eingehender Tz. 413 f.

³⁴³ BKartA, Pressemeldung vom 5. Dezember 2011, Bundeskartellamt mahnt Berliner Wasserbetriebe wegen überhöhter Trinkwasserpreise ab.

³⁴⁴ BKartA, Pressemeldung vom 2. April 2012, Bundeskartellamt mahnt Berliner Wasserbetriebe erneut ab und beabsichtigt Preissenkung bei Trinkwasser von insgesamt 292 Mio. Euro für die Jahre 2012 bis 2015.

³⁴⁵ Vgl. Tz. 160 ff.

³⁴⁶ BKartA, Beschluss vom 8. Mai 2012, B8-159/11.

Preisen und Erlösen vergleichbarer Wasserversorger als auch über dem bundesweiten Durchschnitt der Preise und Erlöse der Wasserversorger in den 38 größten Städten Deutschlands liegen. Aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung hat das Bundeskartellamt auf seiner Datenbasis eine Gesamtwürdigung vorgenommen und auf weitere Ermittlungen bezüglich der konkreten Vergleichbarkeit einzelner vergleichbarer Unternehmen verzichtet.

607. Derartige Preissenkungsverfügungen können grundsätzlich geeignet sein, missbräuchlich überhöhte Preise abzustellen und die betroffenen Unternehmen zu verstärkten Effizienzanstrengungen anzureizen. Die Monopolkommission bedauert jedoch, dass bei der bislang erkennbaren Vorgehensweise des Bundeskartellamtes einerseits für dritte Unternehmen – soweit für die Monopolkommission erkennbar³⁴⁷ – keine Preissetzungsmaßstäbe ableitbar sind. Andererseits hat der erhebliche Datenerfassungsaufwand für 39 Wasserversorger – jedenfalls bislang – nur zu zwei Verfügungen mit sehr unterschiedlichen Zeithorizonten geführt, während die Effizienz der übrigen überprüften Unternehmen unklar bleibt. Angesichts dieser Praxis des Bundeskartellamtes erneuert die Monopolkommission ihre Forderung nach einer Regulierung dieses Bereichs.³⁴⁸ Die grundsätzlich laufend und breiter notwendige Überprüfung der Trinkwasserpreise an Effizienzmaßstäben erscheint auf kartellrechtlicher Grundlage kaum möglich.

3.2.3.2 Kooperation und Synergien im Netz der deutschen Kartellbehörden

608. Die meisten Wasserversorger sind nur innerhalb eines Bundeslandes tätig, was regelmäßig zur Zuständigkeit der jeweiligen Landeskartellbehörde führt. Zwischen den Landeskartellbehörden und dem Bundeskartellamt können Verfahren in beide Richtungen abgegeben werden, was formell einen Antrag der Kartellbehörde voraussetzt, die zuständig werden soll; materiell muss die Abgabe „auf Grund der Umstände der Sache angezeigt“ sein (§ 49 Absatz 3 und 4 GWB). Bei Einvernehmen der Kartellbehörden wird die Kartellbehörde zuständig, an die abgegeben wurde. Im Fall der Berliner Wasserbetriebe hatte offenbar der Berliner Wirtschaftssenator den Antrag des Bundeskartellamtes auch angeregt, um Interessenkonflikte zu vermeiden.³⁴⁹ Derartige Verfahrensabgaben können aber auch erfolgen, wenn die Kapazitäten einer Landeskartellbehörde nicht ausreichen oder sonst wesentliche Verfahrenseffizienzen durch die Abgabe möglich erscheinen.³⁵⁰ Gesetzlich ist das

Bundeskartellamt für all jene Unternehmen zuständig, deren Aktivitäten mehr als ein Bundesland berühren, im Fall der Stadtwerke Mainz etwa deshalb, weil neben dem rheinland-pfälzischen Mainz auch das hessische Wiesbaden mit Trinkwasser beliefert wurde.

609. Die Landeskartellbehörden der verschiedenen Bundesländer haben seit der Klärung der Beweislastverteilung durch die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs aus 2010³⁵¹ ihre Aktivitäten in diesem Sektor überwiegend verstärkt. In diesem Zusammenhang hat die Monopolkommission eine Erhebung des Vorgehens der Landeskartellbehörden durchgeführt. Tabelle IV.1 stellt die Unterschiede hinsichtlich der Situation und des kartellbehördlichen Vorgehens in den jeweiligen Ländern dar.

610. Untersuchungstiefe und -methoden der einzelnen Kartellbehörden im Trinkwasserbereich sind äußerst heterogen, was sich zum einen aus der sehr unterschiedlichen Ressourcenausstattung der 16 Landeskartellbehörden,³⁵² zum anderen jedoch auch aus deren fehlender Unabhängigkeit und ihrer unmittelbaren politischen Anbindung ergibt. Vor dem Hintergrund der sehr unterschiedlich weit fortgeschrittenen Erfahrungen der einzelnen Kartellbehörden lag eine Koordination und Kooperation der Kartellbehörden nahe. Eine solche findet grundsätzlich auf zwei Ebenen statt: einerseits bilateral zwischen einzelnen Behörden, nicht selten informell auf persönlicher Basis, andererseits im Rahmen der beiden Plattformen Kartellreferententagung des Bundes und der Länder (mit allgemeiner Zuständigkeit) sowie Arbeitsausschuss Versorgungswirtschaft (mit Schwerpunkt auf regulierungsnahe Infrastrukturbereiche). Die Intensität des Austauschs variiert über die Zeit und abhängig von den jeweils behandelten Themen; eine mit dem International Competition Network (ICN) oder dem European Competition Network (ECN)³⁵³ vergleichbare institutionelle Verfestigung wird jedoch – nicht nur ressourcenbedingt – bedauerlicherweise nicht erreicht.

611. Im Rahmen des Arbeitsausschuss Versorgungswirtschaft fand auch eine Koordination der Kartellbehörden im Zusammenhang mit den Preismissbrauchsverfahren im Bereich der Trinkwasserversorgung statt: Zum einen wurden die Erfahrungen der Kartellbehörden ausgetauscht; zum anderen wurde unter Beiziehung auch externer Experten ein gemeinsamer Fragebogen des Bundeskartellamtes und der Landeskartellbehörden zur Abfrage verfahrensrelevanter Daten erstellt, der auch Gegenstand einer Verbändeanhörung im Bundeswirtschaftsministerium war. Auf dessen Grundlage wären die erhobenen Daten länderübergreifend vergleichbar gewesen und hätten von den Behörden zur besseren Ermittlung von Vergleichsgruppen der Trinkwasserunternehmen her-

³⁴⁷ Entgegen der in der Vergangenheit geübten Praxis und der expliziten Gesetzeslage hat die Monopolkommission in diesen Verfahren keine Akteneinsicht beim Bundeskartellamt nehmen können.

³⁴⁸ Vgl. eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 20 ff.

³⁴⁹ So ist die Berliner Landeskartellbehörde Teil der Senatsverwaltung für Wirtschaft, während der Wirtschaftssenator gleichzeitig Aufsichtsratsvorsitzender der Berliner Wasserbetriebe ist; vgl. etwa Schlandt, J., Senat gibt Zuständigkeit an Bundesbehörde ab und hofft auf sinkende Preise für Verbraucher: Kartellamt knüpft sich Berliner Wasserpreise vor, Berliner Zeitung, 18. März 2010.

³⁵⁰ Eine solche Abgabeverfügung ist nicht eigenständig angreifbar; vgl. KG, Beschluss vom 28. April 2008, 2 KART 1/08 „GASAG“.

³⁵¹ BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010, KVR 66/08 „Wasserpreise Wetzlar“.

³⁵² Eine Liste der einzelnen Landeskartellbehörden mit Kommunikationsadressen findet sich auf der Webseite des Bundeskartellamtes, <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/service/LKB.php>

³⁵³ Vgl. zu diesen beiden internationalen Netzwerken Tz. 670 f.

Tabelle IV.1

Vergleich des Vorgehens der Landeskartellbehörden bei Wasserpreisen

Bundesland	Eigene Datenerhebung		Benchmarking-Projekt der Kartellbehörde¹	Preismissbrauchsverfahren	Prüfmethodik: Erlösvergleich/ Tarifvergleich/ Kostenprüfung	Anzahl an privatwirtschaftlich organisierten Wasserversorgern im Bundesland
	innerhalb des Bundeslandes	Kooperation mit anderen Bundesländern				
Baden-Württemberg	nur Wasserpreistabelle	nein	nur Wasserpreistabelle	ja, 2 Unternehmen	Kostenprüfung	83
Bayern	Abschätzung (keine Datenerhebung über Fragebogen)	nein, nur Vergleich mit Preisen anderer Bundesländer als Orientierungswert	nein	5 Unternehmen geprüft, Einiungslösungen ohne Verfügung	Kostenprüfung	73 (insgesamt ca. 2.300)
Berlin	Berliner Wasserbetriebe sind der einzige Wasserversorger; hier Abgabe an das Bundeskartellamt					
Brandenburg	ja	in einem Fall	nein	bisher keine offiziellen Verfahren 5 Unternehmen nach 2010er Datenerhebung aufgefallen	Tarif- und Erlösvergleich, ergänzend Kostenprüfung	ca. 43
Bremen	nein	nein	nein	nein	–	2
Hamburg	Hamburg wird länderübergreifend mit Wasser versorgt, weshalb die Zuständigkeit bei Preismissbräuchen hier beim Bundeskartellamt liegt					
Hessen	ja	ja	nur Wasserpreistabelle	ja, gegen 9 Unternehmen	Tarifvergleich, ergänzend Erlösvergleich	41 bis 43
Mecklenburg-Vorpommern	nein (nicht aktuell)	nein	nein	nein	–	–
Niedersachsen	ja	zwei Datensätze	nur Wasserpreistabelle	8 bzw. 9 Unternehmen wegen Missbrauchsverdacht angeschrieben	Tarifvergleich	ca. 170 (insgesamt ca. 260)
Nordrhein-Westfalen	nein	nein	ja	nein ²	Kostenprüfung	(insgesamt ca. 400)
Rheinland-Pfalz	ja	nein	nein	nur Vorprüfung	Tarifvergleich	(ca. 25, überwiegend öffentlich-rechtlich)
Saarland	nein (geplant)	nein, wird in Zukunft aber sicher gebraucht werden	nein	nein	–	(insgesamt ca. 40)

noch Tabelle IV.1

Bundesland	Eigene Datenerhebung		Benchmarking-Projekt der Kartellbehörde ¹	Preismisbrauchsverfahren	Prüfmethodik: Erlösvergleich/ Tarifvergleich/ Kostenprüfung	Anzahl an privatwirtschaftlich organisierten Wasserversorgern im Bundesland
	innerhalb des Bundeslandes	Kooperation mit anderen Bundesländern				
Sachsen	ja, im Rahmen einer Sektoruntersuchung	nein	nein	keine offiziellen Verfahren, Preissenkungsverpflichtung bei 6 bis 7 Unternehmen	Tarifvergleich	36
Sachsen-Anhalt	ja, im Rahmen einer Sektoruntersuchung	nein	ja	ja, 10 Unternehmen ³	Tarifvergleich, ergänzend Erlösvergleich	37 (insgesamt 77)
Schleswig-Holstein	nein (geplant) ⁴	nein	nein	nein	–	(insgesamt ca. 500)
Thüringen	ja	nein	nein	nein	–	21 (insgesamt 68)

¹ In den meisten Fällen jedoch anderweitige Benchmarking-Projekte bekannt.

² Tätigwerden nur auf Einzelbeschwerde; bisher keine offiziellen Verfahren.

³ Bei der Hälfte der Unternehmen bereits Preissenkungseinigung erreicht.

⁴ Problem der sehr regionalisierten Struktur der Wasserbetriebe, teilweise als Genossenschaften.

Quelle: Angaben der Landeskartellbehörden auf Anfrage der Monopolkommission

angezogen werden können. In Bezug auf die anzuwendenden Methoden konnte jedoch kein Konsens erzielt werden; in der Folge wurde der Fragebogen nur in teils erheblich abgewandelter Form verwendet. Die so erhobenen Daten gewährleisteten eine nur sehr eingeschränkte Vergleichbarkeit, was die Ermittlung von Vergleichsmaßstäben stark erschwert. Auch dass die Tätigkeiten der einzelnen Behörden auf den gewonnenen Erfahrungen anderer Behörden aufbauen würden, ist nur teilweise ersichtlich.

612. Auf Grundlage der Erhebung der Monopolkommission ist die Nutzung von Synergien durch die Kartellbehörden in diesem Bereich möglicherweise verbesserungsfähig. Dabei erscheint zumindest denkbar, dass nicht zuletzt politische Erwägungen eine stringenter Durchsetzung des Kartellrechts in diesem Bereich behindern. Die sich hier zeigenden Schwierigkeiten in der Praxis der Landeskartellbehörden unterstreichen die Forderung der Monopolkommission nach einer sektorspezifischen Regulierung des Bereichs.

3.2.3.3 Benchmarking als anreizregulierungsähnliches Instrument?

613. Eine Reihe von Landeskartellbehörden führt keine oder nur wenige formelle Verfahren, stützt sich jedoch auf ein Benchmarking der Trinkwasserversorgung; teilweise werden derartige Projekte auch von oder in Zu-

sammenarbeit mit anderen Landesministerien oder in Initiative der Branche³⁵⁴ durchgeführt. Benchmarking ist ein Begriff aus der Betriebswirtschaftslehre und bezeichnet grundsätzlich einen systematischen und kontinuierlichen Prozess des Vergleichens von Produkten, Dienstleistungen und Prozessen verschiedener Unternehmen in qualitativer und/oder quantitativer Hinsicht. Der Begriff umfasst – abhängig vom Detaillierungsgrad und der Breite der erfassten Kriterien – ein breites Spektrum, das von bloßen Kennziffernvergleichen bis hin zu detaillierten Prozessvergleichen reicht. Entsprechend ist der Nutzen eines Benchmarkings stark abhängig von der genauen Ausgestaltung. Ein Vergleich der Leistungen und Kostenpositionen einzelner Betriebe kann die Teilnehmer grundsätzlich zu Verbesserungen anreizen, da sie ihr jeweiliges Verbesserungspotenzial vor Augen geführt bekommen. Vielfach jedoch scheinen Benchmarking-Projekte lediglich zur Demonstration der fehlenden Notwendigkeit einer Veränderung des Status quo zu dienen und so in ihrer Zielrichtung ins Gegenteil verkehrt zu werden. Innerhalb der Wasserbranche steht wohl die überwiegende Mehrzahl der Betriebe dem Benchmarking kritisch gegenüber, während einige dadurch bereits echte Fortschritte erzielen konnten.

³⁵⁴ Vgl. etwa Arbeitsgemeinschaft Trinkwassertalsperren e. V. (ATT) u. a. (Hrsg.): Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2011, Bonn 2011.

614. Die Monopolkommission hält derartige Projekte grundsätzlich für geeignet, die Effizienz in der Wasserwirtschaft zu verbessern; vom theoretischen Ansatz her ähneln sie dem in regulierten Bereichen verwendeten Konzept des Effizienzvergleichs. Vorzüge insbesondere eines detaillierten Prozessbenchmarkings sind vor allem das Entstehen gewisser Anreize zur Effizienzsteigerung und das Aufzeigen konkreter Verbesserungspotenziale.

615. Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Benchmarkings sind jedoch vor allem die Verpflichtung zur Teilnahme jedenfalls für einen Großteil der Betriebe, eine (gewisse) Transparenz der Ergebnisse sowie echte Vergleichbarkeit und ein Detaillierungsgrad der verwendeten Kriterien, der die Erkennung von Ineffizienzen gestattet. Die in der Branche bestehenden Ansätze erfüllen diese Voraussetzungen höchstens zum Teil, insbesondere was die Teilnahmeverpflichtung und die Vergleichbarkeit der zugrunde gelegten Kennziffern angeht. Insoweit ist das Benchmarking in seiner heutigen Form bestenfalls geeignet, die kartellrechtliche Preismissbrauchsaufsicht oder besser Regulierung zu komplementieren.

3.2.3.4 Maßstäbe der Trinkwasser-Preismissbrauchsaufsicht: Kosten- oder Erlösprüfung

616. Im Februar 2011 hatte das baden-württembergische Wirtschaftsministerium gegen die Stadtwerke Calw GmbH eine Preismissbrauchsverfügung erlassen. Diese sollte die Stadtwerke Calw dazu verpflichten, rückwirkend für die Jahre 2008 und 2009 bei allen Tarifwasserkunden bei der Berechnung der Wasserentgelte einen Nettopreis von nicht mehr als 1,82 Euro je Kubikmeter anzulegen. Im August 2011 hob das Oberlandesgericht Stuttgart die Preissenkungsverfügung des baden-württembergischen Wirtschaftsministeriums als Landeskartellbehörde gegen die Stadtwerke Calw auf.³⁵⁵ Als Grund für die Aufhebung nennt das Gericht unter anderem die Art der Prüfmethode und deren Anwendung durch die Landeskartellbehörde, die die Preise des Versorgers kontrolliert habe.

617. Die Landeskartellbehörde hatte das Verfahren ausdrücklich auf das allgemeine Missbrauchsverbot gemäß § 19 GWB gestützt und in diesem Rahmen eine Kostenkontrolle durchgeführt. § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB verbietet einem marktbeherrschenden Unternehmen, Entgelte zu fordern, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb einstellen würden. Die Vorschrift nennt dabei das sog. Vergleichsmarktkonzept als eine mögliche Prüfmethode. Dabei werden Preise auf anderen vergleichbaren Märkten als wettbewerbliche Referenzpreise herangezogen. Eine andere Möglichkeit, die Preise eines marktbeherrschenden Unternehmens zu prüfen, ist die sog. Kostenkontrolle. Dabei ermittelt die

Kartellbehörde aus den berücksichtigungsfähigen Kosten einen Vergleichspreis.

618. War bisher in der Regel angenommen worden, dass die Kartellbehörde die Wahl hat, die adäquate Prüfmethode gemäß § 19 GWB selbst zu wählen, überrascht die Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart insofern, als ein Vorrang des Vergleichsmarktkonzepts festgestellt wird.³⁵⁶ Eine Kostenkontrolle sei nur nachrangig möglich. Liege hingegen – wie im gegebenen Fall – eine ersichtlich vollständige Übersicht über die Tarife der privaten Wasserversorger vor, so sei von diesem Vergleichsmarkt im Rahmen der Missbrauchsbewertung auszugehen.

619. Das Gericht monierte zudem, dass auch die Durchführung der Kostenkontrolle mittels einer eigenen Kalkulation der Landeskartellbehörde unter analoger Heranziehung der Vorgaben nach der Stromnetzentgeltverordnung bzw. der Gasnetzentgeltverordnung nicht zulässig gewesen sei. Denn dieser gezogenen Analogie stehe schon der manifestierte Wille des Gesetzgebers entgegen, der sich hinsichtlich der Kontrolle des Wassersektors deutlich anders darstelle als bei Strom und Gas.³⁵⁷

620. Die verschiedenen Möglichkeiten zur Ermittlung eines Referenzpreises, der sich bei wirksamem Wettbewerb eingestellt hätte, umfassen als bekannteste Methoden vor allem die Kostenprüfung und das Vergleichsmarktkonzept, wobei Letzteres in unterschiedlichen Formen angewendet werden kann. Das Vergleichsmarktkonzept zieht einen Preis auf vergleichbaren Märkten als Referenzpreis heran, der sich – wie das Konzept implizit unterstellt – bei wirksamem Wettbewerb eingestellt hätte. Im Wassersektor kommt eine Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts als Tarif- und Erlösvergleich in Betracht, wonach das Vergleichsunternehmen je nach Anwendungsform aufgrund niedriger Tarife oder Erlöse auszuwählen ist. Unter diesen Anwendungsformen ist der Erlösvergleich in der Regel die aufwendigere, aber exaktere und vor diesem Hintergrund vorzugswürdige Methode. Er erlaubt durch die Bildung eines Durchschnittserlöses z. B. auch den Vergleich mehrteiler Tarife.

621. Derweil basiert die Kostenprüfung auf der Idee, dass Unternehmen bei wirksamem Wettbewerb in der Lage sind, gerade ihre Kosten zu decken, und dass aus der Berechnung der Kosten somit ein wettbewerbskonformer Preis gebildet werden kann. Dabei wird implizit ein Polypol-Wettbewerb bzw. ein Bertrand-Nash-Preissetzungsverhalten unterstellt. Dies muss nicht grundsätzlich dem Marktergebnis auf vielen Märkten entsprechen, für die gemeinhin wirksamer Wettbewerb unterstellt wird.

³⁵⁵ OLG Stuttgart, Beschluss vom 25. August 2011, 201 Kart 2/11 „Energie Calw“; aufgehoben und zurückverwiesen durch den Bundesgerichtshof; vgl. „Stunde Null beim Wasserpreis-Streit“, Schwarzwälder Bote online, 18. Mai 2012.

³⁵⁶ So war bisher davon ausgegangen worden, die Kostenprüfung könne auch als alleinige Prüfmethode gemäß § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB im Kartellrecht Anwendung finden; vgl. Monopolkommission, Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel?, Sondergutachten 47, Baden-Baden 2007, Tz. 19; Engelsing, F., Konzepte der Preismissbrauchsaufsicht im Energiesektor, Zeitschrift für Neues Energierecht 7(2), 2003, S. 111–118; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. April 2002, VI-Kart 2/02 (V).

³⁵⁷ Vgl. OLG Stuttgart, 201 Kart 2/11.

Allerdings können Sicherheits- und Erheblichkeitszuschläge bei der kartellrechtlichen Kostenprüfung dazu führen, einen so ermittelten Referenzwert auch in dieser Hinsicht besser abzusichern.³⁵⁸

622. Die Monopolkommission teilt die Auffassung des Oberlandesgerichts Stuttgart nicht, wonach die Kostenprüfung gegenüber dem Vergleichsmarktkonzept grundsätzlich nachrangig sein soll. Nach Auffassung der Monopolkommission lässt es sich vielmehr nicht generell bestimmen, ob es sich bei einer bestimmten Form des Vergleichsmarktkonzepts oder bei der Kostenprüfung um die vorzugswürdigere Prüfmethode handelt. So kann auch die Validität der Ergebnisse eines Erlösvergleichs aus verschiedenen Gründen infrage zu stellen sein. Hierzu zählen insbesondere Einschränkungen der Vergleichbarkeit der Märkte z. B. aufgrund von Unterschieden bei den Gütern oder bei den Versorgungskosten. Eine weitere Möglichkeit, bei der der Erlösvergleich nicht zwingend adäquat erscheint, betrifft den Fall, dass Hinweise dafür vorliegen, dass die Unternehmen im Vergleichsmarkt unter Kosten anbieten. Dieser Fall hatte sich in den Heizstromverfahren des Bundeskartellamts ergeben und wird in Abschnitt 3.2.4 kritisch bewertet. Ein grundsätzliches Problem des Vergleichsmarktkonzepts ergibt sich auf Monopolmärkten dann, wenn wie hier wiederum nur Monopolpreise für den Vergleich zur Verfügung stehen. Denn die Vermutung effizienter Preise gilt nur auf den von § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB genannten Märkten mit wirksamem Wettbewerb. Der Vergleich von Monopolpreisen mit Monopolpreisen erscheint insoweit wenig aussagekräftig. Monopolpreise stellen daher in aller Regel einen nur sehr eingeschränkt als Vergleichsmaßstab geeigneten Anhaltspunkt dar.³⁵⁹

623. Auch die Kostenprüfung weist verschiedene Probleme auf. Hierzu zählen insbesondere die Verrechnung von Gemeinkosten (vor allem bei Kuppelprodukten), die Effizienzprüfung und die zwingend notwendige Ermittlung der Kapitalkosten.³⁶⁰ Je nachdem wie ausgeprägt diese Schwierigkeiten in einem konkreten Fall vorliegen, können sie eine adäquate Anwendung der Kostenprüfung auch vollständig ausschließen.

624. Vor dem Hintergrund der Vorzüge und Probleme beider Methoden ist eine Abwägung und Entscheidung im Einzelfall erforderlich. Die Auffassung des Oberlandesgerichts Stuttgart ist insoweit ökonomisch fragwürdig und widerspricht den Anforderungen der Praxis. Denn anders als der Erlösvergleich ist der Tarifvergleich ein

weitaus ungenaueres Verfahren, um das tatsächliche Preisniveau im Rahmen des Vergleichsmarktkonzepts zu überprüfen. Vielmehr stellt sich die Frage, ob ein deutlich aufwendigerer Erlösvergleich zu geringeren Prüfproblemen geführt hätte als die durchgeführte Kostenprüfung. Allerdings stimmt die Monopolkommission mit dem Oberlandesgericht Stuttgart insoweit überein, als die Maßstäbe der Kostenkalkulation regulierter Bereiche nicht unbedingt auf andere Sektoren übertragbar sind. Hier sieht die Monopolkommission insbesondere dann ein Problem, wenn es auf diese Weise zu einer bestimmten Verrechnung von Gemeinkosten im Rahmen der kartellrechtlichen Prüfung kommt, obwohl den betroffenen Unternehmen zum Zeitpunkt ihrer Preissetzung die angewendete Kalkulationsmethode nicht bekannt war.

625. Die Monopolkommission fordert, die Anwendung des Prüfkonzepts in das Ermessen der Kartellbehörde zu stellen und nicht eine bestimmte Methodik zur Ermittlung eines Referenzpreises als vorzugswürdig festzulegen. Die fehlerfreie Ermessensausübung der Kartellbehörde bleibt insoweit der gerichtlichen Überprüfung unterworfen (§ 71 Absatz 5 GWB).

3.2.4 Methodische Aspekte der Preismissbrauchsverfahren im Energiesektor, speziell im Heizstromsektor

626. Seit Ende 2007 verfügt das Bundeskartellamt neben der allgemeinen Missbrauchsaufsicht nach § 19 GWB mit dem befristet eingeführten § 29 GWB über ein weiteres rechtliches Instrument, um speziell den Preismissbrauch auf Energiemärkten zu unterbinden.³⁶¹ In den letzten Jahren ist das Amt mehrmals wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Preise gegen einzelne Energieversorger vorgegangen. In seiner Anwendungspraxis der speziellen Missbrauchsaufsicht hat sich das Bundeskartellamt bis heute ausschließlich auf die Endkundenmärkte für Gas und Heizstrom konzentriert. Sowohl die Einführung als auch die konkrete Anwendungspraxis des § 29 GWB sind von der Monopolkommission in der Vergangenheit kritisch begleitet worden.³⁶²

627. Bis 2012 hatten sämtliche auf die Vorschrift des § 29 GWB gestützten Missbrauchsverfahren gemeinsam, dass sie aufgrund von verbindlichen Zusagen der Unter-

³⁵⁸ Zur Ermittlung des Erheblichkeitszuschlags vgl. Tz. 641 ff.

³⁵⁹ Einen Vorrang des Vergleichsmarktkonzepts hatte der Bundesgerichtshof zwar in dem in diesem Zusammenhang oft zitierten Verfahrens „Papiergroßhandel“ gesehen; vgl. BGH, Beschluss vom 19. Juni 2007, KRB 12/07. Allerdings handelte es sich in diesem Fall um eine Mehrerlösberechnung in einem Kartellverfahren. Da neben dem konkreten wettbewerbsbeschränkenden Verhalten auch weitere Faktoren den Preis beeinflussen können, handelte es sich bei dem erzielten Mehrerlös nicht zwingend um den Unterschied zwischen erzieltm Erlös und wirksamem Wettbewerb. Die Auffassung des Bundesgerichtshofs in diesem Fall kann daher nicht auf § 19 Absatz 4 Nummer 2 übertragen werden.

³⁶⁰ Vgl. Tz. 633 ff.

³⁶¹ Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels (PreisMissbrBekG) vom 18. Dezember 2007, BGBl. I S. 2966 (Nr. 66) [Geltung ab 22. Dezember 2007]. Methodisch entspricht der vom Gesetzgeber zunächst bis zum 31. Dezember 2012 befristete § 29 GWB im Wesentlichen den Eingriffsbefugnissen des § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB, zählt jedoch die zur Führung des Missbrauchs nachweises zulässigen Methoden auf. Von Bedeutung ist vor allem, dass gemäß § 29 Satz 1 Nummer 1 GWB die Beweislast für die strukturelle Vergleichbarkeit der betrachteten Unternehmen umgekehrt wird; Nummer 2 eröffnet zudem explizit die Kostenkontrolle auch als selbstständig mögliche Prüfmethode.

³⁶² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 47, a. a. O., Tz. 8 ff.; Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Sondergutachten 54, Baden-Baden 2009, Tz. 503 ff.; Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 710 ff.; Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 92 ff.

nehmen (in der Regel Rückzahlungen, Unterlassung von Preiserhöhungen und teilweise strukturelle Zusagen) eingestellt wurden. Im März 2008 hat das Bundeskartellamt Verfahren gegen 35 Gasversorger, die zusammen bundesweit rund 3,5 Mio. Haushalte beliefern, wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Gaspreise für Haushalts- und Gewerbekunden eingeleitet. Die Verfahren betrafen die Preisgestaltung in den Jahren 2007 und 2008 und wurden überwiegend im November 2008 abgeschlossen, nachdem die Unternehmen sich zu Zusagen bereit erklärt hatten. Neben diesen Verfahren im Gassektor hat das Amt im September 2009 auch im Heizstromsektor gegen 19 Heizstromanbieter Verfahren auf Grundlage der §§ 19 und 29 GWB eingeleitet.³⁶³ Ganz überwiegend kam es im Herbst 2010 auch hier zu Verfahrenseinstellungen aufgrund von Zusagen der Unternehmen. Eine Ausnahme stellt jedoch das Verfahren gegen die Entega Privatkunden GmbH & Co KG³⁶⁴ dar, in dem gegen die Verfügung des Amtes vom 19. März 2012 Beschwerde eingelegt wurde. Da damit erstmals eine gerichtliche Klärung eines auf § 29 GWB beruhenden Verfahrens zu erwarten ist, verdient dieser Fall besondere Aufmerksamkeit.

628. In früheren Gutachten hat die Monopolkommission bereits ausführlich dargelegt, warum sie sowohl die Vorschriften zur speziellen Missbrauchsaufsicht gemäß § 29 GWB als auch ihre konkrete Anwendung durch das Bundeskartellamt kritisch beurteilt. Fehlwirkungen sieht die Monopolkommission dabei einerseits generell in dem wettbewerbsbremsenden Effekt der strengen Ahndung von kalkulatorischen Preisüberhöhungen in solchen Märkten, in denen sich gerade Wettbewerb entwickeln soll. Andererseits weist auch die vom Bundeskartellamt angewendete Methodik bei der Überprüfung auf Preismissbräuche verschiedene Probleme auf, die eine Verstärkung dieser Fehlwirkungen zur Folge haben können. In diesem Zusammenhang hat sich die Monopolkommission in ihrem Energiegutachten 2011 ausführlich mit dem Vorgehen der entsprechenden Beschlussabteilung in den zum damaligen Zeitpunkt abgeschlossenen Heizstromverfahren beschäftigt.³⁶⁵ Da das Amt seine Vorgehensweise im nun abgeschlossenen Verfahren gegen Entega im Grundsatz beibehalten hat, erläutert die Monopolkommission wesentliche Probleme des Prüfverfahrens am Beispiel dieses Falls.

3.2.4.1 Vergleichsmaßstab bei der Anwendung des Erlösvergleichs mit gleichzeitiger Kostenkontrolle

629. Eine Kernfrage bei der Ahndung von Preishöhenmissbräuchen betrifft den Vergleichsmaßstab, anhand dessen festgestellt wird, ob das Preisniveau eines Unternehmens als missbräuchlich anzusehen ist. § 29 GWB

zählt dazu die zur Führung des Missbrauchsnachweises zulässigen Methoden auf und nennt in § 29 Satz 1 Nummer 1 GWB den Monopolmarktvergleich und in § 29 Satz 1 Nummer 2 GWB die Kostenprüfung. Neben diesen Prüfkonzepthen ist zudem generell festzustellen, dass § 29 GWB nach Vorstellung des Gesetzgebers auf Märkte gerichtet ist, in denen Wettbewerb nicht vollumfänglich besteht. Die Zielsetzung lässt sich deshalb nur dahin gehend verstehen, dass unabhängig von der gewählten Methodik als übergeordneter Preismaßstab mindestens ein effizienter Preis zu berücksichtigen ist, der sich auf Wettbewerbsmärkten einstellen würde.³⁶⁶

630. Im Rahmen der bis Mitte 2012 auf Grundlage von § 29 GWB geführten Verfahren hat sich das Bundeskartellamt stets auf den Erlösvergleich als Methodik gestützt. Dabei handelt es sich um die im allgemeinen Kartellrecht am besten bekannte Methode, um missbräuchlich überhöhte Preise festzustellen. Bei diesem Konzept werden die gesamten Erlöse, welche die Unternehmen auf dem betrachteten Markt erzielen, ermittelt und daraufhin ein Durchschnittserlös als Vergleichsmaßstab berechnet.

631. Im Vergleich zur Kostenprüfung stellt der Erlösvergleich in vielen Fällen das besser handhabbare Prüfkonzepth dar, da er gewöhnlich erlaubt, auf eine exakte und aufwendige Herleitung zulässiger Preise aus den den Unternehmen entstandenen Kosten zu verzichten. In den vorliegenden Verfahren im Heizstromsektor stand die Anwendung des Erlösvergleichs jedoch vor dem Problem, dass – wie das Bundeskartellamt in seinem Bericht Heizstrom erläutert – eine Vielzahl von Unternehmen im Markt Heizstrom zu nicht kostendeckenden Preisen anboten und daher negative Margen erzielten.³⁶⁷ Dies zeigten zum einen vorliegende Studien, zum anderen auch die eigene Untersuchung des Bundeskartellamtes, nach der selbst unter Anlegung von Effizienzkostenmaßstäben 2007 und 2008 nur jeweils rund zwei Drittel sowie 2009 nur gut die Hälfte der untersuchten Vertriebsunternehmen eine Kostendeckung erzielten.³⁶⁸ Eine Heranziehung der Erlöse des günstigsten Unternehmens als Vergleichsmaßstab hätte zur Folge, dass die Preissetzung der geprüften Heizstromversorger bereits dann als missbräuchlich bewertet werden könnte, wenn diese ihnen gerade eben gestattet, ihre Kosten zu decken. Ökonomisch erscheint jedoch schwerlich nachvollziehbar, dass es sich bei nicht kostendeckenden Erlösen um solche Erlöse handele, die sich bei wirksamem Wettbewerb eingestellt hätten. Folglich hat auch der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit für Verfahren nach § 19 GWB klargestellt, dass die ermittelte Erlösobergrenze eines betroffenen Unternehmens bei diesem nicht zu einer Kostenunterdeckung führen darf, es sei denn, die Kosten sind auf die mangelnde Ausschöpfung von Rationalisierungsreserven zurückzuführen.³⁶⁹

³⁶³ Das Bundeskartellamt hat seine gewonnenen Kenntnisse über den Markt und den Ablauf der Prüfung zudem in einem veröffentlichten Bericht relativ ausführlich dokumentiert; vgl. BKartA, Heizstrom – Marktüberblick und Verfahren, Bericht, September 2010.

³⁶⁴ BKartA, Beschluss vom 19. März 2012, B10-16/09.

³⁶⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Abschnitt 6.5.2.

³⁶⁶ Vgl. auch Bechtold, R., Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 6. Aufl., München 2010, § 29 Rn 20.

³⁶⁷ Vgl. BKartA, Heizstrom, a. a. O., S. 8.

³⁶⁸ Vgl. ebenda.

³⁶⁹ BGH, Beschluss vom 22. Juli 1999, KVR 12/98 „Flugpreisspaltung“.

632. Da das Bundeskartellamt zur Überprüfung der Preise dennoch einen Erlösvergleich durchgeführt hat, musste es prüfen, ob die geprüften Unternehmen in der Lage waren, mit dem angelegten Vergleichserlös ihre Kosten zu decken. Lag keine Kostendeckung vor, entfiel der Missbrauchsverdacht. Darüber hinaus hatte die Kostenprüfung indirekt erhebliche Auswirkungen auf den Erlösmaßstab, da solche Unternehmen, die keine Kostendeckung aufwiesen, auch nicht als Vergleichsunternehmen infrage kamen. Obwohl es sich bei der Vorgehensweise des Bundeskartellamtes vordergründig um einen Erlösvergleich handelt, basieren die Verfahren deshalb praktisch auch auf einer Kostenprüfung. Das Bundeskartellamt hat dabei im Wesentlichen nur zwei Kostenblöcke anerkannt: Beschaffungs- und Vertriebskosten. Für beide Kostenblöcke setzt das Amt jeweils nicht die tatsächlich entstandenen, sondern nur Effizienzkosten an, da sich nur effiziente Kosten auf einem fiktiven Wettbewerbsmarkt einpreisen lassen. Zur Ermittlung der Effizienzkosten hat die Beschlussabteilung einen Vergleich aller untersuchten Unternehmen durchgeführt und die Kosten des kostengünstigsten Unternehmens und des Durchschnitts der fünf kostengünstigsten Unternehmen (im Verfahren Entega³⁷⁰) sowie zusätzlich bei den Beschaffungskosten einen gewichteten Durchschnitt (laut Bericht Heizstrom³⁷¹) ermittelt, um auf diese Weise einen Maßstab für effiziente Kosten herzuleiten. Trotz dieser Effizienzvergleiche hat das Bundeskartellamt in seinem Verfahren gegen Entega für die Kostenprüfung letztlich jedoch die Kosten des Vergleichsunternehmens als effizienten Kostenmaßstab angesetzt, der um besondere Beschaffungseffekte korrigiert wurde. Der genaue Grund für die Wahl dieses Kostenmaßstabs geht aus der Entscheidung jedoch nicht hervor. Auch wird nicht deutlich, welcher der verschiedenen Kostenmaßstäbe bei der Auswahl der Vergleichsunternehmen herangezogen wurde.

633. Eine zentrale Kritik an den Verfahren im Heizstromsektor richtet sich darauf, dass das Bundeskartellamt sich auf buchhalterische und nicht auf ökonomische Kosten gestützt hat. Es verkennt dabei, dass Unternehmen selbst bei vollkommener Konkurrenz buchhalterische Gewinne erwirtschaften, die im ökonomischen Sinne jedoch Kosten darstellen.³⁷² Dabei handelt es sich um solche Kosten, die für den unternehmerischen Einsatz von Fremd- und Eigenkapital zwingend anfallen müssen. Die vollständige Nichtberücksichtigung von Kapitalkosten hat allerdings zur Folge, dass das Bundeskartellamt unterstellt, dass sich bei wirksamem Wettbewerb solche Kosten nicht erwirtschaften lassen und dass im Umkehrschluss die Erwirtschaftung der Kapitalkosten bereits

einen Missbrauch darstellen kann. Ihre Bedenken an diesem Vorgehen hat die Monopolkommission bereits in ihrem Sondergutachten 2011 ausführlich dargelegt. Im Verfahren gegen Entega hat das Bundeskartellamt diese Praxis allerdings unverändert gelassen.

634. Sowohl die ökonomische Validität als auch die Transparenz des Berechnungsmaßstabs, nach dem die Preissetzung von Unternehmen gemäß § 29 GWB überprüft werden kann, ist von herausgehobener Bedeutung. Da das Kartellrecht die betroffenen Unternehmen verpflichtet, Preise zu setzen, die sich in einer hypothetischen Wettbewerbssituation einstellen würden, muss der kostenrechnerisch vom Bundeskartellamt ermittelte Erlösmaßstab von den Unternehmen sowohl erreichbar als auch antizipierbar sein.

635. Vor diesem Hintergrund ist neben der Nichtberücksichtigung von Kapitalkosten auch die Berechnung weiterer Kostenpositionen durch das Bundeskartellamt kritisch zu sehen. So macht weder der Bericht Heizstrom noch der Beschluss im Fall Entega transparent, nach welchem Kriterium das Bundeskartellamt die am Ende tatsächlich anerkannten effizienten Kosten im konkreten Fall ermittelt. Die Durchschaubarkeit der hierzu herangezogenen Vergleichsmaßstäbe ist jedoch von hoher Wichtigkeit. In diesem Zusammenhang stellt auch der zu diesem Zweck von der Kartellbehörde herangezogene Vergleich der Beschaffungskosten ein erhebliches Problem dar, da den von der kartellrechtlichen Prüfung betroffenen Unternehmen die Konditionen anderer Unternehmen auf vergleichbaren Märkten zum Zeitpunkt ihrer eigenen Aktivitäten typischerweise nicht bekannt sind. In diesem Fall ist es den Unternehmen kaum möglich, sich so zu verhalten, dass sie den kartellrechtlichen Anforderungen nachkommen.

636. Zwar ist die Durchführung eines Effizienzvergleichs durch das Bundeskartellamt prinzipiell geeignet, die marktbeherrschenden Unternehmen anzuhalten, auch aus eigenem Interesse ein stärkeres Kostenbenchmarking durchzuführen und etwa ihr Beschaffungsverhalten marktgerecht zu gestalten. Unbillige Auswirkungen ergeben sich jedoch dann, wenn das Amt bei seiner Feststellung effizienter Kosten nur die jeweils günstigsten Beschaffungs- und Vertriebskosten aller Unternehmen anerkennt. Denn eine solche Vorgehensweise impliziert, dass bereits dann ein Missbrauch vorliegen kann, wenn Unternehmen Beschaffungs- und Vertriebskosten einpreisen, die auch nur marginal über denjenigen Kosten liegen, die das günstigste Unternehmen in sämtlichen Vergleichsmärkten aufweist. Diese waren den übrigen Unternehmen zum Zeitpunkt ihrer Preissetzung jedoch gar nicht bekannt.

637. Eine solche Heranziehung des jeweiligen Bestpreises als Kostenmaßstab entspricht allenfalls einem theoretischen Wettbewerbsergebnis auf idealen Märkten. Nicht realistisch ist jedoch, dass es sich um ein Ergebnis handelt, welches sich unter Wettbewerbsbedingungen tatsächlich einstellt. Gerade im Energiesektor ist vor dem Hintergrund einer eingeschränkten Wechselbereitschaft und der mit einem Wechsel verbundenen Transaktions-

³⁷⁰ BKartA, Beschluss vom 19. März 2012, B10-16/09, „Entega“, S. 31.

³⁷¹ BKartA, Heizstrom, a. a. O., S. 14.

³⁷² Hintergrund des ökonomischen Kostenbegriffs ist dabei der Opportunitätskostengedanke. Auf einem kompetitiven Markt steuern gewöhnlich Marktein- und -austritte die Erträge so, dass sich langfristig ein Niveau normaler Erträge einstellt. Normale Erträge umfassen die Opportunitätskosten aller effizient eingesetzten Ressourcen, zu denen auch das eingesetzte Kapital gehört. Vgl. ausführlich Pindyck, R./Rubinfeld, D., Mikroökonomie, 7. Aufl., München 2009, Abschnitte 7 und 8.7.2.

kosten vielmehr davon auszugehen, dass es den Unternehmen auch im Wettbewerb häufig gelingt, zumindest geringfügige Ineffizienzkosten einzupreisen.

638. Zur Beantwortung der Frage, welche Kosten geeignet sind, um sie im Rahmen von kartellrechtlichen Preismissbrauchsverfahren anzusetzen, bietet es sich nach Auffassung der Monopolkommission an, hilfsweise die Effizienzprüfung heranzuziehen, die bei der Regulierung der Strom- und Gasversorgungsnetze Anwendung findet.³⁷³ Die Festlegung der Erlösobergrenzen durch die Regulierungsbehörde innerhalb einer Regulierungsperiode hat hier gemäß § 16 Absatz 1 ARegV so zu erfolgen, dass die ermittelten Ineffizienzen durch das Unternehmen unter Anwendung eines Verteilungsfaktors rechnerisch gleichmäßig über eine Regulierungsperiode abgebaut werden.³⁷⁴ Daraus folgt, dass den Unternehmen zugestanden wird, innerhalb des Regulierungszeitraums im Durchschnitt noch etwa die Hälfte der festgestellten Ineffizienzen einzupreisen. Die kartellrechtliche Effizienzprüfung sollte schon deshalb keine strengeren Effizienzmaßstäbe anlegen, da die nach der speziellen Missbrauchsaufsicht geprüften Unternehmen im Unterschied zu den regulierten Unternehmen den tatsächlichen Grad ihrer Ineffizienzen nicht genau kennen und auch nicht ohne weiteres ermitteln können. Die Monopolkommission empfiehlt daher, in vergleichbaren Fällen einen Durchschnittskostensatz als Maßstab anzusetzen.³⁷⁵

639. Das Vorgehen des Bundeskartellamtes zielt teilweise auch darauf, durch die von den Unternehmen erhaltenen Zusagen eine Markttöfnung zu erwirken und dadurch den Wettbewerb auf Heizstrommärkten zu beleben. Dazu hat das Amt in mehreren Zusagenentscheidungen erreicht, dass die Unternehmen Marktzutrittsbarrieren abbauen, indem sie etwa die relevanten Lastprofile und Heizstrompreise im Internet unmittelbar zugänglich machen.³⁷⁶ Die Monopolkommission begrüßt diese strukturellen Zusagen ausdrücklich. Sie hat jedoch bereits in früheren Gutachten darauf hingewiesen, dass diese nicht originärer Zweck eines Preismissbrauchsverfahrens sind und möglicherweise mit geringerem Aufwand durch ein Vorgehen gemäß § 19 GWB als Behinderungsmissbrauch hätten durchgesetzt werden können.³⁷⁷ Auch sind nur in einem Teil der Fälle solche Zusagen ergangen; gerade im Verfahren gegen Entega erging nur eine Preisrückzahlungsanordnung.

³⁷³ Vgl. auch Bechtold, R., a. a. O., § 29 Rn 27.

³⁷⁴ Im ersten Regulierungszeitraum erfolgte die Abschmelzung über zwei Regulierungsperioden.

³⁷⁵ Neben der Auswahl eines Kostenmaßstabs im Rahmen des Unternehmensvergleichs stellt sich zudem die Frage nach dem geeigneten Vergleichszeitraum. Zu berücksichtigen ist hier etwa im Falle der Heizstromlieferanten, dass die marktübliche Beschaffungsweise typischerweise einen Vorlauf von sechs bis 36 Monaten besitzt, insofern also zeitliche Inflexibilitäten bei der Veränderung von Beschaffungskosten vorliegen. Die Monopolkommission hat sich in ihrem Sondergutachten zum Energiesektor deshalb dafür ausgesprochen, neben den Kosten des Vergleichsjahres auch die Kosten der Vorjahre zu prüfen; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 735.

³⁷⁶ Vgl. BKartA, Heizstrom, a. a. O., S. 7 f.

³⁷⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 738.

640. Insgesamt bezweifelt die Monopolkommission, dass die durchgeführten Verfahren in ihrer Gesamtwirkung eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen bewirkt haben. Auch das Bundeskartellamt weist in seinem Bericht über den Markt und die eingeleiteten Verfahren darauf hin, dass – bereits vor den kartellbehördlichen Preissenkungen – „für Wettbewerber die Erschließung solcher Märkte aufgrund des dort herrschenden niedrigen Preisniveaus in der Regel wenig attraktiv ist“.³⁷⁸ Mit dem Bundeskartellamt sieht auch die Monopolkommission diese Hürde und erkennt darin den wichtigsten Grund, warum es auf den Märkten für Heizstrom bisher nicht zu nennenswerten Marktzutritten gekommen ist. Das geschilderte Vorgehen des Bundeskartellamtes bei der Herleitung des Kostenvergleichsmaßstabs wirkt sich jedoch verstärkend ungünstig auf die Belebung der Märkte aus. Jedenfalls erscheint einsichtig, dass potenzielle Anbieter sich mit dem Zutritt in Märkte zurückhalten, in denen das bisher marktbeherrschende Unternehmen kartellrechtlich dazu gezwungen ist, Preise zu verlangen, die es möglicherweise auch einem hypothetisch effizienten Unternehmen nicht erlauben, seine Kapitalkosten zu decken. Auch vor dem Hintergrund der Schaffung echten Wettbewerbs empfiehlt die Monopolkommission daher dringend, die Maßstäbe der Kostenberechnung bei einer Durchführung von Preismissbrauchsverfahren anzupassen.

3.2.4.2 Ökonomische Fundierung der Bemessung von Erheblichkeitszuschlägen

641. Bei der Durchführung des Erlösvergleichs stellt das Bundeskartellamt die gewichteten bereinigten Nettoerlöse eines ausgewählten Vergleichsunternehmens den tatsächlichen Erlösen eines geprüften Unternehmens gegenüber. Dabei gewährt das Bundeskartellamt auf die jeweils errechneten bereinigten Nettoerlöse des ausgewählten Vergleichsunternehmens unabhängig von eventuell zusätzlich gewährten Sicherheitszuschlägen einen Erheblichkeitszuschlag und orientiert sich dabei an der höchst richterlichen Rechtsprechung. Grundlage und Methodik der Bemessung dieses Erheblichkeitszuschlags erfordern nach Ansicht der Monopolkommission eine kritische Betrachtung.

642. Die Ansetzung eines Erheblichkeitszuschlags und die Kriterien seiner Bemessung begründen sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Dieser hatte die Berücksichtigung eines Erheblichkeitszuschlags im Fall Flugpreisspaltung im Jahr 1999 als geboten erachtet.³⁷⁹ Frühere Grundsätze, die der Bundesgerichtshof für die leitungsgebundene Energieversorgung aufgestellt

³⁷⁸ Vgl. BKartA, Heizstrom, a. a. O., S. 8.

³⁷⁹ BGH, Beschluss vom 22. Juli 1999, KVR 12/98, WuW/E DE-R 374 „Flugpreisspaltung“. Bereits im Beschluss vom 16. Dezember 1976, KVR 2/76, WuW BGH 1445, 1454 „Valium I“, leitete der Bundesgerichtshof das Erfordernis einer „erheblichen“ Überschreitung des wettbewerbsanalogen Vergleichspreises aus dem mit dem Missbrauchsverdikt verbundenen Vorwurf ab; vgl. in der Folge KG, Beschluss vom 24. August 1978, Kart 3/77, WuW/E OLG 2053, 2066 „Valium“.

habe und bei denen kein Erheblichkeitszuschlag als notwendig erachtet wurde, seien hingegen durch die Besonderheiten der seinerzeit bestehenden, durch Demarkations- und Leitungsrechte abgesicherten Monopolstellung der Versorgungsbetriebe bedingt gewesen. Der Bundesgerichtshof legt dar, dass vor diesem Hintergrund auf diesen Erheblichkeitszuschlag in der Preismissbrauchsaufsicht nicht verzichtet werden könne. Er sei erforderlich, da nur bei einem erheblichen Preisabstand ein Unwerturteil gerechtfertigt sei. Dort, wo der Preis im Wettbewerb gebildet werde, sei dementsprechend die Rechtfertigung dafür nicht gegeben, bereits jede Forderung ungünstigerer Preise als missbräuchlich anzusehen.³⁸⁰

643. Im Fall Stadtwerke Mainz hat der Bundesgerichtshof seine Auffassung über die Bemessung eines Erheblichkeitszuschlags konkretisiert. Er hat deutlich gemacht, dass im Falle der Anwendung des § 19 GWB auch dann ein Erheblichkeitszuschlag zu bemessen sei, wenn der Anbieter über eine natürliche Monopolstellung verfüge; die frühere Nichterforderlichkeit des Zuschlags sei somit auf die Anwendung der Preismissbrauchsaufsicht nach § 103a GWB a. F. und die damals freistellungsbedingte Monopolsituation der von dieser Vorschrift betroffenen Energiemärkte beschränkt gewesen. Weiter konkretisiert der Bundesgerichtshof seine Auffassung über die gerechtfertigte Höhe des Erheblichkeitszuschlags. Danach komme bei der Bemessung „unter Umständen in Betracht, den Umstand, dass der sachliche Markt von einer natürlichen Monopolsituation geprägt ist, in der Weise zu berücksichtigen, dass ein Missbrauch bereits bei einem geringeren Zuschlag bejaht werden kann, als er unter normalen Marktgegebenheiten erforderlich ist.“³⁸¹

644. In einem weiteren Fall hatte ein Gaskunde gegen die 2006 erhobenen Preise seines Gaslieferanten geklagt und sich dabei auf einen Preishöhenmissbrauch in Form eines Verstoßes gegen § 19 GWB berufen. 2009 billigte das Berufungsgericht der Beklagten in diesem Zusammenhang einen Erheblichkeitszuschlag von 5 Prozent zu, durch den der auf die Zukunft gerichtete Unterlassungsanspruch, den das Gericht erster Instanz verhängt hatte, zu korrigieren sei. Das Gericht misst die Höhe des Zuschlags dabei anhand der „derzeitigen, mangels Wechselbereitschaft noch schwach entwickelten wettbewerblichen Situation“.³⁸² Die Wechselquote auf Jahresbasis wird im Urteil per 1. Dezember 2009 (im Vergleich zum 1. Dezember 2008) mit 9,5 Prozent angegeben.³⁸³ Das Gericht weist weiter darauf hin, dass, sofern sich die Marktsituation in Zukunft erheblich ändern sollte, gegebenenfalls in einem neuen Verfahren zu klären sein werde, ob der Erheblichkeitszuschlag zu niedrig sei.³⁸⁴ In der Revision des Urteils stellte der Bundesgerichtshof in-

des fest, dass das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise den Erheblichkeitszuschlag auf 5 Prozent bemessen habe. Rechtsfehlerhaft habe es jedoch diesen Zuschlag nur für die Zukunft gewährt und nicht schon bei der Feststellung des ursächlichen Missbrauchs im Jahre 2006 berücksichtigt.³⁸⁵

645. Das Bundeskartellamt hat mit Berufung auf die geltende Rechtsprechung in seinen Preismissbrauchsverfahren keinen einheitlichen Erheblichkeitszuschlag gewährt. Um die Höhe des Erheblichkeitszuschlags zu bemessen, zieht das Bundeskartellamt in seiner aktuellen Preismissbrauchspraxis im Energiebereich seit 2008 stets die Intensität des bestehenden Restwettbewerbs in einem Markt heran.³⁸⁶ Als Indikator verwendet es die jeweilige Wechselquote auf dem betroffenen Markt. Eine hohe Wechselquote deutet nach Auffassung des Amtes auf einen höheren Restwettbewerb hin und schlägt sich deshalb in einem höheren Erheblichkeitszuschlag nieder. Da auf Heizstrommärkten in vielen Netzgebieten in den betrachteten Zeiträumen bisher keine Wechsel stattgefunden haben, hat das Bundeskartellamt in diesen Fällen auch einen geringen Erheblichkeitszuschlag angesetzt und korrigiert die Vergleichserlöse zugunsten der kontrollierten Unternehmen um 1 Prozent. Im Verfahren gegen die Entega hat das Bundeskartellamt im Unterschied zu den durch Zusagebeschlüsse eingestellten Verfahren einen Erheblichkeitszuschlag von 2 Prozent berücksichtigt. Grund sei der geringe Restwettbewerb, die durchschnittliche Wechselquote betrage hier etwas mehr als 0,8 Prozent, in einem einzelnen Jahr habe sie über 1 Prozent gelegen.³⁸⁷

646. Die Monopolkommission hält die Bemessung des Erheblichkeitszuschlags an dem bestehenden Restwettbewerb in einem Markt unter ökonomischen Gesichtspunkten für fragwürdig. Die methodische Vorgehensweise bei dem für gewöhnlich angewendeten Verfahren zur Feststellung eines Preismissbrauchs, dem Vergleichsmarktkonzept bzw. dessen Anwendung als Monopolpreisvergleich, spricht sachlogisch vielmehr eindeutig gegen einen nach dem Restwettbewerb differenzierten Zuschlag. Denn durch die Feststellung eines Vergleichsunternehmens bzw. von dessen Vergleichspreisen oder Erlösen soll ein Maßstab ermittelt werden, mit dem auf die sich auf einem funktionsfähigen Wettbewerbsmarkt einstellenden Marktergebnisse geschlossen werden kann. Demgegenüber sollen die Preise des marktbeherrschenden Unternehmens daraufhin kontrolliert werden, ob diese gegenüber diesem Maßstab zu hoch sind, sie demnach aufgrund des unzureichenden Wettbewerbsdrucks bei ihrer Preisgestaltung nicht ausreichend vom Wettbewerb kontrolliert werden. Sofern nun tatsächlich ein Restwettbewerb besteht, der den Verhaltensspielraum des marktbeherrschenden Unternehmens mehr oder weniger einengt, könnte dieser jedoch allenfalls dazu führen, dass die Preise des marktbeherrschenden Unternehmens geringer ausfallen, insofern entweder mit geringerer Wahr-

³⁸⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juli 1999, KVR 12/98, WuW/E DE-R 374, 379 f. „Flugpreisspaltung“.

³⁸¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KVR 17/04 „Stadtwerke Mainz“, Rn 39.

³⁸² Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 26. Januar 2010, 11 U 12/07 (Kart) „Entega“, Rn. 46.

³⁸³ Vgl. ebenda, Rn. 28.

³⁸⁴ Vgl. ebenda, Rn. 46.

³⁸⁵ BGH, Urteil vom 7. Dezember 2010, KZR 5/10 „Entega II“.

³⁸⁶ Vgl. BKartA, Beschluss vom 19. März 2012, B10-16/09 „Entega“, S. 17.

³⁸⁷ Vgl. ebenda.

scheinlichkeit eine Preis-/Erlösüberhöhung vorliegt oder eine Preis-/Erlösüberhöhung geringer ausfällt. Der als Ergebnis der Prüfung letztlich feststellbare Preisabstand selbst wird jedoch durch den Restwettbewerb nicht weniger vorwerfbar, sodass kein sachlogischer Grund erkennbar ist, diesen abhängig vom jeweiligen Restwettbewerb zu korrigieren.

647. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung sind auch die in den abgeschlossenen Preismissbrauchsverfahren vom Bundeskartellamt festgesetzten Erheblichkeitszuschläge diskutabel. So begründet das Amt die Festsetzung eines Erheblichkeitszuschlags von 2 Prozent im Fall Entega damit, dass der an der Wechselquote gemessene Restwettbewerb im Heizstromsektor nur ein Zehntel dessen betrage, der im Verfahren Entega II durch das Oberlandesgericht Frankfurt festgestellt worden ist (Wechselquote vom 1. Dezember 2009). Auf dessen Grundlage habe das Gericht einen Erheblichkeitszuschlag von 5 Prozent festgelegt, der durch den Bundesgerichtshof im Anschluss bestätigt wurde.³⁸⁸ Daraus schließt die Beschlussabteilung, dass in seinem Preismissbrauchsverfahren gegen Entega ein deutlich niedrigerer Erheblichkeitszuschlag angemessen sei. Die angesetzten 2 Prozent seien insofern bereits „mehr als ausreichend bemessen“.³⁸⁹ Dabei übersieht das Amt jedoch, dass der Bundesgerichtshof in seinem Revisionsurteil entschieden hatte, den vom Berufungsgericht erster Instanz festgelegten Erheblichkeitszuschlag von 5 Prozent ausdrücklich auch für die Bemessung des ursächlichen Missbrauchs im Jahre 2006 zu berücksichtigen.³⁹⁰ Zu diesem Zeitpunkt hat die Wechselquote jedoch, wie das Bundeskartellamt selbst anklingen lässt³⁹¹, noch deutlich niedriger gelegen.

648. Die Monopolkommission empfiehlt, die Bemessung eines Erheblichkeitszuschlags durch das Bundeskartellamt und den Tatrichter stärker an ökonomischen Kriterien auszurichten. In Hinblick auf eine Anpassung des Zuschlags an die Umstände eines konkreten Falles sind vor diesem Hintergrund rein quantitativ gemessene kleinere Unterschiede in der Intensität des verbleibenden Restwettbewerbs jedenfalls nicht primär maßgebend. Diese Empfehlung steht auch im Einklang mit der Auffassung des Bundesgerichtshofs, der eine Differenzierung nach der Wettbewerbssituation stets nur eingeschränkt als notwendig erachtet hat.³⁹² Eine zwingende Differenzierung nach geringfügigen Unterscheidungen des Restwettbewerbs auf Märkten ohne natürliche Monopolsituation hat der Bundesgerichtshof indes nicht ausdrücklich vorgesehen. Vielmehr macht er Sinn und Zweck des Erheblichkeitszuschlags deutlich, indem er im Zusammenhang mit der Begründung des Zuschlags darauf hinweist, dass

„völlig identische Märkte, bei denen auch eine geringfügige Preisdifferenz nicht ohne konkrete sachliche Rechtfertigung hingenommen werden könnte, praktisch niemals vorliegen“.³⁹³ Daraus folgt, dass generell der Grad der Homogenität der in einem konkreten Fall herangezogenen Märkte und Güter das wesentliche Kriterium sein sollte, nach welchem der Erheblichkeitszuschlag abweichend von einem festzulegenden Normwert bemessen werden kann.

3.2.5 Kartellrecht als Ersatz für Vergaberecht bei Konzessionsneuvergaben im Energiesektor

649. Konzessionen im Energiesektor bezeichnen gewöhnlich die Einräumung des Wegerechts zur Verlegung von Strom- und Gasleitungen. Die Kommunen gewähren dieses Wegerecht durch die Vergabe einer Konzession gemäß § 46 Absatz 2 EnWG für einen Zeitraum von 20 Jahren. Gegenwärtig und in den kommenden Jahren läuft eine Vielzahl von Konzessionen für den Netzbetrieb aus und wird neu vergeben. Laut Branchenschätzungen sind davon in den nächsten zwei Jahren ca. 3 000 Konzessionen betroffen.³⁹⁴ Das Bundeskartellamt ist in der jüngeren Vergangenheit einerseits im Hinblick auf die Höhe und Weitergabe einer bestimmten Gegenleistung für die Vergabe der Konzession, der Konzessionsabgabe, und andererseits gegen die Art der Konzessionsvergabe selbst vorgegangen.

650. In ihrem letzten Sondergutachten zum Energiesektor hat die Monopolkommission bereits die Rolle von Konzessionen genauer beleuchtet, die Fälle einer missbräuchlichen Ausgestaltung der Konzessionsabgabe untersucht und dem Gesetzgeber Handlungsempfehlungen unterbreitet.³⁹⁵ An dieser Stelle erscheint es jedoch von besonderem Interesse, auf einen wahrzunehmenden Trend in der Fallpraxis des Bundeskartellamtes hinzuweisen, der sich auch auf die Kontrolle der Form der Konzessionsvergaben richtet. So hat das Amt in mehreren Fällen Kartell- bzw. Missbrauchsverfahren eingeleitet, weil die entsprechenden Städte eine Konzessionsvergabe an den Altbetreiber ohne vorherige wettbewerbskonforme Durchführung von Interessenbekundungs- und Auswahlverfahren eingeleitet haben.³⁹⁶

651. Die Sicherstellung einer wettbewerbskonformen Vergabe öffentlicher Aufträge ist grundsätzlich die Aufgabe des Vergaberechts. Bei der Vergabe öffentlicher Wegerechte ist jedoch das Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB nach § 46 Absatz 2 und 3 EnWG nicht anwendbar. Allerdings sind die Gemeinden gemäß § 46 Absatz 3 EnWG verpflichtet, spätestens zwei Jahre vor Ablauf des alten Konzessionsvertrags das Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger (bzw. im elektronischen Bun-

³⁸⁸ Vgl. ebenda, S. 18.

³⁸⁹ Vgl. ebenda.

³⁹⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2010, KZR 5/10 „Entega II“, Rn. 40.

³⁹¹ Vgl. BKartA, B10-16/09 „Entega“, S. 18.

³⁹² Vgl. BGH, KZR 5/10 „Entega II“, Rn. 39: Danach ist, „wenn der sachliche Markt von einer natürlichen Monopolsituation geprägt ist, unter Umständen ein Missbrauch schon bei einem geringeren Zuschlag anzunehmen“.

³⁹³ Vgl. BGH, KZR 5/10 „Entega II“, Rn. 39.

³⁹⁴ Vgl. Bundesverband neuer Energieanbieter, bne Kompass 01/11, S. 5.

³⁹⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 33 ff.

³⁹⁶ BKartA, Beschluss vom 21. November 2011, B10-17/11 „Stadt Marktleeburg“; Beschluss vom 18. Oktober 2011, B10-6/11 „Große Kreisstadt Dinkelsbühl“.

desanzeiger), bei einer Kundenzahl von mehr als 100 000 auch im Amtsblatt der Europäischen Union, bekannt zu machen. Diese eingeschränkte Anwendbarkeit vergaberechtlicher Normen ergänzt das Bundeskartellamt durch eine entsprechende wettbewerbsfördernde Auslegung der Kartellrechtsnormen. So hat es sowohl einen Verstoß gegen das Kartellverbot gemäß § 1 GWB als auch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 19 GWB erkannt, wenn die Gemeinden etwa nicht bereit waren, durch eine Bekanntgabe etwaige Wettbewerber zu informieren und sich mit deren Angeboten auseinanderzusetzen.³⁹⁷ Konkret sieht das Kartellamt einen Verstoß insbesondere dann gegeben, wenn die Konzessionsvergebende Gemeinde ihre Auswahlkriterien und deren Gewichtung gegenüber den Bietern nicht klar benennt oder einzelne Bieter ohne sachlichen Grund bevorzugt oder im Rahmen der Konzessionsvergabe Gegenleistungen fordert oder sich Zusagen machen lässt, die im Widerspruch zur Konzessionsabgabenverordnung stehen.

652. Die Monopolkommission hält die Ergebnisse eines solchen Vorgehens für begrüßenswert, da die Kommunen so angehalten werden, wettbewerbliche Grundsätze auch bei der Vergabe von Konzessionen zu berücksichtigen. Auch der in diesem Zusammenhang vom Bundeskartellamt zusammen mit der Bundesnetzagentur im Dezember 2010 veröffentlichte Leitfaden kann hier eine entsprechende Aufklärung vor dem Hintergrund der anstehenden Konzessionsvergaben verbessern.³⁹⁸ Die Monopolkommission weist jedoch auch darauf hin, dass die Anwendung des Kartellrechts in diesen Fällen erfolgt, weil oder auch obwohl das Vergaberecht keine entsprechende Regelung trifft. Rechtssystematisch erscheint vor diesem Hintergrund fragwürdig, dass zentrale Aufgaben des Vergaberechts in diesen Fällen „hilfsweise“ durch Anwendung des Kartellrechts durchgesetzt werden, in anderen Fällen wie etwa der Vergabe von Bus- und Bahnkonzessionen jedoch nicht. Grundsätzlich erscheint es der Monopolkommission vorzugswürdig, Vergabeprozesse im Rahmen des Vergaberechts zu regeln. Sie weist daher erneut auf ihren Vorschlag hin, nach dem der Gesetzgeber erwägen sollte, Konzessionen zum Betrieb von Energieversorgungsnetzen in den Kreis der nach §§ 97 ff. GWB ausschreibungspflichtigen Sachverhalte aufzunehmen.³⁹⁹ Im Falle der Vergabe von Energienetzkonzessionen be-

steht jedoch das Problem des fehlenden Wettbewerbsparsameters, da die Nutzung der Konzessionsabgabe zum einen durch die Konzessionsabgabenverordnung beschränkt und zum anderen volkswirtschaftlich wenig adäquat ist. Vor diesem Hintergrund hat die Monopolkommission bereits in ihrem Energiesondergutachten 2011 Vorschläge gemacht, wie die Vergabe von Energierechtskonzessionen geeignet geregelt werden könnte.⁴⁰⁰

3.2.6 Kartellrecht – mehr Komplement als Alternative zur Regulierung

653. Kartellverfahren an der Grenze zum Regulierungsrecht und in Bereichen, in denen eine gesetzliche Regelung fehlt oder unklar ist, sind in der Praxis des Bundeskartellamtes nicht selten. Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen dem Kartellrecht, das in funktionsfähigen Märkten anzuwenden wäre, und förmlicher Regulierung, die in systematisch nicht bzw. nur eingeschränkt wettbewerblichen Märkten angebracht sei, ist in der Praxis nur von eingeschränktem Orientierungswert.

654. Soweit spezielle gesetzliche Regelungen fehlen oder lückenhaft sind, gilt selbstverständlich das allgemeine Kartellrecht. Teilweise jedoch ist der Verfahrensaufwand in derartigen Fällen immens und die resultierende kartellrechtliche Erfassung des Problems lückenhaft und wenig rechtssicher. In derartigen Fällen könnte mitunter möglicherweise eine entsprechende öffentliche oder politische Stellungnahme des Bundeskartellamtes zur Herbeiführung einer Regelung des zugrunde liegenden Problems mit geringerem Aufwand – möglicherweise auch in kürzerer Frist – weitreichendere und in weiterem Rahmen verbindliche Regeln herbeiführen.⁴⁰¹ Insbesondere die Veröffentlichung von Ermittlungsergebnissen, wenn diese deutlich auf entsprechende Lösungsmöglichkeiten hindeuten, könnte den gesellschaftlichen Meinungsbildungsprozess sowie möglicherweise entsprechende politische Mehrheiten fördern.⁴⁰²

655. Die Praxis der Preismissbrauchsaufsicht ist in vielem nicht unproblematisch, wenn auch die gesetzlichen Vermutungsregeln insbesondere im Trinkwasser- und Energiebereich die Verfahren der Kartellbehörden grundsätzlich erleichtern. Insoweit gleichen die Probleme der Kartellbehörden teilweise denen der Bundesnetzagentur, nicht zuletzt in Bezug auf die Probleme der Datenerhebung und der Bildung von Vergleichsmaßstäben. Für eine fundiertere Bewertung erscheint das Fallmaterial noch zu gering. Eine vorsichtige Einschätzung zu diesem Zeitpunkt kann jedoch die Vermutung stärken, dass der

³⁹⁷ Ein Verstoß gegen § 1 GWB bzw. § 101 AEUV ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes dadurch möglich, dass durch den Abschluss eines Konzessionsvertrags im Einzelfall der regulatorisch vorgegebene Wettbewerb um die Konzession durch Abschluss eines rechtswidrigen Vertrags beschränkt werden kann. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hält es für geboten, die wettbewerbsfördernden Zielsetzungen anderer Gesetze auch im Rahmen von § 1 GWB heranzuziehen; vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. März 2008, VI-2 U (Kart) 8/07, Rn. 43.

³⁹⁸ BKartA/BNetzA, Gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 15. Dezember 2010.

³⁹⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 46. In diesem Zusammenhang ist auf vergleichbare Überlegungen der Europäischen Kommission hinzuweisen, Dienstleistungskonzessionen dem europäischen Vergaberecht zu unterstellen, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/concessions_en.htm

⁴⁰⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 46 f.

⁴⁰¹ Zu einer eingehenderen Diskussion der Vorzüge und Probleme dieser sog. Competition Advocacy und zum Stellungnahmerecht des Bundeskartellamtes vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 370 ff.; Sondergutachten 58, a. a. O., Tz. 132 ff.; Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 142 ff.

⁴⁰² Insbesondere soweit es auf das Marktverhalten öffentlicher Stellen ankommt, kann bereits ein deutlicher fundierter Hinweis des Bundeskartellamtes für eine echte Belebung des Wettbewerbs sorgen, so etwa infolge der Sektoruntersuchung Außenwerbung; vgl. dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 339.

kartellrechtlichen Preismisbrauchsaufsicht in manchen systematisch funktionsunfähigen Märkten ein eigenständiger Anwendungsbereich zukommt. Dabei sollte das Bundeskartellamt allerdings darauf achten, durch regulierungsähnliche Preissenkungsverfügungen nicht die Anreize zu möglichem Wettbewerb zu zerstören.

4. Zusammenschlusskontrolle durch das Bundeskartellamt

4.1 Statistischer Überblick

656. Die Anzahl der beim Bundeskartellamt zur Prüfung angemeldeten Zusammenschlussvorhaben ist 2010 gegenüber 2009 minimal gesunken und hat sich 2011 leicht erhöht. Insgesamt ist gegenüber den Vorjahren eine dauerhafte Absenkung der Anmeldezahlen festzustellen, die auf die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle 2009 zurückzuführen ist.⁴⁰³ Nach 2 673 Anmeldungen im Berichtszeitraum 2008/09 waren 2010/11 2 087 Anmeldungen zu verzeichnen. Genaueres ist den folgenden Abbildungen und Tabellen zu entnehmen.

657. Zum zweiten Mal werden hier Vorfeldfälle erfasst, in denen Zusammenschlussvorhaben wegen wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartellamtes entweder nicht bzw. modifiziert angemeldet worden sind. In diesen Fällen kann auch ohne abschließende Verfügung die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verhindert werden. Die Erfassung dieser Fälle ist naturgemäß schwierig, sodass die angegebenen Werte nur eine Annäherung darstellen können.

658. Erstmals zahlenmäßig miterfasst werden hier nachträgliche Prüfungen bereits vollzogener Zusammenschlüsse im Entflechtungsverfahren. Die Prüfung von anmeldepflichtigen, aber unangemeldet vollzogenen Zusammenschlüssen durch das Bundeskartellamt erfolgt seit Mai 2008 in einem einzügigen Entflechtungsverfahren und ist materiell – ungeachtet ihrer verfahrenstechnischen Ausprägung – ebenfalls der Fusionskontrolle zuzurechnen.

4.2 Verfahrensfragen und Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften

4.2.1 Verstoß gegen das Vollzugsverbot

659. Der Vollzug von nach §§ 35, 39 GWB anmeldepflichtigen Zusammenschlussvorhaben darf nicht vor Ablauf der Prüfungsfristen bzw. vor Erteilung einer Freigabe durch das Bundeskartellamt erfolgen, auch eine Mitwirkung des Veräußerers und Dritter an einem Vollzug ist insoweit verboten (§ 41 Absatz 1 Satz 1 GWB). Entsprechende Vollzugsakte sind nach § 41 Absatz 1 Satz 2 GWB grundsätzlich nichtig; daneben stellt die Prüfung solcher Zusammenschlüsse in Entflechtungsverfahren ohne gesetzliche Fristen eine für die Unternehmen nicht unbedeutende Sanktion dar.⁴⁰⁴ Nach § 81 Absatz 2 Nummer 1 i. V. m. § 41 Absatz 1 Satz 1 GWB kann für

derartige, englisch bildhaft „gun jumping“ bezeichnete Verstöße ein Bußgeld verhängt werden. Diese Bußgeldvorschrift wurde in jüngerer Zeit zunehmend durch das Bundeskartellamt angewendet, um der Anmeldepflicht im Fusionskontrollverfahren weiteren Nachdruck zu verleihen. Soweit die Handlungen der Beteiligten dem Erwerber keine (mit)bestimmende Einflussnahme auf das Erwerbsobjekt ermöglichen und insoweit die Schwelle eines Vollzugs im Sinne des § 41 Absatz 1 GWB nicht erreichen, etwa bei bloßem Informationsaustausch, kann ein Verstoß gegen das Kartellverbot vorliegen, der ebenfalls bußgeldbewehrt ist.

660. Ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot kommt schon in Betracht, wenn sich durch Veränderung von Gesellschaftsanteilen und Satzungsbestimmungen eine neue Entscheidungssituation in einem Unternehmen ergibt. Verstärkt sich die Kontrollmöglichkeit eines Beteiligten von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen, erfüllt diese Verschiebung den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Absatz 1 Nummer 2 Satz 1 GWB. Ähnliches gilt nach § 37 Absatz 2 GWB bei der Intensivierung von Unternehmensverbindungen, es sei denn, die Transaktion führt nicht zu einer wesentlichen Verstärkung der bestehenden Verflechtung.

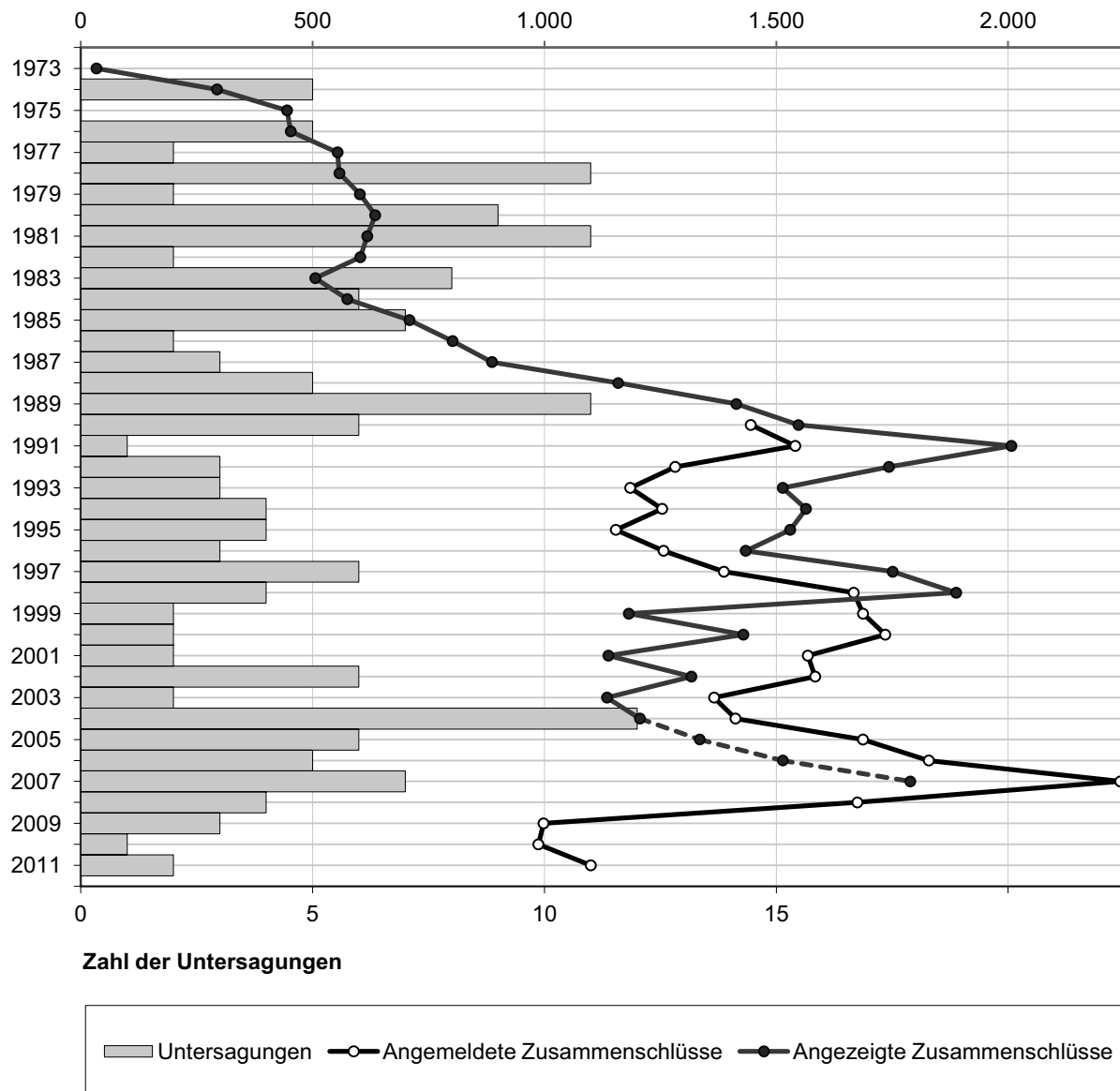
661. Entsprechend sanktioniert hat das Bundeskartellamt die Erhöhung der Anteile an einem Gemeinschaftsunternehmen von 40 auf 49 Prozent durch eine Tochtergesellschaft der Interseroh Scrap and Metals Holding GmbH, Dortmund, mit gleichzeitiger Veränderung des Gesellschaftsvertrags des Gemeinschaftsunternehmens, nach der wichtige Entscheidungen nur noch mit Zustimmung dieses Gesellschafters getroffen werden konnten. Bei der Berechnung des Bußgelds in Höhe von 206 000 Euro entsprechend den Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes wurde als mindernd berücksichtigt, dass erstens gegen den im Entflechtungsverfahren geprüften Kontrollerwerb keine wettbewerblichen Bedenken bestanden und dass zweitens die Muttergesellschaft diesen unmittelbar nach Auflösung der Tochtergesellschaft beim Bundeskartellamt angezeigt hatte. Eine zusätzliche Reduzierung des Bußgelds wurde durch eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung erreicht.

662. Der Erwerb des Betriebsgrundstücks eines Wettbewerbers kann ebenfalls den Zusammenschlusstatbestand des § 37 Absatz 1 Nummer 1 Var. 2 GWB erfüllen, wenn dieses einen wesentlichen Teil von dessen Vermögen ausmacht. Dementsprechend hat das Bundeskartellamt den Erwerb des Lagergrundstücks eines insolventen Landhandelsbetriebs durch die badische Hauptgenossenschaft ZG Raiffeisen eG, Karlsruhe, wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot mit 414 000 Euro Bußgeld sanktioniert. Im Landhandel stellt nach der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes regelmäßig das Lager den für den Vertriebs Erfolg eines Händlers wesentlichen Vermögensgegenstand dar, da alle wesentlichen Geschäftsbeziehungen mit den Landwirten über das Lager laufen. In diesem Falle hatte die Hauptgenossenschaft nach Erwerb des Grundstücks den Erwerb weiterer Ver-

⁴⁰³ Vgl. dazu eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 472 ff.

⁴⁰⁴ Vgl. hierzu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 496 ff.

Abbildung IV.1

Anzahl der Fusionskontrollverfahren und der Untersagungsentscheidungen 1973 bis 2011**Angemeldete/Angezeigte Zusammenschlüsse**

Anmerkung: Die abrupte Abnahme der angezeigten Zusammenschlüsse zwischen 1998 und 1999 ist zurückzuführen auf die Abschaffung der nachträglichen und die Einführung der generellen präventiven Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle. Wegen der Erhöhung der Schwellenwerte von 500 Mio. DM auf 1 Mrd. DM im Rahmen dieser Novelle hat sich die Zahl der anmeldepflichtigen Zusammenschlüsse insgesamt verringert. Eine dauerhafte Verminderung der in Deutschland fusionskontrollpflichtigen Zusammenschlüsse ergab sich auch aus der Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle 2009. Im Übrigen wird auf die Anmerkungen zur inhaltsgleichen Tabelle IV.2 verwiesen.

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

mögensteile des insolventen Wettbewerbers beim Bundeskartellamt angemeldet, jedoch nach Abmahnung wegen entgegenstehender Wettbewerbsbedenken aufgegeben. Auch dieses Verfahren wurde bußgeldmindernd und ressourcenschonend mit einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung abgeschlossen.

663. Im Ausland stattfindende Transaktionen können fusionskontrollpflichtig sein und damit Verstöße gegen

das Vollzugsverbot bedeuten, soweit sie Auswirkungen im Bundesgebiet haben (§ 130 Absatz 2 GWB).⁴⁰⁵ Dem entsprechend hat das Bundeskartellamt die Tätigkeitsausweitung des in den USA angesiedelten Gemeinschaftsunternehmens VCE Company LLC, Franklin/USA auf

⁴⁰⁵ Vgl. hierzu eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 476 ff., sowie unten Tz. 665 ff.

Tabelle IV.2

Übersicht über die Anzahl der angezeigten und vollzogenen Zusammenschlüsse und der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission

Jahr	Anzeigen vollzogener Zusammenschlüsse ^{1,3}	Angemeldete Zusammenschlüsse ¹	Zahl der Untersagungen
1973/1975	773		4
1976/1977	1.007		7
1978/1979	1.160		14
1980/1981	1.253		21
1982/1983	1.109		10
1984/1985	1.284		13
1986/1987	1.689		5
1988/1989	2.573		16
1990/1991	3.555	2.986	8
1992/1993	3.257	2.467	6
1994/1995	3.094	2.408	8
1996/1997	3.185	2.644	9
1998/1999	3.070	3.354	8
2000/2001	2.567	3.303	4
2002/2003	2.452	2.950	8
2004/2005	2.541 ²	3.099	18
2006/2007	3.303 ²	4.071	12
2008/2009	— ³	2.673	7
2010/2011	— ³	2.087 ⁴	3
davon: 2010	— ³	987	1
2011	— ³	1.100 ⁴	2
Insgesamt	(bis 2007) 37.872 ³	(seit 1990) 32.042 ⁴	181

¹ Die Angaben in früheren Hauptgutachten basierten teilweise auf vorläufigen Erhebungen des Bundeskartellamtes. Diese wurden nunmehr durch offizielle Angaben des Bundeskartellamtes ersetzt.

² Sonderauswertung mit eingeschränkter Aussagekraft.

³ Über den Vollzug von Zusammenschlüssen liegen seit 2008 keine verlässlichen Zahlen mehr vor. Daher wird ab diesem Zeitpunkt nurmehr auf die Zahl der Anmeldungen abgestellt. Zur besseren Vergleichbarkeit sind die Zahlen über Vollzugsanzeigen bis 2007 weiterhin aufgeführt.

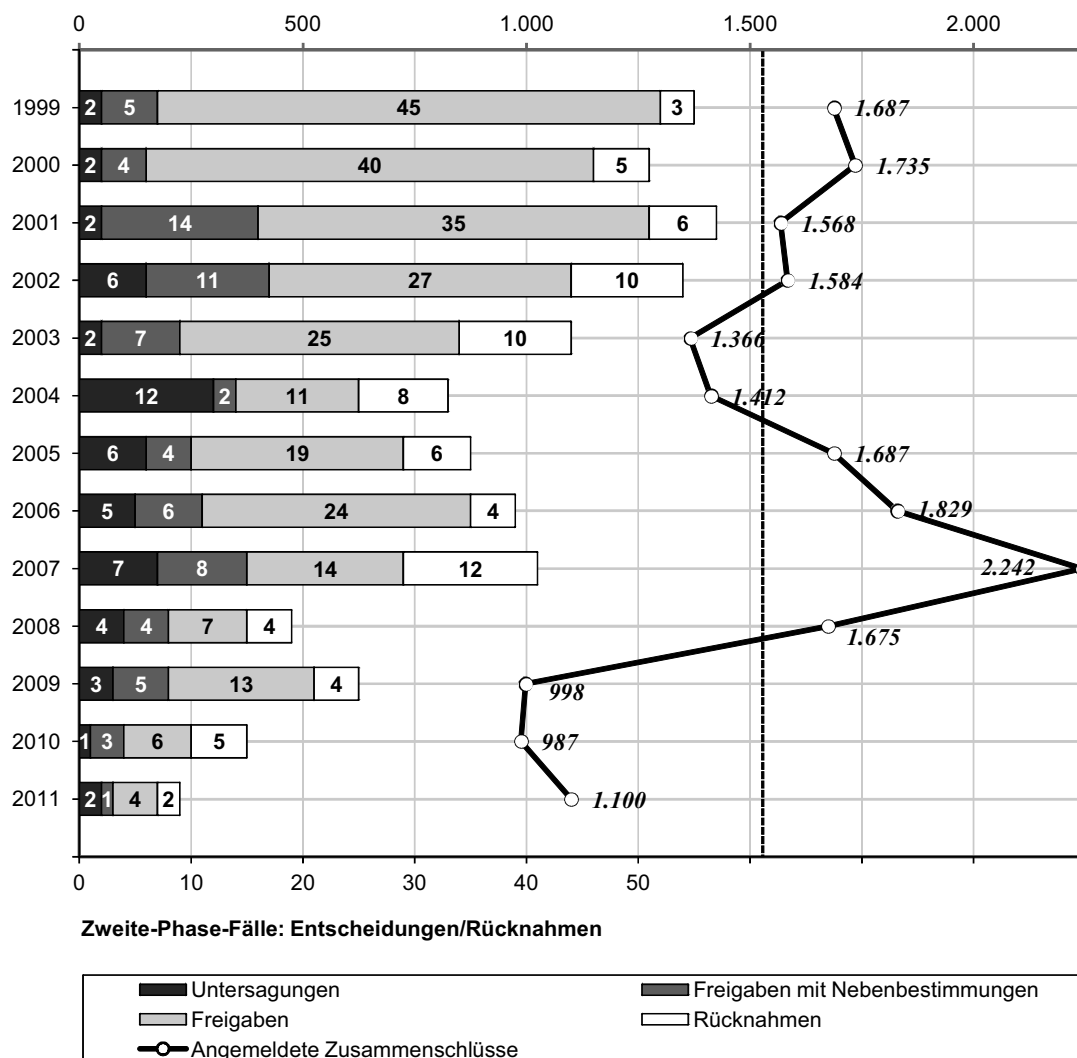
⁴ Vorläufiger Wert.

Quelle: Bundeskartellamt

Deutschland im Entflechtungsverfahren aufgegriffen. Dessen Muttergesellschaften (EMC Corporation, Hopkinton/USA, und Cisco Systems Inc., San José/USA) sind ebenfalls in den USA ansässig, doch erheblich auch in Deutschland tätig. VCE war ursprünglich nicht in Deutschland tätig gewesen, hatte aber nach einiger Zeit seines Bestehens und weiteren Einlagen der Muttergesellschaften, jedoch ohne Änderung der insoweit einschränkungslosen Satzung auch den deutschen Markt angesprochen. Das Bundeskartellamt sah einen fahrlässigen Verstoß gegen das Vollzugsverbot als gegeben an. Auf die Einleitung eines Bußgeldverfahrens wurde jedoch verzichtet, insbesondere vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des Gemeinschaftsunternehmens und dessen geringer wettbewerblicher Bedeutung im Inland.

664. Die Monopolkommission begrüßt die Durchsetzung des Vollzugsverbots in Bußgeldverfahren. Durch das Aufgreifen auch wettbewerblich letztlich unproblematischer, doch ohne Anmeldung oder frühzeitig vollzogener, anmeldepflichtiger Zusammenschlüsse wird das Vollzugsverbot vor einer Aushöhlung bewahrt. Wesentliches Ziel hierbei ist die generalpräventive Schaffung und Erhaltung eines Bewusstseins der Unternehmen hinsichtlich ihrer Anmeldepflichten, weshalb sich eine deutliche Publizität entsprechender Verfahren empfiehlt. Bei dieser Anwendung der Bußgeldvorschriften handelt es sich um zwar indirekten, doch wichtigen Schutz des Wettbewerbs durch Sicherung der Funktionsbedingungen der Fusionskontrolle. Dabei lässt das Bundeskartellamt eine maßvolle Ermessensausübung erkennen, indem es die Um-

Abbildung IV. 2

Anzahl der Fusionskontrollanmeldungen und der Hauptprüfverfahren 1999 bis 2011**Angemeldete Zusammenschlüsse**

Anmerkung: Zur Erläuterung der Einzelheiten vgl. die Anmerkungen zur teilweise inhaltsgleichen Tabelle IV.3.

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

stände genau ermittelt, in die Bußgeldbemessung einstellt und in Einzelfällen auch auf die Verhängung von Bußgeldern verzichtet.

4.2.2 Deutsche Fusionskontrolle für internationale Zusammenschlussvorhaben

665. Neben dem oben unter dem Aspekt des Vollzugsverbots diskutierten Fall eines im Ausland angesiedelten Gemeinschaftsunternehmens im Ausland ansässiger Muttergesellschaften hat das Bundeskartellamt die Fusions-

kontrollvorschriften in drei weiteren bemerkenswerten internationalen Fällen angewendet.

666. Die parallele Ausübung der Fusionskontrolle auf Weltmärkten demonstriert der erste Fall: Die beiden Rohstoffkonzerne BHP Biliton und Rio Tinto, beide mit Hauptquartieren sowohl in London als auch in Melbourne, wollten ihre westaustralischen Aktivitäten der Eisenerzförderung in ein Gemeinschaftsunternehmen einbringen. Sie gaben das Vorhaben jedoch auf, nachdem das Bundeskartellamt eine Abmahnung angekündigt hatte. Eine ähnliche Transaktion war bereits 18 Monate früher bei der Europäischen Kommission angemeldet worden,

Tabelle IV.3

Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2009 bis 2011

		2009	2010	2011 ¹
I.	Fusionskontrollverfahren			
	Eingegangene Anmeldungen nach § 39 GWB	998	987	1.100
	Vorfeldfälle	33 ²		? ²
	Fusionsprüfung im Entflechtungsverfahren	23	79	50
II.	Vorprüfverfahren (Phase-I-Fälle) ³			
	Freigabe ohne Nebenbestimmungen	881	879	1.000
	Eintritt ins Hauptprüfverfahren	25	15	9
	Keine Kontrollpflichtigkeit	100	62	75
	Rücknahme/Einstellung	30	29	20
III.	Hauptprüfverfahren (Phase-II-Fälle) ³			
	Entscheidungen	21	10	7
	davon: Freigabe ohne Nebenbestimmungen	13	6	4
	Freigabe mit Nebenbestimmungen	5	3	1
	Untersagung	3	1	2
	Rücknahme/Einstellung	4	5	2

¹ Erhebung noch nicht vollständig abgeschlossen; die Zahlen sind daher teilweise noch vorläufig.

² Das Bundeskartellamt ermittelt die Zahl der Vorfeldfälle jeweils insgesamt für die Zweijahreszeiträume seiner Tätigkeitsberichte; eine Ermittlung der Fallzahlen für die Einzeljahre erschien bis Redaktionsschluss nicht möglich.

³ Die Zahlen beziehen sich auf alle in diesen Jahren ergangenen Entscheidungen oder sonstige Erledigungen, unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung; aus diesem Grund können die Zahlen der angemeldeten und der erledigten Fälle divergieren.

Quelle: Bundeskartellamt

jedoch wieder aufgegeben worden, nachdem diese wettbewerbliche Bedenken geäußert hatte.⁴⁰⁶ Die 2010 beim Bundeskartellamt angemeldete, veränderte zweite Transaktion erfüllte nicht die Bedingungen des europäischen Wettbewerbsrechts für ein Vollfunktionsunternehmen und wurde daher von der Europäischen Kommission nur unter dem Aspekt des Kartellverbots untersucht.⁴⁰⁷ Neben der europäischen und der deutschen Kartellbehörde hatten vor allem die australischen, chinesischen, japanischen, koreanischen und taiwanesischen Kartellbehörden das Vorhaben geprüft und teilweise ebenfalls wettbewerbliche Bedenken geäußert.⁴⁰⁸ Durch den Zusammenschluss wäre nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes eine wettbewerbliche Einheit zwischen den beiden Beteiligten entstanden, die das bestehende wettbewerbslose

Oligopol auf dem Markt für langfristig seegehandeltes Feinerz verstärkt und auf dem Markt für langfristig seegehandeltes Stückerz eine Einzelmarktbeherrschung der Beteiligten zur Folge gehabt hätte.

667. Auswirkungen auf das Bundesgebiet im Sinne des § 130 Absatz 2 GWB ergaben sich angesichts des Umsatzes der Beteiligten in Deutschland von jeweils über 1 Mrd. Euro und der Bedeutung der Beteiligten für den internationalen Handel mit Eisenerz und damit auch für die deutsche Stahlindustrie unzweifelhaft. Die wettbewerbslichen Aspekte wurden eingehend durch das Bundeskartellamt ermittelt und hätten eine Untersagung bzw. erhebliche Nebenbestimmungen zu tragen vermocht.

668. Der zweite Fall macht die Koordinationsmechanismen der Kartellbehörden innerhalb der Europäischen Union anschaulich. Die Fusion der jeweils in den Niederlanden ansässigen Van-Drie-Gruppe und der Alpuro Holding B.V. wurde in Deutschland nur unter erheblichen Nebenbestimmungen freigegeben.⁴⁰⁹ Der Zusammen-

⁴⁰⁶ Verfahren COMP/M.4985 „BHP Billiton/Rio Tinto“, Rücknahme vom 26. November 2009 im Hauptprüfverfahren. Eine geplante veränderte Anmeldung wurde bereits nach Vorgesprächen mit der Europäischen Kommission fallen gelassen.

⁴⁰⁷ EU-Kommission, Pressemitteilung vom 25. Januar 2010, IP/10/45.

⁴⁰⁸ Vgl. Rio Tinto, Pressemitteilung vom 18. Oktober 2010, Rio Tinto and BHP Billiton end plans for iron ore production joint venture.

⁴⁰⁹ BKartA, Beschluss vom 27. Dezember 2010, B2-71/10; vgl. zu den Zusagen Tz. 748 ff.

Tabelle IV.4

Art des Zusammenschlusstatbestands der beim Bundeskartellamt zwischen 2009 und 2011 angemeldeten Unternehmenszusammenschlüsse

		2009	2010	2011 ¹
I.	Vermögenserwerb	211	181	160
II.	Kontrollerwerb	565	593	690
	davon: Anteilserwerb	374	384	470
	durch Vertrag	55	62	90
	Gemeinschaftsunternehmen	136	147	130
III.	Anteilserwerb	148	145	150
	davon: Mehrheitserwerb	12	12	30
	Minderheitsserwerb	32	24	10
	Gemeinschaftsunternehmen	104	109	110
IV.	Veränderung der Kontrolle	46	50	80
V.	Wettbewerblich erheblicher Einfluss	28	18	20
Insgesamt		998	987	1.100

¹ Erhebung noch nicht vollständig abgeschlossen; die Zahlen sind daher teilweise noch vorläufig.

Quelle: Bundeskartellamt

schluss war außer vom Bundeskartellamt auch von der niederländischen Wettbewerbsbehörde (Nederlandse Mededingingsautoriteit) und der italienischen Wettbewerbsbehörde (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) geprüft und ohne Nebenbestimmungen freigegeben worden. Vorausgegangen war ein Antrag der beteiligten Unternehmen zur Verweisung des Falles an die Europäische Kommission. Die niederländische Wettbewerbsbehörde hatte der Verweisung widersprochen, sodass es bei den nationalen Zuständigkeiten geblieben war. Die zeitlich vor dem Bundeskartellamt befassten Wettbewerbsbehörden der Niederlande und Italiens hatten ihrer Prüfung des Vorhabens EU-weite Märkte zugrunde gelegt, nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes lag jedoch ein eigenständiger Markt für das Bundesgebiet vor. Auf diesem Markt für den Vertrieb von Kalbfleisch an Großhandel, industrielle Weiterverarbeiter und Gastronomie wäre ohne die Nebenbestimmungen eine marktherrschende Stellung der Beteiligten begründet worden.

669. Die unterschiedliche räumliche Marktabgrenzung der nationalen Wettbewerbsbehörden erscheint auf den ersten Blick eigenartig. Insoweit hätte das Bundeskartellamt seinem Ruf als strenger Hüter des Wettbewerbs entsprochen. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass sich die jeweils zu prüfenden nationalen Märkte deutlich unterscheiden. Insbesondere besteht auf dem niederländischen Markt ein Produktionsüberschuss, während insbesondere deutsche Verbraucher in Deutschland produziertes Kalbfleisch präferieren. Je nach Perspektive unterscheiden

sich also die Wettbewerbsbeziehungen der einzelnen nationalen Produktionen, was auch die Unterschiedlichkeit der Marktabgrenzungen erklärt. Eine solche Diskrepanz mag zumindest aus Perspektive der Öffentlichkeitsarbeit der Kartellbehörden misslich erscheinen. Sie ist aber angesichts der unterschiedlichen Schutzobjekte – die Wettbewerbsbedingungen auf den jeweiligen nationalen Märkten – und der zu beobachtenden Praxis mancher Unternehmen, einen Zusammenschluss zuerst in den wettbewerblich unproblematischen Ländern anzumelden, kaum vermeidbar. Die zur Sicherung einer einheitlichen Entscheidung vorgesehene Verweisungsmöglichkeit von nach mindestens drei nationalen Fusionskontrollregimes anmeldepflichtigen Fusionen an die Europäische Kommission scheiterte hier am Widerstand der niederländischen Wettbewerbsbehörde, die die Transaktion bemerkenswerterweise ohne Nebenbestimmungen freigegeben hat. Zur Sicherung zumindest eines zeitlichen Gleichlaufs und damit der Erleichterung einer Kooperation und Abstimmung zuständiger nationaler Kartellbehörden ließe sich über ein vereinheitlichtes Zeitfenster synchroner nationaler Anmeldungen nachdenken. Eine solche Regelung allerdings dürfte sich angesichts noch immer eigenständiger nationaler Fusionskontrollregimes innerhalb der Europäischen Union und entsprechender nationaler Souveränität als nicht nur rechtlich problematisch erweisen. Letztlich tragen die ungleichzeitig anmeldenden und damit eine Abstimmung zwischen nationalen Kartellbehörden verhindernden Fusionskontrollparteien selbst die Last asymmetrischer Entscheidungen.

670. Die Vielzahl paralleler Ermittlungen unterschiedlicher Kartellbehörden in Fällen mit internationalen Auswirkungen könnte auf den ersten Blick als ineffizient erscheinen, da jeweils dasselbe Vorhaben untersucht wurde. Innerhalb der Europäischen Union ermöglichen die Verweisungsmechanismen der Fusionskontrollverordnung eine Anpassung administrativer Zuständigkeiten im Einzelfall. Auf dieser Grundlage bietet das Netzwerk der nationalen Wettbewerbsbehörden (European Competition Network, ECN) eine (nicht auf Fusionskontrollverfahren beschränkte)⁴¹⁰ Plattform für Informationsaustausch und Kooperation nationaler Kartellbehörden untereinander und mit der Europäischen Kommission.⁴¹¹ Diese innerhalb der Europäischen Union formell und praktisch schon weit entwickelte Kooperationsstruktur kann jedoch, wie in dem Fall Van Drie/Alpuro deutlich wird, bei entsprechender taktischer Anmeldung seitens der Unternehmen eine mehrfache Prüfung nicht verhindern. Zudem können selbst zwischen den mittlerweile stark angenäherten nationalen Fusionskontrollregimes verschiedener EU-Staaten die Einschätzungen der Kartellbehörden abweichen. Dies gilt umso mehr auf internationaler Ebene: Zum einen widmet sich die hier bestehende Kooperationsplattform des International Competition Network (ICN) in erster Linie konzeptionellen Themen, ohne bislang die Möglichkeit eines multilateralen Austauschs über laufende Fusionskontrollverfahren oder gar von Verweisungen zu bieten; zum anderen sind im internationalen Vergleich die Fusionskontrollregimes trotz einer gewissen Tendenz zur Konvergenz deutlich stärker unterschiedlich als innerhalb der Europäischen Union. Zum Dritten dürften auch die schon zwischen EU-Mitgliedstaaten teilweise erheblichen Unterschiede der Auswirkungen auf nationale Märkte auf internationaler Ebene regelmäßig noch größer sein. Aus diesen Gründen ist zwar auf längere Sicht eine internationale Plattform nach dem Vorbild des European Competition Network wünschenswert, um die für manche Zusammenschlussvorhaben erhebliche Anzahl paralleler Fusionskontrollverfahren zu reduzieren. Kurz- und mittelfristig jedoch erscheint die schon heute unter Zustimmung der Beteiligten nach § 50b i. V. m. § 50a Absatz 1 GWB mögliche Kooperation zwischen dem Bundeskartellamt und weiteren betroffenen Wettbewerbsbehörden von Drittstaaten ausreichend.

671. Ein gutes Beispiel für eine derartige internationale Behördenkooperation ist die Freigabe des Erwerbs einer Vielzahl von Patenten des anderweitig übernommenen Unternehmens Novell durch ein eigens dafür gegründetes Gemeinschaftsunternehmen (CPTN) von Microsoft, Apple, EMC und Oracle (alle USA) gleichzeitig durch das US-amerikanische Department of Justice und das Bundeskartellamt im Jahr 2011. Die Transaktion um-

fasste unter anderem Patente, die für die Funktionsfähigkeit des offenen Computerbetriebssystems Linux bedeutsam sind. In enger Zusammenarbeit zwischen den Behörden⁴¹² wurden die Bedingungen erarbeitet, unter denen eine Freigabe erfolgen konnte;⁴¹³ das Department of Justice kündigte an, die von Anfang an vorgesehene Verteilung der Patente an die einzelnen Muttergesellschaften von CPTN zu überwachen.⁴¹⁴

Dieser Fall zeigt anschaulich, wie eine unter Zustimmung der Fusionsbeteiligten („waiver“) mögliche internationale Koordination von Kartellbehörden ein für Behörden und Parteien effizientes Verfahren ermöglicht. Vor allem können so die Freigaben und Verpflichtungszusagen abgestimmt werden, was die Unsicherheit und Compliance-Kosten für die Beteiligten deutlich vermindert.

4.3 Marktabgrenzung

4.3.1 Heuristisches und rechtliches Instrument Marktabgrenzung

672. Insbesondere vor dem Hintergrund ständig erweiterter Datenverfügbarkeit und weiterentwickelter Analyseverfahren werden in jüngerer Zeit verstärkt Stimmen laut, die auf die genaue Abgrenzung der betroffenen Märkte verzichten und stattdessen deren wettbewerbliche Auswirkungen direkt messen wollen.⁴¹⁵ Das liegt etwa dann nahe, wenn unter jeder infrage kommenden Marktabgrenzung erhebliche Wettbewerbsprobleme zu befürchten wären.⁴¹⁶ Doch auch in diesem Fall muss ein Rahmen für die Prüfung der zu erwartenden Wettbewerbseffekte abgesteckt werden, der jedoch nicht den Detaillierungsgrad einer vollständigen Marktabgrenzung aufzuweisen braucht. In diesem Sinne stellt die Abgrenzung betroffener Märkte in jedem Fall ein wertvolles heuristisches Instrument zur Ermittlung eines Analyserahmens dar.

673. Vor allem in der Literatur werden darüber hinaus insbesondere für horizontale Zusammenschlüsse verschiedene quantitative Maße für die direkte Messung des Wettbewerbsdrucks vorgeschlagen, die nach der Auffassung mancher – meist im Beratungsgeschäft tätiger – Ökonomen insbesondere aus dem angelsächsischen Sprachraum eine Marktabgrenzung und die Ermittlung

⁴¹⁰ Vgl. für eine Übersicht über die Aktivitäten des Netzwerks im Bereich von Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, a. a. O., S. 52 ff.

⁴¹¹ Vgl. vor allem die Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review der EU Merger Working Group von 2011. Unter Einschluss der EFTA-Länder existiert eine vergleichbare Kooperation; vgl. den ECA [European Competition Authorities] procedures guide on the exchange of information between members on multi-jurisdictional mergers von 2001. Hierzu eingehender auch Tz. 789 ff.

⁴¹² Vgl. BKartA, Pressemeldung vom 20. April 2011, Bundeskartellamt clears CPTN joint venture for acquisition of Novell patents.

⁴¹³ Vgl. dazu eingehender Tz. 730 ff.

⁴¹⁴ BKartA, Beschluss vom 20. April 2011, B7-11/11; vgl. dazu auch Department of Justice, Pressemitteilung vom 20. April 2011, CPTN Holdings LLC and Novell Inc. Change Deal in Order to Address Department of Justice's Open Source Concerns.

⁴¹⁵ Vgl. plakativ aus US-amerikanischer Sicht etwa Kaplow, L., Why (Ever) Define Markets?, Harvard Law Review 124(2), 2010, S. 437–517, 440; dazu bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 547. Die angelsächsische Diskussion wird deutlich durch die Ausführungen in den Horizontal Merger Guidelines 2010 der US-amerikanischen Kartellbehörden angeregt, nach denen diese eine Marktabgrenzung nicht mehr in allen Fällen durchführen wollen; vgl. ebenda S. 7 ff. Dazu etwa Keyte, J./Schwartz, K., 'Tally-Ho!': UPP and the 2010 Horizontal Merger Guidelines, Antitrust Law Journal 77(2), 2011, S. 587–650.

⁴¹⁶ Vgl. etwa Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 552 ff.

von Marktanteilen ersetzen sollen.⁴¹⁷ Dabei wird vor allem auf illustrative Preiserhöhungen (Illustrative Price Rises, IPR), den Preiserhöhungsdruck (Upward Pricing Pressure, UPP) bzw. einen Indikator für den Bruttopreiserhöhungsdruck (Gross Upward Pricing Pressure Indicator, GUPPI) abgestellt. Ausgehend von Umlenkungsrate („diversion ratio“) und Brutto- bzw. Nettomarge sollen unilaterale Preiserhöhungstendenzen für betroffene Produkte infolge des geplanten Zusammenschlusses ermittelt werden.⁴¹⁸

674. In Großbritannien und den USA wurden derartige Indikatoren vor dem Hintergrund des dort geltenden Wettbewerbsverminderungskriteriums (SLC-Test) für die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben bereits von den Kartellbehörden aufgenommen. IPR und GUPPI wurden in einer Reihe von Entscheidungen der britischen Wettbewerbsbehörden im Einzelhandel verwendet, um Wettbewerbsprobleme bzw. davon betroffene lokale Märkte zu identifizieren.⁴¹⁹ Die Horizontal Merger Guidelines der US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden sehen die Messung unilateraler Preiseffekte anhand von Umlenkungsraten vor.⁴²⁰ Bislang ist jedoch keine Entscheidung ersichtlich, in denen diese in den USA entscheidungsrelevant geworden wären.

675. Derartige direkte Maße für unilaterale Effekte können bei Vorliegen entsprechender Daten ein guter Indikator für die Intensität des Wettbewerbs sein. Jedoch lassen sich so lediglich unilaterale Preiseffekte messen. Zudem setzen sie eine Reihe von Annahmen voraus, die die Aussagekraft stark beeinflussen. In Einzelfällen, wenn entsprechende Daten verfügbar sind, können sie die Analyse bereichern. Allerdings lassen sich so weder Angebotssubstitution oder potenzieller Wettbewerb noch nicht preisliche oder koordinierte Effekte erfassen. Aus diesem Grund sind die beschriebenen Instrumente nicht geeignet, die klassische Marktuntersuchung vollkommen zu ersetzen.⁴²¹

⁴¹⁷ Vgl. etwa Farrell, J./Shapiro, C., Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition, B. E. Journal of Theoretical Economics 10(1), 2010, Artikel 9, S. 1–39; Willig, R., Unilateral Competitive Effects of Mergers: Upward Pricing Pressure, Product Quality, and Other Extensions, Review of Industrial Organization 39(1/2), 2011, S. 19–38; Moresi, S., The Use of Upward Price Pressure Indices in Merger Analysis, The Antitrust Source, February 2010, S. 1–12; Flochel, L., Contrôle des concentrations horizontales : Les tests UPP, GUPPI et IPR, Concurrences N° 1–2011, S. 30–36.

⁴¹⁸ Vgl. etwa OFT/RBB Economics, Conjectural Variations and Competition Policy: Theory and Empirical Techniques, October 2011, OFT1379, S. 168 ff.

⁴¹⁹ Vgl. etwa die Übersicht bei Competition Commission/OFT, Commentary on Retail Mergers, March 2011, S. 16 ff.

⁴²⁰ Vgl. Department of Justice/Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, August 19, 2010, S. 21.

⁴²¹ Weiterführend etwa Jackson, D., A Return to Simplicity? A History of Developments in the Economic Analysis of Mergers, Journal of European Competition Law & Practice 2(2), 2011, S. 170–175; Coate, M., Benchmarking the Upward Pricing Pressure Model with Federal Trade Commission Evidence, Journal of Competition Law & Economics 7(4), 2011, S. 825–846; Keyte, J./Schwartz, K., „Tally-Ho!“, UPP and the 2010 Horizontal Merger Guidelines, Antitrust Law Journal 77(2), 2011, S. 587–650; Werden, G., Why (Ever) Define Markets: An Answer to Professor Kaplow, February 13, 2012, <http://ssrn.com/abstract=2004655>. Einen guten Überblick geben Maier-Rigaud, F./Schwalbe, U., OECD Roundtable on Market Definition, Background Note by the Secretariat, 25 May 2012.

676. Die echten Marktbeherrschungsvermutungen aufgrund von Marktanteilsschwellen nach § 19 Absatz 3 GWB stellen zwar lediglich eine Beweislastumkehr zulasten der Zusammenschlussbeteiligten dar. In der Praxis ist das Bundeskartellamt hier auch sehr zurückhaltend und begründet seine Entscheidungen regelmäßig unabhängig von diesen Vermutungen. Dennoch stellt diese Regelung insbesondere in Oligopolmärkten eine erhebliche Verfahrenserleichterung für die Behörde dar.⁴²² Nicht zuletzt weil dadurch die Mitarbeit der Zusammenschlussbeteiligten gefördert wird, erscheint die Beibehaltung dieser Vermutungsregelungen auch unter dem mit dem Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle intendierten Wechsel zum SIEC-Test erforderlich.⁴²³

4.3.2 Sachliche Marktabgrenzung

4.3.2.1 Differenzierung zwischen Einzelnutzer- und Mehrnutzerverträgen bei Kabelnetzbetreibern

677. Den Zusammenschluss zwischen der Liberty Global Europe Holding und Kabel Baden-Württemberg gab das Bundeskartellamt wegen erheblicher Bedenken nur mit erheblichen Nebenbestimmungen frei.⁴²⁴ Der internationale Medienkonzern Liberty Global hatte im Jahr 2009 bereits den Kabelnetzbetreiber Unitymedia erworben,⁴²⁵ sodass durch den Zusammenschluss das Breitbandkabelnetz in Nordrhein-Westfalen, Hessen und Baden-Württemberg wieder in einer Hand vereint wurde. Die Beteiligten betreiben Breitbandkabelnetze der Netzebene 3⁴²⁶ und der Netzebene 4⁴²⁷ zur Übertragung und Vermarktung analoger und digitaler Rundfunksignale. Auf dieser Grundlage werden technische Dienstleistungen für Programmanbieter (insbesondere die Einspeisung von Rundfunksignalen in das Kabelnetz) erbracht und Endkunden neben TV-Signalen unter anderem Breitbandinternet und Telefoniedienste über das Kabelnetz angeboten.

678. Das Bundeskartellamt grenzte fünf betroffene Einzelmärkte ab, auf denen die Auswirkungen der Fusion geprüft wurden; daneben untersuchte das Amt die Auswirkungen auf vier weiteren Märkten im Rahmen der Abwägungsklausel. Auf dem bundesweiten Endkundenmarkt für Mehrnutzerverträge und dem netzbezogenen

⁴²² Vgl. hierzu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 601 ff.

⁴²³ Vgl. die Analyse und Empfehlungen der Monopolkommission zum insoweit unverändert übernommenen Referentenentwurf im Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 47 ff.; allgemein dazu auch oben Tz. 571 ff.

⁴²⁴ BKartA, Beschluss vom 15. Dezember 2011, B7-66/11.

⁴²⁵ Zu dem von der Europäischen Kommission mit Entscheidung vom 25. Januar 2010 nach Artikel 6 Absatz 1 lit. b FKVO freigegebenen Erwerb der Unitymedia durch Liberty Global (COMP/M.5734) hatte das Bundeskartellamt mangels wettbewerblicher Bedenken keine förmliche Stellungnahme abgegeben.

⁴²⁶ Die Netzebene 3 umfasst die Breitbandkabelnetze, die die Signale von den Hauptverteilern über die Kabelverzweiger innerhalb von Ortschaften bis zum Hausübergabepunkt transportieren.

⁴²⁷ Die Netzebene 4 umfasst das Breitbandkabelnetz innerhalb eines Gebäudes vom Hausübergabepunkt oder der Empfangsstation im Gebäude bis zu den Anschlussdosen in den einzelnen Wohneinheiten (Hausverteilnetz).

Einspeisemarkt wurde eine Verstärkung bestehender marktbeherrschender Stellungen befürchtet. Auf dem regionalen Markt für die Belieferung von Einzelnutzern mit Signalen sowie auf dem deckungsgleichen Markt für die Signallieferung an Betreiber nachgeordneter Kabelnetze der Netzebene 4 bestünden marktbeherrschende Stellungen, die jedoch nicht durch die Fusion verstärkt würden. Auf dem Pay-TV-Spartenprogramm-Rechtemarkt schließlich ist Unitymedia tätig, es bestehe oder entstehe hier jedoch keine marktbeherrschende Stellung infolge der Fusion.

679. Bislang hatte das Bundeskartellamt nicht entscheidungsrelevant zwischen den Verträgen zwischen Kabelnetzbetreibern gegenüber Einzelnutzern mit nur einem Anschluss und gegenüber Mehrfachnutzern mit mehreren Anschlüssen differenziert. Erstmals in diesem Fall wurde jedoch darauf abgestellt, dass beide Klassen von Versorgung unterschiedlichen Bedingungen unterliegen. Mehrnutzerverträge, nach dem damit regelmäßig verbundenen Recht des Kabelnetzbetreibers auf Zugang zu den Gebäuden des Abnehmers auch „Gestattungsverträge“ genannt, sind regelmäßig deutlich attraktiver für Wettbewerber des regionalen Kabelnetzbetreibers: Die erheblich höheren Anschlusszahlen bringen geringere Kosten pro Anschluss, damit auch um bis zu 80 Prozent geringere Preise und längere Vertragslaufzeiten mit sich. In diesem Markt fallen auch regelmäßig Vertragspartner und wirtschaftlich Betroffene auseinander, da Hauseigentümer die Kosten des Kabelanschlusses nach § 2 Nummer 15 b) BtrKV über die Nebenkostenabrechnung weiterreichen können und dies auch in mehr als zwei Dritteln der vom Bundeskartellamt erfassten Fälle tun. Dieses „Nebenkostenprivileg“ für Gestattungsverträge führt zu einer gegenüber Einzelverträgen deutlich abweichenden Abnehmer-situation. Entscheidend kommt hinzu, dass aufgrund der Besonderheiten des Gestattungsmarktes auf diesem bundesweiter Wettbewerb stattfindet, während Einzelnutzerverträge nur vom lokalen Netzbetreiber im lokalen Monopol angeboten werden. Dabei hat das Bundeskartellamt in diesem Markt die Lieferung des TV-Signals über Breitbandfernsehkabel und über Internetanschlüsse (IPTV) einbezogen, nicht jedoch die Eigenversorgung über Satellit und DVB-T. Denn Letztere sei schon von Umfang und Breite des Angebots her nicht vergleichbar. Eine Einzelversorgung mit Satellitensignalen stelle schon begrifflich keine Mehrfachnutzung dar; die Eigenversorgung von Mehrfamilienhäusern mit Satellitensignalen erfolge unentgeltlich und sei als Eigenproduktion der Leistung nicht bei der Marktabgrenzung im Gestattungsmarkt, sondern lediglich bei der Gesamtwürdigung der wettbewerblichen Verhältnisse zu berücksichtigen. Auf diesem Gestattungsmarkt stellte das Bundeskartellamt erhebliche Marktzutrittschranken für sonstige Wettbewerber, wie kleine Kabelnetzbetreiber oder Telekommunikationsanbieter, fest, die sich vor allem aus der langen Laufzeit mancher Gestattungsverträge, aus Exklusivitätsklauseln und aus der bestehenden Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Eigentums am Hausverteilnetz nach Vertragsende ergaben.

680. Als zweiter wettbewerblich problematischer Markt wurde der sog. Einspeisemarkt abgegrenzt. Dort

stehen die Kabelnetzbetreiber den Fernsehsendern gegenüber und erhalten sog. Einspeiseentgelte für die Einspeisung von TV-Programmen in ihre Netze und deren Weiterleitung an Endkunden bzw. angeschlossene Netzbetreiber der Netzebene 4. Eine Unterscheidung nach der Einspeisung von Analog- oder Digitalsignalen und zwischen Pay-TV- und Free-TV-Programmen wurde nicht vorgenommen. Einbezogen wurde – in Abgrenzung zu den Übertragungswegen Satellit, Terrestrik und IPTV – allein die Einspeisung von Rundfunksignalen in Breitbandkabelnetze. Denn trotz einer gewissen technischen Substituierbarkeit seien diese für die Programmanbieter nicht austauschbar. Einbezogen wurden auch die technischen Dienstleistungen, die Unitymedia im Rahmen einer digitalen Plattform erbringt, die verschlüsselte Übertragungen ermöglicht. Die Verstärkung der netzbezogenen Marktbeherrschung ergab sich aus einer verbesserten Verhandlungsposition der Zusammenschlussbeteiligten infolge der Fusion gegenüber den Fernsehsendern. Durch die Verpflichtungszusagen würden die wettbewerblichen Bedenken ausgeräumt.⁴²⁸

681. Die Monopolkommission begrüßt die Marktabgrenzungen des Bundeskartellamtes in diesem Fall. Zwar nimmt die Konvergenz zwischen Fernsehen, Internet und Telefonie, die vermehrt als „triple play“-Paket angeboten werden, zu. Doch die über Telefonleitung und Fernsehkabel möglichen Leistungen sind aus Nachfragersicht auch nach Auffassung der Monopolkommission noch immer nur teilweise austauschbar, sodass hier eine getrennte Betrachtung unter dem Aspekt der Rundfunkübertragungsdienste erforderlich schien. Eine gesonderte Betrachtung des Gestattungsmarktes wurde bereits in vorherigen Fusionskontrollverfahren geprüft,⁴²⁹ doch erst in diesem Verfahren erwies sich dies als entscheidungserheblich. Mithilfe umfangreicher Marktanalysen und Wettbewerbsbefragungen hat das Bundeskartellamt gezeigt, dass sich hier die Wettbewerbsbedingungen tatsächlich erheblich gegenüber dem Markt für Einzelanschlüsse unterscheiden. Auch die für den Einspeisemarkt getroffene Marktabgrenzung erscheint sachgerecht: Aus Sicht der Fernsehsender sind die an das Breitbandkabelnetz angeschlossenen Zuschauer nur deutlich schlechter über andere Wege zu erreichen.⁴³⁰ Die vom Bundeskartellamt vorgenommenen Marktabgrenzungen erscheinen der Monopolkommission gut geeignet und auch notwendig, um die betroffenen Wettbewerbsprobleme zu erfassen.

4.3.2.2 Getrennte (Beschaffungs-)Märkte für Sauen- und Schweinefleisch

682. Den geplanten Erwerb von jeweils 70 Prozent der Anteile an den vier Muttergesellschaften des Schlachthofs Tummel, Schöppingen, durch die Tönnies Holding GmbH & Co. KG, Rheda-Wiedenbrück, hat das Bundes-

⁴²⁸ Vgl. Tz. 737 ff., 744 ff.

⁴²⁹ Zuletzt offengelassen in BKartA, Beschluss vom 3. April 2008, B7 200/07 „KDG/Orion“, Rn. 144 f., 148 ff.

⁴³⁰ Ähnlich auch BNetzA, Entscheidung vom 7. Oktober 2010, BK1-09/005, S. 55 ff. (Festlegung betreffend den Markt für Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer).

kartellamt wegen durch die angebotenen Zusagen nicht behebbarer wettbewerblicher Bedenken untersagt.⁴³¹ Auf den Märkten für die Erfassung von Schlachtsauen zur Schlachtung und für den Absatz von zerlegtem Schweinefleisch wurde die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung befürchtet. Auf den übrigen geprüften Märkten – Erfassung von Schlachtschweinen zur Schlachtung, Erfassung von Sauenhälften zur Zerlegung, Erfassung von Schweinehälften zur Zerlegung sowie Absatz von zerlegtem Sauenfleisch – hätte die Fusion zu einer weiteren Konsolidierung auf den teils bereits hochkonzentrierten Märkten, nicht jedoch zu einer marktbeherrschenden Stellung für die Beteiligten geführt.

683. Grundlage der Marktabgrenzung entlang der Wertschöpfungskette ist die Differenzierung zwischen „Sauen“ und „Schweinen“: Schlachtsauen werden als Muttertiere in der Schweineproduktion eingesetzt und sind deutlich schwerer als Schweine. Die Erzeugungs- und Erfassungsstrukturen unterscheiden sich insoweit deutlich. Eine Angebotsumstellungsflexibilität besteht nur in geringem Maße; die Erfassungspreise von Schweinen und Sauen unterscheiden sich und bewegen sich unabhängig voneinander. Auch sind die Produktionsstrukturen in der Regel zweigeteilt: Anbieter von Schlachtschweinen sind häufig Schweinemäster, die Ferkel bei Schweinezüchtern kaufen. Diese wiederum halten meist ausschließlich oder in erster Linie Schlachtsauen.

Auf der Absatzseite unterscheiden sich Sauenfleisch und Schweinefleisch sowohl hinsichtlich der Fleischeigenschaften als auch hinsichtlich der Absatzkanäle. Sauenfleisch wird fast ausschließlich in der Wurstherstellung eingesetzt und kann dabei aufgrund seiner besonderen Eigenschaften nur teilweise durch Schweinefleisch substituiert werden. Schweinefleisch dagegen wird auch in erheblichem Umfang als Frischfleisch an den Lebensmittel-einzelhandel verkauft und erzielt einen erheblich höheren Preis als Sauenfleisch.

Auch auf den Ebenen der Schlachtung und Zerlegung wirken sich die vor- und nachgelagerten Marktgegebenheiten entscheidend aus. Infolge des erheblich geringeren Gewichts der Schweine können diese zwar in für Sauen ausgelegten Schlachthanlagen geschlachtet werden; umgekehrt ist dies jedoch nur eingeschränkt möglich. Diese teilweise technische Einschränkung der Produktionsumstellungsflexibilität wird verstärkt durch die Schwierigkeiten und fehlenden Anreize für Schlachtunternehmen bei der Erfassung und dem Absatz der jeweils anderen Fleischsorte.

684. Unter den Produktionsstufen Schlachtung, Zerlegung und Fleischabsatz ist nur der Absatzmarkt aus Sicht der Beteiligten ein klassischer Angebotsmarkt, während die Erfassung von lebenden wie von geschlachteten Tieren auf Beschaffungsmärkten stattfindet. Insoweit stellt diese Entscheidung eine der seltenen des Bundeskartellamtes dar, in denen die Marktbeherrschung auf Beschaffungsmärkten entscheidungserheblich geworden ist. Der

Zusammenschluss zwischen Hüssel und Mara im Parfümeriehandel wurde beispielsweise aufgrund der zu erwartenden Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Handels- bzw. Beschaffungsmarkt untersagt.⁴³² Die Untersagung im Fall Coop/Wandmaker aus dem Jahr 1984 hatte auch auf der zu erwartenden Verstärkung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung in Beschaffungsmärkten beruht,⁴³³ wurde jedoch durch das Kammergericht aufgehoben, das den Nachweis kollektiver Marktbeherrschung nicht als erbracht ansah.⁴³⁴ Im Zusammenschlussverfahren Edeka/Tengelmann aus dem Jahr 2008 wurde einseitigen negativen Veränderungen auf Beschaffungsmärkten für ausgewählte Produktgruppen mit Nebenbestimmungen entgegengewirkt.⁴³⁵ Im Jahr 2010 wurden im Verfahren Edeka/Trinkgut nach einzelnen Produktgruppen abgegrenzte Beschaffungsmärkte untersucht.⁴³⁶ In dieser Entscheidung wird die wettbewerbsrechtliche Erfassung von Beschaffungsmärkten grundsätzlich und umfassend beleuchtet,⁴³⁷ eine (kollektive) Marktbeherrschung konnte das Amt jedoch nicht mit Sicherheit feststellen.⁴³⁸ Im Fall Tönnies/Tummel begründet das Bundeskartellamt die Verstärkung der bereits auf dem Markt für die Erfassung von Schlachtsauen zur Schlachtung bestehenden marktbeherrschenden Stellung umfangreich, vor allem mit der nicht unerheblichen Marktanteilsaddition, dem erheblichen Mengenzuwachs sowie der Schwächung des stärksten Wettbewerbers.

685. Die Abgrenzung von Beschaffungsmärkten erfolgt – spiegelbildlich zu Absatzmärkten – aus der Sicht der Marktgegenseite und umfasst alle funktionell austauschbaren Erzeugnisse, die nach Auffassung der Anbieter dazu geeignet sind, deren Absatzbedürfnisse zu befriedigen. Dabei wird die funktionelle Austauschbarkeit der Erzeugnisse maßgeblich von den Angebotsumstellungsmöglichkeiten der Hersteller (sog. Angebotsumstellungskonzept) und der Möglichkeit der Austauschbarkeit gleichartiger Nachfrager (sog. Absatzalternativen) bestimmt;⁴³⁹ regelmäßig ist hier nach einzelnen Pro-

⁴³¹ BKartA, Beschluss vom 16. November 2011, B2-36/11.

⁴³² BKartA, Beschluss vom 29. Juni 1981, B8-159/80, WuW/E BKartA 1897, 1902 ff.; bestätigt durch KG, Beschluss vom 24. April 1985, Kart 34/81, WuW/E OLG 3577, 3584.

⁴³³ BKartA, Beschluss vom 14. August 1984, B9-2006/84, WuW/E BKartA 2161, 2164 ff.

⁴³⁴ KG, Beschluss vom 5. November 1986, Kart 15/84, WuW/E OLG 3917, 3927 ff.

⁴³⁵ Anknüpfungspunkt war dabei jedoch nicht die Marktbeherrschung auf Beschaffungsmärkten, sondern die Verbesserung der wettbewerblichen Position auf den Absatzmärkten durch den verbesserten Zugang zu den Beschaffungsmärkten gemäß § 19 Absatz 2 Nummer 2 GWB; vgl. BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07, S. 104 ff., WuW/E DE-V 1607; vgl. hierzu bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 518 ff.

⁴³⁶ Vgl. BKartA, Beschluss vom 28. Oktober 2010, B2-52/10, S. 106.

⁴³⁷ Vgl. ebenda, S. 97 ff.

⁴³⁸ Vgl. ebenda, S. 118 ff.

⁴³⁹ Vgl. bereits KG, Beschluss vom 5. November 1986, Kart 15/84, WuW/E OLG 3917, 3927 ff. „Coop/Wandmaker“; BGH, Urteil vom 23. Februar 1988, KZR 17/86, WuW/E BGH 2483, 2488 f. „Sonderungsverfahren“; EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Februar 1999, IV/M.1221 „Rewe/Meinl“, Rn. 76 ff.; grundlegend bereits Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Sondergutachten 7, Baden-Baden 1977, Tz. 195 ff.

duktgruppen abzugrenzen. Während die Kriterien von Marktmacht auf derart abgegrenzten Beschaffungsmärkten im Grundsatz noch nicht endgültig geklärt sind, konnte im Fall Tönnies/Tummel die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung mit hoher Wahrscheinlichkeit prognostiziert werden.⁴⁴⁰

686. Die Praxis des Bundeskartellamtes, Beschaffungsmärkte als solche zu untersuchen, findet die Zustimmung der Monopolkommission. Die Auswirkungen auf solchen Märkten sind gesondert direkt zu würdigen, nicht lediglich mittelbar auf den nachgelagerten (Absatz-) Märkten. Die Nachfrage des in der Wertschöpfungskette nachgelagerten Unternehmens lässt sich auch als Weiterverarbeitungsleistung für die Anbieter modellieren (Erfassung zur Schlachtung): Eine starke Position über die weiter nachfolgenden Marktstufen (Schlachtung und Absatz) kann wie hier die Machtposition auf den Nachfragemärkten verstärken. Der Fall Tönnies/Tummel demonstriert eindringlich, wie aus Vertragsstrukturen Pfadabhängigkeiten entstehen können, die eine getrennte Betrachtung verwandter Beschaffungsmärkte erforderlich machen. Während die Kriterien der Abgrenzung von Beschaffungsmärkten heute wohl als allgemein anerkannt gelten können,⁴⁴¹ sind die Voraussetzungen und die Würdigung von Marktmacht auf Beschaffungsmärkten noch umstritten und teilweise auch von der verfolgten Zielsetzung des Wettbewerbsrechts abhängig.⁴⁴² Jedenfalls wenn wie hier auf der der nachfragemächtigen Wertschöpfungsebene nachgelagerten Ebene ebenfalls nur eingeschränkter Wettbewerb besteht, lässt sich von Kartellrechtsrelevanz der Nachfragemacht ausgehen.

4.3.3 Probleme und Folgen der Abgrenzung von Endkundenmärkten in Strom- und Gassektor

687. Die Monopolkommission hat in ihrem jüngsten Sondergutachten zum Energiesektor 2011 die Abgrenzung verschiedener Märkte durch das Bundeskartellamt dargestellt, verschiedene Probleme ausführlich beleuchtet und zum Teil eine Überprüfung einzelner Aspekte nahegelegt.⁴⁴³ Eine wichtige Frage, die auch die jüngere Fusionskontrollfallpraxis in den Fällen RWE/Stadtwerke Unna und Enovos/ESW⁴⁴⁴ berührt, betrifft die geeignete sachliche und räumliche Abgrenzung der Endkundenmärkte für Strom und Gas.

688. Mit den Entscheidungen des Bundeskartellamtes hat sich auch eine Praxis zur Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte im Energiesektor entwickelt. Die sachliche Marktabgrenzung orientiert sich vor allem an der vertikalen Wertschöpfungskette der deutschen Strom- und Gaswirtschaft. Darunter fallen eine oder mehrere Handelsstufen jeweils in den Bereichen Erzeugung (bei Strom), Distribution und Endkundenmärkte. Die sachliche und räumliche Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes im Strom- und Gassektor ist in der Vergangenheit höchstrichterlich bestätigt worden,⁴⁴⁵ hat sich generell in der Praxis bewährt und wurde von der Monopolkommission bereits mehrfach als angemessen beurteilt. Allerdings entwickeln sich die Märkte in der Energiewirtschaft schnell, sodass die konkreten Wettbewerbsverhältnisse stets von Veränderungen durch fundamentale Produktionsverschiebungen, von der Veränderung des Nachfragerverhaltens und vom technologischen Fortschritt betroffen sein können, was zu wiederholten Anpassungen der Marktabgrenzung führt und geführt hat. Eine solche Veränderung betrifft die Abgrenzung der Energieendkundenmärkte, die nachfolgend näher betrachtet werden soll.

689. Die Endkundenmärkte im Strom- wie auch im Gassektor werden vom Bundeskartellamt sachlich und räumlich unterschiedlich abgegrenzt. Von besonderem Interesse ist dabei die Abgrenzung des Marktes für die Belieferung von Haushalts- und Kleingewerbekunden (HuK-Markt), exklusive des Heizstrommarktes.⁴⁴⁶ So nimmt das Amt im Gassektor einen einheitlichen sachlich relevanten Markt für die Belieferung von HuK-Kunden an, den es netzbezogen abgrenzt. Im Stromsektor unterscheidet das Amt hingegen zwei sachlich relevante Märkte, einen Markt für die Belieferung von Standardlastprofil-Kunden (SLP-Kunden)⁴⁴⁷ in der Grundversorgung und einen für die Belieferung selbiger Kunden mit Sonderverträgen. Während der Markt für Kunden der Grundversorgung weiterhin netzbezogen abgegrenzt wird, nimmt das Bundeskartellamt seit der Entscheidung Integra/ Thüga für die Belieferung von Kunden mit Sonderverträgen einen bundesweiten Markt an.⁴⁴⁸

690. Die Differenzierung zwischen dem Grundversorgungsmarkt und dem Sondervertragsmarkt hat das Bundeskartellamt mit der Beobachtung begründet, dass Stromanbieter zunehmend um wechselwillige und häufig intermetaffine Kunden werben. Grundversorgungskunden

⁴⁴⁰ Das Bundeskartellamt stellte hohe Marktanteile der Fusionsbeteiligten gegenüber deutlich schwächeren, zersplitterten Wettbewerbern, einen überlegenen Zugang der Beteiligten zu Erfassungs- und Absatzmärkten, einen tatsächlich manifestierten erheblichen Verhaltensspielraum von Tönnies („Sauenkrieg“) sowie stark eingeschränkten potenziellen Wettbewerb fest; vgl. BKartA, B2-36/11, S. 66 ff.

⁴⁴¹ So schon KG, Beschluss vom 5. November 1986, Kart 15/84, WuW/E OLG 3917, 3927 „Coop/Wandmaker“; bereits eingehend Monopolkommission, Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung, Hauptgutachten 1982/1983, Baden-Baden 1984, Tz. 667 ff.

⁴⁴² Vgl. eingehender aus allgemeiner Perspektive zur Nachfragemacht Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 380 ff., sowie unten Tz. 1072 ff.

⁴⁴³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 141 ff.

⁴⁴⁴ BKartA, Beschluss vom 27. Juli 2011, B8-94/11; BKartA, Beschluss vom 20. März 2012, B8-124/11.

⁴⁴⁵ BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2008, KVR 2/08 „Stadtwerke Uelzen“, WuW/E DE-R 2538.

⁴⁴⁶ Der ebenfalls zu den Märkten für die Belieferung von Haushalts- und Kleingewerbekunden zählende Markt für die Belieferung mit Heizstrom ist aufgrund seiner Eigenschaften gesondert abzugrenzen. Dieser Umstand ist jedoch für die nachfolgende Betrachtung der übrigen Märkte für die Belieferung von Haushalts- und Kleingewerbekunden nicht weiter relevant; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 166 f.

⁴⁴⁷ Charakteristisch ist, dass die Tagesverbräuche von HuK-Kunden nicht über eine registrierte Leistungsmessung, sondern über ein Standardlastprofil (SLP) abgerechnet werden. Daher wird nachfolgend auch der Begriff „SLP-Kunden“ verwendet.

⁴⁴⁸ BKartA, Beschluss vom 30. November 2009, B8-107/09.

unterscheiden sich danach in erster Linie dadurch von den Sondervertragskunden, dass sie nicht aktiv zu werden brauchen, um einen Stromliefervertrag abzuschließen. Sondervertragskunden hingegen wenden Suchkosten auf und entscheiden sich sehr bewusst für einen bestimmten Vertrag eines bestimmten Anbieters. Das Bundeskartellamt argumentiert weiter, dass sich das Preisniveau der beiden Kundengruppen zum Teil erheblich unterscheide. Das liege mitunter auch daran, dass der Grundversorgungsanbieter seine Kunden aufgrund des Kontrahierungszwangs nicht selektieren könne und deshalb völlig andere Ausfallrisiken einpreisen müsse als der Sondervertragsanbieter.

691. In ihrem Sondergutachten zum Energiesektor 2011 hat die Monopolkommission dargelegt, dass eine nachfragerseitige Differenzierung der Märkte grundsätzlich ungewöhnlich ist,⁴⁴⁹ es jedoch für die vom Bundeskartellamt vorgenommene Unterscheidung zwischen Grundversorgungs- und Sondervertragskunden ökonomisch relevante Argumente geben kann. Da das gelieferte Gut Strom zumindest im Hinblick auf die Differenzierung von Grundversorgungs- und Sondervertragskunden weitgehend homogen und aus Sicht eines Großteils der Nachfrager der Grundversorger mit Sondervertragsanbietern unmittelbar austauschbar ist, entfallen vor dem Hintergrund des Bedarfsmarktkonzepts wesentliche Argumente für eine Unterscheidung der Märkte. Demgegenüber ist allerdings vor allem die mögliche Marktmacht der Grundversorger und damit ein unkontrollierter Verhaltensspielraum auf diesen Märkten als Hinweis auf einen eigenen Markt zu berücksichtigen.

Soweit das Bundeskartellamt eine nachfragerseitige Unterscheidung daher auf Marktmachtargumente stützt, sollte es seine Überlegungen quantitativ fundieren. Die Monopolkommission hat dazu vorgeschlagen, den Preisabstand zwischen Grund- und Sondervertragsstarifen zu prüfen und eine Unterscheidung auch an einem erheblichen Abstand von mindestens 5 bis 10 Prozent zu knüpfen.⁴⁵⁰ Neue Hinweise, die eher gegen eine Trennung beider Märkte sprechen, ergeben sich allerdings aus der empirischen Untersuchung der Monopolkommission in diesem Gutachten. Diese zeigt deutlich eine Verbindung zwischen dem Wettbewerb in einem lokalen Markt durch Sondervertragsanbieter und der Marge, die ein Grundversorger erzielen kann. Eine einprozentige Erhöhung der Wettbewerbsintensität innerhalb eines lokalen Marktes führt danach durchschnittlich zu einem fünfzehnprozentigen Margenrückgang beim Grundversorger.⁴⁵¹ Derweil hat das Bundeskartellamt im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens RWE/Stadtwerke Unna die getrennte Abgrenzung der Märkte für die Belieferung von Kunden in der Grundversorgung und solchen auf Basis von Sonderverträgen vorausgesetzt und nicht weiter qualitativ oder quantitativ fundiert.⁴⁵²

⁴⁴⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 172 ff.

⁴⁵⁰ Vgl. ebenda, Tz. 170.

⁴⁵¹ Vgl. Tz. 237.

⁴⁵² Vgl. BKartA, Beschluss vom 27. Juli 2011, B8-94/11, Rn. 33 f.

692. Des Weiteren ergibt sich aus den Beschlüssen des Bundeskartellamtes nicht unmittelbar, wieso die Unterscheidung zwischen Kunden des Grundversorgers und der Belieferung der gleichen Kunden mit Sonderverträgen nicht auch im Gasbereich zutreffend ist. So sind die vom Bundeskartellamt für die Differenzierung der Märkte im Stromsektor angeführten Argumente im Wesentlichen auf den Gassektor übertragbar. Weitergehend spricht die noch geringere Wechselbereitschaft der Gaskunden sogar dafür, dass ein Grundversorger im Gassektor über noch höhere Marktmacht verfügt als ein Grundversorger im Strombereich. Dennoch differenziert das Bundeskartellamt im Gasbereich auch in seiner jüngsten Entscheidung an dieser Stelle nicht, sondern belässt es bei einem gemeinsamen Markt für die Belieferung von Kunden in der Grundversorgung und mit Sonderverträgen (HuK-Kundenmarkt).⁴⁵³ Da die Gründe für diese Unterscheidung nicht ersichtlich sind, empfiehlt die Monopolkommission nochmals, dass das Bundeskartellamt seine Marktabgrenzung im Hinblick auf diese Unterscheidung ausführlicher begründet.⁴⁵⁴

693. Zudem ist auch die räumliche Marktabgrenzung zwischen Strom- und Gassektor uneinheitlich, da das Bundeskartellamt im Stromsektor Sondervertragsanbieter in einem bundesweiten Markt zusammenfasst. Das Amt begründet diesen Unterschied mit der deutlich gestiegenen Auswahl möglicher Sondervertragsanbieter im Stromsektor, durch die sich die Wettbewerbsverhältnisse in der Folge geändert hätten.⁴⁵⁵ Demgegenüber seien auf Gasmärkten keine gleichfalls entwickelten Wettbewerbsverhältnisse gegeben. Im Grundsatz behält das Bundeskartellamt diese Auffassung auch in seinem Beschluss Enovos/ESW vom 20. März 2012 bei.⁴⁵⁶

Wie die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten jedoch ausführlich erläutert und mit Daten belegt hat,⁴⁵⁷ spricht insbesondere eine Prüfung der Nachfragesubstitution weiterhin für eine netzbezogene Marktabgrenzung sowohl im Strom- als auch im Gassektor. Die Nachfrager können nur zwischen solchen Anbietern wählen, die in dem jeweiligen Netzgebiet auch Endkunden beliefern. So stehen zwar mittlerweile in vielen Netzen verschiedene Sondervertragsanbieter zur Verfügung; jedoch ist bislang ein überwiegender Teil der Anbieter nicht in sämtlichen bundesweiten Netzgebieten aktiv, weshalb die Auswahlmöglichkeiten für den Verbraucher sowohl im Gas- als auch im Stromsektor objektiv begrenzt sind. Für eine bundesweite Marktabgrenzung könnte jedoch sprechen, dass Möglichkeiten zur Angebotssubstitution bestehen, wenn die Anbieter aufgrund der im Zuge der Netzregulierung zunehmend gesenkten Marktzutrittschranken in der

⁴⁵³ Vgl. BKartA, Beschluss vom 20. März 2012, B8-124/11 „Enovos/ESW“.

⁴⁵⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 171.

⁴⁵⁵ Vgl. BKartA, Beschluss vom 30. November 2009, B8-107/09 „Integra/Thüga“, Rn. 40.

⁴⁵⁶ Vgl. BKartA, B8-124/11, Rn. 35 ff., Rn. 59 ff., wobei das Amt im Ergebnis jedoch feststellt, dass in diesem Verfahren die Frage der räumlichen Marktabgrenzung letztlich offenbleiben könne.

⁴⁵⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 172 ff.

Lage sein sollten, ihr Angebot jederzeit auf unterschiedliche Gebiete auszuweiten und somit den Verhaltensspielraum der Anbieter in einem fremden Netz zu kontrollieren. Die Monopolkommission regt an, dass das Bundeskartellamt solche Nachfrage- und Angebotssubstitutionswirkungen stärker differenziert, sodass deutlicher wird, warum im jeweiligen Fall eine netzbezogene, bundesweite oder andere Marktabgrenzung adäquat ist.

694. Erhebliche Auswirkungen der vorgenommenen Marktabgrenzung zeigen sich beispielhaft an dem Zusammenschlussverfahren RWE/Stadtwerke Unna, in dem ein großes vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen eine Minderheitsbeteiligung an einem städtischen Energieversorger erworben hat. Die wettbewerblichen Auswirkungen solcher Minderheitsbeteiligungen sind in der Vergangenheit vom Bundeskartellamt in der Regel als problematisch bewertet worden, unter anderem, weil es dadurch zu einer erheblichen Marktanteilsaddition auf dem damals noch netzbezogenen und auch im Strombereich gemeinsam abgegrenzten Markt für die Belieferung von HuK-Kunden gekommen war.⁴⁵⁸ Demgegenüber führt die gegenwärtige Marktabgrenzung dazu, dass solche Minderheitsbeteiligungen kartellrechtlich deutlich unkritischer eingeschätzt werden. Ursache ist, dass der separate Grundversorgungsmarkt aufgrund der Marktdefinition allein den hier stets marktbeherrschenden Grundversorger umfasst. Dritte können daher auch keine eigenen Anteile auf diesem Markt haben. Somit kann es auch durch eine Beteiligung Dritter auf diesem Markt nicht ohne weiteres zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung des Grundversorgers kommen. Allerdings führt die Marktabgrenzung weiter dazu, dass die Grundversorger in jedem Fall marktbeherrschend sind und somit der Missbrauchsaufsicht unterliegen. Die meisten Grundversorger bieten zudem auch Sonderverträge an, beschränken sich in vielen Fällen allerdings auf das eigene Versorgungsgebiet. Die bundesweite Abgrenzung der Sondervertragsmärkte hat daher äußerst geringe Marktanteile der Beteiligten und insbesondere vieler Stadtwerke zur Folge, sodass in der Regel einer Fusion mit Dritten keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken entgegenstehen.

695. Die Monopolkommission hält es keinesfalls für zweckmäßig, eine bestimmte Marktabgrenzung der Endkundenmärkte nur aufgrund wettbewerbspolitischer Ziele zu fordern. Vielmehr geht es bei der Marktabgrenzung darum, die tatsächlich im Wettbewerb stehenden Anbieter und Nachfrager möglichst korrekt abzubilden. Sie weist jedoch darauf hin, dass die Auswirkungen der Marktabgrenzung beträchtlich sind, und regt an, die vorgenannten Aspekte zum Anlass zu nehmen, die vorgenommene Marktabgrenzung der Endkundenmärkte genauer zu fundieren.

⁴⁵⁸ Vgl. z. B. die Zusammenschlussvorhaben der RWE Rhein-Ruhr AG durch Beteiligung an der Stadtwerke Krefeld Neuss GmbH & Co KG und durch Erhöhung des Anteils an den Stadtwerken Velbert GmbH; BKartA, Beschluss vom 23. Oktober 2007, B8-93/07.

4.3.4 Räumliche Marktabgrenzung – Presse-grosso-Gebietsmonopole

696. Die Erosion des Kartells aller unmittelbar Beteiligten im Pressegrosso hat sich auch in der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes in diesem Bereich niedergeschlagen. Noch 2010 hatte das Bundeskartellamt den räumlich betroffenen Markt entlang der Grenzen der Alleinbelieferungsgebiete abgegrenzt, die entsprechend der „Gemeinsamen Erklärung“ des Verbandes Deutscher Zeitschriftenverleger, des Bundesverbandes Deutscher Zeitungsverleger und des Grossoverbandes⁴⁵⁹ bzw. bereits früher festgelegt worden waren; dabei wurde eine von diesen vertraglichen Gebietsmonopolen abweichende Marktabgrenzung als hypothetisch nur hilfsweise mitgeprüft.⁴⁶⁰ 2011 hat das Bundeskartellamt hingegen in einem weiteren Fall den räumlichen Markt nach dem wirtschaftlich sinnvollen Belieferungsradius um die jeweiligen Logistikzentren abgegrenzt.⁴⁶¹ Der genaue Radius wurde mangels Entscheidungserheblichkeit offengelassen; ausgehend von Vergleichen mit anderen Märkten im Bereich des Zustellgroßhandels wurde jedoch auf mit hoher Wahrscheinlichkeit größere als die derzeitigen Gebiete der Grossisten geschlossen, ein bundesweiter Markt dagegen für zweifelhaft gehalten.

697. Das Pressegrosso in Deutschland (mit Ausnahme des Bahnhofsbuchhandels) ist bislang auf der Grundlage von Vereinbarungen zwischen den Verbänden aller am Pressevertrieb Beteiligten organisiert. Das System hat sich historisch entwickelt und soll ausgehend von Gebietsmonopolen die Versorgung von Wiederverkäufern mit Presseerzeugnissen diskriminierungsfrei gewährleisten. Als Prinzipien sind insbesondere festgelegt:

- Gebietsmonopole: Die Verlage haben die Vertriebsrechte ihrer Titel jeweils für ein bestimmtes Territorium in der Regel einem Grossunternehmen in Alleinauslieferung übertragen.⁴⁶²
- Vertikale Preisbindung: Nach Verhandlungen mit dem Grossoverband legen die Verlage als Produzenten von Zeitungen und Zeitschriften die Margen für den Groß- und Einzelhandel sowie den Endverkaufspreis ihrer Presseobjekte allgemein verbindlich fest. Die vertikale Preisbindung ist für Presseprodukte nach § 30 GWB gesetzlich zulässig.

⁴⁵⁹ Diese Vereinbarung von 2004 legt in Verbindung mit der regelmäßig aktualisierten Vereinbarung über das Koordinierte Vertriebsmarketing (KVM) die Grundlagen des zwischen den Verbänden der an Herstellung und Vertrieb von Presseerzeugnissen beteiligten Unternehmen geschlossenen Vertriebskartells fest, das den Pressevertrieb mit Ausnahme der nach anderen Regeln funktionierenden Bahnhofsbuchhandlungen fast vollständig regelt.

⁴⁶⁰ BKartA, Beschluss vom 30. März 2010, B6-98/09 „Roth + Horsch/ Presse-Vertrieb Pfalz“.

⁴⁶¹ BKartA, Beschluss vom 23. November 2011, B6-39/11 „Pressevertrieb Köln Doll & Esser/Pressegroßhandel Probst & Heuser“.

⁴⁶² Ausnahmen sind Berlin, Hamburg und ein kleines Gebiet in Schleswig-Holstein. Dort wird ein sog. „Doppelgrosso“ praktiziert, bei dem Verlage für die Auslieferung ihrer Produkte zwischen zwei Grossisten wählen können bzw. teilweise die Pressehändler selbst beliefern.

- Gemeinsame Verhandlung über Konditionen: Der Grossoverband handelt gemeinsam für alle Grossisten in Deutschland mit Verlagen und Nationalvertrieben⁴⁶³ Handelsspannen für alle Zeitschriften und Zeitungen. Diese sind einheitlich gültig für alle Grossisten und hängen im Wesentlichen von der bundesweit verkauften Menge und dem bundesweiten Umsatz ab. Allgemein gilt, dass Grossisten und Einzelhändler für Zeitschriften mit kleineren Auflagen einen höheren Anteil am Endverkaufspreis erhalten.
- Dispositions- und Remissionsrecht: Die Verlage und der Pressegrossist, nicht der Einzelhändler, entscheiden – unter Einhaltung eines Neutralitätsgebots – über die an einer Verkaufsstelle angebotenen Titel. Im Gegenzug tragen diese das Absatzrisiko; der Einzelhändler kann unverkaufte Exemplare unter Anrechnung wieder zurückgeben.

698. Das auf dieser Grundlage funktionierende Presse-grosso hat in jüngster Zeit durch zwei Urteile erhebliche Unsicherheit erfahren. Nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs ergibt sich weder aus der „Gemeinsamen Erklärung“ und der jahrelangen Übung in deren Rahmen noch aus dem Diskriminierungsverbot des § 20 Absatz 1 GWB ein Anspruch eines Pressegrossisten auf Belieferung durch einen Verlag, der insoweit nicht gehindert ist, dritte Unternehmen mit dem Presse-grosso für seine Titel zu beauftragen.⁴⁶⁴ Dieses Urteil stellt bereits den bislang geltenden Konsens aller Teilnehmer des Systems infrage, da die Gebietsmonopole keinen Schutz mehr genießen. Weitergehend untersagt ein Urteil des Landgerichts Köln dem Grossoverband auf Grundlage des Kartellverbots, weiterhin wie bisher zentral Handelsspannen mit den Verlagen zu verhandeln.⁴⁶⁵ In diesem System liege eine abgestimmte Verhaltensweise, die jedenfalls den potenziellen Wettbewerb beschränke und nicht freistellungsfähig sei. Nach diesem nicht rechtskräftigen Urteil⁴⁶⁶ sind die Pressegrossisten auf individuelle Verhandlungen mit den einzelnen Verlagen bzw. Vertriebsgesellschaften und Nationalvertrieben angewiesen; die zentralistische Natur des Presse-grosso-Kartells erlitt so weitere Einbußen, ohne jedoch in ihren oben aufgeführten Grundprinzipien berührt zu sein.

699. Vor dem Hintergrund der referierten Gerichtsentscheidungen erscheint die Abgrenzung räumlicher Märkte unter Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Kriterien der optimalen Betriebsgröße notwendig, um den über die einzelnen Gebietsmonopole hinaus wirkenden (noch weitgehend potenziellen) Wettbewerbsdruck richtig abbilden zu können. Die Monopolkommission begrüßt daher diese Anpassung der Entscheidungspraxis.

⁴⁶³ Nationalvertriebe bündeln die Interessen insbesondere kleiner Verlage und verhandeln unter anderem in deren Namen über ihre Vertriebskonditionen.

⁴⁶⁴ BGH, Urteil vom 24. Oktober 2011, KZR 7/10 „Grossistenkündigung“.

⁴⁶⁵ LG Köln, Urteil vom 14. Februar 2012, 88 O (Kart) 17/11 „Presse-grosso“.

⁴⁶⁶ Gegen das Urteil des Landgerichts wurde Berufung vor dem Oberlandesgericht Köln eingelegt.

700. Ausgehend von den referierten Urteilen, vor allem aber von der wettbewerbsausschließenden Ausgestaltung des – bislang vom Bundeskartellamt geduldeten – Presse-grosso bietet sich eine wettbewerbskonformere Ausgestaltung des Systems an, nach der etwa Ausschreibungen für einzelne Gebiete stattfinden könnten. Weitergehend ist nicht erkennbar, dass der absolute Gebietschutz die Neutralität und Effizienz des Pressevertriebs tatsächlich fördern würde; jedenfalls stellt er keinen unverzichtbaren Bestandteil des Presse-grosso mit den o. a. Grundprinzipien dar. Die Monopolkommission rät dringend davon ab, die infrage stehenden Bestandteile des bisherigen Systems gesetzlich fortzuschreiben. Derartige Regelungen würden nur die Reformfähigkeit dieses Branchenkartells gefährden, ohne die den dort zutage getretenen Konflikten zugrunde liegenden Spannungen auflösen zu können.

4.4 Marktbeherrschung

4.4.1 Leitfaden des Bundeskartellamtes zur Marktbeherrschung

701. Im März 2012 hat das Bundeskartellamt einen Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle veröffentlicht. Das Dokument ersetzt die seit geraumer Zeit nur von dritter Seite verfügbaren „Auslegungsgrundsätze zur Prüfung von Marktbeherrschung“ von 2000 (2005 aktualisiert). Der Veröffentlichung vorausgegangen war eine Entwurfsfassung und eine öffentliche Konsultation, die eine Anzahl von Stellungnahmen Interessierter veranlasst hatte.⁴⁶⁷ Das Dokument stellt die Entscheidungspraxis und die Beurteilungskriterien des Bundeskartellamtes bei der Ermittlung von Marktmacht im Rahmen der Fusionskontrolle dar, integriert ökonomische Erkenntnisse und bindet die Rechtsprechung ein. Es liefert keine abgeschlossene Liste von Kriterien, sondern stellt die einzelnen Prüfungspunkte im Kontext dar. Dabei wird betont, dass eine Weiterentwicklung der dargestellten Konzepte im Einzelfall angezeigt sein kann.

702. Im Vergleich zu den ersetzten Auslegungsgrundsätzen rückt der neue Leitfaden die notwendige Gesamtbetrachtung der Marktverhältnisse stärker in den Mittelpunkt. Im Zentrum der Prüfung steht die Frage, was sich durch den Zusammenschluss an den Marktverhältnissen ändert und ob dies wettbewerbsschädlich ist. Ausführlicher eingegangen wird dabei auch auf die ökonomischen Konzepte, die hinter einer solchen wettbewerblichen Schadenstheorie stehen. Aufgegliedert nach horizontalen, vertikalen und konglomeraten Fusionstypen werden die Kriterien alleiniger und gemeinsamer Marktbeherrschung behandelt; der Kausalitätsbetrachtung und der Abwägungsklausel wurden eigene Abschnitte gewidmet.

⁴⁶⁷ Im Einzelnen weiterhin verfügbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/merkblaetter/Fusionkontrolle/Leitfaden_zur_Marktbeherrschung_in_der_Fusionskontrolle.php. Vgl. hierzu auch Bardong, A., Der neue Leitfaden Marktbeherrschung des Bundeskartellamts, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e. V. (Hrsg.), Schwerpunkte des Kartellrechts 2011, Referate des 39. FIW-Seminars, Köln 2012, S. 69–112.

703. Die Monopolkommission begrüßt die Veröffentlichung des Leitfadens. Die Hervorhebung der Bedeutung einer Gesamtbetrachtung aller Umstände und die stärkere Fokussierung auf ökonomische Instrumente und Methoden entsprechen den Fortschritten der Kartellrechtsanwendung. Die zweiphasige Erstellung mit zwischengeschalteter Konsultation ermöglicht einerseits, Wissen und Erfahrungen Dritter nutzbar zu machen und erhöht andererseits sowohl die Legitimität als auch die Überzeugungskraft des Dokuments. Die Transparenz und Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns wird weiter erhöht. Das Dokument führt teilweise vorher verstreute Erfahrungen in kohärenter Form zusammen und erleichtert deren Weiterentwicklung. Die Monopolkommission begrüßt auch, dass der Leitfaden an einigen Stellen eine von der des Oberlandesgerichts Düsseldorf abweichende Auffassung deutlich macht und so transparent Raum für deren Weiterentwicklung lässt.⁴⁶⁸ Auch nach dem mit der 8. GWB-Novelle intendierten Übergang zum SIEC-Test für die Fusionskontrolle wird der Leitfaden eine wertvolle Zusammenfassung der unter dem Marktbeherrschungstest entwickelten Kriterien darstellen, da weiterhin die Marktbeherrschung maßgebliches Regelbeispiel für die Untersagungsschwelle sein soll und der Leitfaden robuster Ausgangspunkt für eine Weiterentwicklung werden dürfte. Ausdrücklich begrüßt die Monopolkommission die Veröffentlichung auch einer englischen Fassung des Leitfadens. Der nicht unerhebliche Mehraufwand bei der Erstellung rechtfertigt sich zum einen durch die Förderung der Ausstrahlungswirkung der Argumente und Regelungsstrukturen über den deutschen Sprachraum hinaus; so waren bereits in der Konsultationsphase mehrere englische Stellungnahmen eingegangen. Zum anderen wird das Verständnis deutschen Kartellrechts für Unternehmen und Berater aus dem Ausland erleichtert.

4.4.2 Marktbeherrschung in Oligopolmärkten

704. Die Monopolkommission hat in ihrem letzten Hauptgutachten die Kriterien gemeinsamer Marktbeherrschung eingehender analysiert.⁴⁶⁹ Die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes bietet im Berichtszeitraum insoweit wenig grundlegend Neues; allerdings sind einige Gerichtsentscheidungen ergangen, die die nach den Grundsatzurteilen der europäischen Gerichte⁴⁷⁰ und des Bundesgerichtshofs⁴⁷¹ erforderliche Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände im Einzelnen weiter verfeinern.

Dabei kommt – im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle – den die Marktstruktur bestimmenden Merkmalen eine besondere Bedeutung zu. Es ist zu untersuchen, ob aufgrund der Marktstruktur mit einem dauerhaft einheitlichen Verhalten der Mitglieder des möglichen Oligopols zu rechnen ist. Das ist anzunehmen, wenn zwischen den beteiligten Unternehmen eine enge Reaktionsverbundenheit erwartet werden muss.

705. Die Darlegungsanforderungen für die Beurteilung derartiger enger Reaktionsverbundenheit hat der Bundesgerichtshof im Verfahren Phonak/GN Resound unter Aufhebung des bestätigenden Beschlusses des Oberlandesgerichts Düsseldorf⁴⁷² und unter Feststellung der Rechtswidrigkeit der Untersagung des Bundeskartellamtes⁴⁷³ behandelt.⁴⁷⁴ Der Bundesgerichtshof stellt zum einen auf die nicht unerhebliche Veränderung der Marktanteile zwischen den mutmaßlichen Oligopolisten in dem beobachteten Zeitraum ab. Er geht dabei von einem Erfahrungssatz aus, nach dem die Angleichung von Marktanteilen zunächst regelmäßig das Ergebnis eines Wettbewerbsprozesses sei, bei dem nachfolgende Wettbewerber zu nach Marktanteilen führenden Unternehmen aufschließen. Dazu lässt der Bundesgerichtshof die (vom Oberlandesgericht nicht aufgenommenen) Erörterungen des Bundeskartellamtes unberücksichtigt, nach denen infolge der Digitalisierung der betroffenen Produkte (Hörgeräte) bei wesentlichem Wettbewerb weit deutlichere Verschiebungen zwischen den Oligopolmitgliedern zu erwarten gewesen wären.⁴⁷⁵ Zum Zweiten beruht das Urteil des Bundesgerichtshofs auf der Annahme, der von Bundeskartellamt und Oberlandesgericht festgestellte, doch als nicht wesentlich beurteilte Innovations- und Rabattwettbewerb sei tatsächlich wesentlich.

706. Die Monopolkommission mahnt angesichts dieser Entscheidung an, die Nachweisanforderungen für oligopolistische Marktbeherrschung nicht zu hoch anzusetzen. Auch Marktanteilsverschiebungen und bestehender Restwettbewerb innerhalb des Oligopols und vonseiten Dritter heben nicht zwangsläufig eine auf der Marktstruktur beruhende enge Reaktionsverbundenheit zwischen den Akteuren auf. Insbesondere wenn – wie in diesem Markt durch die Digitalisierung der Hörgeräte – erhebliche Veränderungen eingetreten sind, können nicht allein tatsächliche Marktanteilsveränderungen zugrunde gelegt werden. Vielmehr kann die Reaktionsverbundenheit der Oligopolisten die aus deren unterschiedlicher Anpassung an diese Marktveränderungen folgenden Marktanteilsverschiebungen gedämpft haben. Dabei dürfte die Grenze zwischen „wesentlichem“ Restwettbewerb einerseits, der

⁴⁶⁸ Vgl. BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung, 29. März 2012, Fn. 86 und 123, zu einem noch nicht rechtskräftigen Urteil, das im Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesgerichtshof behandelt wird.

⁴⁶⁹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 597 ff.

⁴⁷⁰ EuG, Urteil vom 6. Juni 2002, Rs. T-342/99, WuW/E EU-R 559 „Airtours/Kommission“, vgl. dazu bereits ausführlich Monopolkommission, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden 2005, Tz. 855 ff.; EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, Rs. C-413/06 P, WuW/E EU-R 1498 „Impala/Kommission“, dazu eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 739 ff., 821 ff.

⁴⁷¹ BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“.

⁴⁷² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. November 2008, VI-Kart 8/07 (V), WuW/E DE-R 2477.

⁴⁷³ BKartA, Beschluss vom 13. Dezember 2006, B3-578/06, Rn. 126 ff., 254 ff., WuW/E DE-V 1365; vgl. dazu bereits eingehend Monopolkommission, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Hauptgutachten 2006/2007, Baden-Baden 2008, Tz. 573 ff.

⁴⁷⁴ BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905; vgl. hierzu bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 604.

⁴⁷⁵ Vgl. BKartA, Beschluss vom 13. Dezember 2006, B3-578/06, Rn. 142.

oligopolistische Marktbeherrschung ausschließt, und unwesentlichem Wettbewerb andererseits nicht immer völlig trennscharf zu bestimmen sein. Entscheidend ist vielmehr, wie weit schon verminderter Wettbewerb durch die Fusion weiter eingeschränkt wird. Nicht zuletzt die Anreize für die Unternehmen müssen an dieser Stelle gewürdigt werden, insbesondere wenn wie hier ein Unternehmen, das in der Vergangenheit als besonders wettbewerbsstark aufgefallen ist („maverick“), von einem Oligopolisten übernommen wird. Hervorzuheben sind insoweit vor allem der begrenzte Zeitrahmen und die unvermeidlich unvollkommene Information im Fusionskontrollverfahren. Letztlich ist hier immer auch die Prognosenatur der Fusionskontrolle von Bedeutung.

707. Die Bedeutung des Schutzes der Außenseiter in Oligopolmärkten hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung Springer/Pro Sieben II⁴⁷⁶ betont. Danach genügt es für die Verstärkungswirkung bei bestehender oligopolistischer Marktbeherrschung, wenn die vom Wettbewerb nur unzureichend kontrollierten Spielräume auch nur eines Oligopolmitglieds erweitert werden. Das gilt nur dann nicht, wenn dadurch gleichzeitig mit einer deutlichen Wiederbelebung des Binnenwettbewerbs zwischen den Oligopolisten zu rechnen ist. Die Monopolkommission begrüßt diese Entscheidung auch als Ausdruck des Rechtssatzes, dass bei bereits eingeschränktem Wettbewerb keine Spürbarkeitsschwelle zu erwartender Wettbewerbsverschlechterungen erreicht werden muss.⁴⁷⁷ Je geringer der verbleibende Restwettbewerb, desto schutzwürdiger ist er auch. Dabei kommt insbesondere den Wettbewerbsmöglichkeiten, aber auch den Wettbewerbsanreizen der Oligopol-Außenseiter eine entscheidende Bedeutung zu.

708. Unter Aufhebung eines die Entscheidung des Bundeskartellamtes aufhebenden Urteils des Oberlandesgerichts Düsseldorf⁴⁷⁸ hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass die im Tankstellenmarkt zu beobachtenden starken Preisbewegungen kein zwingendes Indiz für zwischen den Oligopolisten bestehenden wesentlichen Binnenwettbewerb sein müssen, sondern vielmehr vor dem Hintergrund der Marktstrukturkriterien gewürdigt werden müssen.⁴⁷⁹ Diese Klarstellung deckt sich mit der in der ökonomischen Theorie unter dem Namen „Edgeworth-Zyklen“ bekannten Preisbewegung im Oligopol.⁴⁸⁰ Insoweit ist die Feststellung des Bundesgerichtshofs zu begrüßen, wonach ökonomisch mehrdeutige Verhaltensweisen jedenfalls im Anwendungsbereich der Oligopolvermutung des § 19 Absatz 3 Satz 2 GWB die aufgrund der Strukturanalyse begründete Annahme eines einheitlichen

Verhaltens unter Ausschluss wesentlichen Wettbewerbs nicht infrage zu stellen vermögen.⁴⁸¹ Die Preisentwicklungen in diesem Bereich und die Diagnose eines Oligopols ohne wesentlichen Wettbewerb im Innenverhältnis bedarf auch nach Auffassung der Monopolkommission weiterer Aufklärung. In jedem Fall sollten die Anforderungen an den Nachweis kollektiver Marktbeherrschung nicht überzogen werden. Entscheidend ist immer die Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände, nicht zuletzt der Marktstrukturen und der daraus für die Unternehmen folgenden Anreize. Aus einzelnen Preis- oder Marktanteilsbewegungen lassen sich nur in wenigen Fällen klare Rückschlüsse für oder gegen wirksamen Wettbewerb ziehen.

4.4.3 Einbeziehung künftiger Marktveränderungen

709. Die Bewertung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses im Rahmen der Fusionskontrolle setzt denkbare Prognose voraus. Dabei sind grundsätzlich auch zukünftige Entwicklungen zu berücksichtigen, die ihre Ursache außerhalb der Zusammenschlussbeteiligten haben. So hat das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss zwischen Buchgroßhändlern freigegeben, obwohl der eine Fusionsbeteiligte in dem hauptsächlich betroffenen Buchgroßhandelsmarkt über das Barsortiment gemeinsam mit einem weiteren Duopolisten bereits marktbeherrschend war und Marktanteilszuwächse für beide Duopolisten zu erwarten waren.⁴⁸² Nach den Prognosen des Bundeskartellamtes waren die Verstärkungswirkungen durch die Fusion jedoch einerseits gering. Andererseits sei durch eine in Zukunft veränderte Aufstellung des zweiten Duopolisten – im Gegensatz zur aktuellen Situation – Binnenwettbewerb zwischen den Duopolisten zu erwarten. Denn durch dessen geplante Zusammenlegung von Barsortiments- und Verlagsauslieferungslager destabilisiere sich mittelfristig das Duopol. Die Symmetrie zwischen den Duopolisten werde reduziert und es entstünden Anreize für Wettbewerbsvorstöße.

710. Die freigegebene Transaktion führt dazu, dass einer von nur zwei größeren Außenseitern auf einem duopolistisch strukturierten Markt mit einem der Duopolisten fusioniert, sodass die beiden Duopolisten – neben einigen kleineren Marktteilnehmern mit Marktanteilen deutlich unter 1 Prozent – nunmehr einem Wettbewerber gegenüberstehen. Die Marktanteile des übernommenen dürften zwar dem fusionierten Unternehmen – wie das Bundeskartellamt nicht zuletzt aufgrund der Transaktionsstruktur⁴⁸³ überzeugend dargelegt hat – nur zum Teil zuwachsen. Dennoch erscheint ein nicht unerheblicher Marktanteilszuwachs für das fusionierte Unternehmen – und für den anderen Duopolisten – als eine deutlich

⁴⁷⁶ BGH, Beschluss vom 8. Juni 2010, KVR 4/09.

⁴⁷⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, BGHZ 71, 102, 125 „Kfz-Kupplungen“; zuletzt Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, BGHZ 178, 285 Rn. 61 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“; st. Rspr.; vgl. dazu eingehender Tz. 718.

⁴⁷⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. August 2010, 2 Kart 6/09 (V) „Total/OMV“.

⁴⁷⁹ BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2011, KVR 95/10 „Total/OMV“, Rückverweisung zur weiteren Sachverhaltsaufklärung und neuen Verhandlung.

⁴⁸⁰ Vgl. eingehender Tz. 565 ff.

⁴⁸¹ BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2011, KVR 95/10 „Total/OMV“, Rn. 58.

⁴⁸² BKartA, Entscheidung vom 29. März 2012, B6-84/11 „Libri/Barsortiment Könnemann“.

⁴⁸³ So sollte etwa den Kunden des übernommenen Unternehmens ausdrücklich eine Neubegründung des früheren Vertragsverhältnisses mit dem fusionierten Unternehmen freigestellt werden.

spürbare Verstärkung deren gemeinsamer marktbeherrschender Stellung, auch wenn der dritte im Markt verbleibende Anbieter einen Teil dieser Marktanteile für sich gewinnen kann.

711. Dass sich mittelfristig die internen Strukturen des anderen Duopolisten ändern und dadurch möglicherweise Wettbewerbsimpulse entstehen, kann diese Wettbewerbsverschlechterung nach Auffassung der Monopolkommission in diesem Fall nicht kompensieren. Zwar sind einerseits zum Entscheidungszeitpunkt die entscheidenden Strukturveränderungen bereits weitgehend konkretisiert und damit grundsätzlich berücksichtigungsfähig.⁴⁸⁴ Andererseits ergibt sich jedenfalls eine Periode, in der diese Veränderungen noch keine Auswirkungen zeigen, da der Baubeginn für das entscheidende Logistikzentrum etwa drei Monate nach dem Entscheidungszeitpunkt geplant ist, was sich jedenfalls um Bau- und Anlaufdauer erhöht.

712. Insoweit hat die Fusion zumindest in diesem Zeitraum eine deutlich verstärkende Wirkung auf die duopolistische Marktbeherrschung. Mitentscheidend sind nach Auffassung der Monopolkommission auch die Schwierigkeit und die unvermeidlichen Unsicherheiten der Prognose in diesem Fall. Wie weit eine tatsächliche Destabilisierung des zum Entscheidungszeitpunkt wettbewerbslosen Duopols eintreten wird und ob dadurch die Bedingungen der gemeinsamen Marktbeherrschung entfallen, kann nur abgewartet werden, zumal mögliche Gegenreaktionen der Fusionsbeteiligten in der Entscheidung nicht erwogen werden. Insbesondere in Märkten mit bereits stark reduziertem Restwettbewerb wie dem hier betroffenen sollte eine Freigabe nicht auf derart komplexe Prognosen gestützt werden. In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission auch erneut auf die Gefahren einer Reduktion von vier auf drei Anbieter in einem Markt hin.⁴⁸⁵ Zusätzlich hätte möglicherweise eine genauere Analyse der Auswirkungen der Fusion auf den letzten verbleibenden wesentlichen Außenseiter-Anbieter zu einer zurückhaltenderen Bewertung geführt.⁴⁸⁶

4.4.4 Bewertung potenziellen Wettbewerbs

713. Potenzielle Wettbewerber sind außerhalb des kartellrechtlich relevanten Marktes aktiv, üben aber über die Möglichkeit ihres Markteintritts aktuellen Wettbewerbsdruck auf die Marktteilnehmer aus. Die Ausübung von Marktmacht wird so auch ohne aktuelle Ausweichmöglichkeit der Nachfrager durch die implizite Drohung zukünftigen Wettbewerbs eingeschränkt. Im Rahmen der Fusionskontrolle kann bestehender potenzieller Wettbewerb die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verhindern.⁴⁸⁷ Dessen Wegfall hinge-

gen lässt auch seine disziplinierende Wirkung entfallen und kann eine Untersagung begründen.⁴⁸⁸

714. Für die Bewertung potenziellen Wettbewerbs kommt es entscheidend auf die Markteintrittsbarrieren und auf die Anreize zu derartigen Produktions- bzw. Angebotsausweitungen an. Während das Konzept als solches allgemein anerkannt ist, bestehen doch Unschärfen über das Maß der Wahrscheinlichkeit eines Markteintritts, das für dessen Berücksichtigung als potenzieller Wettbewerb erforderlich sein soll. Insbesondere der zeitliche Rahmen, innerhalb dessen mit dem Marktzutritt gerechnet werden kann, und – damit verbunden – die Berücksichtigung von behebbaren Hindernissen, die einem solchen entgegenstehen, erweist sich als problematisch.

715. Der relativierende Effekt potenziellen Wettbewerbs auf Unternehmen mit hohen Marktanteilen zeigte sich beispielsweise deutlich in einem Pressefusionsfall, der einen bundesweiten Markt betraf. Neben Randsubstitution durch verwandte Produkte sind etwa im Lesermarkt für Handarbeitszeitschriften vor allem niedrige Markteintrittsbarrieren zu beobachten. Trotz erheblicher kombinierter Marktanteile wurde vor diesem Hintergrund eine Fusion in diesem Markt freigegeben, da der potenzielle Wettbewerb den Verhaltensspielraum der Beteiligten deutlich einschränkt.⁴⁸⁹

716. Grundsätzlich sind die Anreize für mögliche Marktzutritte mitentscheidend für die Bewertung potenziellen Wettbewerbs. In der bereits oben diskutierten Untersagung im Fall Tönnies/Tummel⁴⁹⁰ reichte beispielsweise der potenzielle Wettbewerb vor allem im wettbewerblich problematischen Markt für Sauenschlachtung nicht aus, den nach der Fusion zu erwartenden erweiterten Verhaltensspielraum der Beteiligten einzuschränken. Denn neben rechtlichen, strukturellen und finanziellen Hindernissen für einen Markteintritt waren vor allem die negativen Anreizwirkungen bedeutsam, die von der Marktmacht der Beteiligten auf verbundenen Märkten, aber auch von deren vorhergehenden Machtdemonstrationen ausgingen.

4.4.4.1 Besondere Bedeutung potenziellen Wettbewerbs auf Pressemärkten

717. Auf den Anzeigen- und vor allem Lesermärkten für Tageszeitungen mit lokaler Berichterstattung ist angesichts vor allem in weniger dicht besiedelten Räumen vorherrschender lokaler Monopole⁴⁹¹ oftmals nur mehr potenzieller Wettbewerb von in benachbarten Lokalmärkten herausgegebenen Tageszeitungen zu beobachten. Ent-

⁴⁸⁴ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 631 ff.

⁴⁸⁵ Vgl. ebenda, Tz. 617.

⁴⁸⁶ Vgl. zum Schutz der Oligopol-Außenseiter Tz. 707.

⁴⁸⁷ Vgl. hierzu etwa Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 631 ff.

⁴⁸⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 1981, KVR 2/80, WuW/E BGH 1854, 1860 f., „Straßenverkaufszeitungen München“; Beschluss vom 6. März 2001, KVR 18/99, WuW/E DE-R 668, 673 „Werra Rundschau“; Beschluss vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03, WuW/E DE-R 1419, 1424 „Deutsche Post/trans-o-flex“.

⁴⁸⁹ BKartA, Beschluss vom 29. April 2011, B6-29/11.

⁴⁹⁰ Vgl. dazu Tz. 682 ff.

⁴⁹¹ Vgl. für die Anzahl konkurrierender Tageszeitungen mit lokaler und regionaler Berichterstattung in größeren Städten etwa die Grafik bei Stolz, M., Regionalzeitungen pro Stadt, ZEIT Magazin Nr. 10 vom 4. März 2010, <http://www.zeit.de/2010/10/Deutschlandkarte-10>

sprechend kommt es bei Fusionsvorhaben zwischen Tageszeitungen mit aneinandergrenzenden Verbreitungsgebiet oft auf die Bewertung des Fortfalls potenziellen Wettbewerbs an.⁴⁹² Mitentscheidend für die Wahrscheinlichkeit von Markteintritten sind die Verflechtungen zwischen den Verbreitungsgebieten der betroffenen Zeitungen. Dabei werden regelmäßig die Verkehrsinfrastruktur, Pendlerströme, die jeweilige Attraktivität des Wirtschaftsraums, das Bestehen oder Fehlen politischer und natürlicher Grenzen sowie landsmannschaftliche und kulturhistorische Verbindungen bzw. Trennlinien untersucht. Insbesondere soweit bereits Überlappungen der Verbreitungsgebiete (lokaler aktueller Wettbewerb) bestehen oder diese aneinandergrenzen, können die Möglichkeiten und Anreize zu Wettbewerbseintritten wesentlichen potenziellen Wettbewerb bedeuten.⁴⁹³ Demgegenüber ist bei klarer räumlicher Trennung der Verbreitungsgebiete potenzieller Wettbewerb unwahrscheinlicher.⁴⁹⁴

718. Dabei kommt es zwar immer auf eine umfassende Analyse der Gesamtsituation an. Allerdings ist bei geringem (potenziellem) Restwettbewerb dieser besonders schützenswert, sodass es nicht auf eine besondere Spürbarkeit einer Wettbewerbsverschlechterung ankommt.⁴⁹⁵ Insbesondere kann es für eine entscheidungserhebliche Verschlechterung der Wettbewerbssituation schon genügen, dass potenzielle Wettbewerber entmutigt und so von einem nachstoßenden Wettbewerb abgehalten werden.⁴⁹⁶ Maßstab ist dabei, ob ein Markteintritt durch die Veränderung der Marktstruktur erschwert wird und aus Sicht der aktuellen und potenziellen Wettbewerber vernünftigerweise dann (noch) zu erwarten ist. Entscheidend ist hier kein bloßer Vergleich der Situation vor und nach dem geplanten Zusammenschluss; zu berücksichtigen sind vielmehr neben den voraussichtlichen Folgen der Fusion auch die ohne diese zu erwartenden Entwicklungen („counterfactual“). Maßgeblich ist also der Vergleich zweier Prognosen.⁴⁹⁷

4.4.4.2 Prognosemaßstab potenziellen Wettbewerbs

719. Der potenzielle Wettbewerbsdruck zwischen Unternehmen ist mitunter durch bestehende Kooperations-

verträge eingeschränkt. So waren etwa zwei in ihren räumlich unmittelbar benachbarten Verbreitungsgebieten jeweils marktbeherrschende Zeitungsverlage vertraglich mehrfach miteinander verbunden. Eine Fusion zwischen diesen Zeitungsverlagen hätte jegliche Wahrscheinlichkeit eines zukünftigen Wettbewerbs zwischen diesen völlig aufgehoben. Entsprechend hatte das Bundeskartellamt die geplante Fusion untersagt, da der Wegfall potenziellen Wettbewerbs die bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellungen verstärkt hätte.⁴⁹⁸

Entscheidend kam es auf die Bewertung der zwischen den Zusammenschlussparteien unter anderem bestehenden langjährigen unbefristeten Anzeigenkooperations- und Mantellieferungsverträgen an. Diese wirkten bereits vor dem geplanten Zusammenschluss auf Anreize und Möglichkeiten zu einem Markteintritt in dem jeweils anderen Verbreitungsgebiet ein. Das Bundeskartellamt war insoweit davon ausgegangen, dass unter Fortbestehen dieser Kooperationen ein Markteintritt zum Entscheidungszeitpunkt zwar nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei. Das Amt prüfte jedoch die Möglichkeiten und Anreize zu einer Auflösung der bestehenden Kooperationsverträge und schloss, dass bei Übertragung des Unternehmens an einen Dritten durchaus die Möglichkeit und Anreize für einen Markteintritt auf dem Verbreitungsgebiet des anderen Fusionsbeteiligten bestünden. Angesichts der seitens eines Unternehmenseigners geäußerten deutlichen Veräußerungsabsicht sei eine derartige alternative Veräußerung auch im Rahmen der Bewertung potenziellen Wettbewerbs berücksichtigungsfähig. Der so vermittelte, jetzt latente Wettbewerbsdruck entfalle durch eine Fusion mit der Kooperationspartnerin, sodass deren marktbeherrschende Stellung verstärkt würde.

720. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Unter-sagung des Bundeskartellamtes aufgehoben, die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof jedoch im Interesse einer höchstgerichtlichen Klärung des Prognosemaßstabs zugelassen.⁴⁹⁹ Es stellte auf die derzeitigen Marktstrukturen und Wettbewerbsbedingungen ab und verneinte, dass insoweit ein Eindringen in die Verbreitungsgebiete des Zusammenschlusspartners zu erwarten sei. Berücksichtigungsfähig seien nur solche Marktveränderungen, die in einem Prognosezeitraum von drei bis fünf Jahren aufgrund konkreter Umstände mit hoher Wahrscheinlichkeit erwarten ließen, dass die mit dem Zusammenschluss geschaffenen Wettbewerbsvoraussetzungen sich alsbald veränderten.⁵⁰⁰ Solche konkreten Umstände für eine Drittveräußerung bzw. eine Kündigung der Kooperations-

⁴⁹² Vgl. dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 625 ff.

⁴⁹³ Vgl. etwa die Aufgabe des Zusammenschlussvorhabens im Verfahren B6-79/09 „Rheinische Post/Aachener Verlagsgesellschaft“.

⁴⁹⁴ BKartA, Beschluss vom 30. September 2011, B6-57/11 „Aschendorff Medien/Busse Holding“; vgl. insoweit bereits BKartA, Beschluss vom 13. Januar 2009, B6-10/09 „Zeitungsverlag Schwerin/Kurierviertel Neubrandenburg“, sowie Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 629 ff.

⁴⁹⁵ Vgl. BGH, Beschluss vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, BGHZ 71, 102, 125 „Kfz-Kupplungen“, zuletzt Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, Rn. 61, BGHZ 178, 285 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, Beschluss vom 8. Juni 2010, KVR 4/09 „Springer/Pro Sieben II“, Rn. 44; st. Rspr.; eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 635 ff.

⁴⁹⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 8. Juni 2010, KVR 4/09 „Springer/Pro Sieben II“, Rn. 47, mit Hinweis auf Beschluss vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, BGHZ 71, 102 ff. „Kfz-Kupplungen“.

⁴⁹⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, Rn. 58, BGHZ 71, 102 ff. „Kfz-Kupplungen“.

⁴⁹⁸ BKartA, Beschluss vom 21. April 2009, B6-150/08, WuW/E DE-V 1745 „NPG/Detjen“; dazu bereits eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 626 ff. Entscheidend abgestellt wurde auf den Lesermarkt für Abonnement-Tageszeitungen mit lokaler bzw. regionaler Berichterstattung; die Auswirkungen auf Anzeigenmärkte wurden geprüft, im Ergebnis jedoch offengelassen.

⁴⁹⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Dezember 2010, VI-Kart 4/09 (V) „Anzeigengemeinschaft“. Die Rechtsbeschwerde ist anhängig beim Bundesgerichtshof.

⁵⁰⁰ Vgl. ebenda, Rn. 131, mit Hinweis auf BGH, Beschluss vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, Rn. 58, BGHZ 71, 102 ff. „Kfz-Kupplungen“.

verträge jedoch lägen hier nicht vor; vielmehr seien vor einem Markteintritt weitere Struktur- und Marktveränderungen notwendig. Die Prognose des Bundeskartellamtes setze verschiedene ineinandergreifende Bedingungen einer Wettbewerbsentwicklung voraus, die lediglich denkbar, nicht jedoch konkret wahrscheinlich seien.

721. Die Monopolkommission mahnt angesichts dieser Entscheidung an, die Anforderungen an potenziellen Wettbewerb nicht zu hoch anzusetzen. Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts von konkret möglichen Marktveränderungen ist angesichts des Prognosezeitraums – der insbesondere bei derart weitreichenden strukturellen Verfestigungen durchaus fünf Jahre überschreiten kann – nicht genau festzustellen. Entsprechend hat das Kammergericht in einer vergleichbaren Konstellation darauf abgestellt, dass ein Markteintritt von der Produktionsstruktur des fraglichen Unternehmens her „nahezu ausgeschlossen“ bzw. „völlig ausgeschlossen“ sei.⁵⁰¹ Vorliegend jedoch war nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes das Marktumfeld nach den allgemeinen Kriterien für Markteintritte gut geeignet; die Möglichkeiten und Anreize zur Auflösung der Verflechtungen wurden ebenfalls eingehender geprüft und konkret dargelegt. Deren genaues Maß anhand eines – (noch) nicht bekannten – „ernsthaft in Betracht kommenden Dritterwerbers“ zu ermitteln, wie vom Oberlandesgericht gefordert, überstiege die Reichweite des Fusionskontrollverfahrens, in dem grundsätzlich nur die angemeldete Transaktion geprüft wird.⁵⁰² Entscheidend sollte allein sein, ob sich durch die Fusion die Wahrscheinlichkeit eines vorher möglichen Markteintritts signifikant verringert.

722. Letztlich maßgeblich ist der Erhalt des durch potenzielle Wettbewerber ausgeübten Disziplinierungsdrucks. Nur soweit ein Markteintritt vor der Fusion ganz überwiegend unwahrscheinlich erscheint, kann potenzieller Wettbewerb verneint werden. Wenn hingegen wie hier konkrete Umstände einen solchen möglich erscheinen lassen und konkrete strukturelle Anreize dafür bestehen, kann es nicht auf eine klar überwiegende Wahrscheinlichkeit ankommen, zumal die Aktualisierung potenziellen Wettbewerbs definitionsgemäß den Eintritt zusätzlicher, unsicherer Ereignisse voraussetzt. Die Monopolkommission erinnert in diesem Zusammenhang an die Funktion der Fusionskontrolle als Strukturkontrolle und die Unsicherheiten jeglicher Prognose gegenüber der langfristigen Wirkung struktureller Vielfalt.

4.4.5 „Vorschädigung“ des Wettbewerbs durch bestehende Kooperationsvereinbarungen

723. Noch nicht vollständig geklärt ist die fusionskontrollrechtliche Bewertung von Beschränkungen des Wett-

bewerbs zwischen den Fusionsbeteiligten, die einer Fusion vorausgehen. Einerseits ließe sich vertreten, dass sich – soweit Wettbewerb zwischen den Fusionsbeteiligten schon bisher aufgrund schuldrechtlicher Verträge ausgeschlossen oder unattraktiv war – die Wettbewerbssituation nicht weiter verschlechtern würde. Andererseits verfestigt sich durch eine Fusion der bislang reversible Ausschluss von Wettbewerb zwischen den Parteien strukturell und kann sich intensivieren. Das wirkt sich insbesondere als weitergehende Gleichrichtung der Interessen der Beteiligten aus. Diese Konstellation liegt etwa dem vorstehend diskutierten Fall zugrunde, in dem das Bestehen schuldrechtlicher Verflechtungen potenziellen Wettbewerb nach Auffassung des Oberlandesgerichts ausschließen soll.

724. In jedem Fall sind insoweit nur solche Wettbewerbsbeschränkungen berücksichtigungsfähig, die nicht kartellrechtswidrig sind. Das Bundeskartellamt geht zwar wie die Europäische Kommission⁵⁰³ grundsätzlich davon aus, dass bestehende Verflechtungen die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb verringern.⁵⁰⁴ Allerdings sollte dies nicht dazu führen, dass Fusionen freigegeben werden, die ohne derartig verminderten Wettbewerb unzulässig wären. Insbesondere soweit der verbliebene Restwettbewerb gering ist, bedarf es nach Auffassung der Monopolkommission einer eingehenden Prüfung der Verstärkungswirkung im Einzelnen. Denn auch und gerade bei vertraglichen wie bei unerschwelligen gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen kann ein schützenswertes Maß an (potenziellem) Wettbewerb bestehen.

725. Soweit sich im Rahmen von Fusionskontrollverfahren zeigt, dass der betroffene Markt wettbewerbswidrige Strukturen und/oder Verflechtungen aufweist, kann dies nicht allein eine Untersagung des Vorhabens, sondern auch eine eingehendere Untersuchung des betroffenen Marktes zur Folge haben. So führten wettbewerbliche Bedenken des Bundeskartellamtes gegen die geplante Beteiligung mit jeweils 25 Prozent der Anteile durch die Firmen Dinkel und Röhm, zwei mittelständische Baustoffunternehmen, an den Transportbetonaktivitäten der Firma Schwenk zu einer Rücknahme der Anmeldung im Hauptprüfverfahren.⁵⁰⁵ Die Behörde war durch die Ermittlungen im Rahmen des Fusionsverfahrens auf die vielfältigen Verflechtungen zwischen verschiedenen Wettbewerbern im Marktraum Ulm und die dadurch mögliche Verhaltenskoordination aufmerksam geworden. In der Folge wurde eingehender geprüft, ob die über das aufgegebene

⁵⁰¹ KG, Beschluss vom 26. Mai 1981, Kart 14/80, WuW/E OLG 2539, 2546 ff. „Braun/Almo“.

⁵⁰² Ausnahmen hiervon sind vor allem Sanierungsfusionen; vgl. dazu eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 329.

⁵⁰³ Vgl. für – auch gesellschaftsrechtliche Verflechtungen – etwa das Verfahren KLM/Martinair, COMP/ M.5141; dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 708 ff., sowie allgemeiner unten Tz. 901 ff.

⁵⁰⁴ Vgl. etwa die Fusionsfreigabe im Sanitärgrößhandel, BKartA, Beschluss vom 27. August 2009, B5-47/09 „Cordes & Graefe/AMG Haustechnik“, in der auch aufgrund einer bereits bestehenden Beteiligung von mehr als 40 Prozent und der gemeinsamen Zugehörigkeit der Beteiligten zu einem Einkaufsverband eine Verstärkungswirkung abgelehnt wurde.

⁵⁰⁵ Rücknahme vom 19. April 2010, B1-108/09 „Transportbeton“.

Zusammenschlussvorhaben hinaus bestehenden Verflechtungen zwischen verschiedenen Wettbewerbern im Marktraum Ulm gegen § 1 GWB verstoßen.⁵⁰⁶

4.5 Abhilfemaßnahmen

726. Wettbewerblichen Bedenken gegenüber angemeldeten Zusammenschlussvorhaben wird in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle durch Nebenbestimmungen in der Freigabeentscheidung des Bundeskartellamtes Rechnung getragen, wenn nicht eine Untersagung notwendig ist oder die Parteien die Anmeldung zurückziehen und gegebenenfalls das Vorhaben entsprechend dieser Bedenken modifiziert neu anmelden. Dabei ist eine Freigabe mit Nebenbestimmungen nur dann zulässig, aber auf Grundlage des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch geboten, wenn dadurch die nach § 36 Absatz 1 GWB kritische Verschlechterung der Marktstruktur wirksam verhindert werden kann.⁵⁰⁷ In der Praxis lässt sich klar feststellen, dass aufschiebende Bedingungen („up-front-remedies“) effektiver sind als auflösende, diese wiederum effektiver als schlichte Auflagen, was entscheidenden Einfluss auf deren Verhältnismäßigkeit haben kann.⁵⁰⁸

727. Das Bundeskartellamt ist insoweit nicht verpflichtet, den Parteien Vorschläge für entsprechende Zusageangebote zu machen. Soweit eine Untersagung beabsichtigt wird, werden die Parteien jedoch im Vorhinein stets detailliert über die wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes informiert (§ 56 Absatz 1 GWB); in aller Regel ergeben sich bereits im Verlauf der Untersuchungen entsprechende Hinweise. Die Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes erscheinen in diesem Zusammenhang stets offen für Zusagevorschläge der Parteien. Zusammenschlussvorhaben werden also nur dann untersagt, wenn die wettbewerblichen Bedenken nicht durch Nebenbestimmungen auszuräumen sind oder keine (ausreichenden) Zusagen angeboten wurden.

728. Insbesondere in Oligopolmärkten kann durch Nebenbestimmungen auf Anreizstrukturen zurückgewirkt, die Reaktionsverbundenheit der Marktteilnehmer reduziert und so der Restwettbewerb belebt werden. Das kann etwa die Ausgestaltung von (fusionskontrollpflichtigen) Gemeinschaftsunternehmen oder die Öffnung von Vertragsnetzwerken für Wettbewerber betreffen. Insoweit ist das Ermessen des Bundeskartellamtes zur Entgegennahme von Zusageangeboten der Fusionsbeteiligten zwar vor allem durch den Normzweck der §§ 36, 40 GWB und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschränkt; gerade in oligopolistisch strukturierten Märkten jedoch trägt eine Verminderung der Reaktionsverbundenheit in der Regel zu einem verstärkten Wettbewerb bei

und dürfte gegenüber jenen Restriktionen weniger Bedenken begegnen.

4.5.1 Verhaltenszusagen, insbesondere Plattformoffenheit als Auflage

729. Während strukturelle Zusagen unmittelbar auf die Marktstruktur wirken und dadurch direkt die Wettbewerbsfähigkeit des betroffenen Marktes stützen, setzen Verhaltenszusagen zusätzlich die Einhaltung dieser Zusagen durch die Unternehmen voraus. Da eine solche Zusagecompliance aufwendig und nur lückenhaft zu erfassen sein kann, verbietet § 40 Absatz 3 Satz 2 GWB Nebenbestimmungen, soweit sie eine laufende Verhaltenskontrolle erfordern. Wenn dazu spezifische komplexe Mechanismen notwendig sind, erscheinen sie auch schon keine vollwertige Kompensation von fusionsbedingten Strukturverschlechterungen.⁵⁰⁹ Nicht von diesem Verbot betroffen sind solche Zusagen, die zwar auf ein Verhalten abstellen, aber durch ihren Wirkmechanismus bereits eine effektive Gewähr für ihre Einhaltung mit sich bringen.⁵¹⁰ Dementsprechend können nach Auffassung der Monopolkommission etwa Verpflichtungen zur Lizenzierung, zur diskriminierungsfreien Ausgestaltung von Geschäftsbedingungen oder allgemeiner zur Offenheit von Plattformen und zur Marktöffnung bei entsprechender Gestaltung wirksame und geeignete Mittel sein, um transaktionsbedingte Wettbewerbsverschlechterungen zu verhindern.⁵¹¹ Bei der Ausgestaltung derartiger selbstdurchsetzender Nebenbestimmungen besteht bereits eine Reihe von Erfahrungen in der Fusionskontrollpraxis;⁵¹² im Berichtszeitraum waren insoweit einige Fälle zu beobachten.

4.5.1.1 FRAND-Lizenzierung

730. Die Freigabeentscheidung des Bundeskartellamtes für den gemeinsamen Erwerb einer Vielzahl von Patenten des anderweitig übernommenen Unternehmens Novell durch ein eigens dafür gegründetes Gemeinschaftsunternehmen (CPTN) von Microsoft, Apple, EMC und Oracle beruht unter anderem darauf, dass die für die Weiterentwicklung des Open-Source-Betriebssystems Li-

⁵⁰⁹ Vgl. zur insoweit bedenklichen europäischen Praxis Tz. 946 ff.

⁵¹⁰ Vgl. eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 649 ff.

⁵¹¹ Vgl. für ein theoretisches Modell etwa Werden, G./Froeb, L./Tschantz, S., Incentive Contracts as Merger Remedies, Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 05-27, 2005.

⁵¹² Die Monopolkommission weist an dieser Stelle ausdrücklich auf die Schwierigkeiten bei Zusagen hin, die einen (erstmaligen) Zugang zu physischen oder exklusiv genutzten Infrastrukturen gewähren sollen; vgl. statt vieler EU-Kommission, Merger Remedies Study, October 2005, S. 164 f.; aus neuerer (vor allem US-amerikanischer) Sicht etwa Kwoka, J./Moss, D., Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement, SSRN Working Paper 1959588, November 2011; Waller, S.W., Access and Information Remedies in High Tech Antitrust, Loyola University Chicago School of Law Research Paper No. 2011-018, July 25, 2011. Vgl. auch die allgemeinen Ausführungen hierzu in der Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission vom 26. Januar 2011, COMP/M.5984 „Intel/McAfee“, Rn. 306 f. mit weiteren Nachweisen, sowie zur Ausgestaltung der Abhilfemechanismen insoweit Tz. 735 ff.

⁵⁰⁶ Das Verfahren war zu Redaktionsschluss dieses Gutachtens noch nicht abgeschlossen.

⁵⁰⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09 „Phonak/GN Store“, Rn. 90, WuW/E DE-R 2905.

⁵⁰⁸ Vgl. eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 660 ff., 663.

nux benötigten, von der Transaktion betroffenen Patente weiterhin den Mitgliedern des Open Invention Network (OIN) ohne Lizenzgebühren zur Verfügung stehen.⁵¹³ Diese – in der entsprechend den Bedenken der Kartellbehörden neu angemeldeten Transaktionsstruktur angelegte faktische – Nebenbestimmung ähnelt dem etwa im Zusammenhang mit Standardisierungskartellen bedeutsamen Lizenzierungsmaßstab, Dritten Zugang zu standard-essenziellen Patenten zu fairen, angemessenen und diskriminierungsfreien (FRAND – Fair, Reasonable and Non-Discriminatory) Bedingungen zu gewähren.⁵¹⁴

731. Derartige Selbstverpflichtungen, Dritten diskriminierungsfreien Zugang zu geistigem Eigentum zu geben, zielen zwar einerseits auf zukünftiges Verhalten des jeweiligen Unternehmens. Andererseits ist auch durch eine bloße dahin gehende Erklärung der Maßstab für in der Zukunft zu vergebende Lizenzen im Grundsatz klar festgelegt. Aus dem Missbrauchsverbot können – auch ohne (Verpflichtungs-)Zusage aus dem Fusionskontrollverfahren – ähnliche Pflichten folgen; Voraussetzung dafür ist jedoch jeweils der Nachweis einer Marktbeherrschung. Insoweit können Verpflichtungen im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens insbesondere Rechtssicherheit herstellen sowie – soweit zusätzliche Patente einbezogen werden – Marktabstottungspotenziale ausgeräumt und Märkte offengehalten werden. Eine – unzulässige – laufende Verhaltenskontrolle ist dabei in aller Regel nicht notwendig; vielmehr kann – eine entsprechende Marktstruktur vorausgesetzt – davon ausgegangen werden, dass eventuell in Widerspruch zu derartigen Verpflichtungen diskriminierte Wettbewerber diese unmittelbar durchsetzen,⁵¹⁵ sodass in diesen Konstellationen von einer selbst-durchsetzenden Abhilfemaßnahme gesprochen werden kann.

732. Entscheidend dafür sind jedoch im Regelfall eine genaue Spezifizierung der betroffenen Patente und die Publizität der entsprechenden (Selbst-)Verpflichtung. Dies war im vorliegenden Fall ausnahmsweise deshalb entbehrlich, da mit der Erklärung der Käufer der betroffenen Patente, die Verpflichtungen ihres Vorgängers einzuhalten, den betroffenen aktuellen und potenziellen Li-

zenznehmern der Umfang und die Reichweite dieser Erklärung mühelos erkennbar waren.

4.5.1.2 Technische Plattformen und Kollusion

733. Die von Pro7Sat1 und RTL in dem als Fusion angemeldeten Gemeinschaftsunternehmensprojekt „Amazonas“ vorgesehene Plattform zum Angebot von Fernsehsendungen im Internet („video on demand“) sah außer den technisch notwendigen Schnittstellen weitergehend eine Vereinheitlichung des Angebots der an der Plattform teilnehmenden Sender vor, insbesondere in Bezug auf den möglichen Auftraggeberkreis und auf Elemente des Geschäftsmodells für In-Stream-Video-Werbung durch Vorgabe der Inhalte und ihrer Verfügbarkeitsdauer, aber auch der verwendeten Software. Das Bundeskartellamt befürchtete mit guten Gründen infolge der konkreten Ausgestaltung des Gemeinschaftsunternehmens eine Verstärkung der duopolistischen Beherrschung des Marktes für Fernsehwerbung durch Beschränkung des Wettbewerbs auf dem betroffenen Fernsehwerbemarkt infolge einer Beschränkung des Substitutionswettbewerbs durch In-Stream-Video-Werbung und untersagte das Vorhaben nach § 36 Absatz 1 und § 1 GWB.⁵¹⁶

734. Durch eine entsprechend offene Ausgestaltung der Geschäftsbedingungen der Internetplattform hätten die untersagungsrelevanten Wettbewerbsverschlechterungen möglicherweise vermieden werden können. Das Bundeskartellamt hatte insoweit Anforderungen an mögliche Zusagen der Parteien formuliert, welche die in der angemeldeten Ausgestaltung des Gemeinschaftsunternehmens liegenden Sachzwänge und Anreize zur Kollusion ausräumen sollten. Die Unternehmen waren jedoch auch nach längeren Verhandlungen nicht bereit, die Internetplattform als offene technische Plattform auszugestalten und deren Geschäftsmodell unabhängig von den Inhalten und den Fernsehinteressen der Muttergesellschaften zu definieren.

735. Die Bestrebungen des Bundeskartellamtes, hier mit inhaltlichen Vorgaben auf eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung des Gemeinschaftsunternehmens hinzuwirken, erscheinen recht weitgehend, erklären sich aber nicht zuletzt auch aus der Relevanz des Kartellverbots nach § 1 GWB für das Projekt. Die Monopolkommission hält die von der Behörde in der Entscheidung entwickelten Bedenken der Verstärkungswirkung einer wie angemeldet ausgestalteten Plattform für überzeugend. Im Einzelnen wäre insbesondere eine Harmonisierung von Wettbewerbsparametern, eine Abschottung des Marktes gegenüber (zukünftigen) Wettbewerbern und eine kollusionserleichternde Transparenzerhöhung durch die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen und damit insgesamt eine empfindliche Verminderung des bereits vor der Transaktion schon stark eingeschränkten Wettbewerbs in diesem Markt zu befürchten gewesen. Eine Ausgestaltung des Gemeinschaftsunternehmens als wettbewerbsneutrale technische Dienstleistungsplattform hätte einerseits den Mutterunternehmen noch immer einigen

⁵¹³ Vgl. BKartA, Pressemeldung vom 20. April 2011, Bundeskartellamt clears CPTN joint venture for acquisition of Novell patents. Das US-amerikanische Department of Justice hatte in Absprache mit dem Bundeskartellamt die Transaktion weiter geprüft; vgl. Department of Justice, Pressemitteilung vom 13. Februar 2012, Statement of the Department of Justice's Antitrust Division on Its Decision to Close Its Investigations of Google Inc.'s Acquisition of Motorola Mobility Holdings Inc. and the Acquisitions of Certain Patents by Apple Inc., Microsoft Corp. and Research in Motion Ltd.

⁵¹⁴ Vgl. für einen Missbrauchsfall, in dem dieser Maßstab für Zwangslizenzen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen entwickelt wird, etwa BGH, Urteil vom 6. Mai 2009, KZR 36/06 „Orange-Book-Standard“, sowie die Fusionskontrollfreigabe der Europäischen Kommission vom 13. Februar 2012, COMP/ M.6381 „Google/Motorola“.

⁵¹⁵ So genügt für die rechtmäßige Verwendung der Lehre eines standard-essenziellen Patents nach deutschem Recht in erster Linie die unwiderlegliche Hinterlegung eines angemessenen Lizenzentgelts; vgl. BGH, KZR 36/06.

⁵¹⁶ BKartA, Beschluss vom 17. März 2011, B6-94/10 „Amazonas“; vgl. dazu auch Tz. 469.

Spielraum zur wettbewerblichen Differenzierung und vor allem zur Hebung von Effizienzen belassen, ohne die schon vorher erhebliche Reaktionsverbundenheit der Unternehmen weiter zu festigen. Andererseits hätten von einer derartigen neutralen Plattform auch Wettbewerbsimpulse auf den Fernsehwerbemarkt ausgehen können. Angesichts der fehlenden Bereitschaft der Anmelder, das Gemeinschaftsunternehmen wettbewerbskonform auszugestalten, blieb dem Bundeskartellamt keine Alternative zur Untersagung.

736. Eine ähnliche Video-on-Demand-Plattform, die als Gemeinschaftsunternehmen zwischen Tochtergesellschaften des ZDF, verschiedenen ARD-Sendern sowie mehreren Fernsehproduktionsunternehmen entstehen soll, wurde im Fusionskontrollverfahren freigegeben, unter dem Aspekt des Kartellverbots jedoch eingehender geprüft.⁵¹⁷ Angesichts der rechtlichen Restriktionen für Fernsehwerbung für diese Sender und der starken Stellung der privaten Sender in diesem Markt kam zwar eine marktbeherrschende Stellung im Fernsehwerbemarkt nicht in Betracht. Allerdings wurden vor dem Hintergrund der Stellung der Beteiligten auf der Produktions- und Lizenzierungsstufe vor allem Wettbewerbsbeschränkungen auf diesen Märkten sowie Auswirkungen auf Zuschauermärkte untersucht. Auch insoweit ist der Erhalt des verbleibenden Restwettbewerbs entscheidendes Prüfkriterium.

4.5.1.3 Technische Plattformen und Marktmacht

737. Um einer fusionsbedingten Wettbewerbsverschlechterung im Fall Liberty Global/Unitymedia entgegenzuwirken, hatten sich die Parteien unter anderem verpflichtet, die bisher praktizierte Grundverschlüsselung für digitale Free-TV-Programme aufzugeben.⁵¹⁸ Die beiden betroffenen Kabel-TV-Anbieter Kabel Deutschland und Unitymedia verfügen innerhalb ihrer Netze jeweils über eine technische Plattform, welche die verschlüsselte Übertragung von Fernsehsignalen ermöglicht. Bei der digitalen Plattform handelt es sich um die technischen Voraussetzungen zur Umsetzung eines für verschlüsseltes Fernsehen erforderlichen Abonentensystems.

738. Im Kern besteht eine solche digitale Plattform aus der Bereitstellung des Verschlüsselungssystems, der Smart-Card-Verwaltung und dem Zugang zu einer Vielzahl angeschlossener und kompatibler Set-Top-Boxen (Empfangsgeräte, die verschlüsselte Signale entschlüsseln). Die Bestandteile dieser Plattform sind aufeinander abgestimmt und nur teilweise zu Lösungen von Drittanbietern kompatibel. Dieser Umstand beeinflusst sowohl die Einspeisebedingungen für einen Pay-TV-Programmveranstalter, der die Einspeisung in das Kabelnetz nachfragt, als auch die Einspeisebedingungen für einen grundverschlüsselnden Free-TV-Veranstalter. Die technische Plattform bietet Unitymedia die Möglichkeit der Zwangskoppelung mit der Einspeiseleistung und insbesondere

die Möglichkeit, die Qualität und damit die Wertigkeit der Einspeiseleistung festzulegen. Technisch ist zwar die Nutzung von Standardschnittstellen nicht ausgeschlossen, diese erreichen jedoch nur einen langsam wachsenden geringen Marktdurchdringungsgrad; ein (paralleler) Anschluss von Fremd-Set-Top-Boxen ist zwar zulässig, jedoch aufgrund der Tarifbedingungen finanziell unattraktiv. Insgesamt stellt diese digitale Plattform auch ein Mittel zur Marktabschottung dar.

739. In der Freigabeentscheidung verpflichten sich die Parteien, mit Wirkung zum 3. Januar 2013 unter anderem die Verbreitung verschlüsselter digitaler Free-TV-Programme unbefristet und unwiderruflich in ihren Netzen einzustellen und durch eine unverschlüsselte Übertragung zu ersetzen. Das setzt auch eine Änderung entsprechender Verträge mit den Programmanbietern voraus, die nur insoweit widersprechen dürfen, als es sich um HD-Signale handelt.⁵¹⁹

740. Diese Zusagen haben nach Ergebnissen des vom Bundeskartellamt durchgeführten Markttests vor allem auf dem Gestattungsmarkt wettbewerbsbelebende Wirkungen und wirken sich dadurch auch positiv auf dem Einspeisemarkt aus.⁵²⁰ Die Monopolkommission begrüßt diese (teilweise) Öffnung einer geschlossenen Plattform, die Wettbewerber das Angebot wettbewerbsfähiger Pakete erleichtert bzw. erst ermöglicht. Allerdings erscheint bedauerlich, dass die Zusage weder die Einführung neuer Produkte und Dienste durch Programmanbieter noch eine vollständige Öffnung der Plattform für offene Standards erfasst.

741. Die Grundverschlüsselung von TV-Signalen durch Fernsehsender und Signaltransmissionsanbieter wird vom Bundeskartellamt nicht nur aufgrund ihrer marktabschottenden Wirkung schon seit Anfang des letzten Jahrzehnts kritisch betrachtet, bislang ist jedoch keine Entscheidung gegen die anbieterabhängig geschlossenen Plattformen getroffen worden.⁵²¹ Dabei werden die Fernsehsender und die Signaltransmissionsanbieter (insbesondere Kabel- und Satelliten-TV-Anbieter) vom Bundeskartellamt jeweils eigenständig betrachtet. So wird gegen ProSiebenSat.1 und RTL mit erheblichem Ressourcenaufwand ein Kartellverfahren wegen rechtswidriger Koordination bei der Einführung der Grundverschlüsselung geführt.⁵²² Die Marktstrategie von Sky und einigen Ka-

⁵¹⁹ Diese Änderungen sollen durch Änderungsvorschläge zu bestehenden Verträgen und bei Nichtzustimmung der Programmanbieter durch Kündigungen, verbunden mit veränderten Vertragsangeboten, umgesetzt werden. Zusätzlich sind entsprechende Rahmenverträge vorgesehen; vgl. BKartA, B6-94/10, Rn. 311 ff.

⁵²⁰ Vgl. zu diesen Märkten genauer Tz. 679 ff.

⁵²¹ Vgl. insoweit jedoch die eingehenden Ausführungen in der Fusionskontrollentscheidung vom 3. April 2008, B7-200/07 „KDG/Orion“, Rn. 100 ff.

⁵²² Bedenken des Bundeskartellamtes in Verbindung mit einer Durchsuchung der Unternehmen hatten bereits 2006 zum Ausstieg von Pro7 bei der Satelliten-Verschlüsselungsplattform entavio geführt; 2010 durchsuchte das Bundeskartellamt Büros von ProSiebenSat.1 und RTL, um dem Verdacht auf kartellrechtswidrige Absprachen nachzugehen. Im Fokus stehen die Entscheidungen der Unternehmen, digitale Free-TV-Programme nur noch verschlüsselt und gegen zusätzliches Entgelt zugänglich zu machen; weiter geht es um technische Maßnahmen wie Kopierschutzfunktionen und „Werbeblocker“.

⁵¹⁷ Vgl. BKartA, Pressemeldung vom 28. November 2011, Bundeskartellamt eröffnet Kartellverfahren zur Prüfung der Video on Demand-Plattform der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten.

⁵¹⁸ Vgl. dazu bereits Tz. 677 ff.

belnetzbetreibern hinsichtlich ihrer Set-Top-Boxen wurde getrennt untersucht; aus Opportunitätsgründen ruht jedoch dieses Verfahren derzeit.

742. Auch in diesem Markt erscheint eine Markttöffnung allein mit kartellrechtlichen Mitteln von beschränkter Reichweite und mit erheblichem behördlichen Aufwand verbunden. Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich aus den aktuell stattfindenden technologischen Veränderungen, die auch das Machtgleichgewicht zwischen den Marktteilnehmern verändern könnten. Insoweit kann die klassische kartellrechtliche Eingriffsverwaltung nur abwarten, bis sich Angriffspunkte wie Kartelle oder Missbräuche ergeben. Zur vorausschauenden und integrierten Lösung der Probleme in diesem Bereich erscheint der Monopolkommission wünschenswert, auf Grundlage der Untersuchungsergebnisse des Bundeskartellamtes und möglicherweise unter dessen Mitwirkung anbieterseitig die Kartellrechtskonformität künftiger Strukturen bereits bei deren Konzeption sicherzustellen.

4.5.2 Markttöffnung als Nebenbestimmung

743. Markttöffnende Zusagen haben in der Praxis des Bundeskartellamtes eine lange Tradition.⁵²³ Gewachsene Vertragsstrukturen stellen in vielen Märkten erhebliche Markteintrittsbarrieren für kleine, neue oder bislang branchenfremde Unternehmen (Newcomer) dar. Sind diese nicht kartellrechtswidrig – insoweit kann insbesondere der Bündelwirkung verschiedener paralleler Vertragsnetzwerke entscheidende Bedeutung zukommen –⁵²⁴ hat das Bundeskartellamt grundsätzlich keine Handhabe zur Markttöffnung. In Fusionskontrollfällen kann jedoch die Kompensation von Wettbewerbsverschlechterungen durch die Öffnung von durch derartige Vertragsnetzwerke verschlossenen Märkten infrage kommen.

4.5.2.1 Kabelfernsehen, Aufgabe von Exklusivitätsrechten und Sonderkündigungsrechte

744. Im Kabel-TV-Markt für Mehrnutzerverträge (Gestattungsmarkt) wird häufig dem Kabelnetzbetreiber, der die Versorgung für ein Gebäude oder eine Wohnanlage übernimmt, das ausschließliche Recht zur Versorgung mit Kabel-TV-Signalen eingeräumt, um die Amortisierung der notwendigen Investitionen zu ermöglichen. Entsprechend sind die jeweiligen Kunden bei diesem Anbieter 'gefangen' („captive customers“) und stehen alternativen Anbietern nicht mehr als Kunden zur Verfügung. Für derartige meist kleinere oder neue Anbieter ist entsprechend ein Markteintritt in der Regel schwierig. Ähnliches gilt für die teilweise sehr langen Laufzeiten von Gestattungsverträgen.

⁵²³ Vgl. etwa Monopolkommission, Die Wettbewerbsordnung erweitern, Hauptgutachten 1986/1987, Baden-Baden 1988, Tz. 421 ff.

⁵²⁴ Rechtlich kann dann die Entziehung der entsprechenden Gruppenfreistellung infrage kommen; vgl. dazu Tz. 431 ff. Die Missbrauchsaufsicht über insoweit ebenfalls grundsätzlich infrage kommende gemeinsame Marktbeherrschung ist praktisch äußerst limitiert; vgl. Tz. 470 ff., 563 ff.

745. In dem Fusionskontrollverfahren Liberty Global (Kabel Deutschland)/Unitymedia haben sich die Zusammenschlussbeteiligten zur Kompensation der fusionsbedingten Wettbewerbsverschlechterungen auf dem Gestattungsmarkt auch verpflichtet, zum einen auf die in Gestattungsverträgen eingeräumten Exklusivitätsrechte zu verzichten und zum anderen jeweils einer bestimmten Anzahl der größten Gestattungskunden mit einer Restvertragslaufzeit von mehr als drei Jahren ein Sonderkündigungsrecht einzuräumen. Dieses darf von der Zahlung einer bestimmten Summe pro Anschluss abhängig gemacht werden, die in Relation zu der verbleibenden Restlaufzeit variiert.⁵²⁵ Um mögliche Wettbewerber über die neuen Markteintrittsmöglichkeiten zu informieren, werden für sämtliche betroffenen Gestattungsverträge der Namen des Vertragspartners, seine Anschrift und eine Bandbreite der mit dem Vertrag umfassten Wohneinheiten auf den Internetseiten der Zusammenschlussbeteiligten veröffentlicht.

746. Die Aufgabe von Exklusivitätsrechten kann angesichts der dadurch nicht beseitigten technischen Notwendigkeit des Aufbaus einer parallelen Infrastruktur zur Versorgung einzelner Kunden durch einen Wettbewerber die entscheidende Markteintrittsbarriere nicht beseitigen und hat daher offenbar nur im Glasfaserausbau eine gewisse Bedeutung. Die Einräumung von außerordentlichen Kündigungsrechten für Gestattungskunden hingegen wird durch die für Wettbewerber einfach nutzbare Publizität verstärkt und kann nach den Ergebnissen des vom Bundeskartellamt durchgeführten Markttests zu einer nicht unerheblichen Belebung des Wettbewerbs in diesem Markt führen. Zwar wird von der Anzahl her nur ein kleiner Teil der von den Beteiligten abgeschlossenen Gestattungsverträge erfasst; da jedoch die Sonderkündigungsrechte die jeweils größten Wohnanlagen umfassen, die grundsätzlich für alternative Anbieter aufgrund von Skaleneffekten am attraktivsten sein dürften, könnte der Effekt über deren rein numerische Bedeutung hinausgehen.

747. Die Monopolkommission hält derartige Zusagen grundsätzlich für geeignet, fusionsbedingten Wettbewerbsverschlechterungen entgegenzuwirken, da auf diese Weise Markteintrittsbarrieren unmittelbar abgebaut und Wettbewerbspotenziale geschaffen werden. Weitergehend erscheint erwägenswert zu prüfen, wie weit derartig lange Vertragsbindungen in mittlerweile dynamisch gewordenen Märkten überhaupt noch zur Investitionsamortisation notwendig und kartellrechtlich zulässig sind. Insoweit dürfte auch von Bedeutung sein, dass einerseits die Marktstrukturen monopolistisch gewachsen sind und andererseits der gesamte Markt fast vollständig von derartigen Vertragsstrukturen durchdrungen ist.

4.5.2.2 Kalbfleischmarkt und Freigabe von Mastkapazitäten

748. Im Fusionskontrollfall Van Drie/Alpuro wurde den Wettbewerbsverschlechterungen auf dem Markt für die Schlachtung und den Verkauf von Kalbfleisch an in-

⁵²⁵ BKartA, Beschluss vom 15. Dezember 2011, B7-66/11.

dustrielle Weiterverarbeiter, Großhändler und die Gastronomie durch die Verpflichtung der Unternehmen begegnet, drei Tochtergesellschaften zu veräußern, die teils selbst Kälbermast betreiben, teils über Kälbermastverträge mit Dritten verfügen und die gesamte Kälbermastkapazität der Beteiligten in Deutschland umfassen.⁵²⁶ Alternativ zur Veräußerung einer Tochtergesellschaft war die Veräußerung der entsprechenden Verträge mit Mastbetrieben vorgesehen, die wiederum bei Unverkäuflichkeit durch Kündigung der entsprechenden Mastverträge ersetzt werden konnte.

Eigene Kälbermastplätze bzw. der Zugriff auf Kälbermastplätze Dritter sind angesichts des wenig liquiden Marktes für schlachtreife Kälber entscheidende Voraussetzung für eine Teilnahme am betroffenen Markt. Akzesorisch wurde den Beteiligten verboten, innerhalb von fünf Jahren die zu veräußernden Gesellschaftsanteile bzw. Mastkapazitäten zurückzuerwerben und innerhalb von drei Jahren neue Mastkapazitäten in Deutschland zu erwerben.

749. Die Veräußerung von Tochtergesellschaften, die ein „Vorprodukt“ herstellen, ist ständige und bewährte Praxis und dient häufiger (zumindest auch) der Öffnung von Märkten. Die Besonderheit dieses Falles lag darin, dass die „Produktionskapazitäten“ hier überwiegend bei Dritten lagen und die Beteiligten nur durch Verträge darüber verfügen konnten. Rück- und Neuerbetsverbote erschienen notwendig, um die Effektivität der Veräußerungsmaßnahmen sicherzustellen. Im Frühjahr 2011 wurden die drei betreffenden Tochtergesellschaften an zwei branchennahe Erwerber verkauft. Aufgrund der in der Regel nur geringen Vertragsbindung von zwei Kälbermastperioden bzw. 16 Monaten sind die tatsächlichen Auswirkungen der Zusagenerfüllung noch nicht genau absehbar; die Beschlussabteilung plant jedoch eine Evaluation in der zweiten Jahreshälfte 2012.

750. Die Monopolkommission begrüßt die innovativen Marktöffnungszusagen in diesem Fall, weist jedoch darauf hin, dass nur mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Marktes derartige im Kern verhaltensbasierte Zusagen die strukturellen Wettbewerbsverschlechterungen zumindest prima facie zu kompensieren vermögen. Insoweit ist insbesondere die von der Beschlussabteilung geplante Evaluation zu begrüßen; allerdings erscheint unklar, welches die Handhabe des Bundeskartellamtes sein könnte, wenn sich herausstellen sollte, dass die Zusagen die Wettbewerbsverschlechterungen faktisch nicht kompensieren konnten. Vor dem Hintergrund der recht hohen (potenziellen) Volatilität der regelmäßig nur mit kurzen Laufzeiten versehenen Mastverträge erscheint jedenfalls der Monopolkommission das Rück- und Neuerbetsverbot von besonderer praktischer Bedeutung.

4.5.3 Echte Alternative: Untersagung

751. Wenn die von den Zusammenschlussbeteiligten angebotenen Zusagen nicht ausreichen, die zu befürch-

tende Wettbewerbsverschlechterung zu kompensieren oder angesichts der Besonderheiten des Marktes eine derartige Kompensation nicht möglich erscheint, bleibt dem Bundeskartellamt nur die Untersagung des Vorhabens.

752. In dem bereits im letzten Hauptgutachten untersuchten Zusammenschlussvorhaben im Cabriodachmarkt Magna/Karmann war eine Kompensation der Wettbewerbsverschlechterung durch Zusagen angesichts der Struktur des Marktes und dessen Funktionsweise schon nicht möglich, weshalb auch keine Zusagenangebote gemacht worden waren und das Bundeskartellamt das Vorhaben untersagte.⁵²⁷

753. In dem oben eingehender untersuchten Verfahren Pro7Sat1/RTL waren die Beteiligten trotz langer Verhandlungen nicht bereit, Zusagen zu machen, welche die zu befürchtenden Wettbewerbsverschlechterungen kompensiert hätten.⁵²⁸ Zusätzlich zur Untersagung nach § 36 Absatz 1 GWB untersagte das Bundeskartellamt das geplante Gemeinschaftsunternehmen nach § 1 GWB, da es in der unabgewandelten Ausgestaltung erhebliche koordinative Effekte gehabt hätte. Auch hier blieb dem Bundeskartellamt keine Alternative zur Untersagung.

754. In dem Zusammenschlussvorhaben der Schlachthofbetreiber Tönnies und Tummel wäre die marktbeherrschende Stellung von Tönnies auf verschiedenen betroffenen Märkten weiter verstärkt worden; die von den Beteiligten zur Lösung der Wettbewerbsprobleme angebotenen Zusagen, insbesondere Lohnschlachtangebote für aktuelle oder potenzielle Wettbewerber sowie der vorübergehende Verzicht auf Sauenschlachtung am Standort Tummel, hätten die wettbewerblichen Bedenken nach den Ergebnissen des durchgeführten Markttests nicht beseitigt und eine unzulässige laufende Verhaltenskontrolle durch das Bundeskartellamt erfordert.⁵²⁹ Insbesondere wies das Angebot, für Wettbewerber auf den nachgelagerten Märkten Lohnschlachtung zu betreiben, die in derartigen „unfreiwilligen“ Vertragsbeziehungen naheliegenden Diskriminierungspotenziale und -anreize auf, die in ihrer Vielzahl und Vielgestaltigkeit in solchen Konstellationen kaum wirksam beherrschbar sind; bedenklich wären insoweit andererseits auch Anreize zur wettbewerblichen Koordinierung der Zusammenschlussbeteiligten mit ihren Wettbewerbern und Vertragspartnern gewesen. Anders als im Fall Van Drie/Alpuro bestand hier auch nicht die Möglichkeit zu Veräußerungen in vorgelagerten Märkten, da die Wettbewerbsprobleme vor allen bei der Schlachtung zu befürchten waren. Letztlich ist möglicherweise die Stellung von Tönnies in diesem Markt vor dem Hintergrund der Marktstruktur bereits so stark, dass erhebliches externes Wachstum auf diesen Marktstufen kartellrechtlich stets deutlich problematisch erscheinen könnte.

Infolge von Zusammenschlussvorhaben zu erwartende Strukturverschlechterungen können wirksam und nachhaltig nur durch Zusagen kompensiert werden, die zumin-

⁵²⁶ BKartA, Beschluss vom 27. Dezember 2010, B2-71/10.

⁵²⁷ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 512 ff., 615.

⁵²⁸ Vgl. insoweit eingehender Tz. 733 ff.

⁵²⁹ Vgl. Tz. 682 ff.

dest ex ante die Gewähr für eine selbsttragende Belegung des Wettbewerbs bieten. Verhaltenspflichten wie die Fortführung oder der Neuabschluss von Verträgen mit Wettbewerbern können – soweit sie nicht wie bei bestimmten Lizenzerteilungen selbstdurchsetzend sind – nur in Ausnahmefällen und nur als Annex zu strukturellen Zusagen in Betracht kommen und setzen eine entsprechende Anreiz- und Marktstruktur voraus, die Kollusion verhindert. Ist eine vollständige und nachhaltig wirksame Kompensation von fusionsbedingten Wettbewerbsverschlechterungen nicht möglich, so ist das Bundeskartellamt verpflichtet, das Zusammenschlussvorhaben zu untersagen (§ 36 Absatz 1 Halbsatz 1 GWB).

5. Europäische Fusionskontrollpraxis

5.1 Einführung

755. Während des Berichtszeitraums 2010/2011 hat die Untersagungsentscheidung Olympic/ Aegean Airways besondere Aufmerksamkeit ausgelöst.⁵³⁰ Es handelt sich um die erste Verbotsentscheidung der Europäischen Kommission gemäß Artikel 8 Absatz 3 FKVO seit gut drei Jahren. Die letzten beiden Entscheidungen dieser Art ergingen in den Jahren 2004 und 2007.⁵³¹ 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.⁵³² 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.⁵³³ 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.

756. Die fusionskontrollrechtliche Entscheidungspraxis 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. Bemerkenswert ist insoweit der Fall Oracle/Sun Microsystems, in dem die Europäische Kommission bei ihrer Prüfung – entgegen der Kritik der Zusammenschlussparteien – ausschließlich auf das Kriterium der erheblichen Wettbewerbsbehinderung abgestellt hat und nicht auf die mögliche Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung eingegangen ist. 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. Die Feststellung von Marktbeherrschung wäre hier möglicherweise an den relativ geringen Marktanteilen der Fusionsparteien und den geringen Marktanteilsabständen zu nachfolgenden Wettbewerbern gescheitert.

757. Der verstärkte ökonomische Ansatz, den die Europäische Kommission seit einigen Jahren in der Entscheidungspraxis verfolgt, kam – wie im vorangegangenen Berichtszeitraum – auch in der Anwendung quantitativer Ermittlungsmethoden 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 Fusionseffekte vornahm. Die Zusammenschlussparteien griffen ebenfalls – z. B. in dem Verfahren Kraft Foods/Cadbury – auf quantitative Untersuchungen zurück, um ihre qualitativen Bewertungen zu stützen. Im Oktober 2011 legte die Europäische Kommission eine Mitteilung zu bewährten Verfahrenswegen 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.

758. Beachtlich ist, dass – soweit ersichtlich⁵³⁴ – in keinem der Fälle, die während des Berichtszeitraums nach Durchführung der Hauptprüfphase entschieden worden sind, Effizienzgewinne geltend gemacht wurden.⁵³⁵ 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 vorgetragenen Effizienzvorteilen auseinandergesetzt.⁵³⁶ Möglicherweise boten sich die Zusammenschlussvorhaben, über die im jetzigen Berichtszeitraum

⁵³⁰ EU-Kommission, Entscheidung vom 26. Januar 2011, COMP/M.5830; die Entscheidung war zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht veröffentlicht. Aus der Pressemitteilung der Europäischen Kommission geht hervor, dass der Zusammenschluss zu einem Quasi-Monopol auf verschiedenen Flugstrecken in Griechenland geführt hätte, IP/11/68.

⁵³¹ EU-Kommission, Entscheidung vom 9. Dezember 2004, COMP/M.3440 „ENI/EDP/GDP“; Entscheidung vom 11. Oktober 2007, COMP/M.4439 „Ryanair/Aer Lingus“.

⁵³² Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 799.

⁵³³ EU-Kommission, Entscheidung vom 1. Februar 2012, COMP/M.6166; die Entscheidung war zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht veröffentlicht. Laut Pressemitteilung der Europäischen Kommission hätte der Zusammenschluss zu einer monopolartigen Stellung auf dem weltweiten Markt für europäische Finanzderivate geführt, IP/12/94.

⁵³⁴ Neben der Untersagungsentscheidung Olympic/Aegean Airways war zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses die Phase-II-Entscheidung Western Digital/Viviti Technologies, COMP/M.6203, nicht veröffentlicht. Von den Phase-I-Entscheidungen unter Bedingungen und Auflagen war die Entscheidung in dem Verfahren Teva/Cephalon, COMP/M.6258, unveröffentlicht.

⁵³⁵ Aus der Pressemitteilung zu der bislang ebenfalls unveröffentlichten Verbotsentscheidung in dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext ist zu entnehmen, dass die Zusammenschlussparteien Effizienzgewinne vorgetragen haben. Die Europäische Kommission hielt die möglicherweise erzielten Effizienzgewinne jedenfalls nicht für ausreichend, IP/12/94.

⁵³⁶ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 747 ff.

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.⁵³⁷

759. Die Europäische Kommission hat sich 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. 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.

760. Andererseits ist der Eindruck entstanden, dass die Europäische Kommission in diesem Berichtszeitraum etwas häufiger verhaltensorientierte Zusagenangebote angenommen hat, denen die Monopolkommission grundsätzlich kritisch gegenübersteht. Die Europäische Kommission hat mehrere Entscheidungen erlassen, in denen Verhaltenszusagen eines der Hauptelemente von Abhilfemaßnahmen bildeten. Im Fall Intel/McAfee beispielsweise bestand das Zusagenpaket nur aus Verhaltenszusagen. In der Entscheidung SNCF/LCR/Eurostar hat die Europäische Kommission regulierungsähnliche Zusagen akzeptiert. Im Fall Oracle/Sun Microsystems bewertete die Europäische Kommission die öffentlichen Ankündigungen von Oracle als ausreichend, um Wettbewerbsbedenken durch den Zusammenschluss zu verneinen.

761. 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 darüber hinaus die Ausführungen des Gerichts zum Stellenwert und Verhältnis der qualitativen und quantitativen Ermittlungsmethoden der Europäischen Kommission sowie zu den verfahrensrechtlichen Grenzen bei der Abgabe von Zusagenangeboten durch die Zusammenschlussparteien. Das Urteil in dem Verfahren Aer Lingus/Europäische Kommission befasst sich mit Fragen zur An-

wendbarkeit der Fusionskontrollverordnung auf Minderheitsbeteiligungen.

762. In den Jahren 2010/2011 sind keine legislativen Entwicklungen im Bereich der FKVO 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 Anwendungsbe-
reich der Fusionskontrollverordnung aufgenommen werden sollten. Die Monopolkommission äußert sich im Folgenden ausführlich zur Möglichkeit der Ausgestaltung entsprechender Regelungen.

5.2 Statistische Angaben

763. Während des Berichtszeitraums wurden nach Angaben der Europäischen Kommission 583 Zusammenschlussvorhaben angemeldet. Im Jahr 2010 erfolgten 274, im Jahr 2011 309 Anmeldungen. Im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum 2008/2009, in dem 606 Zusammenschlussvorhaben notifiziert wurden, sank die Zahl der Anmeldungen um 23, d. h. um ca. 4 Prozent, und blieb damit relativ konstant.

764. Im Berichtszeitraum wurden von den Mitgliedstaaten 13 Anträge nach Artikel 9 FKVO auf Verweisung an die nationalen Wettbewerbsbehörden gestellt.⁵³⁸ Die Europäische Kommission gab den Anträgen sechsmal vollständig und dreimal teilweise statt. Ein Fall wurde nicht an die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten abgegeben. Die Mitgliedstaaten haben im Berichtszeitraum vier Anträge nach Artikel 22 FKVO auf Verweisung eines Zusammenschlusses von den Mitgliedstaaten an die Europäische Kommission gestellt. Im Vergleich zum vorherigen Berichtszeitraum hat die Zahl der Anträge nach Artikel 9 FKVO um fünf Anträge zugenommen und ist damit um knapp über 60 Prozent gestiegen. Die Zahl der Anträge nach Artikel 22 FKVO ist von drei Anträgen leicht auf vier Anträge gestiegen.

765. Den Zusammenschlussparteien wird in Artikel 4 FKVO die Möglichkeit eingeräumt, einen Antrag auf Verweisung zu stellen. Während des Berichtszeitraums beantragten die betroffenen Unternehmen in 16 Fällen die Verweisung an die nationale Wettbewerbsbehörde. Die Europäische Kommission verwies 17 Fälle vollständig an die nationalen Wettbewerbsbehörden und einen Fall teilweise. Die Zahl der Anträge bleibt ungefähr auf dem Niveau des vorherigen Berichtszeitraums, in dem den nationalen Wettbewerbsbehörden 17 Anträge auf Verweisung übermittelt wurden. Die Zusammenschlussparteien haben in 44 Fällen die Verweisung an die Europäische Kommis-

⁵³⁷ Vgl. Röller, L.-H., *Efficiencies in EU Merger Control: Do They Matter?*, in: Ramser, H.J./Stadler, M. (Hrsg.), *Marktmacht*, Tübingen 2010, S. 185–195, 192.

⁵³⁸ Die Zahl der im Berichtszeitraum gestellten Anträge muss nicht mit der Zahl der getroffenen Entscheidungen übereinstimmen, da sich die Entscheidungen zum Teil auf im vorherigen Berichtszeitraum gestellte Anträge beziehen, zum Teil werden die im Berichtszeitraum gestellten Anträge erst 2012 entschieden. Dies gilt gleichermaßen für Anträge nach Artikel 22 FKVO und Artikel 4 FKVO.

sion beantragt. In 41 Fällen wurde die Verweisung des Zusammenschlusses von der Europäischen Kommission angenommen, in einem Fall wurde die Verweisung nicht akzeptiert. Die Zahl dieser Anträge verharrt ebenfalls ungefähr auf dem Niveau des vorherigen Berichtszeitraums, in dem 46 Anträge gestellt wurden.

766. In der ersten Verfahrensphase traf die Europäische Kommission 571 Entscheidungen. In keinem Fall kam es zu einer Ablehnung der Zuständigkeit der Europäischen Kommission nach Artikel 6 Absatz 1 lit. a FKVO. In 552 Fällen verneinte die Europäische Kommission ernsthafte wettbewerbliche Bedenken und gab das Zusammenschlussvorhaben nach Artikel 6 Absatz 1 lit. b FKVO ohne Bedingungen und Auflagen frei. 19 Zusammenschlussvorhaben begegneten erheblichen Wettbewerbsbedenken und wurden nur unter Bedingungen und Auflagen nach Artikel 6 Absatz 1 lit. b i. V. m. Absatz 2 FKVO freigegeben. Damit werden prozentual betrachtet in weniger Phase-I-Entscheidungen als im vorherigen Berichtszeitraum Zusammenschlussvorhaben nur unter Abhilfemaßnahmen freigegeben: Während in den Jahren 2008/2009 noch 5,7 Prozent der Phase-I-Entscheidungen mit Abhilfemaßnahmen verbunden waren, sank dieser Wert im Berichtszeitraum 2010/2011 auf 3,3 Prozent. Die Anzahl der Fälle, die im vereinfachten Verfahren geprüft wurden, liegt mit 334 weiterhin auf hohem Niveau; im Berichtszeitraum wurden 58 Prozent der Phase-I-Entscheidungen nach einer Prüfung im vereinfachten Verfahren getroffen.

767. Die Europäische Kommission hat in zwölf Fällen das Hauptprüfverfahren nach Artikel 6 Absatz 1 lit. c FKVO eröffnet. Im Vergleich zum vorherigen Berichtszeitraum mit 15 derartigen Entscheidungen ist die Zahl relativ konstant geblieben. In fünf Fällen wurde ein Zusammenschluss nach dem Hauptprüfverfahren ohne Bedingungen und Auflagen freigegeben, in drei Fällen erfolgte eine Freigabe unter Abhilfemaßnahmen. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum 2010/2011 einen Zusammenschluss, den Fall Olympic/Aegean Airlines, untersagt. Die Gesamtzahl der Untersagungen stieg damit im Berichtszeitraum auf 21.⁵³⁹ Diese Untersagung ist die erste derartige Entscheidung durch die Europäische Kommission seit etwas über drei Jahren. Während von den bis Dezember 2011 insgesamt erfolgten 21 Untersagungen 18 Untersagungen bis Dezember 2001 erfolgten, wurde seit Anfang 2002 lediglich im Jahr 2004 und im Jahr 2007 ein Zusammenschluss untersagt.

768. Im Berichtszeitraum wurden 14 Anmeldungen zurückgenommen. Eine solche Rücknahme erfolgte in 13 Fällen in der ersten Verfahrensphase und in einem Fall während des Hauptprüfverfahrens. Damit sind die Rücknahmen im Verhältnis zu den angemeldeten Fusionen im Vergleich zum vorherigen Berichtszeitraum auf ungefähr gleichem Niveau geblieben.

⁵³⁹ Am 1. Februar 2012 ist eine weitere Verbotsentscheidung ergangen, COMP/M.6166 „Deutsche Börse/NYSE Euronext“; die Entscheidung war zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht veröffentlicht.

5.3 Verfahrensfragen

5.3.1 Informelles Vorverfahren

769. Der formellen Anmeldung von Zusammenschlussvorhaben bei der Europäischen Kommission nach Artikel 4 FKVO geht in aller Regel ein informelles Vorverfahren (sog. Pränotifikationsphase) voran. In jüngerer Zeit häufen sich Klagen vonseiten der Unternehmen und der Anwaltschaft, die Dauer von informellen Vorverfahren nehme kontinuierlich zu. In einigen Fällen dauere die Pränotifikationsphase bis zu mehreren Monaten, was dazu führen könne, dass die Implementierung von geplanten Zusammenschlüssen gefährdet sei.

770. In der Fusionskontrollverordnung findet sich kein Hinweis auf das informelle Vorverfahren. Die FKVO-Durchführungsverordnung erwähnt das informelle Vorverfahren lediglich in Erwägungsgrund 11.⁵⁴⁰ Hiernach sollte die Europäische Kommission den Anmeldern und anderen an dem Zusammenschlussvorhaben Beteiligten auf deren Wunsch bereits vor der Anmeldung Gelegenheit zu informellen und vertraulichen Gesprächen über den beabsichtigten Zusammenschluss geben. Der Eintritt in das informelle Vorverfahren ist für die Zusammenschlussparteien nicht verpflichtend, seine Durchführung wird jedoch von der Europäischen Kommission selbst empfohlen.

771. Weiteren Aufschluss über die Pränotifikationsphase geben die entsprechenden Best Practices der Europäischen Kommission.⁵⁴¹ Das informelle Vorverfahren dient in erster Linie dazu, die Anmeldung des geplanten Zusammenschlusses vorzubereiten und spätere Verzögerungen und Unterbrechungen des formellen Verfahrens zu verhindern.⁵⁴² Zu diesem Zweck können die Parteien eines hinreichend konkretisierten Zusammenschlussvorhabens der Wettbewerbsbehörde ein formloses Memorandum übermitteln, in dem sie ihr Vorhaben, die Hintergründe und die wesentlichen Einzelheiten des Zusammenschlusses beschreiben.⁵⁴³ Im weiteren Verlauf des informellen Vorverfahrens können die Parteien und die Europäische Kommission Zuständigkeits- und andere rechtliche Fragen diskutieren, den Umfang der zu übermittelnden Informationen klären sowie mögliche wettbewerbliche Probleme identifizieren.⁵⁴⁴ Rechtliche Aspekte betreffen etwa die Frage, ob das Vorhaben überhaupt bei der Europäischen Kommission angemeldet werden muss oder ob eine Verweisung infrage kommt.⁵⁴⁵ Ferner kann

⁵⁴⁰ Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. L 133 vom 30. April 2004, S. 1.

⁵⁴¹ DG Competition, Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings, 20. Januar 2004, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>

⁵⁴² Vgl. Koch, in: Hirsch, G./Montag, F./Säcker, F. J. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2007, Einl. A FKVO Rn. 148 ff.

⁵⁴³ Vgl. Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings, Rn. 11.

⁵⁴⁴ Vgl. ebenda, Rn. 6.

⁵⁴⁵ Vgl. ebenda, Rn. 25.

geklärt werden, ob das vereinfachte Verfahren anzuwenden ist oder die Europäische Kommission auf bestimmte Angaben in der Anmeldung verzichtet.⁵⁴⁶ Da mit dem Pränotifikationsverfahren zudem sichergestellt werden soll, dass die spätere Anmeldung vollständig ist, kann ein erster Anmeldungsentwurf mit der Europäischen Kommission in einem Pränotifikationstreffen besprochen werden.⁵⁴⁷

772. In Bezug auf die materielle Beurteilung der Transaktion empfiehlt die Europäische Kommission, möglichst frühzeitig entsprechende unternehmensinterne Dokumente zu übermitteln sowie potenzielle Effizienzvorteile darzulegen.⁵⁴⁸ Mitunter beginnt die Europäische Kommission bereits im informellen Vorverfahren mit der Marktuntersuchung.⁵⁴⁹ In komplexen, jedoch wettbewerblich unproblematischen Fällen kann so gegebenenfalls auf die Einleitung der Hauptprüfphase gemäß Artikel 6 Absatz 1 lit. c FKVO verzichtet werden. Die Europäische Kommission empfiehlt die Aufnahme erster Kontakte zwischen den Parteien und ihr spätestens zwei Wochen vor dem erwarteten Anmeldedatum. Im Übrigen richten sich Umfang und Dauer des Pränotifikationsverfahrens nach der Komplexität des jeweiligen Falles.⁵⁵⁰

773. Einerseits erscheint es sinnvoll, das formelle Fusionskontrollverfahren mithilfe eines Vorverfahrens von Zuständigkeitsfragen und sonstigen unmittelbar mit der Anmeldung zusammenhängenden Aspekten frei zu halten. Auf diese Weise wird es sich häufig vermeiden lassen, dass das formelle Verfahren nach Artikel 10 Absatz 3 FKVO verlängert oder gemäß Artikel 10 Absatz 4 i. V. m. Artikel 11 FKVO ausgesetzt wird. Darüber hinaus wirkt es sich für die Zusammenschlussbeteiligten besonders positiv aus, wenn die Einleitung der Hauptprüfphase unterbleiben kann, da bereits im informellen Vorverfahren strittige Punkte oder wettbewerbliche Bedenken der Europäischen Kommission ausgeräumt werden konnten.

774. Andererseits verzichten die Zusammenschlussparteien mit dem Eintritt in die Pränotifikationsphase in gewisser Weise auf die Einhaltung der strengen Fristen der Fusionskontrollverordnung durch die Europäische Kommission. Die vorgetragenen Beschwerden zeigen, dass jedenfalls in komplexen und/oder potenziell wettbewerblich problematischen Fällen die in der Fusionskontrollverordnung festgelegten Verfahrensfristen oft bei Weitem nicht ausreichen, um eine abschließende Entscheidung zu erlassen. Dies ist um so bemerkenswerter, als erst mit der letzten FKVO-Reform die Fristen der ersten und zweiten Verfahrensphase verlängert und Möglichkeiten für weitere Fristverlängerungen im Einzelfall – auf Initiative der Parteien und der Europäischen Kommission – geschaffen worden sind. Die Ursache dürfte weniger darin zu sehen sein, dass die geplanten Zusammenschlüsse

heute komplexer sind oder generell größere wettbewerbliche Bedenken hervorrufen als in der Vergangenheit; auch zu Beginn der europäischen Fusionskontrolle hatte die Europäische Kommission umfangreiche und potenziell wettbewerbsbeeinträchtigende Transaktionen zu prüfen. Der Grund für die längere Gesamtdauer der Verfahren dürfte vielmehr in dem erhöhten Beweisstandard liegen, den die Europäische Kommission aufgrund der Rechtsprechung der letzten Jahre erfüllen muss. In der Vergangenheit hatte die Rechtsprechung der Europäischen Kommission in mehreren Fällen vorgeworfen, Entscheidungen aufgrund lückenhafter Faktenlage und/oder ohne ausreichende ökonomische Fundierung getroffen zu haben.⁵⁵¹ In der Folge dieser Urteile war zu beobachten, dass Umfang und Qualität der Kommissionsentscheidungen deutlich zugenommen haben.⁵⁵² Voraussetzung dafür sind allerdings umfassende Informationen und Daten von den Zusammenschlussparteien und weiteren Marktteilnehmern, die mittels Anmeldung, Fragebögen, Umfragen und Markttests gesammelt werden. Offensichtlich ist in diesem Zusammenhang, dass Sammlung, Aufbereitung und Auswertung der zum Teil erheblichen Datenmengen einige Zeit in Anspruch nehmen. Zielsetzung der Europäischen Kommission ist es insoweit, Fehler bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen zu vermeiden, was auch im Interesse der Zusammenschlussparteien sowie der sonstigen Marktteilnehmer liegt.

775. Es ist davon auszugehen, dass sich die Europäische Kommission des Spannungsverhältnisses zwischen dem Erfordernis möglichst fundierter Entscheidungen einerseits und einer möglichst straffen Verfahrensführung andererseits bewusst ist. Sie sollte auch weiterhin dafür Sorge tragen, dass z. B. die Anforderung von Einzeldaten mit Augenmaß betrieben und das informelle Vorverfahren nicht unnötig in die Länge gezogen wird. Die betroffenen Unternehmen können ihrerseits zu einer Straffung des Verfahrens beitragen, indem sie frühzeitig sämtliche potenziell entscheidungserheblichen Angaben übermitteln. Darüber hinaus sollten die Zusammenschlussparteien in jedem konkreten Fall abwägen, ob sie eigene quantitative Analysen vorlegen. Naturgemäß überprüft die Europäische Kommission derartige Analysen mittels eigener Berechnungen, was regelmäßig die Anforderung großer Datenmengen sowie einen gewissen zeitlichen Aufwand nach sich zieht.

Der Hinweis darauf, dass der Eintritt in die Pränotifikationsphase freiwillig und keineswegs verpflichtend ist,

⁵⁴⁶ Vgl. ebenda, Rn. 19.

⁵⁴⁷ Vgl. ebenda, Rn. 7, 15.

⁵⁴⁸ Vgl. ebenda, Rn. 17, 18.

⁵⁴⁹ Vgl. ebenda, Rn. 16.

⁵⁵⁰ Vgl. ebenda, Rn. 10.

⁵⁵¹ EuG, Urteil vom 6. Juni 2002, Rs. T-342/99, Slg. 2002, II-2585 „Airtours/Kommission“; Urteile vom 22. Oktober 2002, Rs. T-310/01 und T-77/02, Slg. 2002, II-4071 und II-4201, „Schneider Electric/Kommission“; Urteile vom 25. Oktober 2002, Rs. T-5/02 und T-80/02, Slg. 2002, II-4381 und II-4519, „Tetra Laval/Kommission“.

⁵⁵² Vgl. z. B. die Entscheidung Ryanair/Aer Lingus, die einen Gesamtumfang von 500 Seiten hat. Die Europäische Kommission hat hier neben einer qualitativen Analyse mehrere quantitative Analysen und Umfragen vorgenommen; der entsprechende Anhang der Entscheidung beträgt alleine ca. 100 Seiten. Im Vergleich dazu hatte die erste Untersagungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 2. Oktober 1991 in dem Verfahren Aerospatiale/Alenia/De Havilland, IV/M053, einen Umfang von ca. 40 Seiten.

würde nach Auffassung der Monopolkommission allerdings zu kurz greifen. Bei Verzicht auf das informelle Vorverfahren würden sich die Parteien gegen die ausdrückliche Empfehlung der Europäischen Kommission wenden und hätten erhebliche Nachteile zu befürchten, z. B. die erhöhte Wahrscheinlichkeit der Aussetzung des Verfahrens infolge von Auskunftsverlangen oder die Einleitung der zweiten Verfahrensphase, die aus Sicht der Unternehmen gegebenenfalls als belastender als ein etwas längeres Vorverfahren empfunden wird. Zu begrüßen sind demgegenüber Überlegungen der Europäischen Kommission, das informelle Vorverfahren durch interne Maßnahmen weiter zu straffen. Positiv könnte sich z. B. eine Selbstverpflichtung der Dienststellen der Europäischen Kommission auswirken, auf Eingaben der Zusammenschlussparteien jeweils innerhalb weniger Tage zu reagieren.

5.3.2 Parallele Zusammenschlüsse

776. Während des Berichtszeitraums hatte die Europäische Kommission zwei Zusammenschlussvorhaben – Seagate/Samsung sowie Western Digital/Viviti Technologies – zu beurteilen, die dieselben relevanten Märkte betrafen. Bemerkenswert an den beiden Fällen ist der Umstand, dass sie im Abstand von nur einem Tag angemeldet worden sind. Das Vorhaben Seagate/Samsung wurde am 19. April 2011, die Transaktion Western Digital/Viviti Technologies am 20. April 2011 in Brüssel notifiziert. Die Europäische Kommission leitete in beiden Verfahren die zweite Verfahrensphase ein und gab den Zusammenschluss Seagate/Samsung ohne Nebenbestimmungen, den Fall Western Digital/Viviti Technologies unter Bedingungen und Auflagen frei.⁵⁵³ Die Europäische Kommission folgte bei der Beurteilung der beiden Zusammenschlussvorhaben dem Prinzip „first come, first serve“. Sie bewertete demzufolge die zuerst angemeldete Transaktion von Seagate/Samsung ohne Berücksichtigung des geplanten Zusammenschlusses von Western Digital/Viviti Technologies. Bei der Beurteilung des letztgenannten Vorhabens legte sie die Wettbewerbssituation zugrunde, wie sie sich nach dem Vollzug des Zusammenschlusses von Seagate/Samsung darstellen würde.

777. Beide Vorhaben betrafen die globalen Märkte für Festplatten (HDDs) und Festkörperlaufwerke (SSDs) sowie den EWR-weiten Markt für externe Festplatten (XHDDs). Die Europäische Kommission konzentrierte sich insbesondere auf den Markt für HDDs, den sie nach Verwendungszweck (z. B. für Desktops, Mobilcomputer, Server, Spielkonsolen) und nach physischer Laufwerkgröße weiter unterteilte. Auf den relevanten Märkten waren vor den geplanten Zusammenschlüssen maximal fünf Anbieter aktiv; neben den vier Zusammenschlussbeteiligten trat auf einigen Märkten Toshiba als weiterer Anbieter

auf. Die Europäische Kommission prüfte sowohl mögliche nicht koordinierte als auch koordinierte Effekte der angemeldeten Transaktionen.

778. In dem Verfahren Seagate/Samsung schloss die Europäische Kommission nach vertiefter Prüfung sowohl nicht koordinierte als auch koordinierte negative Wettbewerbswirkungen aus. Bei mindestens drei verbleibenden Anbietern hätten die Kunden weiterhin ausreichend Möglichkeiten, den Anbieter zu wechseln. Es sei ferner unwahrscheinlich, dass der Wegfall von Samsung eine Absprache zwischen den verbleibenden HDD-Anbietern nach sich ziehen würde. Schließlich ging die Europäische Kommission davon aus, dass das Vorhaben keine negativen vertikalen Auswirkungen haben würde, da den nicht integrierten Anbietern von externen Festplatten weiterhin eine ausreichende Anzahl an Bezugsquellen verbleiben würde. Das Zusammenschlussvorhaben von Western Digital und Viviti Technologies betrachtete die Europäische Kommission unter der Annahme, dass die Fusion von Seagate und Samsung bereits vollzogen sei. Sie ging daher davon aus, dass vor dem nun zu prüfenden Zusammenschluss auf den Märkten für HDDs noch zwei, maximal drei Anbieter tätig sind. Dies sei problematisch, weil die meisten Abnehmer auf diesen Märkten aus Gründen der Versorgungssicherheit HDDs aus verschiedenen Lieferquellen beziehen. Insoweit hielt die Europäische Kommission eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aufgrund des Zusammenschlusses für wahrscheinlich.

Um die wettbewerblichen Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen, boten Western Digital und Viviti Technologies unter anderem an, wesentliche Produktionsanlagen für bestimmte HDDs samt geistigen Eigentumsrechten zu veräußern. Zudem verpflichteten sie sich zur Lieferung von HDD-Komponenten an die zu veräußernde Unternehmenssparte. Die Europäische Kommission ging davon aus, dass aufgrund dieser Verpflichtungen weder auf dem HDD-Markt noch auf dem nachgelagerten Markt für externe Festplatten negative Wettbewerbswirkungen infolge des Zusammenschlusses eintreten. Eine Up-front-buyer-Zusage soll sicherstellen, dass der Zusammenschluss nur vollzogen wird, wenn zuvor eine bindende Vereinbarung über die Veräußerung der Unternehmensteile mit einem geeigneten, von der Europäischen Kommission gebilligten Käufer geschlossen wurde.

779. Die Europäische Kommission hat sich in den vorliegenden Fällen dafür entschieden, das Prioritätsprinzip – abhängig vom Tag der offiziellen Anmeldung – anzuwenden und die beiden Vorhaben unabhängig voneinander zu bewerten. Diese Entscheidung hat erhebliche Auswirkungen auf die wettbewerbsrechtliche Prüfung des jeweiligen Falles und deren Ergebnis. Während der vorrangig geprüfte Zusammenschluss ohne Nebenbestimmungen genehmigt wurde, gab die Europäische Kommission den später angemeldeten Fall nur unter einer Reihe von Abhilfemaßnahmen frei. Im Extremfall sind – bei Anwendung des Prioritätsprinzips – sogar Konstellationen vorstellbar, in denen das zuerst angemeldete Vorhaben bedingungslos freigegeben wird, während das zweite

⁵⁵³ EU-Kommission, Entscheidungen Seagate/Samsung vom 19. Oktober 2011, COMP/M.6214, und Western Digital/Viviti Technologies vom 23. November 2011, COMP/M.6203; vgl. Pressemitteilungen vom 19. Oktober 2011, IP/11/1213, und vom 23. November 2011, IP/11/1395. Die Entscheidung Western Digital/Viviti Technologies war zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht veröffentlicht.

Zusammenschlussverfahren mit einer Untersagung endet. Derartige Konstellationen dürften vor allem dann auftreten, wenn die Zusammenschlussvorhaben Märkte betreffen, die oligopolistisch geprägt sind.

780. Die Fusionskontrollverordnung enthält keine gesetzliche Vorgabe, wie in Fällen paralleler Zusammenschlüsse zu verfahren ist. Die Horizontal-Leitlinien bestimmen lediglich, dass die Europäische Kommission bei der Bewertung der wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses die Wettbewerbsbedingungen, die sich aus der angemeldeten Fusion ergeben, mit den Bedingungen vergleicht, wie sie ohne den Zusammenschluss herrschen würden.⁵⁵⁴ Weiter heißt es, dass in den meisten Fällen die zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses vorherrschenden Wettbewerbsbedingungen den Vergleichsmaßstab zur Bewertung des Zusammenschlusses bilden. Unter besonderen Umständen könne die Europäische Kommission jedoch zukünftige Änderungen im Markt berücksichtigen, die mit einiger Sicherheit zu erwarten sind. Bei der Erwägung, welcher Vergleichsmaßstab heranzuziehen ist, könne sie insbesondere den zu erwartenden Marktzugang oder -austritt von Unternehmen im Falle, dass der Zusammenschluss nicht erfolgt, berücksichtigen.

781. Mangels eindeutiger gesetzlicher Grundlage hat die Europäische Kommission prinzipiell zwei Möglichkeiten, mit parallelen Zusammenschlüssen umzugehen. Zum einen kann sie nach dem Prioritätsprinzip vorgehen, was die Bestimmung eines Ereignisses voraussetzt, welches die Priorität begründet. In den dargestellten Fällen hat die Europäische Kommission dieses Prinzip angewendet und die formelle Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens als maßgeblich erachtet.

782. Zum anderen kann die Wettbewerbsbehörde einen kombinierten Ansatz wählen und die betreffenden Fusionsvorhaben einer einheitlichen Prüfung unterziehen. In der letztgenannten Weise ist das Bundeskartellamt z. B. in den parallelen Verfahren Shell/DEA und BP/E.ON vorgegangen, in denen unter anderem der deutsche Tankstellenmarkt untersucht wurde.⁵⁵⁵ Die zuständige Beschlussabteilung hielt es in den beiden Verfahren „nicht für gerechtfertigt, die zusätzlichen Konzentrationstendenzen des relevanten Marktes, die durch die Anmeldung eines weiteren konkreten Zusammenschlussvorhabens [...] nachdrücklich bestätigt werden, aus ihrer Bewertung auszublenden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind bei der Prognoseentscheidung, die bei der Marktbeherrschungsprüfung nach § 36 Absatz 1 GWB anzustellen ist, weitere zu erwartende Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen zu berücksichtigen ...“.⁵⁵⁶ Das Bundeskartellamt stellte in beiden Fällen die Gefahr oligopolistischer Marktbeherrschung

fest und gab die Zusammenschlüsse nur unter Veräußerungsaufgaben frei. In diesem Zusammenhang führte die Beschlussabteilung aus, dass die erforderliche Dekonzentration des Tankstellenmarktes von den Beteiligten beider Zusammenschlüsse im Verhältnis ihrer Marktanteile zueinander zu erbringen sei.⁵⁵⁷

783. Die Europäische Kommission hat in der Vergangenheit von beiden dargestellten Optionen Gebrauch gemacht.⁵⁵⁸ Mit den jetzt vorliegenden Entscheidungen legt sie sich auf das Prioritätsprinzip fest. In der Entscheidung Seagate/Samsung erläutert die Europäische Kommission, dass eine Zusammenschlusspartei, die als Erste einen Zusammenschluss anzeige, der für sich allein beurteilt keine Wettbewerbsbedenken aufwerfe, das Recht auf eine Freistellung innerhalb der Fristen der Fusionskontrollverordnung habe. Die Europäische Kommission geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass ein zweiter, sich abzeichnender Zusammenschluss keine „zukünftige Änderung im Markt“ und keinen „Marktaustritt“ im Sinne der Horizontal-Leitlinien darstellt.⁵⁵⁹ Sie differenziert also zwischen dem Marktaustritt eines Unternehmens aufgrund eines Zusammenschlusses und dem Marktaustritt aus anderen Gründen. Eine solche Unterscheidung erscheint vertretbar, da Ersterer nicht ausschließlich vom Verhalten des betreffenden Unternehmens, sondern von einer entsprechenden Freigabeentscheidung seitens der Europäischen Kommission abhängig ist.

784. Für die Anwendung des Prioritätsprinzips seitens der Europäischen Kommission könnte sprechen, dass es in der Fusionskontrollverordnung keine gesetzliche Grundlage für die gemeinsame Betrachtung von unabhängigen Zusammenschlussvorhaben gibt. Nach Erwägungsgrund 20 FKVO sollten Erwerbsvorgänge, die eng miteinander verknüpft sind, weil sie durch eine Bedingung miteinander verbunden sind oder in Form einer Reihe von innerhalb eines gebührend kurzen Zeitraums getätigten Rechtsgeschäften mit Wertpapieren stattfinden, als ein einziger Zusammenschluss behandelt werden. In Artikel 5 Absatz 2 Unterabsatz 2 FKVO wird eine Regelung für mehrere Erwerbsvorgänge getroffen, die innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben Personen oder Unternehmen getätigt werden. Derartige Erwerbsvorgänge werden als ein einziger Zusammenschluss behandelt, der zum Zeitpunkt des letzten Erwerbsvorgangs stattfindet. Eine solche Konstellation liegt hier unzweifelhaft nicht vor. Für das Prioritätsprinzip in Verbindung mit der formellen Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens lässt sich weiter anführen, dass damit eine gewisse Vorhersehbarkeit für die Parteien verbunden ist. Nehmen diese die formelle Notifizierung ihres Vorhabens vor, dürfen sie davon ausgehen, dass Beurteilungsgrundlage für die fusionskontrollrechtliche Prüfung die Verhältnisse zu diesem Zeitpunkt sind, und zwar unabhängig von den möglichen Plä-

⁵⁵⁴ Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Horizontal-Leitlinien), ABl. EU Nr. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, Rn. 9.

⁵⁵⁵ BKartA, Beschlüsse vom 19. Dezember 2001, B8-120/01 und B8-130/01.

⁵⁵⁶ Vgl. BKartA, B8-120/01, S. 15 f., und B8-130/01, S. 15.

⁵⁵⁷ Vgl. BKartA, B8-120/01, S. 26, und B8-130/01, S. 26.

⁵⁵⁸ Vgl. die Aufzählung in Drauz, G./Mavroghenis, S./Ashall, S., Recent Developments in EU Merger Control, *Journal of European Competition Law & Practice* 3(1), 2012, S. 52-75, 73.

⁵⁵⁹ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Oktober 2011, COMP/M.6203, Rn. 14.

nen anderer Marktteilnehmer. Sie werden damit genauso behandelt wie bei einem Konzentrationsprozess im Zeitablauf, d. h. in dem Fall, in dem die Europäische Kommission erst in der Schlussphase oder (kurz) nach Abschluss eines ersten Fusionskontrollverfahrens von einem zweiten Vorhaben auf demselben relevanten Markt Kenntnis erhält.

Eine kombinierte Betrachtung kann sich zudem als problematisch erweisen, wenn keine „teilbaren“ Abhilfemaßnahmen verfügbar sind. In den erwähnten Tankstellenfällen, die das Bundeskartellamt zu entscheiden hatte, konnte wegen der Vielzahl kleiner Betriebsstätten in beiden Verfahren den jeweiligen Parteien die Veräußerung von mehreren Tankstellen auferlegt werden. Betreffen die parallelen Zusammenschlüsse jedoch Märkte, die z. B. durch große Produktionsanlagen gekennzeichnet sind, kommt eine „Teilung“ der Abhilfemaßnahmen im Verhältnis der Marktanteile möglicherweise nicht in Betracht. Können etwa die bestehenden Wettbewerbsbedenken in beiden Fällen durch die Veräußerung einer einzigen dieser großen Produktionsanlagen ausgeräumt werden, ergibt sich die Frage, welche der Zusammenschlussparteien zur Veräußerung verpflichtet werden kann. Eine Veräußerung mehrerer derartiger Produktionsanlagen könnte die Europäische Kommission wegen des Verhältnismäßigkeitsprinzips jedenfalls nicht verlangen.

785. Den Vorteilen des Prioritätsprinzips steht indes – gerade im europäischen Fusionskontrollrecht – die Gefahr einer gewissen Willkürlichkeit gegenüber. Zwar sind die Zusammenschlussparteien insofern Herren über das Fusionskontrollverfahren, als letztlich sie die Entscheidung über den Zeitpunkt der formellen Anmeldung treffen. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass der formellen Notifizierung in der Praxis regelmäßig ein – oft mehrere Monate dauerndes – informelles Verfahren bei der Europäischen Kommission vorausgeht. Üblicherweise warten die Fusionsbeteiligten mit der formellen Notifizierung, bis die Wettbewerbsbehörde „grünes Licht“ gibt. Im vorliegenden Fall ist zu bemerken, dass die Unternehmen Western Digital und Viviti Technologies sogar vor Seagate und Samsung in das informelle Verfahren eingetreten sind. Nach den Erläuterungen der Europäischen Kommission wurden die Vorkontakte mit der Kommission im Fall Seagate/Samsung am 14. März 2011, im Verfahren Western Digital/Viviti Technologies aber bereits am 10. März eingeleitet.⁵⁶⁰ Es ist deshalb nicht auszuschließen, dass von Western Digital und Viviti Technologies übermittelte Informationen dazu führten, dass das informelle Vorverfahren im Fall Seagate/Samsung etwas zügiger abgeschlossen werden konnte. Für eine Mitberücksichtigung des zweiten Zusammenschlussvorhabens spricht ferner, dass auch andere absehbare Änderungen der Unternehmens- oder Markteigenschaften in die Prog-

noseentscheidung der Europäischen Kommission Eingang finden.

786. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, die Entscheidung über die Anwendung des Prioritätsprinzips oder des kombinierten Ansatzes von den Umständen des Einzelfalls abhängig zu machen. In vielen Fällen wird die Wahl des einen oder anderen Ansatzes ohnehin keine Auswirkungen auf das Ergebnis der fusionskontrollrechtlichen Prüfung haben. Derartige Auswirkungen dürften vielmehr vor allem bei oligopolistischen Marktstrukturen auftreten, wo zwar für einen (ersten) Zusammenschluss noch Freigabemöglichkeiten existieren, für einen weiteren Zusammenschluss jedoch kein Spielraum mehr besteht. In einer solchen Konstellation sollte auf die Umstände des jeweiligen Falles abgestellt werden, z. B. auf den Zeitpunkt des Eintritts in das formelle Verfahren, den zeitlichen Abstand zwischen den formellen Anmeldungen sowie auf die Möglichkeit, „geteilte“ Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen.

787. Am 8. August 2011 haben Western Digital und Western Digital Ireland Klage beim Gericht der Europäischen Union erhoben.⁵⁶¹ Sie beantragen unter anderem, die in dem Beschluss der Europäischen Kommission vom 30. Mai 2011 enthaltende Vorrangentscheidung, nach Artikel 6 Absatz 1 lit. c FKVO eine zweite Prüfungsphase im Hinblick auf den geplanten Zusammenschluss zu eröffnen, für nichtig zu erklären. Die Klägerinnen stützen sich auf vier Klagegründe: Erstens sei die Beklagte nicht befugt, eine auf den Zeitpunkt der Anmeldung eines Zusammenschlusses gestützte Vorrangregelung zu übernehmen. Zweitens habe die Beklagte einen Rechtsirrtum begangen und die allgemeinen Grundsätze der Billigkeit und der ordnungsgemäßen Verwaltung verletzt, da die von der Beklagten gewählte Vorrangregelung keine Rechtfertigung im Unionsrecht finde, sich nicht aus der gefestigten Rechtsprechung ergebe und nicht Teil der Fusionskontrollverordnung sei. Die von der Europäischen Kommission gewählte Vorrangregelung verletze allgemeine Rechtsgrundsätze und führe zu nicht tragfähigen politischen Ergebnissen. Drittens habe die Europäische Kommission das Vertrauen der Klägerinnen verletzt, dass der geplante Zusammenschluss anhand der Marktstruktur untersucht werden würde, wie sie zum Zeitpunkt der Unterzeichnung, Ankündigung und Voranmeldung bei der Europäischen Kommission bestanden habe. Viertens habe die Europäische Kommission wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt, indem sie den Klägerinnen nicht offengelegt habe, dass es einen parallelen Zusammenschluss gebe, der dieselben relevanten Märkte betreffe.

788. Es ist zweifelhaft, ob das Gericht der Europäischen Union in der Sache entscheiden und somit weiteren Aufschluss über die Behandlung von parallelen Zusammenschlüssen geben wird, da sich die Klage gegen eine Entscheidung nach Artikel 6 Absatz 1 lit. c FKVO richtet. In dem Verfahren Schneider Electric/Europäische Kommission hatte das Gericht eine Klage gegen eine solche

⁵⁶⁰ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Oktober 2011, COMP/M.6203, Rn. 10 f. Darauf weisen auch die von der Europäischen Kommission vergebenen Fall-Nummern hin; Western Digital/Viviti Technologies hat die Fall-Nummer COMP/M.6203, Seagate/Samsung die Fall-Nummer COMP/M.6214.

⁵⁶¹ Rs. T-452/11, ABl. EU Nr. C 305 vom 15. Oktober 2011, S. 6.

Entscheidung, mit der die zweite Verfahrensphase eingeleitet wird, für unzulässig erklärt.⁵⁶² Der Europäische Gerichtshof bestätigte diesen Beschluss.⁵⁶³ Fraglich sind darüber hinaus die Erfolgsaussichten der Klage in materieller Hinsicht. Es ist daran zu erinnern, dass trotz Anwendung des Prioritätsprinzips auch im Fall Seagate/Samsung das Hauptprüfverfahren eröffnet worden ist. Als problematisch würde es sich ferner erweisen, wenn die Rechtsprechung das Prioritätsprinzip im vorliegenden Fall verwerfen und sich für eine kombinierte Beurteilung der beiden Zusammenschlussvorhaben aussprechen würde. Denn die Kommissionsentscheidung in der Sache Seagate/Samsung ist inzwischen bestandskräftig und dürfte jedenfalls bis zur abschließenden Entscheidung des Gerichts auch vollzogen sein.

5.3.3 Kooperation der Wettbewerbsbehörden

5.3.3.1 Kooperation der nationalen Wettbewerbsbehörden der Europäischen Union

789. Im November 2011 haben sich die nationalen Wettbewerbsbehörden der Europäischen Union sowie die Europäische Kommission auf bewährte Verfahrensweisen für den Umgang mit grenzüberschreitenden Zusammenschlüssen, die nicht auf EU-Ebene geprüft werden („Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review“ – im Folgenden „Best Practices“), verständigt.⁵⁶⁴ Diese haben zum Ziel, die Zusammenarbeit sowie die Weitergabe von Informationen zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden der Europäischen Union in Fällen zu fördern, die nicht von der Europäischen Kommission auf EU-Ebene geprüft werden, sondern von mehreren nationalen Wettbewerbsbehörden zu untersuchen sind.

790. Bereits im Juni 2002 wurde von den European Competition Authorities⁵⁶⁵ ein Verfahrensleitfaden zur gegenseitigen Unterrichtung über mehrfach notifizierte Zusammenschlussvorhaben erstellt.⁵⁶⁶ Dieser sieht vor, dass die nationale Wettbewerbsbehörde die anderen nationalen Wettbewerbsbehörden über eine Anmeldung informiert. Hierbei werden lediglich grundlegende Informationen weitergegeben, wie beispielsweise der Name der Zusammenschlussparteien, der betroffene Wirtschaftssektor, das Datum der Notifikation sowie Name und Kontaktdetails des verantwortlichen Beamten.

⁵⁶² EuG, Beschluss vom 31. Januar 2006, Rs. T-48/03 „Schneider Electric/Kommission“, Slg. 2006, II-00111.

⁵⁶³ EuGH, Beschluss vom 9. März 2007, Rs. C 188/06 P „Schneider Electric/Kommission“, Slg. 2007, I-00035.

⁵⁶⁴ Der Leitfaden zu den bewährten Verfahrensweisen kann unter http://ec.europa.eu/competition/ecn/nca_best_practices_merger_review_en.pdf abgerufen werden.

⁵⁶⁵ Im Forum „European Competition Authorities“ haben sich die Wettbewerbsbehörden der Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums, die Europäische Kommission sowie die EFTA-Aufsichtsbehörde zusammengeschlossen.

⁵⁶⁶ The Exchange of Information between Members on Multijurisdictional Mergers, http://ec.europa.eu/com-petition/ecn/eca_information_exchange_procedures_en.pdf

791. Die Best Practices haben zum Ziel, eine Kooperation über diesen grundlegenden Informationsaustausch hinaus festzuschreiben. Durch eine engere Kooperation soll das Prüfungsverfahren vereinfacht und beschleunigt werden. Insbesondere soll durch eine bessere und engere Kooperation erreicht werden, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden konsistente und/oder nicht kollidierende Entscheidungen treffen. Dies sei beispielsweise im Hinblick auf die zu treffenden Abhilfemaßnahmen wichtig, da eine von einer nationalen Behörde getroffene Abhilfemaßnahme auch Auswirkungen in den anderen vom Zusammenschluss betroffenen Ländern haben könnte.⁵⁶⁷

792. Die Best Practices sehen vor, dass die vom Zusammenschluss betroffenen nationalen Wettbewerbsbehörden, d. h. diejenigen Behörden, die denselben Zusammenschluss prüfen, enger zusammenarbeiten. Es werden bestimmte Fälle genannt, in denen Zusammenschlüsse ähnliche oder vergleichbare Fragen aufwerfen, in denen eine engere Zusammenarbeit nötig oder angemessen sein könnte. Als eine solche Situation wird beispielsweise der Fall aufgeführt, dass eine Abhilfemaßnahme die wettbewerbsrechtlichen Bedenken in mehreren Mitgliedstaaten ausräumen soll.⁵⁶⁸

793. Adressat der Best Practices sind jedoch nicht nur die nationalen Wettbewerbsbehörden, sondern auch die Zusammenschlussparteien. So erläutern die Best Practices, dass die effektive Kooperation zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden die Hilfe der Parteien erfordert.⁵⁶⁹ Die Rolle der Parteien wird als entscheidend für eine vertiefte Zusammenarbeit zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden angesehen. So stellen die Best Practices heraus, dass es für eine umfassende und fachlich tief gehende Kooperation zwischen den Wettbewerbsbehörden nötig ist, dass die den Zusammenschluss prüfenden Wettbewerbsbehörden vertrauliche Informationen diskutieren können. Darum werden die Zusammenschlussparteien ermutigt, auf die Einhaltung der Vertraulichkeit gegenüber den anderen Wettbewerbsbehörden, die ebenfalls den Zusammenschluss prüfen, zu verzichten. Ohne eine solche Verzichtserklärung der Parteien können die nationalen Wettbewerbsbehörden keine tief gehenden Diskussionen führen, da sie einander nur nicht vertrauliche Informationen mitteilen dürfen.

794. Die Monopolkommission bewertet die Best Practices grundsätzlich positiv. Die dort vorgesehene Regelung, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden nur dann geheimhaltungsbedürftige Informationen über die Zusammenschlussparteien austauschen dürfen, wenn diese ihr Einverständnis erklärt haben und auf die Geheimhaltung dieser Information verzichtet haben, ist eine notwendige Einschränkung, da in der Anmeldung eines Zusammenschlusses sowie in den Akten der jeweiligen nationalen Wettbewerbsbehörde geheimhaltungsbedürftige Unternehmensinformationen und Geschäftsgeheim-

⁵⁶⁷ Vgl. Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review, Rn. 2.2 und Rn. 2.3

⁵⁶⁸ Vgl. ebenda, Rn. 3.2.

⁵⁶⁹ Vgl. ebenda, Rn. 5.1.

nisse enthalten sind. Zu kritisieren ist allerdings, dass die Best Practices lediglich eine Absichtserklärung der nationalen Wettbewerbsbehörden darstellen.⁵⁷⁰ Den nationalen Wettbewerbsbehörden hätte in diesem Dokument kein Ermessen im Hinblick auf die Anwendung der Best Practices eingeräumt werden sollen. Die Best Practices hätten vielmehr als ein verpflichtendes Dokument ohne Ermessensspielraum bezüglich der Frage der Anwendbarkeit entworfen werden sollen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass es in manchen Mitgliedstaaten der Europäischen Union noch große Unternehmen gibt, die bestimmte Sonderrechte (unter Umständen auch Monopolrechte) genießen. Es ist daher zu befürchten, dass es nationale Wettbewerbsbehörden gibt, die im Falle eines Zusammenschlusses eines sog. Nationalen Champions ihres Landes mit einem anderen Unternehmen nicht mit den anderen Wettbewerbsbehörden kooperieren möchten, um diesen Nationalen Champion zu schützen. Die optimale Lösung hätte selbstverständlich die Niederlegung dieser Grundsätze in einem legislativen Akt dargestellt; die Monopolkommission sieht allerdings, dass diese Lösung politisch wohl zu schwierig durchzusetzen war. Im Ergebnis sind die Best Practices jedoch als eine zu begrüßende Vertiefung der bisherigen Kooperation zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden zu bewerten.

5.3.3.2 Kooperation mit den US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden

795. Die Wettbewerbsdirektion der Europäischen Kommission, die US-amerikanische Federal Trade Commission sowie die US-amerikanische Antitrust Division of the Department of Justice haben sich im Oktober 2011 auf neue Best Practices zur Kooperation in Zusammenschlussverfahren verständigt („Best Practices on Cooperation in Merger Investigation der US-EU Merger Working Group“ – im Folgenden Best Practices 2011).⁵⁷¹ Dieselben Behörden hatten bereits 2002 bewährte Verfahrensweisen veröffentlicht,⁵⁷² welche sie in den jetzigen Best Practices überarbeitet haben. Die Best Practices behandeln Verfahrensweisen zur Zusammenarbeit in Fällen, in denen eine US-Behörde und die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission denselben Zusammenschluss prüfen. Insbesondere ist dargelegt, wie diese Zusammenarbeit ausgestaltet werden soll, beispielsweise ist erläutert, in welchen Verfahrensschritten die Behörden eine Konsultation der anderen Behörde für nutzbringend halten und wer in diesen Konsultationen

teilnimmt. Die Best Practices 2011 enthalten im Vergleich zu den Best Practices 2002 eine ausführlichere Beurteilung der Frage, welche Rolle die Parteien spielen können, um die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden zu vereinfachen, sowie eine detailliertere Behandlung der Abhilfemaßnahmen und deren Ausgestaltung.

796. Die Monopolkommission beurteilt die engere Zusammenarbeit zwischen internationalen Wettbewerbsbehörden positiv. Eine engere Zusammenarbeit kann – durch sachliche Diskussionen des Zusammenschlusses – die Effizienz der Zusammenschlussprüfung für die Wettbewerbsbehörden erhöhen sowie durch die zeitliche Abstimmung der Entscheidungen die Last, die durch die Ungewissheit über den Ausgang des Verfahrens auf den Zusammenschlussparteien liegt, verringern.

5.4 Erweiterung des Zusammenschlussstatbestands in der Fusionskontrollverordnung?

797. Während des Berichtszeitraums wurde – erneut – die Diskussion über eine mögliche Erweiterung des Anwendungsbereichs der europäischen Fusionskontrolle angestoßen. Infrage steht, ob der Zusammenschlussbegriff des Artikel 3 FKVO auf Minderheitsbeteiligungen ausgedehnt werden soll, mit denen kein Kontrollerwerb verbunden ist.

798. Den aktuellen Anlass für diese Diskussion bildet das Zusammenschlussvorhaben Ryanair/Aer Lingus, das die Europäische Kommission am 27. Juni 2007 untersagte.⁵⁷³ Gegenstand des Vorhabens war der mehrstufige Erwerb des gesamten Kapitals von Aer Lingus durch Ryanair. Ryanair hielt zunächst ca. 19 Prozent, zum Zeitpunkt der Untersagung etwa 25 Prozent der Anteile an Aer Lingus und erhöhte seine Beteiligung nach Erlass der Verbotsentscheidung durch die Europäische Kommission nochmals auf nun ungefähr 29 Prozent. Aer Lingus ersuchte die Europäische Kommission mehrmals um Einleitung eines Entflechtungsverfahrens, was diese mit Entscheidung vom 11. Oktober 2007 ablehnte.⁵⁷⁴ Die Europäische Kommission hielt sich für unzuständig, da die Minderheitsbeteiligung in Höhe von ca. 29 Prozent nicht mit einem Kontrollerwerb einhergehe und somit keinen Zusammenschluss im Sinne des Artikel 3 FKVO darstelle. Auf die Klage von Aer Lingus bestätigte das Gericht der Europäischen Union diese Auffassung, stellte aber ausdrücklich fest, dass es den Mitgliedstaaten freistehe, die Beteiligung von Ryanair nach ihren jeweiligen nationalen Fusionskontrollregeln zu prüfen.⁵⁷⁵ Im weiteren Verlauf hat die britische Wettbewerbsbehörde Office of Fair Trading (OFT) die Minderheitsbeteiligung von Ryanair an Aer Lingus zum Anlass einer Verfahrensein-

⁵⁷⁰ Vgl. ebenda, Rn. 1.2: „This document [...] sets out the Best Practices which the NCAs, to the extent consistent with their respective laws and enforcement priorities, aim to follow when they review the same merger transaction.“ sowie Rn. 1.3: „This document is intended to provide a non-binding reference for cooperation between NCAs. NCAs reserve their full discretion in the implementation of these Best Practices and nothing in this document is intended to create new rights or obligations which may fetter that discretion.“

⁵⁷¹ Best practices on cooperation in merger investigations, http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best_practices_2011_en.pdf

⁵⁷² Best practices on cooperation in merger investigations, http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best_practices_2002_en.pdf

⁵⁷³ EU-Kommission, Entscheidung vom 27. Juni 2007, COMP/M.4439; vgl. hierzu und zur Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union Tz. 986 ff.

⁵⁷⁴ EU-Kommission, Entscheidung vom 11. Oktober 2007, C(2007) 4600.

⁵⁷⁵ EuG, Urteil vom 6. Juli 2010, Rs. T-411/07.

leitung gemacht.⁵⁷⁶ Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

799. Im März 2011 griff Wettbewerbskommissar Almunia in einem Vortrag das Thema Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb auf und sprach davon, dass wahrscheinlich eine Anwendungslücke im europäischen Fusionskontrollrecht vorliege. Es sei nun die Frage zu klären, ob das Thema bedeutend genug sei, um Maßnahmen zu treffen, mit der die „Lücke“ geschlossen werde.⁵⁷⁷ Im Juli und im Oktober 2011 hat die Europäische Kommission die Beschaffung von Daten für die Beurteilung der Bedeutung von Minderheitsbeteiligungen in der Europäischen Union ausgeschrieben.⁵⁷⁸ Die durch die Ausschreibungen gewonnenen Daten sollen es ihr ermöglichen, sich ein Bild über die derzeit bestehenden Minderheitsbeteiligungen sowie über die diesbezüglichen Transaktionen innerhalb der letzten fünf bzw. zehn Jahre zu verschaffen. Erfasst werden sollen alle direkten und indirekten Minderheitsbeteiligungen unter 50 Prozent, die nicht mit einem Kontrollerwerb im Sinne der Fusionskontrollverordnung einhergehen. Die im Juli 2011 ausgeschriebene Studie soll der Generaldirektion Wettbewerb unter anderem Hinweise dafür liefern, in welchem Umfang Minderheitsbeteiligungen zwischen Unternehmen in demselben Wirtschaftssektor bestehen, und zwar auf horizontaler und vertikaler Ebene. Rein finanzielle Investments seien von geringerem Interesse. Daneben will die Europäische Kommission Informationen darüber erhalten, welche Transaktionen eine „gemeinschaftsweite“ Bedeutung in Bezug auf die Größe der beteiligten Unternehmen und eventuelle grenzüberschreitende Auswirkungen hatten. Die im Oktober 2011 ausgeschriebene Studie soll die Europäische Kommission – soweit möglich – in die Lage versetzen, die potenziellen Einflussmöglichkeiten des jeweiligen Minderheitsgesellschafters im Zielunternehmen einzuschätzen. Entsprechende Informationen könnten sich insbesondere auf den Streuungsgrad der übrigen Anteilsrechte oder auf die Befugnisse zur Besetzung von Leitungsgremien oder Managementposten beziehen.

800. Die Europäische Kommission hatte bereits im Jahr 2001 Überlegungen angestellt, ihre Zuständigkeit auf Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb auszudehnen.⁵⁷⁹ Sie verwarf damals entsprechende Pläne in der Annahme, dass es nur bei wenigen derartiger Trans-

aktionen zu Wettbewerbsproblemen kommen würde, die sich nicht mittels Kartellaufsicht oder Missbrauchskontrolle lösen ließen. Außerdem äußerte die Europäische Kommission Zweifel, ob eine geeignete Definition gefunden werden könne, um die problematischen Fälle aus der Vielzahl von Minderheitsbeteiligungen herauszufiltern.

In jüngerer Zeit haben sich auch andere Wettbewerbsbehörden und Institutionen mit den wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen von Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb befasst. Beispielhaft genannt sei die Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), die Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit Minderheitsbeteiligungen im Februar 2008 diskutierte.⁵⁸⁰ Außerdem gab die britische Wettbewerbsbehörde ein Gutachten zu den Wettbewerbswirkungen von Minderheitsbeteiligungen an Wettbewerbern in Auftrag, das im Jahr 2010 veröffentlicht wurde.⁵⁸¹

801. Unter dem Begriff der Minderheitsbeteiligung ist jede Beteiligung an einem anderen Unternehmen zu verstehen, die weniger als 50 Prozent der Stimm- oder Anteilsrechte dieses Zielunternehmens umfasst. Minderheitsbeteiligungen können einseitig oder gegenseitig und direkt oder indirekt gehalten werden. Zum Teil gehen sie mit dem Erwerb der alleinigen oder gemeinsamen Kontrolle an dem Zielunternehmen einher, zum Teil stellen sie rein passive Investments dar.

802. Ob Minderheitsbeteiligungen vom Zusammenschlussbegriff in Artikel 3 FKVO erfasst werden, hängt davon ab, ob mit ihrem Erwerb eine dauerhafte Veränderung der Kontrolle am Zielunternehmen verbunden ist. Die alleinige oder gemeinsame Kontrolle im Sinne der Fusionskontrollverordnung wird gemäß Artikel 3 Absatz 2 FKVO durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben. Eine Minderheitsbeteiligung kann die alleinige Kontrolle über das Zielunternehmen begründen, wenn diese Beteiligung mit besonderen Rechten, z. B. der Befugnis, mehr als die Hälfte der Aufsichtsrats- oder Vorstandsmitglieder zu ernennen, verbunden ist.⁵⁸² Die alleinige Kontrolle kann auch ein Minderheitsgesellschaftler haben, der aufgrund der besonderen Organisationsstruktur – z. B. als Komplementär – berechtigt ist, die Geschäfte des Unternehmens zu leiten. Ein Minderheitsgesellschaftler kann darüber hinaus faktisch ein Unternehmen allein kontrollieren, etwa wenn es angesichts des Umfangs seiner Beteiligung und unter Berücksichtigung der Anzahl der Gesellschafter, die

⁵⁷⁶ Im Oktober 2010 hat das Office of Fair Trading wegen der Beteiligung von Ryanair in Höhe von 29,82 Prozent an Aer Lingus ein Zusammenchlussverfahren eingeleitet; vgl. OFT, Press Release 112/10, 29. Oktober 2010, <http://www.oft.gov.uk/news-and-updates/press/2010/112-10>

⁵⁷⁷ Almunia, J., EU merger control has come of age, speech at conference „Merger Regulation in the EU after 20 years“, Commission/IBA, Büssel, 10. März 2011, S. 6, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/166&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

⁵⁷⁸ EU-Kommission, COMP/2011/016 – Study on the importance of minority shareholdings in the EU und COMP/2011/029 – Provision of data on the importance of minority shareholdings in the EU, http://ec.europa.eu/competition/calls/tenders_closed.html

⁵⁷⁹ EU-Kommission, Grünbuch über die Revision der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 11. Dezember 2001, KOM(2001) 745, 11. Dezember 2001, Rn. 109.

⁵⁸⁰ OECD, Policy Roundtables, Minority Shareholdings 2008, DAF/COMP(2008)30, 23. Juni 2009, <http://www.oecd.org/dataoecd/40/38/41774055.pdf>

⁵⁸¹ OFT, Minority interests in competitors, A research report prepared by DotEcon Ltd, March 2010, OFT 1218, http://www.oft.gov.uk/shared_of/economic_research/oft1218.pdf

⁵⁸² Vgl. Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. C 43 vom 21. Februar 2009, S. 10, Rn. 56 ff.

in früheren Jahren an Hauptversammlungen teilgenommen haben, sehr wahrscheinlich ist, dass er in den kommenden Hauptversammlungen eine Mehrheit bekommen wird. In dieser Konstellation ist für die Bewertung insbesondere ausschlaggebend, ob die verbleibenden Anteile weit gestreut sind und ob andere Gesellschafter ein strategisches oder rein finanzielles Interesse an dem Zielunternehmen haben.

Die gemeinsame Kontrolle über ein anderes Unternehmen können zwei Minderheitsgesellschafter z. B. dann haben, wenn sie über die Mehrheit der Stimmrechte verfügen und bei deren Ausübung gemeinsam handeln. Zusammen mit einem Mehrheitsgesellschafter kann gemeinsame Kontrolle ausgeübt werden, wenn Ersterer in starkem Maße von dem Minderheitsgesellschafter abhängig ist, etwa aufgrund von dessen Know-how oder finanzieller Ressourcen. Auch Vetorechte bezüglich strategischer Entscheidungen, die das Budget, den Geschäftsplan, größere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung betreffen, können einem Minderheitsgesellschafter Kontrolle vermitteln.⁵⁸³

803. Sofern mit einer Minderheitsbeteiligung kein dauerhafter Kontrollerwerb verbunden ist (sog. passives Investment), kann die Europäische Kommission den Erwerb dieser Beteiligung nicht als Zusammenschluss aufgreifen und der fusionskontrollrechtlichen Prüfung unterziehen. Im Rahmen der Beurteilung von Zusammenschlüssen im Sinne der Fusionskontrollverordnung können indes bestehende Minderheitsbeteiligungen der Zusammenschlussparteien in verschiedener Hinsicht berücksichtigt werden. Zum einen können Minderheitsbeteiligungen, die eine der Zusammenschlussparteien an einem weiteren Wettbewerber oder – im Vertikalverhältnis – an einem Lieferanten oder Abnehmer hält, die wettbewerbliche Einschätzung des geplanten Zusammenschlusses beeinflussen. Zum anderen kann die Europäische Kommission bei Wettbewerbsbedenken gegen einen Zusammenschluss die Veräußerung derartiger Minderheitsbeteiligungen zur Bedingung einer Freigabeentscheidung machen. Die Veräußerung von Minderheitsbeteiligungen kann prinzipiell auch in Fällen aufgegeben werden, in denen ein bereits vollzogener Zusammenschluss entflochten werden muss.

804. Einen Sonderfall bildet eine Minderheitsbeteiligung ohne Kontrollerwerb im Rahmen eines mehrstufigen Zusammenschlusses. Eine solche Konstellation lag im Fall Ryanair/Aer Lingus vor. Sobald ersichtlich ist, dass über die Minderheitsbeteiligung hinaus ein Kontrollerwerb angestrebt wird, kann die Europäische Kommission die bestehende Minderheitsbeteiligung als Teil eines einheitlichen Zusammenschlusses mit der Folge beurteilen, dass z. B. das Vollzugsverbot des Artikel 7 FKVO anwendbar ist. Wird der Zusammenhang zwischen den einzelnen Zusammenschlusschritten wieder aufgehoben – etwa durch eine Untersagungsverfügung der Europäischen Kommission oder die freiwillige Aufgabe des Fu-

sionsvorhabens –, unterliegt die bestehende Minderheitsbeteiligung nicht mehr der Fusionskontrollverordnung. Eine Entflechtung der Beteiligung gemäß Artikel 8 FKVO ist demgemäß nicht möglich.

805. Die Wettbewerbstheorie zeigt, dass Minderheitsbeteiligungen zwischen Konkurrenten und im Vertikalverhältnis das Potenzial für negative Wettbewerbswirkungen haben, weil der Minderheitsgesellschafter seine geschäftlichen Entscheidungen nicht mehr völlig unabhängig trifft, sondern die Wirkungen seines Verhaltens auf das Zielunternehmen berücksichtigt.⁵⁸⁴ Daraus können sowohl nicht koordinierte als auch koordinierte Effekte resultieren.⁵⁸⁵ Wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkungen sind vor allem in oligopolistischen Märkten mit wesentlichen Marktzugangsbarrieren zu befürchten.

806. Nicht koordinierte Effekte können auftreten, sofern die Minderheitsbeteiligung die Anreize der beteiligten Unternehmen zu wettbewerblichem Verhalten beeinflusst. So wird ein Minderheitsgesellschafter regelmäßig berücksichtigen, dass finanzielle Verluste des Zielunternehmens dazu führen, dass seine Beteiligung an Wert verliert. Daher können die Anreize des Minderheitsgesellschafters, dem Zielunternehmen aggressiven Wettbewerb zu machen, abnehmen. Der Minderheitsgesellschafter kann außerdem Anreize haben, seine Produktionsmenge zu reduzieren und die Preise zu erhöhen, weil er seine diesbezüglichen Verluste oder Teile davon über sein Investment am Zielunternehmen zurückerhält.

807. Minderheitsbeteiligungen können unter bestimmten Umständen auch ausdrückliche oder stillschweigende Kollusion erleichtern. Eine solche Möglichkeit besteht, wenn der Minderheitsgesellschafter durch seine Beteiligung Zugang zu nicht öffentlichen Informationen des Zielunternehmens, z. B. über Preise, Kosten und künftige Strategien, erhält. Ein derartiger Zugang trägt zu einer Erhöhung der Transparenz bei, was einerseits ein gemeinsames Vorgehen und andererseits die Aufdeckung eines abweichenden Verhaltens erleichtern kann. Zudem können die Anreize des Zielunternehmens, von dem kollusiven Verhalten abzuweichen, vermindert werden, weil es seine Gewinne mit dem Minderheitsgesellschafter teilen muss. Darüber hinaus haben Investments in Konkurrenzunternehmen gegenüber den übrigen Marktteilnehmern möglicherweise eine Art Signalwirkung; sie lassen sich dahin

⁵⁸³ Vgl. ebenda, Rn. 65 ff.

⁵⁸⁴ Vgl. z. B. Reynolds, R. J./Snapp, B. R., The Competitive Effects of Partial Equity Interests and Joint Ventures, *International Journal of Industrial Organization* 4(2), 1986, S. 141–153; Farrell, J./Shapiro, C., Asset Ownership and Market Structure in Oligopoly, *Rand Journal of Economics* 21(2), 1990, S. 275–292; O'Brien, D. P./Salop, S. C., Competition Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control, *Antitrust Law Journal* 67, 2000, S. 559–610; Charlety-Lepers, P./Fagart, M.-C./Souam, S., Incentives for Partial Acquisitions and Real Market Concentration, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 165(3), 2009, S. 508–534; Karle, H./Klein, T. J./Stahl, Konrad O., Ownership and Control in a Competitive Industry, ZEW Discussion Paper No. 11-071, Mannheim 2011.

⁵⁸⁵ Vgl. neben Reynolds, R. J./Snapp, B. R., a. a. O., auch Malueg, D., Collusive Behavior and Partial Ownerships of Rivals, *International Journal of Industrial Organization* 10(1), 1992, S. 27–34, und Gilo, D./Moshe, Y./Spiegel, Y., Partial Cross Ownership and Tacit Collusion, *Rand Journal of Economics*, 37(1), 2006, S. 81–99.

gehend interpretieren, dass der Minderheitsgesellschafter beabsichtigt, seine Wettbewerbsanstrengungen in Zukunft zu reduzieren.

808. Unbestritten ist allerdings ebenfalls, dass nicht aus jeder Minderheitsbeteiligung Wettbewerbsbeeinträchtigungen folgen. Der Umfang und die Wahrscheinlichkeit von negativen Wettbewerbswirkungen hängen vielmehr entscheidend von einer ganzen Reihe von Faktoren ab. Solche Faktoren können struktureller Natur sein und betreffen etwa den Konzentrationsgrad auf dem relevanten Markt, die Marktanteile der jeweiligen Unternehmen sowie das Vorliegen von Marktzugangshindernissen. Relevant ist ferner, wie homogen oder heterogen die relevanten Produkte sind, inwiefern Substituierbarkeit zwischen den Produkten des Minderheitsgesellschafters und des Zielunternehmens und welche „diversion ratio“⁵⁸⁶ zwischen ihnen besteht. Von Bedeutung ist darüber hinaus die Höhe der jeweiligen Minderheitsbeteiligung, ob die Beteiligung einseitig oder gegenseitig ist, ob ein besonders aggressiver Wettbewerber (sog. „maverick“) eine solche Beteiligung hält und wie viele Unternehmen auf dem relevanten Markt tätig sind, zwischen denen strukturelle Beziehungen existieren. Schließlich spielen die Verfügbarkeit von Informationen über das Zielunternehmen, welche die Entscheidungen des Minderheitsgesellschafters beeinflussen können, und die Möglichkeit des Minderheitsgesellschafters, die mit der Beteiligung verbundenen Vorteile zu nutzen, sowie das Maß des Einflusses über die Managemententscheidungen des Zielunternehmens eine Rolle.⁵⁸⁷

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass mit Minderheitsbeteiligungen auch gewisse Effizienzgewinne verbunden sein können. Beispielhaft seien die Diversifizierung von Kosten und Risiken, die Erleichterung beim Zugang zu neuen Märkten und Vorteile bei gemeinsamer Forschung und Entwicklung genannt.

809. Für die Beantwortung der Frage, ob der Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung auf Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb ausgedehnt werden soll, ist eine Nutzen-Kosten-Abwägung vorzunehmen. Der zu erwartende Nutzen einer fusionskontrollrechtlichen Erfassung von derartigen Beteiligungen liegt im Wesentlichen darin, dass das Auftreten negativer Wettbewerbseffekte verhindert wird. Daneben könnte sich die Harmonisierung der Fusionskontrollverordnung mit dem Recht einiger Mitgliedstaaten und der USA, die eine Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen vorsehen, als positiv erweisen. Gegebenenfalls würden weitere Mitgliedstaaten, die Minderheitsbeteiligungen bislang nicht fusionskontrollrechtlich erfassen, ihre Vorschriften an die europäischen Regelungen anpassen und so zu einer weitergehenden Harmonisierung des Wettbewerbsrechts innerhalb der Europäischen Union beitragen. Schließlich könnte insbesondere die Einführung einer quantitativen Eingriffsschwelle dazu führen, dass der Prüfungsaufwand

der Europäischen Kommission im Rahmen einzelner Fusionskontrollverfahren geringer ausfällt als bisher. Denn in Fällen, in denen offensichtlich keine wettbewerblichen Probleme bestehen, die Frage des Zusammenschlusstatbestands in Form des Kontrollerwerbs indes schwierig zu lösen ist, könnte der damit verbundene Prüfungsaufwand entfallen.

810. In Bezug auf den zu erwartenden Nutzen ist einschränkend festzuhalten, dass viele Fälle, in denen Minderheitsbeteiligungen erworben werden, wettbewerblich unproblematisch sind. Negative Wettbewerbswirkungen sind nur unter bestimmten Umständen zu erwarten; zudem können sie im Einzelfall durch Effizienzgewinne ausgeglichen werden.

811. Zu beachten ist ferner, dass einige der wettbewerblich problematischen Konstellationen jedenfalls prinzipiell im Wege der Kartellaufsicht und der Missbrauchskontrolle gemäß Artikel 101, 102 AEUV erfasst werden können. Hierbei ist wiederum zu berücksichtigen, dass die Praxis nur wenige entsprechende Entscheidungen aufweist. Ursächlich hierfür sind Schwierigkeiten bei der Anwendung von Artikel 101 AEUV, die sich etwa daraus ergeben, dass zwischen Erwerber und Zielunternehmen eine Vereinbarung nachgewiesen werden muss. Eine solche Vereinbarung kann z. B. bei einem Aktienwerb über die Börse nicht angenommen werden. Hürden bei der Anwendung von Artikel 102 AEUV ergeben sich daraus, dass Adressaten der Regelung nur marktbeherrschende Unternehmen sind; die Probleme beim Nachweis eines missbräuchlichen Verhaltens sind hinlänglich bekannt. Als nachteilig könnte es sich ferner auswirken, dass Kartellaufsicht und Missbrauchskontrolle im Gegensatz zur Fusionskontrolle erst nachträglich eingreifen.

812. Der Erwerb von Minderheitsbeteiligungen wird auch von einigen nationalen Jurisdiktionen erfasst. Entsprechende Regelungen enthalten z. B. die Wettbewerbsgesetze der USA, Großbritanniens und Deutschlands. In den USA unterliegen prinzipiell alle Minderheitsbeteiligungen der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle. Eine Ausnahme („safe harbour“) besteht für solche Beteiligungen, die ausschließlich zu Investmentzwecken erworben werden. In Großbritannien ist das Tatbestandsmerkmal der „material influence“ entscheidend, dessen Vorliegen bei einer Minderheitsbeteiligung in Höhe von 25 Prozent oder mehr vermutet wird. Im Übrigen ist eine Gesamtbetrachtung aller erheblichen Umstände vorzunehmen. In Deutschland existieren zwei Zusammenschlusstatbestände, die Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb erfassen.⁵⁸⁸ Mit § 37 Absatz 1 Nummer 3 lit. b GWB existiert ein quantitativer Tatbestand, der beim Erwerb von 25 Prozent des Kapitals oder der Stimmrechte

⁵⁸⁶ Unter der „diversion ratio“ (Umlenkungskennziffer) ist die Nachfragemenge zu verstehen, die das Zielunternehmen im Falle eines Preisanstiegs seitens des Minderheitsgesellschafters (oder umgekehrt) auf sich ziehen würde.

⁵⁸⁷ Vgl. OECD, Policy Roundtables, Minority Shareholdings 2008, S. 9.

⁵⁸⁸ Der Anteil der angemeldeten Zusammenschlüsse im Zusammenhang mit Minderheitsbeteiligungen im Vergleich zu allen angemeldeten Zusammenschlüssen beträgt etwa 10 Prozent. Die Anzahl der Anmeldungen nach § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB ist sehr gering, durchschnittlich ca. 15 pro Jahr. Sie repräsentieren weniger als 1 Prozent aller angemeldeten Zusammenschlüsse, aber mehr als 10 Prozent aller Verbotsentscheidungen; vgl. hierzu Bardong, A., Merger control and minority shareholdings: Time for a change? The German Experience, Concurrences N° 3-2011, S. 32–36.

des Zielunternehmens eingreift. Gemäß § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB ist ein Zusammenschluss bei jeder sonstigen Verbindung von Unternehmen, aufgrund derer ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf das Zielunternehmen ausüben können, gegeben. Ob ein wettbewerblich erheblicher Einfluss vorliegt, hängt von den gesamten Umständen des konkreten Falles ab. Ein Zusammenschluss nach § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB kann beispielsweise bejaht werden, wenn der Minderheitsgesellschafter die Befugnis zur Besetzung von Leitungsgremien oder beträchtliche Vetorechte hat, über besonderes Know-how im Vergleich zu anderen Anteilseignern verfügt oder wichtige Geschäftsbeziehungen zum Zielunternehmen unterhält. Eine Mindesthöhe der Beteiligung wird hingegen nicht vorausgesetzt.

Eine Befassung der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden kann sich vor allem dann als belastend für die beteiligten Unternehmen auswirken, wenn die Minderheitsbeteiligung – im Rahmen eines mehrstufigen Kontrollserwerbs – zunächst von der Europäischen Kommission geprüft wurde. Dies belegt der Fall Ryanair/Aer Lingus, in dem die britische Wettbewerbsbehörde im Oktober 2010 ein Verfahren einleitete, das bis heute nicht abgeschlossen ist.⁵⁸⁹

813. Die Kosten einer Erweiterung des fusionskontrollrechtlichen Anwendungsbereichs ergeben sich in erster Linie aus der zusätzlichen bürokratischen Belastung der Unternehmen und der Wettbewerbsbehörde sowie der Gefahr der Überregulierung. Kosten, die mit einer Ausweitung der europäischen Zusammenschlusskontrolle einhergehen, bestehen zunächst in der Belastung der Unternehmen mit einem behördlichen Verfahren, das eine umfangreiche Anmeldung und häufig die Übermittlung weiterer Informationen erfordert, die Einschaltung von Anwälten und ökonomischen Experten notwendig macht und eine nicht unerhebliche Zeitspanne in Anspruch nimmt. Außerdem darf der Zusammenschluss während des Verfahrens nicht vollzogen werden. Aufseiten der Europäischen Kommission entsteht zusätzlicher Prüfungsaufwand. Hinzu treten die Kosten der Rechtsunsicherheit, weil die betroffenen Unternehmen nicht von vornherein wissen, wie die fusionskontrollrechtliche Prüfung ihres Vorhabens endet. Daneben besteht die Gefahr einer Überregulierung, die dazu führen kann, dass wettbewerblich erwünschte Minderheitsbeteiligungen unterbleiben. Ein neuer Aufgreifstatbestand könnte schließlich zu Rechtsunsicherheit und Inkohärenz im Hinblick auf den bisherigen Aufgreifstatbestand des Kontrollserwerbs führen.

814. Vor diesem Hintergrund ist eine Regelung anzustreben, die einerseits negativen Wettbewerbseffekten infolge von Minderheitsbeteiligungen wirksam begegnet, andererseits den Unternehmen und der Europäischen Kommission möglichst geringe bürokratische Lasten auferlegt, Überregulierung vermeidet und ein hohes Maß an Rechtssicherheit gewährleistet. Als ganz maßgebend

dürfte sich insoweit die verfahrensrechtliche Ausgestaltung einer Regelung erweisen, die Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollserwerb der Fusionskontrollverordnung unterstellt.

815. Im Hinblick auf einen möglichen Aufgreifstatbestand ist zwischen der Einführung eines quantitativen Zusammenschlusstatbestands wie in § 37 Absatz 1 Nummer 3 lit. b GWB und eines qualitativen Tatbestands wie im US-amerikanischen und im britischen Recht sowie in § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB abzuwägen. Zudem besteht die Möglichkeit, beide Tatbestände – wie im deutschen Recht – zu kombinieren. Jede dieser Lösungen weist Vor- und Nachteile auf. Für die quantitative Lösung spricht ein hohes Maß an Rechtsklarheit und Vorhersehbarkeit aufseiten der Unternehmen sowie die leichte Handhabbarkeit aus Sicht der Wettbewerbsbehörde. Ein offensichtlicher Nachteil besteht in der damit verbundenen Umgehungsgefahr. Betroffene Unternehmen können einen solchen Tatbestand leicht umgehen, indem sie Beteiligungen erwerben, die knapp unterhalb der festgelegten Grenze liegen. Derartige Verhaltensweisen haben in Deutschland dazu geführt, dass zusätzlich der qualitative Zusammenschlusstatbestand des § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB eingeführt wurde. Die beschriebene Gefahr ließe sich allerdings abmildern, indem die quantitative Schwelle unterhalb von 25 Prozent angesetzt wird. Vorstellbar ist in diesem Zusammenhang z. B. eine Schwelle von 15 Prozent oder 10 Prozent. Gegen eine quantitative Aufgreifschwelle spricht allerdings auch der damit verbundene formalistische Ansatz, der in gewissem Widerspruch zu dem auswirkungsbasierten Ansatz steht, der seit einigen Jahren im europäischen Fusionskontrollrecht verfolgt wird.

816. Ein qualitativer Tatbestand, der auf dem Kriterium des „wettbewerblich erheblichen Einflusses“ des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder auf dem „material influence“-Erfordernis des britischen Wettbewerbsrechts basieren könnte, vermeidet das Problem zu großer Formalisierung und räumt die Gefahr der Gesetzesumgehung weitgehend aus. Diese Vorteile gehen indes mit größerer Rechtsunsicherheit einher, die mithilfe von Leitlinien der Europäischen Kommission abgemildert werden müsste. Hierin wären die Faktoren zu erläutern, die das Vorliegen des qualitativen Zusammenschlusstatbestands begründen.

817. Bei allen drei möglichen Alternativen – quantitative, qualitative oder kombinierte Aufgreifschwelle – wäre in Erwägung zu ziehen, die Anwendung der Fusionskontrollverordnung von zusätzlichen Kriterien abhängig zu machen. Auf diese Weise könnte die Belastung für Unternehmen und Wettbewerbsbehörde gering gehalten und die Anwendung der Fusionskontrollverordnung auf die Minderheitsbeteiligungen fokussiert werden, die eine hohe Wahrscheinlichkeit negativer Auswirkungen aufweisen. Sachgerecht könnte eine Einschränkung des Anwendungsbereichs z. B. auf Minderheitsbeteiligungen von Unternehmen sein, bei denen mindestens eines über Marktmacht verfügt oder die auf hochkonzentrierten Märkten tätig sind. Problematisch an einer solchen Regelung ist jedoch, dass die Frage der prinzipiellen Anwend-

⁵⁸⁹ Vgl. Tz. 798.

barkeit der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften von Faktoren abhängen würde, die Teil der materiellen Prüfung sind.

818. Eine weitere Möglichkeit zur Fokussierung der Fusionskontrollverordnung auf wettbewerbsbeeinträchtigende Minderheitsbeteiligungen ist die Festlegung von Ausnahmetatbeständen, sog. „safe harbours“. Entsprechend dem US-amerikanischen Wettbewerbsrecht könnte z. B. eine Ausnahme für reine Finanzinvestments im Gesetz verankert werden. Im Hinblick auf zu erwartende Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen reinen Finanzinvestments und sonstigen Minderheitsbeteiligungen ließe sich die Vorausehbarkeit der behördlichen Entscheidungen mittels entsprechender Leitlinien der Europäischen Kommission steigern. Da die Wettbewerbstheorie auch davon ausgeht, dass die negativen Wettbewerbseffekte von Minderheitsbeteiligungen von deren Höhe abhängen, könnte auch ein quantitativ ausgerichteter Ausnahmetatbestand – etwa in Höhe von 5 Prozent – in Betracht kommen.

819. Im Falle einer weitergehenden Erfassung von Minderheitsbeteiligungen könnte die Vorhersehbarkeit im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Fusionskontrollverordnung mithilfe von Leitlinien der Europäischen Kommission erhöht werden. Diese müssten Erläuterungen zu einem möglichen qualitativen Aufgreifatsbestand sowie möglichen weiteren Faktoren und festzulegenden Ausnahmetatbeständen enthalten. Erklärungen zur Beurteilung von nicht koordinierten und koordinierten Wettbewerbseffekten von Minderheitsbeteiligungen wären insoweit aufzunehmen, als sie von den Vorgaben in den Horizontal- und Nichthorizontal-Leitlinien abweichen. Dies erscheint beispielsweise in Bezug auf mögliche Effizienzgewinne erforderlich.

820. Neben Überlegungen zur Ausgestaltung eines möglichen Aufgreifatsbestands könnten für die Prüfung von Minderheitsbeteiligungen bestimmte verfahrensrechtliche Modifikationen erwogen werden. Nachzudenken wäre zunächst darüber, ob anstelle der derzeit für sämtliche Zusammenschlüsse geltenden Prinzipien der Anmeldepflicht und Ex-ante-Prüfung eine nachträgliche Anzeigepflicht in Verbindung mit einer Ex-post-Kontrolle treten könnte. Gegen eine nachträgliche Fusionskontrolle bestehen zwar prinzipiell schwerwiegende Bedenken, die insbesondere aus den zum Teil schlechten Erfahrungen mit Entflechtungsversuchen bereits vollzogener Zusammenschlüsse resultieren. Im Zusammenhang mit Minderheitsbeteiligungen könnten diese Bedenken jedoch weniger schwer wiegen, weil diese in der Regel wesentlich einfacher aufzulösen sind als Vollfusionen. Beleg hierfür ist die bislang erfolgreiche Praxis der Wettbewerbsbehörden, die Auflösung von Minderheitsbeteiligungen oder die Aufgabe damit verbundener Stimmrechte im Rahmen von Abhilfemaßnahmen zu verlangen. Unabhängig davon, ob Minderheitsbeteiligungen künftig angemeldet oder angezeigt werden und einer Ex-ante- oder Ex-post-Kontrolle unterliegen, könnte es sich als sinnvoll erweisen, die für Zusammenschlussvorhaben generell geltenden Anforderungen an eine Anmeldung/

Anzeige im Falle von Minderheitsbeteiligungen zu senken. Das Anmeldeformular CO der Europäischen Kommission erfordert umfassende Angaben und Informationen, was die Anmeldung in Brüssel sehr aufwendig macht. Bedenkenswert erscheint, im Falle von Minderheitsbeteiligungen – zunächst – eine geringere Menge von Daten abzufragen, etwa nach dem Vorbild des vereinfachten Verfahrens bei der Europäischen Kommission oder der Anmeldung beim Bundeskartellamt.

821. Schließlich könnte darüber nachgedacht werden, im Hinblick auf Minderheitsbeteiligungen die Verpflichtung der Europäischen Kommission aufzuheben, jeden ihr bekannt gewordenen Zusammenschluss zu prüfen. Stattdessen könnte es der Wettbewerbsbehörde freigestellt werden, ob sie ein fusionskontrollrechtliches Verfahren einleitet oder darauf verzichtet. Die Einführung des Opportunitätsprinzips bei Minderheitsbeteiligungen würde dazu beitragen, dass die vorhandenen personellen und sachlichen Ressourcen der Europäischen Kommission auf die Beteiligungen konzentriert werden können, die aus wettbewerblicher Sicht besonders problematisch erscheinen.

822. Gegenwärtig bestehen noch große Unsicherheiten theoretischer und empirischer Natur hinsichtlich der potenziellen Wirkungen von Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb. Insofern sind die Bemühungen der Europäischen Kommission, weitere Informationen über Umfang und Bedeutung von Minderheitsbeteiligungen in der Europäischen Union einzuholen, prinzipiell positiv zu bewerten. Allerdings ist vor überzogenen Erwartungen im Hinblick auf die ausgeschriebenen Datensätze zu warnen. Zum einen dürfte es sich um Datenmengen von erheblichem Umfang handeln, deren Aufbereitung einige Zeit in Anspruch nehmen wird. Zum anderen ist fraglich, ob aus den zu liefernden Informationen Empfehlungen für die Wettbewerbspolitik abgeleitet werden können. Skepsis besteht zum einen, ob tatsächliche Einflussmöglichkeiten wie Zustimmungserfordernisse, Vetorechte und sonstige vertragliche Vereinbarungen aus öffentlich zugänglichen Quellen hervorgehen. Dasselbe gilt im Hinblick auf die Befugnis des Minderheitsgesellschafters, die Besetzung der Geschäftsführung des Zielunternehmens vorzunehmen. Noch schwieriger dürfte es sein, die wettbewerblich problematischen Minderheitsbeteiligungen herauszufiltern. Die Kenntnis von der Anzahl aller Minderheitsbeteiligungen in der Europäischen Union allein gibt keinen Hinweis darauf, wie viele und welche dieser Fälle Wettbewerbsprobleme aufwerfen. Zwar sollen die Datensätze auch Informationen zu den betroffenen Wirtschaftssektoren liefern. Diese geben aber nur sehr begrenzten Aufschluss darüber, ob die beteiligten Unternehmen auf demselben fusionskontrollrechtlich relevanten Markt aktiv sind und welche Wettbewerbsbedingungen dort vorherrschen. Schließlich würde die Beantwortung der Frage nach einer Anwendungslücke Kenntnisse darüber erfordern, ob die bestehenden Minderheitsbeteiligungen als Teil eines mehrstufigen Erwerbs von der Fusionskontrollverordnung oder im Übrigen von Artikel 101, 102 AEUV erfasst sind bzw. dem nationalen Wettbewerbsrecht unterliegen.

5.5 Marktabgrenzung

5.5.1 Einführung

823. Es fällt auf, dass die Europäische Kommission während des Berichtszeitraums in einer Reihe von Fällen die Marktabgrenzung nicht umfassend ermittelt, sondern in sachlicher und/oder räumlicher Hinsicht offengelassen hat. Sie folgte damit einem pragmatischen Ansatz, der z. B. dann sachgerecht erscheint, wenn bei jeglicher nahe- liegender Marktdefinition Anhaltspunkte für negative Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens fehlen oder die Fusionsparteien in einem frühen Verfahrens- stadium Zusagenangebote übermitteln, die sämtliche denkbaren Wettbewerbsbedenken ausräumen. Ein solches Vorgehen passt auch zu einem Fusionskontroll- konzept, bei dem den Marktanteilen keine herausgeho- bene Bedeutung beigemessen wird, sondern das Bewusst- sein besteht, sie seien im konkreten Fall aufgrund besonderer Faktoren zu relativieren. Diese Überzeugung findet sich auch in den Horizontal-Leitlinien, wonach Marktanteile die Marktmacht eines Unternehmens nicht stets zutreffend widerspiegeln.⁵⁹⁰ Dementsprechend gilt das Interesse der Wettbewerbsbehörde in den letzten Jah- ren stärker den direkten Effekten eines Zusammenschlus- ses auf Preise, Innovationen, Investitionen etc.

824. In diesem Zusammenhang stehen auch die Aus- führungen des Chefökonom der Europäischen Kom- mission zur Durchführung empirischer Analysen zur Marktabgrenzung.⁵⁹¹ Er betonte erst jüngst das Vorliegen eines konzeptionellen Problems bei der ökonomischen Analyse der Marktabgrenzung. Dieses ergebe sich daraus, dass die Marktdefinition und die Marktanteile weniger Hinweise auf die Auswirkungen eines Zusammenschlus- ses als eine Effektanalyse („merger simulation“) geben. Um den Markt zu definieren, benötige die Wettbewerbs- behörde jedoch häufig mehr Daten als für eine direkte Be- rechnung der Fusionseffekte. Im Idealfall brauche sie für eine Effektanalyse nur Daten (z. B. Preise, Mengen, Ver- änderungen relativer Kosten sowie Informationen über das Preissetzungsverhalten) von den fusionierenden Un- ternehmen, während für die Marktabgrenzung diese Da- ten von allen potenziellen Marktteilnehmern erforderlich seien.

Auf eine Ermittlung der relevanten Märkte kann aber auch nach Auffassung des Chefökonom nicht gänzlich verzichtet werden. Die Marktdefinition diene in der Ent- scheidungspraxis der Europäischen Kommission jedoch eher als qualitativer Filter für die Beschreibung des Marktgeschehens sowie für die Identifikation der mög- lichen Konkurrenten und der Fragen, die bei einer Effekt- analyse gestellt werden müssten. Auch Marktanteile soll- ten weiterhin für die Zwecke der Fusionskontrolle genutzt werden. Zum einen seien solche Daten oft schon in den betreffenden Unternehmen vorhanden und enthielten zu-

mindest gewisse nützliche Informationen. Zum anderen stellten von den Unternehmen genutzte Daten einen guten Startpunkt für die Untersuchungen der Wettbewerbsbe- hörde dar. Zudem ließen sich einige empirische Analyse- methoden am besten in Marktanteilen darstellen.

825. Ein weiterer Grund dafür, dass die Europäische Kommission nicht vollständig auf eine qualitative Ermitt- lung der relevanten Märkte und Marktanteile verzichtet, dürfte darin zu sehen sein, dass die prinzipiell angestrebte Effektanalyse bei Weitem nicht in allen Fusionskontroll- fällen praktisch durchführbar ist (Stichwort: Verfügbar- keit von Daten). Zudem räumte die Europäische Kom- mission selbst mehrfach die begrenzte Aussagekraft solcher Analysen ein und betonte die Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung. Schließlich ist unsicher, ob der Euro- päische Gerichtshof eine Entscheidungspraxis billigen würde, bei der von einer Marktdefinition und Markt- anteilermittlung gänzlich abgesehen wird.

5.5.2 Pragmatische Marktabgrenzung im Fall CAT/MWM

826. Die Europäische Kommission hat am 19. Oktober 2011 den Erwerb der alleinigen Kontrolle der Caterpillar Inc. (CAT) über die MWM Holding GmbH ohne Bedin- gungen und Auflagen nach Artikel 8 Absatz 1 FKVO freigegeben.⁵⁹² Die US-amerikanische Firma CAT ist weltweit tätig und bietet Maschinen, Motoren und Fi- nanzprodukte an. CAT erzeugt und verkauft Motoren und Maschinen für viele Anwendungsbereiche, unter anderem auch gas- und dieselbetriebene Motoren und Maschinen für Systeme zur Erzeugung elektrischer Energie. Hierzu gehören auch Stromerzeugungsaggregate, die aus einem Hubkolbenmotor sowie stromerzeugenden Teilen beste- hen. Das in Deutschland ansässige Unternehmen MWM produziert und verkauft Produkte, Dienstleistungen und Technik für die dezentrale Energieversorgung, unter an- derem auch Stromerzeugungsaggregate. Die Tätigkeit der Zusammenschlussparteien überschneidet sich hauptsäch- lich im Bereich der mit Gas betriebenen Stromerzeu- gungsaggregate.

827. CAT meldete den geplanten Kauf von MWM zu- nächst bei den nationalen Wettbewerbsbehörden an. Deutschland beantragte jedoch nach Artikel 22 Absatz 1 FKVO die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens durch die Europäische Kommission. Diesem Verwei- sungsantrag schlossen sich Österreich sowie Slowenien an. Da die Europäische Kommission den Verweisungsan- trag am 26. Januar 2011 akzeptierte, notifizierten die Zu- sammenschlussparteien das Vorhaben am 14. März 2011 bei der Europäischen Kommission.⁵⁹³

828. Erwähnenswert an der Freigabeentscheidung ist die von der Europäischen Kommission durchgeführte sachliche Marktabgrenzung sowie die anschließende

⁵⁹⁰ Vgl. Horizontal-Leitlinien, Rn. 27, 37, 38.

⁵⁹¹ Kühn, K.-U., Die Zukunft der Marktabgrenzung, Internationales Fo- rum EU Kartellrecht, Studienvereinigung Kartellrecht, Brüssel, 14. März 2012, <http://www.studienvereinigung-kartellrecht.de/veranstaltungen/eu-kartellrecht.html>

⁵⁹² EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Oktober 2011, COMP/ M.6106.

⁵⁹³ EU-Kommission, Entscheidungen vom 26. Januar 2011, K(2011) 509, 510, 511 im Fall COMP/M.6106.

Analyse der Marktanteile. Die Europäische Kommission untersuchte den Markt für Stromerzeugungsaggregate nach drei verschiedenen Kriterien: (1) dem Treibstoff, mit dem das Stromerzeugungsaggregat betrieben wird, (2) der Drehzahl des Motors sowie (3) dem Leistungsbereich des Motors, d. h. wie viel Leistung (MW) ein Aggregat erzeugen kann.

829. Zunächst definierte sie aufgrund der unterschiedlichen Verwendungsbereiche einen getrennten Markt für mit Dieselkraftstoff betriebene Stromerzeugungsaggregate und für mit Gas betriebene Stromerzeugungsaggregate. Die mit Erdgas sowie die mit anderen Gasen⁵⁹⁴ betriebenen Stromerzeugungsaggregate wurden jedoch dem gleichen Markt zugeordnet, da eine hohe Umstellungsflexibilität der Produktionsanlagen vorliege, das Aggregat selbst umrüstbar sei und die Einsatzgebiete gleich seien.

830. Nach der Marktuntersuchung im Hauptprüfverfahren gab es keine klare Abgrenzung zwischen einem Markt für Stromerzeugungsaggregate mit Motoren mit hoher Drehzahl und einem Markt für Stromerzeugungsaggregate mit Motoren mit mittlerer Drehzahl.⁵⁹⁵ Da die wettbewerbliche Beurteilung bei jeder möglichen Abgrenzung gleich sei, ließ die Europäische Kommission die Frage offen, ob der Markt für Gas-Stromerzeugungsaggregate weiter nach der Drehzahl des Motors in einen Markt für Motoren mit mittlerer Drehzahl und einen Markt für Motoren mit hoher Drehzahl zu unterteilen sei. Bei der Marktanteilsanalyse hat die Europäische Kommission zunächst die Marktanteile für alle Stromaggregate mit einer Leistung von mehr als 0,5 MW festgestellt und danach diejenigen für Stromaggregate mit einer Leistung von mehr als 0,5 MW mit einem Motor mit einer hohen Drehzahl. Hierbei stellte sie fest, dass die Marktanteile nur geringfügig voneinander abwichen, wodurch es verzichtbar war, zu entscheiden, ob diese Aggregate demselben Markt angehören oder nicht.

831. Im Hinblick auf die Abgrenzung des Marktes nach dem Leistungsbereich des Motors wurden Stromerzeugungsaggregate mit einer Leistung von unter 0,5 MW aufgrund ihrer unterschiedlichen Produkteigenschaften

– kürzere Lebensdauer und geringere Energieeffizienz – sowie aufgrund der von Stromerzeugungsaggregaten mit einer Leistung von über 0,5 MW unterschiedlichen Anbieterstruktur separat abgegrenzt.

832. Die Europäische Kommission hat letztlich als sachlich relevanten Markt den Produktmarkt für Gasaggregate mit einer Leistung von mehr als 0,5 MW abgegrenzt. Die Marktuntersuchung des Hauptprüfverfahrens hatte ergeben, dass es (1) in den letzten fünf Jahren weltweit keine Verkäufe von Aggregaten mit einer hohen Drehzahl und einer Leistung von mehr als 5 MW gab, (2) nur das Unternehmen General Electric Aggregate mit einer hohen Drehzahl und einer Leistung von über 2,5 MW verkauft hat und es (3) in den letzten fünf Jahren keine Verkäufe von Aggregaten mit einer mittleren Drehzahl und einer Leistung von unter 2,5 MW gab. Die Europäische Kommission sah diese Punkte als Anhaltspunkte für eine Marktabgrenzung an der Grenze von 2,5 MW. Aus den Bieterdaten, die die Parteien der Europäischen Kommission übermittelten, ging jedoch hervor, dass von Nachfragerseite aus Projekte, die eine bestimmte Leistung erfordern, durch Anlagen aus kleineren (leistungsschwächeren) Aggregaten oder aus einzelnen (leistungstärkeren) Aggregaten bedient werden können und dass folglich Einzelaggregate mit einer Anlage aus mehreren Aggregaten in Wettbewerb treten können. Dies sei in den kleineren Megawatt-Leistungstufen nur beschränkt möglich, steige jedoch mit der Leistungsgröße eines Projekts an. Aus diesen Gründen erschien der Europäischen Kommission eine Trennung des Marktes nach der Leistungsgröße des einzelnen Aggregats unangemessen. Sie grenzte den Markt darum generell als Markt für mit Gas betriebene Stromerzeugungsaggregate mit einer Leistung von mehr als 0,5 MW ab.⁵⁹⁶

833. Bei der Marktanteilsanalyse untersucht die Europäische Kommission die Marktanteile zunächst aus Projektperspektive im Hinblick auf die Größe der Projekte. Sie führt jedoch aus, dass die Differenzierung nach der Leistungsgröße der Aggregate der Angebotsperspektive entspreche und in den Verkaufszahlen der Aggregate widerspiegelt sei. Die Größe eines Projekts hingegen entspreche der Nachfrageseite und der Art, in der Wettbewerb im Markt stattfinde, da ein Projekt einer bestimmten Größe durch ein Aggregat oder durch eine Anlage von Aggregaten bedient werden könne. Bei der Berechnung der Marktanteile ging die Europäische Kommission davon aus, dass die Marktanteile für Gas-Stromerzeugungsaggregate mit einer Leistung von mehr als 0,5 MW am ehesten mit der in diesem Fall angenommenen Marktdefinition eines Marktes, in dem Wettbewerb über Projekte

⁵⁹⁴ Andere Gase sind beispielsweise Biogase oder Grubengase.

⁵⁹⁵ Der Marktuntersuchung der Europäischen Kommission nach haben Motoren mit mittlerer Drehzahl von Motoren mit höherer Drehzahl unterschiedliche Eigenschaften; so haben sie eine höhere Energieeffizienz, jedoch auch höhere Fixkosten als Motoren mit höherer Drehzahl. Die Bieterdaten zeigten, dass Motoren mit mittlerer Drehzahl nicht um Projekte unter 2,5 MW konkurrieren. Auch habe es in den letzten fünf Jahren weltweit keinen Verkauf von Aggregaten mit mittlerer Drehzahl unter 2,5 MW gegeben. Die Analyse der Bieterdaten ergab zudem, dass zwei Unternehmen, die Aggregate mit mittlerer Drehzahl produzieren, nur Randwettbewerber für Projekte bis 5 MW seien. Sie böten lediglich in 5 bis 10 Prozent der vergebenen Projekte zwischen 2,5 und 5 MW mit, wobei sie allerdings nicht das erfolgreiche Gebot abgegeben hätten. Darüber hinaus betrachteten die Zusammenschlussparteien diese Unternehmen, die Aggregate mit mittleren Drehzahlen produzieren, nicht als wesentliche Wettbewerber. Andererseits ergab die Marktuntersuchung allerdings auch, dass die erfolgreichen Gebote für große Projekte von Anlagen aus mehreren Aggregaten mit hoher Drehzahl darauf hindeuten, dass diese mit Einzelaggregaten mittlerer Drehzahl in Wettbewerb stünden; vgl. Europäische Kommission, KOM(2001) 745, Rn. 39–51.

⁵⁹⁶ Vgl. Europäische Kommission, KOM(2001) 745, Rn. 63–71. Nach oben hin ließ die Europäische Kommission den Markt offen. Die Anzahl von Aggregaten, die in einer Anlage zusammengeschlossen werden können, sei zwar nicht hoch und die Tatsache, dass Aggregate mit einer hohen Drehzahl nur bis zu einer bestimmten Leistungsgröße verkauft würden, lasse darauf schließen, dass die Substituierung von Einzelanlagen durch mehrere Aggregate begrenzt sei. Allerdings sei es nicht nötig, diese Grenze zu belegen, da sie für die wettbewerbliche Beurteilung nicht relevant sei; vgl. Europäische Kommission, KOM(2001) 745, Rn. 71.

stattfindet, übereinstimmen. Nach diesen Marktanteilen hat das nach dem Zusammenschluss entstehende Unternehmen einen Marktanteil von ca. 30 Prozent sowohl im Europäischen Wirtschaftsraum als auch weltweit.⁵⁹⁷

834. Zusätzlich untersuchte die Europäische Kommission – obwohl sie dies nicht für die am passendsten erscheinende Marktabgrenzung hielt – noch die Marktanteile bei einer Aufteilung des Marktes nach den einzelnen Leistungsbandbreiten bzw. -größen der Aggregate. Diese Analyse wurde wohl durchgeführt, um das oben gefundene Ergebnis zu untermauern. Einen erheblichen Zuwachs und hohen Marktanteil hätte das zusammengeschlossene Unternehmen nur im Bereich der Leistungsbandbreite von 1,5 bis 2,0 MW mit 50 bis 60 Prozent im Europäischen Wirtschaftsraum und 70 bis 80 Prozent weltweit. Die Europäische Kommission relativierte diesen hohen Marktanteil jedoch. Sie analysierte, dass die hohen Marktanteile in diesem Bereich im Licht der Informationen zu den Projektgrößen gesehen werden müssten: Da ein erheblicher Teil dieser Aggregate in größeren Projekten integriert sei, werde mehr als die Hälfte der Projekte in der Größe 2,0 bis 2,5 MW mit Aggregaten der Größe 1,5 bis 2,0 MW versorgt. Daraus folgte die Europäische Kommission, dass der ermittelte Marktanteil erheblich abzuschwächen sei.

835. Die Monopolkommission begrüßt die in diesem Fall durchgeführte Marktabgrenzung und Marktanteilsanalyse der Europäischen Kommission. Die Europäische Kommission hat die Marktdefinition im vorliegenden Fall an mehreren Punkten offengelassen, beispielsweise im Hinblick auf die Frage, ob Stromerzeugungsaggregate mit Motoren mit hoher Drehzahl dem gleichen Markt wie Stromerzeugungsaggregate mit Motoren mit mittlerer Drehzahl angehören. Im Hinblick auf die Marktabgrenzung hält es die Monopolkommission ebenfalls nicht für nötig, immer eine vollständige Abgrenzung durchzuführen, um die Effekte einer Fusion zu analysieren. In Fällen wie dem vorliegenden, in denen eine vollständige Marktdefinition nicht erforderlich ist, sollten 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. Durch eine solche Herangehensweise können Ressourcen in der Wettbewerbsbehörde, die sonst mit einer (unter Umständen komplizierten und langwierigen) Abgrenzung des Marktes beschäftigt werden, für andere Aufgaben verwendet werden. Damit wird letztlich eine effizientere Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ermöglicht.

⁵⁹⁷ In der Entscheidung liegt der Marktanteil bei 20 bis 30 Prozent sowohl für den Europäischen Wirtschaftsraum als auch weltweit. In einem zweiten Schritt wurden jedoch die Marktanteile im Hinblick auf mit Gas betriebene Stromerzeugungsaggregate mit Motoren mit hoher Drehzahl untersucht und diese wurden mit 30 bis 40 Prozent angegeben. Da die Europäische Kommission danach feststellte, dass die Marktanteile im Hinblick auf den Gesamtmarkt und eine Abgrenzung nach Motoren mit hoher Drehzahl nur marginal unterschiedlich seien, kann geschlussfolgert werden, dass der Marktanteil sowohl EWR- als auch weltweit bei ca. 30 Prozent liegt.

836. Besonders hervorzuheben ist zudem, dass die von den Zusammenschlussparteien übermittelten Bieterdaten ergaben, dass eine Substitution der Stromaggregate nicht über die reine Leistungsgröße der Aggregate erfolgt, sondern über deren Nutzung. Die Bieterdaten zeigten, dass es eine Substitution zwischen einer aus mehreren kleinen Aggregaten zusammengeschlossenen Anlage und einem großen Aggregat gibt. Aufgrund dieser Substitutionsbeziehungen hat die Europäische Kommission ausgeführt, dass sie eine Marktabgrenzung entlang der Leistungsbandbreiten der einzelnen Aggregate für unangemessen halte. Die Monopolkommission begrüßt diese Ausführungen und bewertet es positiv, dass die Europäische Kommission im vorliegenden Fall bei der Prüfung der Substitutionsbeziehungen die tatsächliche Nutzung durch die Nachfrager der Stromerzeugungsaggregate entscheidend berücksichtigt hat. Die Substitution lag gerade in der Art, wie das Produkt genutzt wird. Folgerichtig bezog sich die Prüfung der Substitution auch nicht auf die Frage der Substitution durch einzelne Produkte, sondern darauf, wie das Produkt von der Marktgegensseite genutzt wird. Generell ist davon auszugehen, dass aus Nachfragersicht ein Produkt auch durch mehrere andere Produkte, die gleich genutzt werden können, ersetzt werden kann. Aus diesem Grund sollte dies bei der Prüfung der Substitutionsbeziehungen geprüft werden.

837. Folglich gaben auch die nach den einzelnen Leistungsbandbreiten der Aggregate berechneten Marktanteile nicht das wahre Bild der Substitutionsbeziehungen wider. Bezogen auf die Substitution zwischen einer Anlage aus mehreren kleinen Aggregaten und einem großen Aggregat sind die nach den einzelnen Leistungsbandbreiten ermittelten Marktanteile als erheblich geringer anzusehen, vor allem, wenn noch dazu berücksichtigt wird, dass die Hälfte der in dieser Bandbreite verkauften Aggregate zum Bau größerer Anlagen genutzt wird. Die Monopolkommission befürwortet darum diese Herangehensweise der Europäischen Kommission bei der Bewertung der ermittelten Marktanteile.

838. Insgesamt belegt dieser Fall nach Auffassung der Monopolkommission, dass die Europäische Kommission an die Abgrenzung des Marktes sowie die darauf aufbauende Marktanteilsanalyse pragmatisch herangeht. In Fällen wie dem vorliegenden, in denen keine vollständige Marktabgrenzung zur Analyse der Effekte eines Zusammenschlusses nötig ist, sollte auf diese, wie bereits ausgeführt, aus Effizienzgesichtspunkten verzichtet werden. Bei der Prüfung der Substitutionsbeziehungen sollte generell geprüft werden, ob aus Nachfragersicht ein Produkt auch durch mehrere andere Produkte, die wie das einzelne Produkt genutzt werden können, ersetzt werden kann.

5.5.3 Marktabgrenzung im Verkehrssektor

839. Am 11. August 2010 genehmigte die Europäische Kommission in der ersten Verfahrensphase den Erwerb von Arriva durch die Deutsche Bahn (DB), nachdem die Parteien Abhilfemaßnahmen angeboten hatten.⁵⁹⁸ Die

⁵⁹⁸ Vgl. auch Tz. 889 ff.

Deutsche Bahn ist der etablierte Bahn- und Busbetreiber in Deutschland mit Aktivitäten im Schienenpersonen- und Busverkehr, bei Transport- und Logistikdienstleistungen und beim Betrieb von Eisenbahninfrastruktur. Arriva ist ein europäischer Bahn- und Busbetreiber, der vor allem im Vereinigten Königreich, aber z. B. auch in Dänemark, Deutschland, den Niederlanden, Polen und Schweden tätig war. Die Europäische Kommission untersuchte vornehmlich die Märkte für Bus- und Schienenpersonenverkehr und für Schienengüterverkehr. Hierbei konzentrierte sie sich im Wesentlichen auf die Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses im Vereinigten Königreich, in Dänemark und in Deutschland. Die Entscheidung enthält interessante Hinweise darauf, wie die Europäische Kommission verschiedene nationale Märkte für Bus- und Bahnverkehr abgrenzt.

840. In Großbritannien war Arriva sowohl im Schienenpersonen- als auch im Busverkehr tätig, DB betrieb dort lediglich Schienenverkehr. Die Europäische Kommission unterscheidet zwischen dem Markt für die Erlangung von Konzessionen im Schienenpersonenverkehr einerseits und dem Passagiermarkt andererseits. Auf dem nationalen Markt für Konzessionen verfügten die Parteien über gemeinsame Anteile von 10 bis 20 Prozent nach Zugkilometern. Die Europäische Kommission nahm eine Analyse der Ausschreibungsverfahren der letzten fünf Jahre sowie der Ausschreibungen seit 1996 vor. Sie kam zu dem Ergebnis, dass seit zehn Jahren in jeder Ausschreibung mindestens drei Wettbewerber Angebote abgegeben hatten. Die Wettbewerbsbehörde leitete daraus ab, dass keine Wettbewerbsbedenken bestehen.

841. Den Passagiermarkt betrachtete die Europäische Kommission im Hinblick auf spezifische Strecken oder Streckenabschnitte, auf denen sich die Aktivitäten der Parteien überschneiden. Sie legte ihrer Untersuchung einen von der britischen Competition Commission entwickelten „Filter“ zugrunde, wonach eine Überschneidung nur unter bestimmten Voraussetzungen als wettbewerbslich relevant angesehen wird: So muss z. B. ein Verkehr mindestens halb so häufig angeboten werden wie der überschneidende Verkehr. Außerdem muss ein erheblicher Umsatzteil des auf eine Strecke entfallenden Gesamtumsatzes auf den überlappenden Streckenabschnitt entfallen. Zudem muss der Anteil an unregulierten Preisen auf der betreffenden Strecke eine bestimmte Grenze erreichen. Nach den Erkenntnissen der Europäischen Kommission fehlten diese Voraussetzungen auf sämtlichen untersuchten Strecken, sodass der Zusammenschluss keine negativen Wettbewerbswirkungen auslöste.

842. In Deutschland wirkte sich der Zusammenschluss auf den Schienenpersonen-, den Schienengüter- und den Busverkehr sowie auf den Markt für die Wartung von Schienenfahrzeugen aus. Die Europäische Kommission hegte in allen genannten Bereichen erhebliche Wettbewerbsbedenken. Besonders interessant sind die Ausführungen der Kommission zur Marktabgrenzung und zur Marktanteilsaddition.

843. Die Europäische Kommission differenzierte beim Schienenpersonenverkehr zwischen Fernverkehr und Re-

gionalverkehr. Zur Begründung verwies sie unter anderem auf die Unterschiedlichkeit des Regulierungsrahmens, der Geschäftsmodelle und der Motivation der Reisenden. Beim Regionalverkehr grenzte die Europäische Kommission den Markt für Konzessionen als sachlich relevant ab. Ein Wettbewerb um die Passagiere finde nicht statt, da die Aufgabenträger Aufträge im Weg der Ausschreibung oder der Direktvergabe vergeben und den Betreibern ein vorab bestimmtes Entgelt zahlen. Letztere hätten keinen Einfluss auf die Fahrpreise oder die Frequenz des bestellten Verkehrs. In räumlicher Hinsicht definierte die Europäische Kommission den Markt national, da außer DB und Arriva auch die Wettbewerber Veolia, Abellio und Keolis regelmäßig an Ausschreibungen für einen erheblichen Teil Deutschlands teilnahmen.

844. Für den Fernverkehr vertraten die Zusammenschlussparteien eine weite Marktdefinition, die alle Arten von Personentransporten, z. B. per Eisenbahn, Bus und Flugverkehr, umfassen sollte. Die Europäische Kommission folgte dieser Auffassung nicht und berief sich in erster Linie auf unterschiedliche Regulierungsvorschriften und auf das weitgehende Fehlen eines Fernbusverkehrs in Deutschland. Im Übrigen erklärt sie, dass die Antworten auf ihre Marktbefragung keine klaren Hinweise für die Substituierbarkeit von Schienenverkehr und Flugverkehr ergeben hätten. Im Ergebnis grenzte die Europäische Kommission einen separaten sachlichen Markt für Schienenpersonenfernverkehr ab. In räumlicher Hinsicht schlugen die Parteien einen Ansatz vor, den die Europäische Kommission in Flugverkehrsfällen anwendet. Hierbei bildet grundsätzlich jede einzelne Strecke auf Basis des jeweiligen Ausgangs- und Zielpunkts einen eigenständigen Markt. Die Europäische Kommission legte dagegen einen einheitlichen nationalen Markt zugrunde, weil DB bundesweit ein Quasi-Monopol halte und im gesamten Bundesgebiet derselbe Regulierungsrahmen gelte.

845. Die Parteien argumentierten auch hinsichtlich des Güterverkehrs für die Annahme eines einheitlichen Produktmarktes. Nach Ansicht der Europäischen Kommission gab es jedoch starke Indizien für getrennte Märkte für Schienen- und Straßengüterverkehr. Sie stellte darüber hinaus Überlegungen zur weiteren Unterteilung des relevanten Marktes an, etwa zur Möglichkeit von Submärkten für inländischen und grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr, für Einzelwagen- und Ganzzugverkehr sowie für unterschiedliche Güter. Letztlich ließ sie die genaue Marktabgrenzung mit Hinweis auf die angebotenen Verpflichtungen offen, da diese die festgestellten Wettbewerbsbedenken bei jeder der in Betracht gezogenen Marktdefinitionen ausräumten. Räumlich relevant war nach Auffassung der Europäischen Kommission der nationale Markt.

846. Der Zusammenschluss betraf zudem den Markt für Konzessionen für den Linienbusverkehr, der von Auftrags- und Gelegenheitsverkehren zu unterscheiden war. Nach Ansicht der Europäischen Kommission umfasste der Produktmarkt sowohl eigenwirtschaftliche als auch gesamtwirtschaftliche Verkehre sowie Konzessionen per Direktvergabe und im Ausschreibungsweg. Es blieb of-

fen, ob dem sachlich relevanten Markt auch Straßenbahn- und U-Bahnverkehr zuzurechnen sind. Die räumliche Marktabgrenzung ließ die Europäische Kommission ebenfalls offen. In der ersten Verfahrensphase sei nicht abschließend zu klären gewesen, ob es sich um nationale, regionale oder Regionen übergreifende Märkte handle. Die Wettbewerbsbehörde prüfte den Zusammenschluss deshalb auf Basis alternativer geografischer Märkte und bejahte bei jeder Alternative das Vorliegen von Wettbewerbsproblemen.

847. Im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung stellte die Europäische Kommission zunächst fest, dass die Aufgabenträger sowohl eigenwirtschaftlich als auch gemeinwirtschaftlich erbrachte Verkehrsdienstleistungen subventionieren könnten, sie also de facto die Wahl hätten, eine Strecke direkt zu vergeben oder den Ausschreibungsweg zu beschreiten. Die Ermittlungen ergaben, dass die direkte Vergabe derzeit noch am häufigsten praktiziert wird. Allerdings erwartete die Europäische Kommission, dass künftig mehr Ausschreibungen stattfinden werden. Sie wies außerdem auf die Regelung des § 13 Absatz 3 PBefG hin, wonach der Umstand, dass ein Betreiber eine Strecke jahrelang zufriedenstellend betrieben hat, bei der Konzessionserteilung berücksichtigt werden muss. Als Folge dieser Regelung werde grundsätzlich die Konzession des etablierten Betreibers erneuert. Insgesamt konstatierte die Europäische Kommission einen großen Spielraum der zuständigen Stellen bei der Konzessionsvergabe.

848. Von besonderem Interesse sind die Ausführungen der Europäischen Kommission zur Rolle der kommunalen Busbetreiber, die derzeit die Mehrheit der Konzessionen halten. Nach europäischem Recht dürfen die Aufgabenträger Konzessionen an kommunale Betreiber direkt vergeben, allerdings ist diesen dann die Teilnahme an Ausschreibungen außerhalb ihres Gebietes untersagt.⁵⁹⁹ Vor diesem Hintergrund üben die kommunalen Betreiber nach Einschätzung der Europäischen Kommission keinen Wettbewerbsdruck außerhalb des ihnen zugewiesenen Gebiets aus. Zudem hielt es die Wettbewerbsbehörde für plausibel, dass ein SSNIP-Test zeigen würde, dass die städtischen Betreiber nicht zu demselben Produktmarkt gehören wie die privaten Betreiber, selbst wenn Erstere einen gewissen Wettbewerbsdruck ausüben. Zur Begründung führte sie an, dass die Aufgabenträger ihre Verträge nicht auf einer streng wirtschaftlichen Basis vergeben, sondern politische Gründe einen wesentlichen Einfluss auf die Vergabe haben. Da insoweit eine abschließende Untersuchung innerhalb der ersten Verfahrensphase nicht möglich gewesen sei, prüfte die Europäische Kommission die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens sowohl unter als auch ohne Berücksichtigung der kommunalen Busbetreiber.

⁵⁹⁹ Vgl. Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. EU Nr. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 1.

849. Bei der vorliegenden Entscheidung fällt auf, dass die Europäische Kommission viele Bewertungsfragen, insbesondere im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung, offenlässt. Sie stellt ausdrücklich fest, dass in der ersten Verfahrensphase diesbezüglich keine abschließende Beurteilung möglich ist. Damit bekräftigt sie ihre Entscheidungspraxis, auf eine umfassende Marktabgrenzung zu verzichten, wenn bei keiner der naheliegenden Marktdefinitionen Wettbewerbsprobleme auftreten oder derartige Bedenken aufgrund frühzeitig vorgelegter Zusageangebote in jedem Fall ausgeräumt werden. Dieses pragmatische Vorgehen ist angesichts der engen Verfahrensfristen der europäischen Fusionskontrolle, der begrenzten Ressourcen innerhalb der Generaldirektion Wettbewerb und des Interesses der Zusammenschlussparteien, eine positive Entscheidung möglichst noch in der ersten Verfahrensphase zu erlangen, nachvollziehbar.⁶⁰⁰

850. Sofern sich die Europäische Kommission zur Marktdefinition äußert, sind zwei Aspekte bemerkenswert. Auf dem deutschen Markt für Linienbusverkehr deutet sie zwei getrennte Märkte für kommunale Betreiber einerseits und private Betreiber andererseits an. Sie begründet dies damit, dass Aufgabenträger die Konzessionen nicht auf rein wirtschaftlicher Basis, sondern politisch motiviert vergeben. Diese Aussage steht zum einen in gewissem Widerspruch zur Einschätzung der Wettbewerbsbehörde, wonach in naher Zukunft mehr Ausschreibungen als bislang stattfinden werden. Im Rahmen solcher Ausschreibungen stehen wirtschaftliche Erwägungen im Vordergrund, sodass sich die Durchsetzung politischer Interessen wesentlich schwieriger gestalten dürfte als bisher.

Zum anderen erinnert die Argumentation der Europäischen Kommission im vorliegenden Fall an die Begründung 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.⁶⁰¹ Sowohl die Europäische Kommission als auch das Bundeskartellamt nehmen die Marktabgrenzung zwar nach dem Bedarfsmarkt, also aus Sicht des verständigen Verbrauchers, vor. Dabei wird jedoch nicht die – vorhandene – funktionale oder technische Substituierbarkeit als maßgebend angesehen. Entscheidend ist vielmehr in beiden Konstellationen die prinzipielle Wechselträgheit der Nachfrager, die bei den Busdienstleistungen häufig politisch motiviert ist. Überraschend ist im Übrigen die Bemerkung der Europäischen Kommission im vorliegenden Fall, dass ein SSNIP-Test die Annahme separater Märkte möglicherweise bestätigen würde. Ein solcher Hinweis ist in fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen bislang unüblich und besitzt keinerlei Beweiskraft.

⁶⁰⁰ Vgl. auch Tz. 835 ff.

⁶⁰¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Tz. 165 ff.

851. Bei der Marktabgrenzung im deutschen Schienenfernverkehr fallen die Erläuterungen der Europäischen Kommission sehr kurz aus. Mit dem knappen Hinweis auf die Ergebnisse der Marktbefragung verneint die Wettbewerbsbehörde ein Substitutionsverhältnis zwischen Schienen- und Flugverkehr. Räumlich geht sie aufgrund der Quasi-Monopolstellung von DB und des nationalen Regulierungsrahmens von einem bundesweiten Markt aus. Fraglich erscheint, ob diese pauschale Betrachtungsweise im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung sachgerecht ist. Es ist durchaus vorstellbar, dass bei einer streckenbezogenen Betrachtung von Fernverbindungen die Bewertung der Substituierbarkeit zwischen Schienen- und Flugverkehr unterschiedlich ausfällt. Arriva bediente zum Zeitpunkt der Kommissionsentscheidung im Fernverkehr lediglich die Route zwischen Plauen und Berlin. Von besonderem Interesse wäre daher eine spezifische Analyse der Substitutionsverhältnisse und des Wettbewerbsdrucks auf dieser Strecke gewesen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Europäische Kommission beim Passagierflugverkehr in ständiger Entscheidungspraxis streckenbezogene Märkte, die sich am Abflug- und Ankunftsort orientieren, definiert. Ferner unterliegt auch der Passagierflugverkehr nationaler bzw. supranationaler Gesetzgebung, sodass das Vorliegen eines bundesweiten Regulierungsrahmens für den Schienenverkehr nicht gegen eine streckenbezogene Marktabgrenzung spricht. Hinzuweisen ist insoweit auch auf die von der Europäischen Kommission in demselben Fall vorgenommene Beurteilung des britischen Passagiermarktes für Schienenverkehr, bei der sie auf spezifische Strecken bzw. Streckenabschnitte abgestellt hat.

852. Letzteres gilt ebenfalls für den Zusammenschluss SNCF/LCR/Eurostar, der die Bereitstellung von internationalem Schienenpassagierverkehr durch den Kanaltunnel betrifft.⁶⁰² Die Europäische Kommission grenzt hier als räumlich relevante Märkte die Strecken London–Paris und London–Brüssel ab und stellt ausdrücklich klar, dass diese Marktdefinition mit der Sicht der Nachfrager korrespondiert, die üblicherweise Abfahrts- und Zielort nicht ohne weiteres auswechseln. Die Frage, ob zwischen zeitsensiblen und zeitunsensiblen Kunden zu unterscheiden ist, wird nicht abschließend geklärt. Auch die Frage, ob intermodaler Wettbewerb besteht, bleibt letztlich offen. Die Parteien und einige Marktteilnehmer gehen davon aus, dass jedenfalls der Flugverkehr – unter Umständen auch der Autozugverkehr durch den Kanaltunnel – Reisealternativen darstellen. Demgegenüber vertritt die Europäische Kommission die Auffassung, dass die Hochgeschwindigkeitsverbindung durch den Kanaltunnel insbesondere für zeitsensible Kunden besonders attraktiv ist, da die Gesamtreisedauer mit dem Flugzeug wesentlich länger ist. Ein weiterer wesentlicher Unterschied besteht darin, dass Zugpassagiere von Innenstadt zu Innenstadt fahren und weniger Sicherheitskontrollen durchlaufen als Fluggäste. Schließlich bietet Eurostar auf den genannten Strecken mehr Kapazitäten an als alle Fluggesellschaften zusammen.

⁶⁰² Vgl. auch Tz. 895 ff., 963 ff.

5.5.4 Anwendung des SSNIP-Tests zur Marktabgrenzung

853. Am 17. November 2010 gab die Europäische Kommission den Zusammenschluss Unilever/Sara Lee gemäß Artikel 8 Absatz 2 FKVO unter Bedingungen und Auflagen frei.⁶⁰³ Der Zusammenschluss führte zu vielfachen Überschneidungen bei Produkten für die Körperpflege. Wettbewerbsbedenken erhob die Europäische Kommission allerdings nur in Bezug auf verschiedene nationale Märkte für Deodorants. Bemerkenswert ist die Entscheidung vor allem, weil die Wettbewerbsbehörde eine ökonomische Schätzung der wettbewerblchen Wirkungen des Zusammenschlusses (Effektanalyse, „merger simulation“) durchführte und in diesem Zuge auch einen SSNIP-Test zur Marktabgrenzung vorgenommen hat.⁶⁰⁴

854. Die Europäische Kommission setzte sich besonders intensiv mit den Märkten für Deodorants auseinander. Aufgrund ihrer qualitativen und quantitativen Ermittlungen grenzte sie separate Märkte für maskuline und nicht maskuline Deodorants ab. Die qualitative Untersuchung ergab unter anderem, dass für Männer vorgesehene Produkte fast ausschließlich von Männern verwendet werden, während bei femininen und Unisex-Produkten (nicht maskuline Produkte) eine generelle Substituierbarkeit feststellbar sei. Für eigenständige Märkte sprachen nach Auffassung der Europäischen Kommission zum einen die deutlichen Unterschiede bei Marketing sowie Produktdesign und Verpackung. Zum anderen nannte die Europäische Kommission die getrennte Positionierung im Einzelhandel. Hinzu kommen teilweise erhebliche Preisunterschiede und das ausschließlich auf Männer ausgerichtete Angebot bestimmter Marken. Ferner verwies die Wettbewerbsbehörde auf unterschiedliche Wachstumsraten für maskuline und nicht maskuline Produkte. Auch die Betrachtung der Angebotsumstellungsflexibilität führte nicht zu einer Zusammenfassung der Märkte für maskuline und nicht maskuline Produkte. Wie die Marktuntersuchung ergab, würde die Platzierung eines neuen maskulinen Deodorants ca. zwei Jahre in Anspruch nehmen und erhebliche Werbeaufwendungen erfordern.

855. Zusätzlich zur qualitativen Analyse führte die Europäische Kommission einen SSNIP-Test zur Marktabgrenzung durch.⁶⁰⁵ Hierbei wurde getestet, ob die Segmente der maskulinen und nicht maskulinen Deodorants getrennt betrachtet werden können. Auch die Ergebnisse des Tests implizierten, dass die beiden Märkte jeweils ge-

⁶⁰³ Vgl. auch Tz. 904 ff.

⁶⁰⁴ Der SSNIP-Test untersucht, ob es für einen hypothetischen monopolistischen Anbieter aller betrachteten Produkte profitabel wäre, eine kleine, aber signifikante und permanente Preiserhöhung vorzunehmen. Ist dies der Fall, weichen Kunden als Folge dieser Preiserhöhung nur in geringem Maß auf vorhandene Substitute aus und die Gesamtheit der betrachteten Produkte kann als relevanter Markt erachtet werden. Wenn dies nicht der Fall ist und substituierbare Produkte die Preiserhöhung unprofitabel machen, werden weitere Produkte in die Analyse mit einbezogen.

⁶⁰⁵ In der formalen praktischen Anwendung des SSNIP-Tests ist dazu die Schätzung der marginalen Kosten und der Nachfragfunktionen nötig.

trennt als relevante Märkte abzugrenzen sind. Kleine, aber signifikante Preiserhöhungen von 5 Prozent für alle nicht maskulinen Deodorants führten je nach Mitgliedstaat zu Profitsteigerungen von 4 bis etwa 25 Prozent. Ebenso zeigte sich, dass der Markt für maskuline Deodorants separat betrachtet werden kann, da dort fast ebenso große Profitsteigerungen erfolgen würden. Die Europäische Kommission legte selbst Wert darauf, diese Ergebnisse nicht überzubewerten, da sie allein nicht geeignet seien, den relevanten Markt abzugrenzen. Vielmehr sollten die Resultate im Kontext der gesamten Marktanalyse gesehen werden.

856. Es ist hervorzuheben, dass die vorliegende Fusionskontrollentscheidung – soweit ersichtlich – einen der ganz wenigen Fälle darstellt, in denen die Europäische Kommission den SSNIP-Test im Rahmen einer ökonomischen Analyse durchgeführt hat. Die Europäische Kommission hat in Fusionskontrollentscheidungen zwar bei der Marktabgrenzung mitunter den SSNIP-Test erwähnt. Es blieb aber in der Regel bei einer Befragung der Marktteilnehmer, die einschätzen sollten, wie sie auf eine kleine, aber signifikante und dauerhafte 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 auf Grundlage einer Nachfrageschätzung durchgeführt wurde. Im Rahmen dieser Analyse war es mit begrenztem zusätzlichem Aufwand möglich, einen quantitativen SSNIP-Test zu implementieren.

5.6 Wettbewerbliche Beurteilung

5.6.1 Einführung

857. Während des Berichtszeitraums 2010/2011 hat die Europäische Kommission vor allem die Anwendung des SIEC-Tests weiterentwickelt. In dem Verfahren Oracle/Sun Microsystems nahm sie die wettbewerbliche Prüfung ausschließlich anhand des Kriteriums der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs vor. Auf den Marktbehindertest ging sie dagegen – trotz Kritik der Zusammenschlussparteien – nicht ein. Nach eigenem Bekunden von Vertretern der Europäischen Kommission erleichterte der SIEC-Test auch in dem Fall T-Mobile/Orange die Entscheidungsfindung.

858. Wie in den vergangenen Jahren konzentrierte sich die Europäische Kommission bei ihren Untersuchungen auf die horizontalen Effekte. Dabei lag der Schwerpunkt auf der Prüfung nicht koordinierter Auswirkungen. Im Gegensatz zum vorangegangenen Berichtszeitraum sah sich die Europäische Kommission nur in wenigen Fällen, vor allem in den Verfahren Syngenta/Monsanto und BASF/Cognis, veranlasst, näher auf mögliche vertikale Auswirkungen einzugehen. Konglomerate Effekte prüfte sie vornehmlich in dem Zusammenschlussfall Intel/McAfee. In einigen weiteren Verfahren – unter anderem Abbott/Solvay Pharmaceuticals, Agilent/Varian, Cisco/Tandberg und Novartis/Alcon – untersuchte sie das Vorliegen nicht horizontaler Effekte nur relativ kurz. Die

Möglichkeit koordinierter Effekte wurde nur selten in Betracht gezogen und z. B. in dem Verfahren Votorantim/Fischer im Ergebnis abgelehnt.

859. Marktanteile bleiben zwar in der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission regelmäßig ein wichtiger Anhaltspunkt. Auch die Rechtsprechung bekräftigte in dem Verfahren Ryanair/Aer Lingus ihre Auffassung, wonach Marktanteile in Höhe von 50 Prozent 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. Dies steht im Einklang mit dem Ansatz der Europäischen Kommission, 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.

860. Für die Beurteilung, ob ein Zusammenschluss negative Wettbewerbswirkungen auslösen wird, ist ein Vergleich zu der Situation vor dem Zusammenschluss anzustellen. Die Frage, welches „counterfactual“ die Europäische Kommission zur Grundlage ihrer Entscheidung machen sollte, war in den Parallelfällen Seagate/Samsung und Western Digital/Viviti Technologies sowie in dem Verfahren SNCF/LCR/Eurostar von besonderer Relevanz.

861. Der seit einigen Jahren von der Europäischen Kommission verfolgte verstärkte ökonomische Ansatz in der Fusionskontrolle kommt unter anderem in einem vermehrten Einsatz von quantitativen Ermittlungsmethoden seitens der Wettbewerbsbehörde und der Verfahrensbeteiligten zum Ausdruck. Diese Entwicklung setzte sich während des Berichtszeitraums fort und veranlasste die Europäische Kommission, eine Mitteilung zu bewährten Verfahrensweisen bei der Übermittlung von ökonomischen Analysen und Daten vorzulegen. In der Entscheidungspraxis hervorzuheben sind die Fälle Unilever/Sara Lee und Kraft Foods/ Cadbury, in denen aufwendige Nachfrageschätzungen und Effektanalysen durchgeführt wurden. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Europäische Kommission wiederholt auf die Beschränkungen quantitativer Analysemethoden hingewiesen hat.

862. Bemerkenswert ist der Umstand, dass – soweit ersichtlich⁶⁰⁶ – in keinem der Fälle, die während des Berichtszeitraums nach Durchführung der Hauptprüfphase gemäß Artikel 8 FKVO entschieden worden sind, Effizienzgewinne vorgetragen wurden. Auch in den Entscheidungen, die in der Vorprüfphase unter Bedingungen und

⁶⁰⁶ Neben der Untersagungsentscheidung Olympic/Aegean Airways war zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses die Phase-II-Entscheidung Western Digital/Viviti Technologies, COMP/M.6203, nicht veröffentlicht. Von den Phase-I-Entscheidungen unter Bedingungen und Auflagen war die Entscheidung in dem Verfahren Teva/Cephalon, COMP/M.6258, unveröffentlicht. Eine abschließende Bewertung ist daher nicht möglich.

Auflagen gemäß Artikel 6 Absatz 1 lit. b i. V. m. Absatz 2 FKVO erlaubt worden sind, finden sich keine Anhaltspunkte für einen Effizienzseinwand seitens der Zusammenschlussparteien.⁶⁰⁷ Erwähnung finden Effizienzvorteile lediglich in zwei Entscheidungen. Im Fall Unilever/Sara Lee wurden im Rahmen der durchgeführten Effektanalyse auch die Effizienzgewinne geschätzt, die nötig gewesen wären, damit die erwartete Erhöhung der Endkundenpreise ausbliebe. In der Phase-I-Entscheidung Teva/Ratiopharm ging die Europäische Kommission anlässlich der Beschwerde eines Marktteilnehmers kurz auf mögliche konglomerate Effekte ein, deren Vorliegen sie im Folgenden verneinte. In diesem Zusammenhang wies sie darauf hin, dass die geltend gemachten Bedenken eher den Charakter eines Effizienzvorteils hätten.

5.6.2 SIEC-Test

863. Seit Inkrafttreten der neuen Fusionskontrollverordnung am 1. Mai 2004 werden Zusammenschlussvorhaben danach beurteilt, ob sie eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs („significant impediment of effective competition“ – sog. SIEC-Test) darstellen. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bleibt als Regelbeispiel für eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs relevant. Der SIEC-Test setzt aber keine Marktbeherrschung voraus. Dadurch können mit ihm auch Wettbewerbsbeschränkungen sanktioniert werden, ohne dass die Zusammenschlussparteien die höchsten Anteile auf dem relevanten Markt auf sich vereinigen.⁶⁰⁸

5.6.2.1 Der Fall Oracle/Sun Microsystems

864. Die Oracle/Sun Microsystems-Entscheidung stellt nach Ansicht der Monopolkommission ein gutes Beispiel für die Anwendung des SIEC-Tests durch die Europäische Kommission dar. Die Europäische Kommission hat das Zusammenschlussvorhaben am 21. Januar 2010 nach dem Hauptprüfverfahren ohne Bedingungen und Auflagen freigegeben.⁶⁰⁹ Oracle entwickelt und vertreibt Software-Lösungen für Unternehmen und bietet damit verbundene Dienstleistungen an. Zur Angebotspalette gehört unter anderem Datenbanksoftware. Sun bietet Hard- und Software sowie die damit verbundenen Dienst-

leistungen an. Der Zusammenschluss führt unter anderem zu einer horizontalen Überschneidung im Bereich der Datenbanken. Oracles Kernprodukt im Datenbankbereich ist die Oracle Database Enterprise Edition, die für High-End-Anwendungen konzipiert ist. Oracle bietet jedoch auch drei abgespeckte Versionen dieser Datenbank an, die auf Benutzer abzielen, die nicht alle Features der High-End-Version benötigen. Für diese Datenbanken verlangt Oracle eine Lizenzgebühr. Das wichtigste Datenbankprodukt von Sun ist MySQL. MySQL ist eine Open-Source-Datenbank und wird von Sun sowohl kostenfrei unter der Open-Source-Lizenz General Public License v2 („GPL-Lizenz“) im Internet zum Download als auch unter kommerzieller Lizenz angeboten.⁶¹⁰ Da jedoch nur die wenigsten Nutzer MySQL unter der kommerziellen Lizenz nutzen, betonte die Europäische Kommission bei der Prüfung der Wettbewerbsbehinderung den Open-Source-Charakter von MySQL.

865. Beachtenswert an der Vorgehensweise der Europäischen Kommission ist insbesondere, dass sie in diesem Zusammenschlussverfahren vollkommen auf die Prüfung der Marktbeherrschung verzichtet hat und die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch das Zusammenschlussvorhaben nur unter dem Aspekt des Wettbewerbsdrucks, den Sun mit der Datenbank MySQL auf Oracle und den Datenbankmarkt ausübte, überprüft hat. Sie analysierte, ob Sun mit MySQL eine wichtige Wettbewerbskraft darstellt, die vor dem Zusammenschluss Wettbewerbsdruck ausgeübt habe, der nach dem Zusammenschluss beseitigt würde. Dieses Vorgehen der Europäischen Kommission wurde von Oracle kritisiert. Oracle brachte vor, die Europäische Kommission habe in den meisten Fällen die Wettbewerbsbehinderung auf das Vorliegen einer beherrschenden Stellung sowie die Intensität des Wettbewerbs zwischen den Zusammenschlussparteien gestützt. Auch in Fällen, in denen sie die wettbewerbliche Behinderung auf die Beseitigung einer wettbewerblichen Kraft gestützt habe, habe der Zusammenschluss eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt oder es habe intensiver Wettbewerb zwischen den Unternehmen vorgelegen. Zudem führte Oracle an, dass die Horizontal-Leitlinien nur zwei Fälle aufführten, in denen ein Unternehmen eine wichtige Wettbewerbskraft darstelle; es handele sich entweder um ein kürzlich in den Markt eingetretenes Unternehmen, von dem zu erwarten sei, dass es in Zukunft spürbaren Wettbewerbsdruck ausübe, oder um ein innovatives Unternehmen. Da keiner dieser Fälle vorliege, seien die Voraussetzungen nicht erfüllt, um die Wettbewerbsbehinderung auf die Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft zu stützen.

866. Die Europäische Kommission wies diese Argumente richtigerweise zurück. Unter dem SIEC-Test muss die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gerade nicht mehr in allen Fällen nachgewiesen werden, um ein Zusammenschlussvorhaben für

⁶⁰⁷ Am 1. Februar 2012 untersagte die Europäische Kommission den Zusammenschluss Deutsche Börse/NYSE Euronext, COMP/M.6166. Aus der Pressemitteilung zu der bislang unveröffentlichten Verbotsentscheidung geht hervor, dass die Zusammenschlussparteien in diesem Verfahren Effizienzgewinne vorgetragen haben. Die Europäische Kommission stellte fest, dass die möglicherweise erzielten Effizienzgewinne jedenfalls nicht ausreichen, um den durch den Zusammenschluss verursachten Schaden für die Verbraucher auszugleichen, IP/12/94.

⁶⁰⁸ Vgl. Erwägungsgrund 25 FKVO. Danach ist der Begriff „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ dahin gehend auszulegen, „dass er sich über das Konzept der Marktbeherrschung hinaus ausschließlich auf diejenigen wettbewerbsschädigenden Auswirkungen eines Zusammenschlusses erstreckt, die sich aus nicht koordiniertem Verhalten von Unternehmen ergeben, die auf dem jeweiligen Markt keine beherrschende Stellung haben würden.“

⁶⁰⁹ EU-Kommission, Entscheidung vom 21. Januar 2010, COMP/M.5529.

⁶¹⁰ Kommerzielle Lizenznehmer können Anwendungen oder Produkte, in die der ursprüngliche Code eingebettet ist, als Closed-Source vertreiben.

unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären. Die Fusionskontrollverordnung erläutert in Erwägungsgrund 25, dass über das Konzept der Marktbeherrschung hinaus auch dann eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs vorliegt, wenn ein Zusammenschluss wettbewerbschädigende Auswirkungen hat, die sich aus nicht koordiniertem Verhalten von Unternehmen, die keine beherrschende Stellung haben, ergeben. Die Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission führen aus, dass solche nicht koordinierten Wirkungen den wirksamen Wettbewerb erheblich behindern können, indem wichtiger Wettbewerbsdruck für ein oder mehrere Unternehmen beseitigt wird, die dadurch ihre Marktmacht erhöhen, ohne auf ein koordiniertes Verhalten zurückgreifen zu müssen.⁶¹¹ In den Horizontal-Leitlinien ist dargelegt, welche Faktoren die Europäische Kommission als entscheidend ansieht, um zu beurteilen, ob ein Zusammenschluss zu einer Beseitigung wichtigen Wettbewerbsdrucks für das bzw. die Unternehmen führt. Diese Faktoren beinhalten beispielsweise hohe Marktanteile sowie die Wettbewerbsnähe der fusionierenden Unternehmen. Die Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft durch den Zusammenschluss ist auch ein solcher Faktor. Es ist jedoch ebenfalls in den Horizontal-Leitlinien erklärt, dass die dort aufgeführten Faktoren keine abschließende Aufzählung darstellen.

867. Die Monopolkommission stimmt der Europäischen Kommission darum darin zu, dass die Wettbewerbsbehörde nicht verpflichtet war zu beweisen, dass die Zusammenschlussparteien eine marktbeherrschende Stellung einnehmen oder dass sie nahe Wettbewerber darstellen. Im Hinblick auf die Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft durch den Zusammenschluss führt die Europäische Kommission in ihren Horizontal-Leitlinien aus, dass einige Unternehmen auf den Wettbewerbsprozess einen größeren Einfluss haben, als anhand ihrer Marktanteile zu vermuten wäre. Ein Zusammenschluss unter Beteiligung eines solchen Unternehmens könnte die Wettbewerbsdynamik in einer spürbar wettbewerbswidrigen Weise verändern, insbesondere wenn es sich um einen bereits konzentrierten Markt handelt. Diesem Kriterium unterfallen dem Wortlaut der Horizontal-Leitlinien nach jedoch nicht nur die Fälle, in denen ein Unternehmen jüngst in den Markt eingetreten ist. Dieser Fall stellt nur ein Beispiel dar.

868. Bei der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens prüfte die Europäische Kommission folglich, welcher Wettbewerbsdruck von MySQL vor dem geplanten Zusammenschluss ausging, inwiefern dieser nach dem Zusammenschluss beseitigt würde und in welchem Maß andere Wettbewerber nach dem Zusammenschluss Wettbewerbsdruck auf Oracle ausüben könnten. Die Europäische Kommission erläuterte hierbei, dass der Fall aufgrund des Open-Source-Charakters von MySQL besondere Aspekte aufweise, die bei diesen Prüfungspunkten zu berücksichtigen seien.

869. Die Europäische Kommission untersuchte zunächst, ob MySQL und Oracle miteinander in Wettbewerb stehen und MySQL deshalb das Potenzial hat, einen wichtigen Wettbewerbsdruck auf Oracle und die anderen Anbieter proprietärer Datenbanken auszuüben. Der von MySQL ausgehende Wettbewerbsdruck werde von mehreren Eigenschaften von MySQL bestimmt: Das Geschäftsmodell von MySQL sei vor allem durch die modulare Architektur von MySQL, niedrige Preise und das Nichtbestehen einer Bindung an einen Anbieter gekennzeichnet. MySQL hat einen modularen Ansatz, der von den anderen verbreiteten Datenbanken differiert; MySQL besteht aus drei Schichten: den Speicher-Engines, dem MySQL-Server sowie den Tools. Die Schnittstellen zwischen diesen drei Schichten sind dokumentiert und können von Dritten dazu genutzt werden, Software zu entwickeln. Hierdurch ist es möglich, dass die Tools und Speicher-Engines auf individuelle Nutzer angepasst werden. Von Drittanbietern wurde auch ein großes Angebot an Speicher-Engines entwickelt, um verschiedenen Bedürfnissen zu dienen. Durch diese Wahlmöglichkeiten können Kunden die für sie am besten geeignete Speicher-Engine auswählen. Aufgrund dieser Modulararchitektur und der Verfügbarkeit von multiplen Speichermodulen kann MySQL verschiedene Teilsegmente des Marktes gleichzeitig abdecken. Hierdurch wird die Wettbewerbsfähigkeit von MySQL in den verschiedenen Segmenten des Marktes erhöht. Der von MySQL ausgehende Wettbewerbsdruck habe zudem einen dynamischen Aspekt, da durch den modularen Ansatz von MySQL die Entwicklung von Speicher-Engines durch Drittanbieter begünstigt werde, die auf diese Weise die Funktionalität von MySQL für bestimmte Anwendungen erweiterten. Der Wettbewerbsdruck gehe damit nicht nur von MySQL aus, sondern auch von den Drittanbietern von Speicher-Engines. Da aufgrund des Open-Source-Modells von MySQL jeder Supportdienstleistungen anbieten könne, sei die Bindung an einen Anbieter gering, was MySQL für Kunden noch attraktiver mache. Es sei zu erwarten, dass MySQL auch in Zukunft weiterentwickelt und damit potenziell zu einer dynamischen Wettbewerbskraft werde.

870. Um den von MySQL auf Oracle ausgehenden Wettbewerbsdruck nachzuweisen, analysierte die Europäische Kommission verschiedene Informationsquellen: zwei interne Datenbestände von Oracle, interne Dokumente von Oracle und Sun, Erhebungen sowie die von der Europäischen Kommission auf ihre Fragebögen erhaltenen Antworten von Wettbewerbern und Kunden von Oracle und Sun. Im Ergebnis folgerte die Europäische Kommission, dass MySQL potenziell einen wichtigen Wettbewerbsdruck auf Oracle und andere gewerbliche Datenbankanbieter ausüben könne, insbesondere im KMU-Segment, dem Low-End-Segment und in einigen Teilen des Segments für eingebettete Datenbanken. Insbesondere im High-End-Segment übe MySQL jedoch keinen Wettbewerbsdruck auf Oracle aus. Zusätzlich zu dieser statischen Betrachtungsweise beurteilte die Europäische Kommission den Wettbewerbsdruck jedoch auch von einem dynamischen Blickwinkel aus: In den letzten Jahren sei MySQL stufenweise um Leistungen ergänzt

⁶¹¹ Vgl. Horizontal-Leitlinien, Rn. 22.

worden, die sonst nur bei höherpreisigen proprietären Datenbanken anzutreffen waren. Dies sowie die Innovationen Dritter begünstigende Modulararchitektur von MySQL führten zu einer besonderen Art von Wettbewerbsdruck, der von MySQL ausgehe, da die Funktionalität von MySQL für bestimmte High-End-Anwendungen erweitert werde.

871. Nach dem Zusammenschluss könnte erwartet werden, dass die Datenbanken von Oracle und MySQL nicht mehr miteinander im Wettbewerb stehen, da sie von demselben Anbieter angeboten würden. Mögliche Bedenken waren, dass Oracle aufhören könnte, MySQL unter der GPL-Lizenz anzubieten oder weiterzuentwickeln. Darüber hinaus könnte Oracle den von den Drittanbietern von Speicher-Engines ausgehenden Wettbewerbsdruck dadurch eliminieren, dass die Schnittstelle verändert wird oder den Drittanbietern von Speicher-Engines die kommerziellen Lizenzen, die zur Vermarktung proprietärer Versionen von Speicher-Engines für MySQL nötig sind, nicht mehr gewährt werden. Die Europäische Kommission hob hervor, dass sie aufgrund des Open-Source-Charakters von MySQL die Prüfung nicht mit diesem Aspekt beendete, sondern weiter untersuchte und bewertete, inwiefern Oracle in der Lage sei und Anreize hätte, MySQL nach dem Zusammenschluss zu verschlechtern oder zu beenden.

872. Die Europäische Kommission folgerte, dass die Fähigkeit und Anreize von Oracle, MySQL nach dem Zusammenschluss zu verschlechtern oder zu beseitigen, aufgrund der Verfügbarkeit von MySQL unter der GPL-Lizenz beschränkt wäre. Hierbei berücksichtigte sie auch die öffentlichen Ankündigungen von Oracle. Mit diesen sagte Oracle unter anderem zu, MySQL auch in Zukunft unter der Open-Source-Lizenz zu verbessern und nachfolgende Versionen ebenfalls unter der Open-Source-Lizenz zur Verfügung zu stellen sowie die kommerziellen Lizenzen bis Dezember 2014 zu verlängern. Die Europäische Kommission führte zu den öffentlichen Ankündigungen aus, dass diese keine formellen Abhilfemaßnahmen darstellten. Es handele sich jedoch um faktische Elemente, die von der Europäischen Kommission zusammen mit den anderen Elementen des Zusammenschlusses in ihre Beurteilung einbezogen werden müssten, um die wahrscheinlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem Datenbankmarkt zu beurteilen.⁶¹² Im Ergebnis schlussfolgerte die Europäische Kommission, das Oracle wahrscheinlich MySQL auch nach dem Zusammenschluss noch anbieten und fördern würde. Im Hinblick auf den dynamischen Druck, der von MySQL ausgehe, reduzierten die öffentlichen Ankündigungen von Oracle, die die Anbieter von Speicher-Engines betreffen, höchstwahrscheinlich Oracles Möglichkeit, auf MySQL basierende Produkte zu benachteiligen.

873. Danach prüfte die Europäische Kommission, inwieweit andere Open-Source-Datenbanken oder MySQL-Ableger den zurzeit von MySQL ausgeübten Wettbe-

werbsdruck aufrechterhalten könnten, falls MySQL nach dem Zusammenschluss vom Markt genommen würde. Im Ergebnis ergab die Analyse der Europäischen Kommission, dass andere Open-Source-Datenbanken, insbesondere die Datenbank PostgreSQL, möglicherweise nach dem Zusammenschluss einen hinreichenden Wettbewerbsdruck auf Oracle ausüben und den zurzeit von MySQL ausgeübten Wettbewerbsdruck zeitnah und in ausreichendem Maß ersetzen könnten. Zudem schloss die Europäische Kommission nicht aus, dass sich Ableger von MySQL so entwickeln könnten, dass sie Wettbewerbsdruck auf Oracle ausüben könnten. Im Ergebnis folgerte die Wettbewerbsbehörde, dass das Zusammenschlussvorhaben nicht zu einer Behinderung des Wettbewerbs auf dem Datenbankmarkt führe.

874. Die Analyse der Europäischen Kommission ist kritikwürdig. Es ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen die Europäische Kommission davon ausgeht, dass von PostgreSQL oder von MySQL-Ablegern zeitnah ein hinreichender Wettbewerbsdruck ausgehen könnte. Insgesamt hält die Monopolkommission diese Beurteilung für sehr optimistisch, wenn man den geringen Erfolg von PostgreSQL und den MySQL-Ablegern in der Vergangenheit betrachtet. Die Europäische Kommission hat in der Entscheidung selbst ausgeführt, dass es ihrer Marktuntersuchung zufolge mehrere Jahre dauern werde, bis PostgreSQL auf dem Datenbankmarkt Wettbewerb ausüben könnte, und dass der Erfolg von PostgreSQL zurzeit beschränkt sei. Aus diesem Grund ist für die Monopolkommission unklar, wieso von PostgreSQL zeitnah genügend Wettbewerbsdruck auf Oracle und andere proprietäre Datenbankanbieter ausgehen soll. Im Hinblick auf MySQL-Ableger hat die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung ausführlich analysiert, welche Hindernisse einem Markteintritt eines MySQL-Ablegers im Wege stehen. Der Europäischen Kommission ist zwar grundsätzlich darin zuzustimmen, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein MySQL-Ableger Erfolg hat und/oder dass bei einem Marktaustritt von MySQL ein großes Software-Unternehmen einen MySQL-Ableger sponsort oder dort einsteigt. Die Monopolkommission hält diese Annahmen jedoch insgesamt für zu fernliegend, um die Annahme möglichen Wettbewerbsdrucks begründen zu können.

5.6.2.2 Der Fall T-Mobile/Orange

875. Im März 2010 gab die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben T-Mobile/Orange unter Bedingungen und Auflagen nach dem Vorprüfverfahren frei. Die Deutsche Telekom und France Télécom meldeten die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens an, in das sie ihre britischen 100-Prozent-Mobilfunktochter T-Mobile UK und Orange UK einbringen wollten. Die Aktivitäten von T-Mobile und Orange überschneiden sich in mehreren Märkten, unter anderem im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste sowie dem Vorleistungsmarkt für Netzzugang und Verbindungsaufbau in öffentliche Mobilfunknetze.

⁶¹² In Abschnitt 5.7.5 in diesem Kapitel unterzieht die Monopolkommission die öffentlichen Zusicherungen von Oracle einer Bewertung.

876. Auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste sind fünf Anbieter mit (zumindest teilweise) eigenem Netz tätig sowie mehr als 25 Anbieter, die über kein eigenes Netz verfügen, sondern auf die Netzinfrastruktur der anderen Anbieter zurückgreifen (sog. Mobile Virtual Network Operators, MVNOs). Nach dem Zusammenschluss hätte das neu gegründete Gemeinschaftsunternehmen einen Marktanteil sowohl nach Abnehmern als auch nach Umsatz von um die 30 Prozent.⁶¹³ Mit Vodafone und O2 sind jedoch noch weitere starke Wettbewerber vorhanden. Die MVNOs haben zusammen einen Marktanteil von 10 bis 20 Prozent. Der Anbieter 3UK habe zwar nur einen Marktanteil von 5 bis 10 Prozent, übe jedoch wegen seiner niedrigen Preise und innovativen Geschäftsmodelle einen starken Wettbewerbsdruck auf die anderen Mobilfunkanbieter aus. Auf Grundlage des untersuchten Wechselverhaltens der Mobilfunkkunden stellte die Europäische Kommission zudem fest, dass die Parteien keine besonders nahen Wettbewerber sind. Aus diesem Grund folgerte sie, dass der Markt auch nach dem Zusammenschluss noch von Wettbewerb geprägt sein werde.

877. Auf dem Vorleistungsmarkt für Netzzugang und Verbindungsaufbau in öffentliche Mobilfunknetze würde sich die Zahl der Mobilfunkanbieter mit eigener Netzinfrastruktur von fünf auf vier verringern. Das neu gegründete Gemeinschaftsunternehmen hätte einen Marktanteil von 40 bis 50 Prozent, während Vodafone und O2 jeweils 20 bis 30 Prozent Marktanteil hätten. Da 3UK nur ein 3G-Netzwerk unterhält (und seine 2G-Dienstleistungen durch ein Roaming-Abkommen mit Orange anbietet), ist der Marktanteil von 3UK in diesem Markt gering. Die Europäische Kommission erwähnte zwar, dass sich die Konzentrationstendenzen nach dem Zusammenschluss noch verstärken würden, wenn man die bestehenden Netzwerknutzungs- und Kooperationsverträge berücksichtigen würde; so könnte argumentiert werden, dass nach dem Zusammenschluss nur zwei Netzwerkallianzen übrig blieben: auf der einen Seite Orange zusammen mit den bereits vor dem Zusammenschluss kooperierenden T-Mobile und 3UK und auf der anderen Seite die kooperierenden Anbieter Vodafone und O2. Allerdings ist die Europäische Kommission dem nicht nachgegangen. Geprüft wurde zudem, ob die Möglichkeit der Reduzierung von Netzkapazität durch Rationalisierungsmaßnahmen nach dem Zusammenschluss besteht; diesbezüglich bestanden jedoch letztlich keine Wettbewerbsbedenken.

878. Sowohl bei ihrer Prüfung des Endkundenmarktes für Mobilfunkdienste als auch bei der Prüfung des Vorleistungsmarktes für Netzzugang und Verbindungsaufbau in öffentliche Mobilfunknetze stellte die Europäische Kommission zunächst fest, dass keine unmittelbaren Wettbewerbsbedenken bestünden. Sie erläuterte jedoch, dass diese Beurteilung nicht von der Analyse der Netzteil-

lungsvereinbarung zwischen T-Mobile und 3UK sowie der Konzentration der Frequenzen der Zusammenschlussparteien im 1.800-Mhz-Bereich zu trennen sei.

879. Die Europäische Kommission äußerte Wettbewerbsbedenken im Hinblick darauf, dass der Zusammenschluss die Möglichkeit und Anreize bieten würde, 3UK als Wettbewerbskraft im britischen Markt zu beseitigen. 3UK verfügt lediglich über ein 3G-Netz. Darum hat 3UK zwei Netzwerkvereinbarungen getroffen: Zum einen besteht mit Orange ein nationales Roaming-Abkommen im Hinblick auf das 2G-Netz, da 3UK kein eigenes 2G-Netz hat; zum anderen hat 3UK mit T-Mobile eine 3G-RAN-Teilungsvereinbarung getroffen (RAN steht für Radio Access Network Sharing Agreement, Funkzugangnetz). Unter dieser Vereinbarung integrieren die beiden Unternehmen ihre Netzwerke mit dem Ziel, ein einziges Netzwerk zu schaffen, welches von einem Gemeinschaftsunternehmen verwaltet wird. Die Europäische Kommission hatte wettbewerbsliche Bedenken im Hinblick auf die Zukunft dieser RAN-Teilungsvereinbarung. Dies begründet sie damit, dass das Geschäftsmodell von 3UK auf die Nutzung dieses Netzes ausgerichtet sei und die Teilungsvereinbarung für ein wettbewerbsfähiges 3G-Netz von 3UK essenziell sei. Zwar könnte T-Mobile den Vertrag kurzfristig nur unter Inkaufnahme signifikanter Vertragsstrafen beenden, es bestünde jedoch die Möglichkeit, die Durchführung des Vertrags zu erschweren, ohne sich einer Haftung auszusetzen. So sei es laut 3UK beispielsweise möglich, dass T-Mobile seine Kunden ins Netz von Orange leite und die Investitionen in das mit 3UK geteilte Netz beschränke, was letztlich die Qualität dieses Netzes beeinträchtigen würde. Ein solch unkooperatives Verhalten sei zwar eigentlich vertraglich verboten, allerdings schwierig nachzuweisen und würde komplexe Prozesse mit ungewissem Ausgang mit sich bringen. Da das von den Zusammenschlussparteien geplante Gemeinschaftsunternehmen die Zusammenführung der Netze von T-Mobile und Orange vorsieht und es der Europäischen Kommission unklar war, wie dies im Verhältnis zur Netzteilungsvereinbarung mit 3UK ausgeführt werden soll, kam sie zu dem Ergebnis, dass T-Mobile nach dem Zusammenschluss das Abkommen frühzeitig beenden oder zumindest die Durchführung beeinträchtigen könnte. Bezüglich der Frage, ob T-Mobile auch Anreize hat, das Abkommen frühzeitig zu beenden, erläuterte die Europäische Kommission, dass es sich hierbei um eine sehr komplexe Frage handele, da die jeweilige Anreize monetär berechnet und gegenkalkuliert werden müssten. Die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission beschränkten sich allerdings nicht nur auf die Möglichkeit der kompletten Abschottung von 3UK vom Markt, sondern bezogen sich auch darauf, dass die Position von 3UK auf dem Markt ernsthaft geschwächt wird. Die Europäische Kommission konnte nicht ausschließen, dass T-Mobile, auch ohne den Vertrag zu beenden, das mit 3UK geteilte Netz und dadurch auch die Position von 3UK schwächt.

880. Ohne diesen Netzteilungsvertrag wäre es 3UK zufolge schwierig bis unmöglich, im Markt zu bleiben, sodass der Zusammenschluss kurz- bis mittelfristig zu ei-

⁶¹³ Während in Rn. 42 und 44 der Entscheidung von 20 bis 30 Prozent Marktanteil des fusionierten Unternehmens die Rede ist, wird in Rn. 64 der gemeinsame Marktanteil der Zusammenschlussparteien mit 30 bis 40 Prozent angegeben. Aus diesem Grund geht die Monopolkommission davon aus, dass sich der gemeinsame Marktanteil um die 30 Prozent bewegt.

ner Reduktion der Wettbewerber im Markt von fünf auf drei führen würde. Die Europäische Kommission führte aus, dass viele Marktteilnehmer 3UK als wichtige Wettbewerbskraft und als innovativsten Anbieter im Markt sehen. Hieraus folgerte die Europäische Kommission, dass der Marktaustritt von 3UK oder das Abschwächen seiner Marktstellung erhebliche Auswirkungen auf den britischen Mobilfunkendkundenmarkt haben würde. Als Abhilfemaßnahme unterschrieben die Zusammenschlussparteien eine geänderte Vereinbarung mit 3UK, in der unter anderem die Möglichkeit zur frühzeitigen Kündigung entfernt wurde.

881. Bei der Prüfung des Zusammenschlusses sah die Europäische Kommission einen weiteren problematischen Punkt darin, dass das fusionierte Unternehmen ein gemeinsames Frequenzspektrum von 2x80 MHz im 1 800-MHz-Band halten würde. Mit diesem Frequenzspektrum hätte das fusionierte Unternehmen fast die Hälfte der vergebenen Frequenzen (2x167 MHz) in diesem Bereich. Damit wäre es ausschließlich dem fusionierten Unternehmen möglich, den künftigen neuen Standard LTE (Long Term Evolution) in optimaler Qualität (volle Geschwindigkeit, gute Abdeckung) anzubieten, da hierzu zusammenhängende Frequenzen von 2x20 MHz reserviert sein müssen. Andere Anbieter hätten nicht die notwendige Bandbreite an Frequenzen, um einen solchen Bereich für die Nutzung von LTE freizumachen. Damit hätten sie einen deutlichen Wettbewerbsnachteil und könnten nur ein deutlich schlechteres Produkt anbieten. Die Parteien argumentierten unter anderem, dass es für den Aufbau eines LTE-Netzes nicht notwendig sei, 2x20 MHz an zusammenhängenden Frequenzen zu haben. Die Europäische Kommission hielt es zwar für möglich, durch eine Kombination aus 800- oder 900-MHz-Frequenzen und 2 600-MHz-Frequenzen ein weiteres LTE-Netz aufzubauen. Die 2 600-MHz-Frequenzen werden jedoch erst in den kommenden Jahren versteigert. Zudem hätten die Parteien dennoch einen signifikanten technologischen Vorsprung gegenüber den Wettbewerbern in Bezug auf die maximale Download-Geschwindigkeit und möglicherweise auch auf die Stabilität in der Bereitstellung niedriger Download-Raten. Außerdem hätten die Parteien einen deutlichen Zeitvorsprung wegen der Ungewissheit, wann die Frequenzen versteigert werden und wie lange die Wettbewerber benötigen, um die 800- oder 900-MHz-Frequenzen für LTE freizumachen. Des Weiteren bietet das 2 600-MHz-Spektrum eine niedrigere Abdeckung als das 1 800-MHz-Spektrum, sodass es nur für Städte geeignet ist. Ohne den Zusammenschluss schien es der Europäischen Kommission wahrscheinlich, dass mehr als ein LTE-Netz im britischen Markt entstehen würde. Die Europäische Kommission schlussfolgerte darum, dass aufgrund der Konzentration der Frequenzen im 1 800-MHz-Spektrum ernsthafte Bedenken bezüglich der Endkunden- und Vorleistungstelekommunikationsmärkte bestünden. Als Abhilfemaßnahme müssen die Zusammenschlussparteien 2x15 MHz aus ihrem 1 800-MHz-Spektrum veräußern.

882. Die Europäische Kommission erläuterte gegenüber der Monopolkommission, dass es sich bei dem Zu-

sammenschluss T-Mobile/Orange um einen Fall gehandelt habe, bei dem der SIEC-Test gegenüber dem Marktbeherrschungstest eine einfachere Handhabung ermöglicht habe. Durch die Abhilfemaßnahme im Hinblick auf die Netzteilungsvereinbarung wurde erreicht, dass T-Mobile und 3UK ihren Vertrag in kurzer Zeit so angepasst haben, dass die Bedenken bezüglich einer möglichen Abschottung von 3UK im Markt beseitigt wurden. Unter dem Marktbeherrschungstest wäre das fusionierte Unternehmen auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste wohl nicht als marktbeherrschend angesehen worden. Gegen eine marktbeherrschende Stellung sprechen der relativ geringe Marktanteil des fusionierten Unternehmens von ungefähr 30 Prozent sowie der geringe Abstand auf die zweit- und drittstärksten Wettbewerber im Markt, die einen Marktanteil in Höhe von 10 bis 20 Prozent haben. Ob unter dem alten Marktbeherrschungskriterium eine marktbeherrschende Stellung auf dem Vorleistungsmarkt für Netzzugang und Verbindungsaufbau vorgelegen hätte, kann die Monopolkommission angesichts der wenigen sich ihr aus der öffentlichen Fassung der Entscheidung ergebenden Informationen nicht beurteilen.

Im Ergebnis lässt sich jedoch festhalten, dass das SIEC-Kriterium hier eine einfachere Prüfung der Wettbewerbsbedenken ermöglicht hat. Die Europäische Kommission hat zunächst den Markt der Mobilfunkdienste für Endkunden sowie den Vorleistungsmarkt für Netzzugang und Verbindungsaufbau in öffentliche Mobilfunknetze unabhängig von ihren Bedenken im Hinblick auf die Netzteilungsvereinbarung zwischen T-Mobile und 3UK sowie bezüglich der Konzentration der Frequenzen im 1 800-MHz-Bereich geprüft. Ob diese beiden Punkte wettbewerblich problematisch sind, hat sie hierbei ausdrücklich offengelassen. Sie hat erläutert, dass bezüglich dieser beiden Märkte keine wettbewerblichen Bedenken bestehen, dass diese Analyse jedoch nicht von der Beurteilung der Netzteilungsvereinbarung sowie der Konzentration der Frequenzen getrennt werden kann. Die Wettbewerbsbedenken im Hinblick auf die Netzteilungsvereinbarung sowie die Konzentration der Frequenzen hat sie danach separat und losgelöst von den zuvor definierten Märkten und den festgestellten Marktanteilen geprüft. Diese Prüfungsreihenfolge wäre unter dem alten Marktbeherrschungskriterium so nicht möglich gewesen. Die Wettbewerbsbedenken hätten dort nach der Definition des Marktes sowie der Marktanteilsanalyse ausgeführt und analysiert werden müssen. Hier ermöglicht der SIEC-Test eine einfachere und praktischere Handhabung, da die beiden wettbewerbsbedenklichen Punkte ansonsten zunächst bezüglich des Endkundenmarktes und dann bezüglich des Vorleistungsmarktes hätten erläutert werden müssen. Bei der Prüfung der Konzentration der Frequenzen sowie der daraus resultierenden Vormachtstellung für den in der Zukunft liegenden Aufbau eines neuen LTE-Netzes erwies sich die Analyse nach dem SIEC-Test ebenfalls als einfacher gegenüber dem alten Marktbeherrschungstest. Die aus der Konzentration der Frequenzen resultierende Vormachtstellung für eine zukünftige, innerhalb der nächsten Jahre in Großbritannien zu entwickelnde Technologie kann den Zusammenschlussparteien in der Zukunft eine marktmächtige Stellung verleihen, dies lässt sich jedoch

an den derzeitigen Marktanteilen nach dem Zusammenschluss nicht messen. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Europäische Kommission im vorliegenden Fall auch abseits von der reinen Marktbeherrschung liegende Wettbewerbsprobleme erkannt und – durch die Abhilfemaßnahmen – gelöst hat. Im Ergebnis kann sich die Europäische Kommission bei Zusammenschlüssen, bei denen es zu gemeinsamen Marktanteilen von 30 bis 50 Prozent kommt, aufgrund des SIEC-Tests vollends auf die wettbewerblichen Bedenken konzentrieren, ohne dass sie den Marktanteilen eine erhöhte Beachtung beimessen muss.

883. An der Zusammenschlussentscheidung T-Mobile/Orange ist jedoch ein Punkt zu kritisieren. Zunächst hat die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung im Hinblick auf die Situation auf dem Vorleistungsmarkt für Netzzugang und Verbindungsaufbau in öffentliche Mobilfunknetze selbst ausgeführt, dass es möglich sei zu argumentieren, dass in der Folge des Zusammenschlusses nur noch zwei Netzwerkallianzen im Markt verbleiben. Hierauf geht die Europäische Kommission jedoch nicht weiter ein, sondern begnügt sich mit dem Hinweis, dass im Rahmen der Marktuntersuchung keine substantiierten Einwände bezüglich einer möglicherweise zu starken Konzentration eingegangen sind. Hier hätte die Europäische Kommission nach Ansicht der Monopolkommission von Amts wegen prüfen müssen, ob aufgrund dieser Konzentration wettbewerbliche Bedenken bestehen. Darüber hinaus erwähnt sie selbst, dass keine substantiierten Einwände vorgetragen wurden; daraus kann gefolgert werden, dass dieser Punkt im Rahmen der Marktuntersuchung durchaus von Marktteilnehmern angeführt wurde. Erschwerend kommt nach Ansicht der Monopolkommission hinzu, dass diese Bedenken und Konzentrationstendenzen auch nach der Abhilfemaßnahme weiter bestehen: So wird durch die Abhilfemaßnahme gerade die Zusammenarbeit zwischen T-Mobile und 3UK bezüglich des 3G-Netzes gestärkt, wodurch die Konzentration des Marktes auf zwei Netzwerkallianzen allerdings ebenfalls erhöht wird. Ob das insgesamt gefundene Ergebnis der Europäischen Kommission – Freigabe des Zusammenschlusses nach Abhilfemaßnahmen – bei einer eingehenden Untersuchung dieses Punktes anders ausgefallen wäre, kann die Monopolkommission aufgrund der dünnen Informationslage nicht beurteilen. Sie vertritt jedoch die Auffassung, dass dieser Punkt auf jeden Fall ausführlicher hätte untersucht werden müssen.

5.6.3 Relativierung von Marktanteilen

884. Trotz eines seit einigen Jahren verstärkten ökonomischen Ansatzes in der europäischen Fusionskontrolle bleiben Marktanteile in vielen Fällen ein wichtiger Bewertungsfaktor. Wie die Europäische Kommission in den Horizontal-Leitlinien ausführt, bilden Marktanteile erste Anhaltspunkte für die Marktstruktur und die wettbewerbliche Bedeutung der Fusionspartner und ihrer Mitbewerber. Hiernach nimmt die Wahrscheinlichkeit, dass ein Unternehmen Marktmacht ausübt, mit seinem Marktanteil zu.⁶¹⁴ Diese Auffassung wird durch die neueste Recht-

sprechung gestützt. In dem Verfahren Ryanair/Europäische Kommission bekräftigte das Gericht der Europäischen Union seine Auffassung, dass besonders hohe Marktanteile – von außergewöhnlichen Umständen abgesehen – als solche den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung liefern. Davon sei bei einem Marktanteil in Höhe von 50 Prozent auszugehen⁶¹⁵.

885. Festzustellen ist jedoch auch, dass die Europäische Kommission seit einigen Jahren bei der Beurteilung von Marktanteilen stärker differenziert und die von ihr ermittelten Marktanteile in Einzelfällen relativiert. Dies kann – wie im Fall BASF/Cognis⁶¹⁶ – dazu führen, dass trotz hoher Marktanteile des neuen Unternehmens keine Wettbewerbsbedenken geltend gemacht werden. Ebenso geht die Europäische Kommission davon aus, dass niedrige Marktanteile eines Unternehmens seinen Einfluss auf den Wettbewerbsprozess nicht stets richtig wiedergeben. Dies ist laut Horizontal-Leitlinien beispielsweise der Fall, wenn ein Unternehmen erst kürzlich in den Markt eingetreten ist, von dem zu erwarten ist, dass es in Zukunft spürbaren Wettbewerbsdruck ausüben wird.⁶¹⁷ Diese Entscheidungspraxis hat die Europäische Kommission im Berichtszeitraum unter anderem in den Verfahren CAT/MWM⁶¹⁸, Oracle/Sun Microsystems⁶¹⁹ und DB/Arriva⁶²⁰ weitergeführt.

886. Im Fall BASF/Cognis ermittelte die Europäische Kommission im Rahmen ihrer Untersuchung von vertikalen Effekten des Zusammenschlusses hohe weltweite und EU-weite Marktanteile von BASF auf dem Markt für Hydroxylammoniumsulfate. Nach Auffassung der Europäischen Kommission bildeten die Marktanteile jedoch kein Indiz für die Marktmacht von BASF, weil eine Reihe von Wettbewerbern ebenfalls in der Herstellung dieser Sulfate aktiv waren, aber nur einen geringen Anteil ihrer Produktion für den Handelsmarkt zur Verfügung stellte. Der größere Teil der Produktion wurde jeweils unternehmensintern genutzt.

887. Der Zusammenschluss Oracle/Sun Microsystems betraf den Markt für Datenbanken, der sich nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission als hoch konzentriert darstellte. So hielten in 2008 die drei größten Wettbewerber Oracle, IBM und Microsoft zusammen 80 bis 90 Prozent der Marktanteile nach Umsätzen. Hierbei entfielen auf Oracle 40 bis 50 Prozent, auf IBM 20 bis 30 Prozent und auf Microsoft 10 bis 20 Prozent. Der nach Umsätzen berechnete Marktanteil von MySQL war mit 0 bis 5 Prozent sehr gering. Da MySQL jedoch vorwiegend kostenlos vertrieben wurde, würde sich selbst eine sehr hohe Anzahl an Nutzern von MySQL nicht in einem hohen Marktanteil von MySQL niederschlagen. Die Europäische Kommission folgerte daraus, dass die nach Umsätzen berechneten Marktanteile nicht hinreichend seien, um die Wettbewerbsposition von MySQL widerzu-

⁶¹⁴ Vgl. Horizontal-Leitlinien, Rn. 14, 27.

⁶¹⁵ Vgl. hierzu Tz. 987.

⁶¹⁶ Vgl. auch Tz. 931.

⁶¹⁷ Vgl. Horizontal-Leitlinien, Rn. 37.

⁶¹⁸ Vgl. zur Marktabgrenzung und Marktanteilsanalyse Tz. 826 ff.

⁶¹⁹ Vgl. auch Tz. 864, 957 ff.

⁶²⁰ Vgl. auch Tz. 839 ff.

spiegeln. Eine Berechnung der Gesamtgröße des Datenbankmarktes anhand der Zahl der aktiven Installationen war ihr allerdings nicht möglich, da hierüber keine Daten vorlagen. Die Anbieter der Open-Source-Datenbanken konnten lediglich darüber Auskunft geben, wie oft eine Datenbank von Nutzern heruntergeladen wurde, jedoch nicht, ob diese danach auch installiert und genutzt wurde.

888. Der Europäischen Kommission ist darin zuzustimmen, dass die aufgrund des Umsatzes der jeweiligen Unternehmen ermittelten Marktanteile die Wettbewerbsposition eines Open-Source-Produktes nicht zutreffend wiedergeben. Im Ergebnis schlussfolgerte die Europäische Kommission richtigerweise, dass die Bedeutung von MySQL für den Wettbewerb im Datenbankmarkt größer sei, als dies aufgrund der Marktanteile zu vermuten wäre.

889. In dem Verfahren DB/Arriva untersuchte die Europäische Kommission insbesondere die Märkte für Bus- und Schienenpersonenverkehr und für Schienengüterverkehr. Hierbei konzentrierte sie sich auf die Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses in Dänemark, im Vereinigten Königreich und in Deutschland. In Dänemark überschneiden sich die Aktivitäten der Zusammenschlussparteien im Busverkehr. Je nach räumlicher Marktabgrenzung erreicht Arriva 40 bis 50 Prozent bzw. 50 bis 60 Prozent der Marktanteile, gefolgt von drei Wettbewerbern mit je 5 bis 10 Prozent der Anteile. DB hielt – wie drei weitere Konkurrenten – lediglich einen Marktanteil in Höhe von 0 bis 5 Prozent. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission war Arriva nicht nur in der Vergangenheit, sondern auch gegenwärtig ein sehr aktiver und erfolgreicher Ausschreibungsteilnehmer. DB verfügte – trotz der geringen Marktanteile – über eine größere Anzahl von Bussen und konnte daher auch für umfangreichere Aufträge bieten. Gleichwohl stellte die Europäische Kommission mehrere Faktoren fest, die die wettbewerbliche Bedeutung von DB relativierten: So habe das Unternehmen seine Leistungen in den letzten Jahren nur in einer Region erfolgreich angeboten und verfolgte keine Expansionspolitik in andere Gebiete. Sonstige Unternehmen seien in der Vergangenheit deutlich erfolgreicher beim Zutritt auf den dänischen Markt oder in einzelne Regionen gewesen. Trotz gewisser Markteintrittsbarrieren – insbesondere für kleinere Anbieter – hätten kürzlich Marktzutritte stattgefunden, was die Offenheit des dänischen Busmarktes unterstreiche. Auch die staatlichen Auftraggeber hielten DB nicht für einen besonders aktiven Anbieter und äußerten keine Bedenken gegen den Zusammenschluss.

890. Bei der wettbewerblichen Beurteilung des Schienenpersonenverkehrs in Deutschland hielt die Europäische Kommission vor allem die hohen gemeinsamen Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten für entscheidungserheblich. Im Fernverkehr nahm DB fast eine Monopolstellung ein, im Regionalverkehr wurden gemeinsame Marktanteile in Höhe von 80 bis 90 Prozent und im Güterverkehr von 70 bis 80 Prozent erreicht. Zwar halte Arriva derzeit auf allen Märkten nur geringe Marktanteile – jeweils 0 bis 5 Prozent. Die Europäische Kommission schätzte Arriva aber als einen der wesentlichen

Konkurrenten mit guten Expansionschancen ein. Insbesondere angesichts hoher Marktzutrittsschranken erhob die Europäische Kommission daher Wettbewerbsbedenken gegen den beabsichtigten Zusammenschluss.

891. Wettbewerbsbedenken hegte die Europäische Kommission darüber hinaus auf dem Wartungsmarkt, obwohl die gemeinsamen Marktanteile der Parteien dort unter 15 Prozent lagen. Wie die Europäische Kommission ausführte, bot DB vor allem für ihre eigenen Züge Wartungsleistungen an (In-House-Wartung) und stellte nur einen kleineren Teil ihrer Kapazitäten Dritten zur Verfügung. Die Europäische Kommission hielt die geringen Anteile von DB auf dem Handelsmarkt daher nicht für repräsentativ. Außerdem erreichte die neue Unternehmens Einheit als Marktführer doppelt so hohe Marktanteile wie ihr nächster Wettbewerber.

892. Die differenzierte Betrachtung der festgestellten Marktanteile durch die Europäische Kommission im vorliegenden Fall ist grundsätzlich positiv zu bewerten. Auf dem dänischen Busmarkt ist zwar Arriva Marktführer und DB einer der Anbieter mit größeren Ressourcen. Indes wurde die Stellung von DB zu Recht relativiert, da von ihr keine Expansionsbestrebungen ausgingen, andere Konkurrenten wesentlich aktiver auftraten und verschiedene erfolgreiche Marktzutritte zu verzeichnen waren. Auf dem deutschen Schienenverkehrsmarkt, wo DB marktführend ist und Arriva lediglich 0 bis 5 Prozent der Marktanteile hielt, bewertete die Europäische Kommission die Situation zutreffenderweise anders. Einerseits verwarf sie die Argumentation der Parteien, wonach die hohen Marktanteile von DB in Zukunft abnehmen werden und Marktanteile in Ausschreibungsmärkten nur von begrenzter Aussagekraft seien. Andererseits erkannte sie Arriva als einen der wichtigsten aktiven Konkurrenten von DB mit guten Expansionsaussichten an. Die Wettbewerbsbehörde folgte damit den Bedenken der Aufgabenträger, mit dem Wegfall von Arriva einen der wenigen aktiven Wettbewerber als Anbieter zu verlieren. Außerdem war Arriva einer der wenigen Konkurrenten, der auch größere Aufträge erfüllen konnte und bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung Wettbewerbsdruck auf DB ausübte. Zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang, dass die Europäische Kommission trotz der niedrigen Marktanteile von Arriva in Höhe von 0 bis 5 Prozent kein „Spürbarkeitskriterium“ anwendete. Sie berücksichtigte vielmehr die sehr starke Stellung von DB auf den relevanten Märkten und ließ dementsprechend schon eine geringe Marktanteilsaddition ausreichen, um erhebliche Wettbewerbsbedenken zu erheben.

893. Kritikwürdig erscheinen hingegen die Ausführungen der Europäischen Kommission zum Wartungsmarkt. Die Wettbewerbsbehörde wich im vorliegenden Fall von ihrer üblichen Praxis ab, bei der Bewertung von Zusammenschlüssen die In-House-Umsätze der Parteien außer Acht zu lassen. Fraglich ist, ob allein die gemeinsamen Marktanteile von unter 15 Prozent auf dem Handelsmarkt zu Wettbewerbsbedenken Anlass gegeben hätten; es ist zu bezweifeln, ob bei derart niedrigen Marktanteilen die vermutete Ausschlusspolitik gegenüber Konkur-

renten tatsächlich durchführbar ist. Eine fundierte Beurteilung dieser Frage ist angesichts der knappen Erläuterungen im Entscheidungstext allerdings nicht möglich.

5.6.4 Maßgebliches „counterfactual“

894. Nach Randnummer 9 der Horizontal-Leitlinien vergleicht die Europäische Kommission bei der Bewertung der Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses die Wettbewerbsbedingungen, die sich aus der angemeldeten Fusion ergeben, mit den Bedingungen, wie sie ohne den Zusammenschluss herrschen würden. In den meisten Fällen bilden die zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses vorherrschenden Wettbewerbsbedingungen („counterfactual“) den Vergleichsmaßstab zur Bewertung der Auswirkungen einer Fusion. Unter besonderen Umständen kann die Europäische Kommission jedoch zukünftige Änderungen im Markt berücksichtigen, die mit einiger Sicherheit zu erwarten sind. Hierzu gehören insbesondere zu erwartende Marktzugänge oder -austritte von Unternehmen in dem Fall, dass der Zusammenschluss nicht erfolgt. Die Frage, welches Vergleichsszenario im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung maßgeblich ist, stellte sich im Berichtszeitraum sowohl in den parallelen Zusammenschlüssen Seagate/Samsung und Western Digital/Viviti Technologies⁶²¹ als auch in dem Verfahren SNCF/LCR/Eurostar.⁶²²

895. Mit Entscheidung vom 17. Juni 2010 hat die Europäische Kommission die Gründung des „New Eurostar“-Gemeinschaftsunternehmens zwischen SNCF und London Continental Railways (LCR) in der ersten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen genehmigt. SNCF ist der staatliche, etablierte Betreiber von Schienenpersonen- und Schienengüterverkehr in Frankreich. Das Unternehmen ist außerdem Eigentümer von Bahninfrastruktur, einschließlich Bahnhöfen und Wartungsdepots. LCR ist eine staatliche, britische Eisenbahngesellschaft, welche die High Speed 1-Schienen- und Bahnhofsinfrastruktur zwischen dem Ärmelkanaltunnel und London kontrolliert. Ihre Tochtergesellschaft EUKL unterhält den britischen Eurostarbetrieb.

896. Eurostar wurde bislang über eine Kooperation von SNCF, EUKL und der nationalen Eisenbahngesellschaft Belgiens SNCB betrieben und war zum Zeitpunkt der Entscheidung der einzige Anbieter von Schienenpersonenverkehr zwischen London und Paris sowie London und Brüssel. Vor dem Zusammenschluss war jeder Kooperationspartner für den Eurostar-Betrieb auf seinem jeweiligen nationalen Territorium verantwortlich und verfügte über eigenes rollendes Material, Wartungszentren und Bahnhöfe. Durch den Zusammenschluss gründeten die beteiligten Unternehmen ein Gemeinschaftsunternehmen („New Eurostar“), in das die Eurostar-Handelsmarke, rollendes Material, Raumkapazitäten in Bahnhöfen und sonstiges Equipment eingebracht werden sollten.

Nach Einschätzung der Europäischen Kommission handelte es sich um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, das von SNCF und LCR gemeinsam kontrolliert werde und mit einem unabhängigen Management, eigenem Personal und sonstigen erforderlichen Ressourcen ausgestattet sei. SNCB erhielt eine Minderheitsbeteiligung an dem Gemeinschaftsunternehmen ohne kontrollierenden Einfluss. Das Gemeinschaftsunternehmen sollte den Eurostar-Betrieb in Frankreich, Großbritannien und Belgien durchführen.

897. Das angemeldete Vorhaben betraf nach Auffassung der Europäischen Kommission die Bereitstellung von internationalem Schienenpassagierverkehr durch den Kanaltunnel. Die Kommission definierte als räumlich relevante Märkte die Strecken London–Paris und London–Brüssel. Auf dem relevanten Markt nahm das neue Unternehmen – ohne Einbeziehung des Flugverkehrs – eine Monopolstellung ein. Wird der Flugverkehr berücksichtigt, hielt das Unternehmen noch mindestens 70 bis 80 Prozent auf beiden Routen und verfügte damit über eine marktbeherrschende Stellung. Sämtliche dort aktiven Fluggesellschaften erreichten jeweils weniger als 5 bis 10 Prozent der Anteile.

898. Die Besonderheit des geplanten Zusammenschlusses lag darin, dass er zu keinerlei Marktanteilszuwachs führte. Vielmehr sollte lediglich die jetzige Kooperation der Beteiligten in ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen überführt und damit eine permanente strukturelle Verbindung zwischen den Parteien geschaffen werden. Angesichts dieser besonderen Situation stellte die Europäische Kommission ausdrücklich fest, dass die wettbewerbliche Analyse auf Grundlage des „counterfactual“ erfolge, d. h. ein Vergleich zwischen der Situation nach dem Zusammenschluss mit der Situation vor dem Zusammenschluss erfolgen müsse.

899. Nach Auffassung der Europäischen Kommission war maßgeblich, dass vor dem Zusammenschluss zumindest eine gewisse Chance für einen Markteintritt neuer Anbieter mittels Kooperation mit einem der Eurostar-Partner oder mittels Erwerb einer der Partner bestanden hat. Durch eine solche Zusammenarbeit bzw. einen solchen Erwerb wären zumindest einige der Marktzutrittsbarrieren beseitigt worden. Nach Ansicht der Wettbewerbsbehörde entfielen diese Kooperations- und Erwerbsoptionen mit dem Zusammenschluss, wodurch die Position des neuen Unternehmens weiter gestärkt und die festgestellten Marktzutrittschürden erhöht werden würden. Diese Marktzugangshürden bestanden nach den behördlichen Ermittlungen zum einen in den Sicherheitsregeln für den Eisenbahnverkehr im Kanaltunnel.⁶²³ Zum anderen bildeten der Zugang zu Bahnhöfen und den dort angebotenen Serviceleistungen (Fahrkartenverkaufsstellen, Pas-

⁶²¹ Vgl. auch Tz. 776 ff.

⁶²² Vgl. auch Tz. 852, 963 ff.

⁶²³ Zum Zeitpunkt des Verfahrens erfüllten nur die Züge der Eurostar-Partner die Sicherheitsanforderungen. Laut Pressemeldungen hat die Europäische Bahnsicherheitsbehörde (European Railway Agency) im März 2011 erstmalig auch Zügen von Siemens bestätigt, dass die Sicherheitsvorkehrungen erfüllt sind; vgl. Handelsblatt, 22. März 2011, S. 24.

sagierinformationen etc.), der Zugang zu Sicherheitskontrollsystemen im Rahmen des Nicht-Schengen-Verkehrs sowie der Zugang zu Hochgeschwindigkeitstrassen zu Peak-Zeiten weitere Eintrittsbarrieren. Hinzu kamen Schwierigkeiten beim Zugang zu spezialisierten Wartungszentren in Großbritannien und Frankreich.

900. Die vorliegende Entscheidung gibt zu mehreren Anmerkungen Anlass. Einerseits ist zweifelhaft, ob sich die Wettbewerbsbedingungen auf den relevanten Märkten durch den geplanten Zusammenschluss tatsächlich verschlechtern. Hierzu ist festzustellen, dass auch vor dem Zusammenschluss keine Kooperationen zwischen einem oder mehreren der Eurostar-Partner mit dritten Unternehmen zustande gekommen sind. Zudem haben die Eurostar-Partner angegeben, keine Kooperationspläne mit Dritten zu verfolgen. Die Europäische Kommission ist auch nicht in der Lage, Anhaltspunkte für die Planung oder Realisation solcher Kooperationen zu nennen. Ferner gibt es in den bestehenden Eurostar-Verträgen keine Befristung oder Ausstiegsklauseln. Nachvollziehbar ist schließlich die Argumentation der Eurostar-Partner, wonach die Zusammenarbeit mit Dritten angesichts der getätigten hohen Investitionen wirtschaftlich unvernünftig wäre. An dieser Einschätzung dürfte sich auch nach der Gründung des geplanten Gemeinschaftsunternehmens nichts ändern. In Bezug auf einen möglichen Erwerb einer der Eurostar-Partner durch ein drittes Unternehmen verweist die Europäische Kommission auf Bestrebungen der britischen Regierung, die Eurostar-Aktivitäten umzustrukturieren. Im Zuge dieser Bestrebungen habe es einen Interessenten für den Erwerb von EUKL gegeben. Hierzu ist zu bemerken, dass ein solcher Erwerbsvorgang die Eurostar-Kooperation nicht notwendigerweise infrage stellt. Vielmehr kann ein Erwerber ohne weiteres die Aktivitäten von EUKL im Rahmen der Eurostar-Kooperation weiterführen, ohne dass er als „neuer“ Anbieter in den Markt eintritt.

901. Darüber hinaus wirft der Fall grundsätzliche Fragen zur Bestimmung des entscheidungserheblichen „counterfactual“ auf. Die Europäische Kommission wählt bei der Beurteilung des Zusammenschlusses den in der Fusionskontrolle üblichen Ansatz, wonach die Wettbewerbssituation nach der geplanten Transaktion mit der Situation davor verglichen wird. Im konkreten Fall untersucht sie, ob und wie die Wettbewerbsverhältnisse durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens von denen bei Vorliegen der Kooperation im grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehr differieren. Sie geht hierbei allerdings nicht auf die Frage ein, inwieweit die Eurostar-Kooperation mit geltendem Recht vereinbar ist.

902. Die Eurostar-Kooperation wurde in den 1990er Jahren zwischen den Beteiligten durch verschiedene Kooperationsabkommen und Protokolle realisiert. Ein dreiseitiges Abkommen, das Tripartite Agreement von 1994 zwischen SNCF, British Railways und SNCB, erhielt am 22. Dezember 1995 einen informellen Comfort Letter seitens der Europäischen Kommission. Dieser entfaltet zwar grundsätzlich selbstbindende Wirkung gegenüber der Europäischen Kommission; außerdem richten die betroffenen Unternehmen ihr Verhalten im Vertrauen auf den Be-

stand des Comfort Letter aus. Die Selbstbindung kann allerdings nur soweit reichen, wie die tatsächlichen oder rechtlichen Rahmenbedingungen unverändert bleiben. Gerade die rechtlichen Rahmenbedingungen haben sich jedoch seit Gründung der Eurostar-Kooperation entscheidend geändert. Bis Ende 2009 war der grenzüberschreitende Schienenpersonenverkehr nur für internationale Kooperationen von Bahnunternehmen erlaubt.⁶²⁴ Mit Wirkung vom 1. Januar 2010 wurde der internationale Eisenbahnpersonenverkehr in der Europäischen Union weiter liberalisiert und die genannte Einschränkung aufgehoben.⁶²⁵ Auf Grundlage der alten Gesetzeslage, die grenzüberschreitenden Verkehr nur in Kooperationen zuließ, ist die frühere positive Bewertung der Eurostar-Kooperation seitens der Europäischen Kommission nachvollziehbar. Zur damaligen Zeit dürften die Vorteile der Kooperation für die Verbraucher die wettbewerblichen Nachteile einer solchen Zusammenarbeit eindeutig überwogen haben. Da die Einschränkung hinsichtlich des grenzüberschreitenden Verkehrs seit Anfang 2010 entfallen ist, könnte eine Neubewertung von Wettbewerbsnachteilen und Verbrauchervorteilen nunmehr differenzierter ausfallen. Dieser Umstand hätte nach Auffassung der Monopolkommission im vorliegenden Fall bei der Bestimmung des Vergleichsszenarios durch die Europäische Kommission berücksichtigt werden müssen.

5.6.5 Quantitative Ermittlungsmethoden

903. Der verstärkte ökonomische Ansatz, der die europäische Fusionskontrolle seit einigen Jahren charakterisiert, hat sich in der Entscheidungspraxis unter anderem in einem vermehrten Rückgriff auf ökonomische Studien und ökonometrische Analysen niedergeschlagen. Hierbei geht die Initiative sowohl von der Europäischen Kommission als auch von den Zusammenschlussparteien aus. Besonders erwähnenswert ist das Verfahren Unilever/Sara Lee, in dem die Europäische Kommission den SSNIP-Test und eine ökonometrische Schätzung der Zusammenschlusseffekte (Effektanalyse, „merger simulation“) durchgeführt hat. In dem Verfahren Kraft Foods/Cadbury legten die Zusammenschlussparteien der Wettbewerbsbehörde die Ergebnisse einer Nachfrageschätzung und einer „merger simulation“ vor. Auf die zunehmende Bedeutung von ökonomischen und ökonometrischen Analysen hat die Europäische Kommission im Oktober 2011 mit der Veröffentlichung von bewährten Verfahrensweisen (Best Practices) reagiert.⁶²⁶

⁶²⁴ Richtlinie 91/440/EWG vom 29. Juli 1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. L 237 vom 24. August 1991, S. 25.

⁶²⁵ Richtlinie 2007/58/EG vom 23. Oktober 2007 zur Änderung der Richtlinie 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft sowie der Richtlinie 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur, ABl. EU Nr. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 44.

⁶²⁶ DG Competition, Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection in Cases Concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases, Staff Working Paper, 17. Oktober 2011.

5.6.5.1 Die Verfahren Unilever/Sara Lee und Kraft Foods/Cadbury

904. Das Verfahren Unilever/Sara Lee betraf verschiedene Märkte für Körperpflegeprodukte wie Deodorants, Dusch- und Badegels, Seifen und Hautpflegemittel.⁶²⁷ Besonders intensiv untersuchte die Europäische Kommission eine Reihe nationaler Märkte für maskuline und nicht maskuline Deodorants, auf denen sie negative wettbewerbliche Auswirkungen feststellte. Um diese Bedenken zu beseitigen, bot Unilever an, die Marke Sanex sowie damit verbundene Geschäftsbereiche von Sara Lee in Europa zu veräußern. Die Europäische Kommission gab daraufhin den Zusammenschluss am 17. November 2010 gemäß Artikel 8 Absatz 2 FKVO frei.

905. Bei der wettbewerblichen Beurteilung nahm die Wettbewerbsbehörde zunächst eine qualitative Einschätzung des Zusammenschlussvorhabens vor und stellte hierbei erhebliche Marktanteilsadditionen auf sieben nationalen Märkten fest. Mit dem Zusammenschluss würde Unilever auf fast allen Märkten für maskuline und nicht maskuline Deodorants zum Marktführer werden oder seine bereits zuvor bestehende Marktführerschaft ausbauen. Des Weiteren würde eine Reihe wichtiger Marken von Unilever – z. B. Axe, Rexona und Dove – mit Marken von Sara Lee wie Sanex, Radox, Duschdas und Monsavon zusammengeführt werden. Die Europäische Kommission stellte darüber hinaus hohe Marktzutrittsbarrieren und – entgegen der Argumentation der Zusammenschlussparteien – mangelnde Nachfragemacht seitens des Handels fest.

906. Zur Unterstützung der qualitativen Marktanalyse hat die Europäische Kommission eine quantitative Simulation der Übernahme durchgeführt. Aus Sicht der Europäischen Kommission sprachen im betrachteten Fall verschiedene Gründe für die empirische Effektanalyse. Neben der Verfügbarkeit sehr guter Daten sollten insbesondere die Bedenken der beteiligten Parteien gegen die qualitative Bewertung berücksichtigt werden. Diese hatten verschiedene Gründe für einen geringen Einfluss der Fusion auf die Wettbewerbssituation vorgebracht, insbesondere eine allgemein sehr hohe Wettbewerbsintensität (dies beinhaltet auch geringe Markteintrittshürden), eine deutliche Differenzierung der Produkte der Parteien und eine große Nachfragemacht des Handels. So sei eine Betrachtung der Marktanteile allein nicht aussagekräftig für die Konkurrenzsituation der Beteiligten. Auch die Europäische Kommission sah die ermittelten Marktanteile aufgrund der Produktdifferenzierung und der Innovationskraft der Parteien nur als Ausgangspunkt für die wettbewerbliche Einschätzung an. Um den Einfluss der Übernahme Unilever/Sara Lee auf den Markt für Deodorants besser zu beurteilen, führte sie daher eine ökonometrische Untersuchung

durch, bei der sie auf Scannerdaten des Marktforschungsunternehmens Nielsen zurückgriff.⁶²⁸

907. Im Modell wurden Nachfrage und Angebot betrachtet und in einem statischen Gleichgewichtsansatz verbunden. Für die Nachfrageschätzung auf Basis der Scannerdaten wurden ein- und zweistufige Nested-Logit-Modelle – mit den Segmenten (Nestern) maskuline und nicht maskuline Deodorants – verwendet. Zur Spezifikation des Gleichgewichtsansatzes wurde für das Verhalten der Unternehmen von der Standardannahme des statischen Bertrand-Wettbewerbs ausgegangen und auf Grundlage der geschätzten Rahmenbedingungen des Marktes die Preissetzung im Falle einer Übernahme simuliert. Ziel der Analyse war die Schätzung des permanenten Preissprungs als Folge der Übernahme.

908. Bei den verwendeten Nested-Logit-Modellen handelt es sich um Discrete-Choice-Modelle. Mithilfe dieser Standardmodelle werden die Substitutionsgrade innerhalb und zwischen Segmenten geschätzt. Die Anwendung des „Full Random Coefficient Logit“-Modells, in welchem echte Differenzierungsgrade zwischen allen betrachteten Produkten bestimmt werden können, wurde aufgrund der enormen Komplexität der damit verbundenen Schätzung verworfen. Diese war nach Angaben der Europäischen Kommission in der beschränkten Zeit nicht durchführbar. Außerdem sei die Robustheit des Modells, die in der Fusionskontrolle besonders wichtig ist, in einem komplexen Modellrahmen eher weniger gewährleistet. Daher wurden die ein- und zweistufigen Nested-Logit-Modelle mit der Unterscheidung der Nester maskuline und nicht maskuline Deodorants als Kompromiss gewählt. Im zweistufigen Modell wurden zusätzlich Subnester für hautfreundliche Produkte definiert. Dabei wurde die eher unrealistische Annahme des Modells in Kauf genommen, dass der Differenzierungsgrad innerhalb eines Nests bzw. Subnests proportional zu den Marktanteilen der Produkte des Nests ist. Das heißt, da innerhalb eines Nests alle Produkte identisch differenziert sind, wird bei der Preiserhöhung eines Produkts dieses durch andere Produkte proportional nach deren bestehenden Marktanteilen substituiert. Wichtig ist, dass wenigstens die wichtigsten Dimensionen der Produktdifferenzierung modelliert werden.

909. In den Ergebnissen zeigte sich, dass in beiden Modellen und allen Mitgliedstaaten die Marken Dove und Sanex zu den schwächsten Substituten für die Unilever-Marke Axe gehören. Die engsten Substitute für die Sara-Lee-Marke Sanex sind die Unilever-Marken Rexona und Fa. Dabei verliert Sanex zwischen 30 und 40 Prozent seiner Kunden an Marken des Konzerns Unilever. Im Ergebnis schätzte die Europäische Kommission, dass durch die Fusion die Preise für nicht maskuline Deodorants im Mittel je nach Land um 2 bis über 6 Prozent steigen würden. Dabei wären insbesondere die Produkte der Marke Sanex

⁶²⁷ Vgl. auch Tz. 853 ff.

⁶²⁸ Neben den Verkaufsdaten auf Ebene der Stock Keeping Units stellten die beteiligten Parteien weitere Differenzierungsmerkmale und interne Transaktionsdaten wie Verkaufsvolumina, Bruttoerträge und -margen zur Verfügung.

von erheblichen Preissprüngen von 5 bis über 30 Prozent betroffen. Für die maskulinen Deodorants ergaben sich deutlich geringere Preissteigerungen von lediglich 1 bis 2,5 Prozent. Im Schnitt würden damit die Preise für Deodorants um 2 bis über 4 Prozent steigen. Neben den Preissteigerungen durch fallenden Wettbewerbsdruck wurden die kompensierenden Effizienzgewinne der Grenzkosten geschätzt, die nötig wären, damit die Endkundenpreise nicht steigen. Diese liegen je nach Land zwischen 6 und 22 Prozent.

910. Zum Testen der Signifikanz dieser Werte wurden Monte-Carlo-Simulationen für die Parameter-Vektoren durchgeführt. Die daraus resultierenden 90-Prozent-Konfidenzintervalle lagen dabei immer im rein positiven Bereich, was darauf schließen lässt, dass die identifizierten Preiseffekte statistisch signifikant sind. Für die ermittelten Ergebnisse wurden des Weiteren einige Robustheitsüberprüfungen vorgenommen. So wurden im Ergebnis nicht überzeugende Analysen mit Subnestern für Formate (Spray, Roll-on, Stick, etc.) und Marken und mit Preisen pro Einheit statt Volumen durchgeführt. Zusätzlich wurde ein Vergleich der im Modell geschätzten Grenzkosten mit denen aus den beobachteten Kostendaten durchgeführt. Dabei zeigte sich eine nicht unerhebliche Diskrepanz, so dass eine Kalibrierungsanpassung vorgenommen wurde, die leichte Verringerungen der Preiseffekte zur Folge hatte. Dennoch zeigte sich auch im angepassten Modell eine große Differenz zwischen den geschätzten bzw. angenommenen konstanten Margen und den tatsächlichen Margen der beteiligten Parteien.

911. Neben der Kritik an diesem Ergebnis wurden von den beteiligten Parteien mehrere weitere Kritikpunkte gegen die ökonometrische Analyse vorgebracht. So wurde bemängelt, dass das gewählte Nested-Logit-Modell nicht die Berücksichtigung von Transaktionseffekten erlaube, die gewählten Instrumentvariablen schwach seien und die vertikale Beziehung der Produzenten zu den verhandlungsmächtigen Händlern nicht berücksichtigt werde. Die Europäische Kommission hat daher weitere Robustheitsüberprüfungen vorgenommen und die gebotene Vorsicht bei der Interpretation der Ergebnisse der Analyse nochmals stärker betont.⁶²⁹ Die Robustheitsüberprüfungen ergaben grundsätzlich eine vergleichsweise hohe Robustheit und für Verfeinerungen tendenziell noch höhere Preise. Deshalb bewertete die Europäische Kommission die ermittelten Preiseffekte als relativ robust und konservativ geschätzt.

912. In dem Verfahren Kraft Foods/Cadbury ging die Initiative für die Vorlage ökonometrischer Analysen von den Zusammenschlussparteien aus.⁶³⁰ Sie übermittelten der Wettbewerbsbehörde quantitative Analysen, um zu belegen, dass ihr Vorhaben keine negativen Wettbewerbswirkungen auf mehreren der relevanten nationalen Märkte nach sich ziehen würde. Die Europäische Kom-

mission folgte dem entsprechenden Vortrag der Parteien und gab den Erwerb von Cadbury durch Kraft Foods am 6. Januar 2010 in der ersten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen frei.

913. Der Zusammenschluss betraf mehrere nationale Märkte für Schokoladenerzeugnisse, d. h. für Schokoladentafeln, Riegel und Pralinen. Die Europäische Kommission erhob Wettbewerbsbedenken hinsichtlich der Märkte für Schokoladentafeln und Pralinen in Polen sowie auf dem rumänischen Markt für Schokoladentafeln. Diese Bedenken wurden mittels umfassender Veräußerungszusagen der Zusammenschlussparteien ausgeräumt.

914. Die Europäische Kommission hat auch die britischen und irischen Märkte für Schokoladenerzeugnisse näher untersucht. Trotz hoher gemeinsamer Marktanteile und der Marktführerschaft der Zusammenschlussbeteiligten hielt sie jedoch insoweit negative Wettbewerbswirkungen des Vorhabens für unwahrscheinlich. Vor dem Zusammenschluss hielten Cadbury etwa 50 bis 60 Prozent und Kraft Foods 5 bis 10 Prozent der Anteile auf dem britischen Markt für Schokoladentafeln; gemeinsam würde das neue Unternehmen 60 bis 70 Prozent der Marktanteile erreichen. Ausschlaggebend für die Bewertung der Europäischen Kommission war jedoch der Umstand, dass britische und kontinentaleuropäische Schokoladenerzeugnisse aufgrund der Unterschiede im Geschmack, in der Beschaffenheit und Herkunft keine engen Substitute darstellten. So ging die Mehrheit der Marktteilnehmer davon aus, dass ein dauerhafter Preisanstieg bei britischen Produkten um 5 bis 10 Prozent die Endkunden nicht veranlassen würde, zu kontinentaleuropäischen Produkten zu wechseln. Da Kraft keine Schokolade britischer Machart herstelle, würde kein entsprechender Wettbewerber aus dem Markt austreten.

915. Ferner ergaben die Ermittlungen der Europäischen Kommission, dass die Schokoladenmarken von Kraft nicht in einem engen Wettbewerbsverhältnis zu den Marken von Cadbury stehen. Zur Untersuchung der Substitutionsgrade der Marken von Schokoladentafeln führte die Europäische Kommission eine deskriptive Analyse der von dem Marktforschungsunternehmen Nielsen gesammelten Preise und Verkaufsdaten durch. Ausgehend von dieser Analyse sowie der Entwicklung der Preise und Verkaufsdaten von Kraft Foods' und Cadburys Produkten, fand die Europäische Kommission keine Anhaltspunkte dafür, dass die Marken von Kraft einen signifikanten Wettbewerbsdruck auf die Marken von Cadbury ausübten. Dieses Ergebnis wurde nach Ansicht der Europäischen Kommission noch dadurch gestützt, dass Cadbury auf dem relevanten Markt regelmäßig nicht auf Werbeaktionen von Kraft Foods reagierte. Zudem würden einzelne Marken von Cadbury als „must-have-brand“ beurteilt, während dies für die Marken von Kraft Foods im Allgemeinen nicht gelte.

916. Gestützt wurden die Ergebnisse der Europäischen Kommission ferner durch ökonometrische Schätzungen, die von den Zusammenschlussparteien vorgelegt wurden. Seitens der ökonomischen Berater der beteiligten Parteien wurde eine ökonometrische Schätzung der Effekte des

⁶²⁹ Die Robustheitsüberprüfungen beinhalten neben einigen Anpassungen auch das Testen auf schwache IV-Schätzer und verschiedene Kostenkalibrierungen.

⁶³⁰ Vgl. auch Tz. 930.

Zusammenschlusses auf den Absatzmärkten in Großbritannien und Irland durchgeführt. Methodisch ist diese Schätzung vergleichbar mit der von der Europäischen Kommission durchgeführten Analyse im Fall Unilever/Sara Lee.⁶³¹ Innerhalb dieser Analyse wurde zunächst eine Schätzung der Nachfrage auf Grundlage eines sog. Nested-Logit-Modells auf Basis von Scannerdaten vorgenommen. Dabei wurden die drei Segmente Schokoladentafeln, Riegel und Pralinen unterschieden. Aufbauend auf dieser Nachfragespezifikation wurde im Anschluss die Übernahme simuliert. Dazu wurde für das Verhalten der Firmen von der Standardannahme des statischen Bertrand-Wettbewerbs ausgegangen. Im Ergebnis errechneten die Parteien ohne die Berücksichtigung von Effizienzen eine durchschnittliche Preissteigerung von etwa 1 Prozent.⁶³²

917. Die Europäische Kommission führte sowohl für die Nachfrageschätzung als auch für die „merger simulation“ einige Robustheitsüberprüfungen durch. Für die meisten Nachfrageschätzungen fand sie eine vergleichsweise hohe Robustheit der Ergebnisse, jedoch zeigten sich deutliche Veränderungen, wenn weitere Produkteigenschaften als zusätzliche Kontrollvariablen in die Schätzung eingeschlossen wurden. Damit einhergehend bemängelte die Europäische Kommission fehlende Erklärungen und Begründungen für die getroffene Auswahl und Nichtberücksichtigung von Alternativen. Obwohl die errechneten Preiselastizitäten aus Sicht der Wettbewerbsbehörde durchaus nachvollziehbar erschienen, bewertete sie diese Ergebnisse daher als nicht frei von Zweifeln. Bezüglich der „merger simulation“ hat die Europäische Kommission dagegen grundsätzlich eine hohe Robustheit der Ergebnisse festgestellt. Sie sah daher ihre Einschätzung bestätigt, wonach die geplante Übernahme nicht zu signifikanten Preissteigerungen in Großbritannien und Irland führen werde.

918. Die beiden dargestellten Fälle zeigen exemplarisch die Rolle quantitativer Analysen in der europäischen Fusionskontrolle auf. In dem Verfahren Unilever/Sara Lee stützten die Ergebnisse der von der Europäischen Kommission durchgeführten quantitativen Analyse die von ihr geltend gemachten Wettbewerbsbedenken. Demgegenüber gelang es den Zusammenschlussparteien in dem Verfahren Kraft Foods/Cadbury, ihre Argumentation, wonach auf bestimmten nationalen Märkten keine negativen Wettbewerbswirkungen zu befürchten seien, zu untermauern.

919. In beiden Fällen wurden Nachfrageschätzungen und eine „merger simulation“ durchgeführt. Es standen jeweils einfach aufzubereitende, umfassende Scannerdaten zur Verfügung, was die Kosten der Analyse erheblich reduziert haben dürfte. In dem Verfahren Unilever/Sara Lee war es in der begrenzten Zeit möglich, eine „merger

simulation“ auch zur Würdigung der Argumente der beteiligten Parteien durchzuführen. Dennoch betont auch die Europäische Kommission wiederholt die unvermeidbaren Unsicherheiten und die bestehenden Grenzen derartiger Analysen im Allgemeinen und des hier verwendeten statischen Gleichgewichtsmodells im Speziellen. Dadurch werde der Interpretationsrahmen deutlich begrenzt. Einschränkungen ergäben sich insbesondere durch die implizierten Substitutionsmuster und die sehr einfache Modellierung des Wettbewerbs ohne die Möglichkeit des Markteintritts oder die Berücksichtigung einer Interaktion mit den Händlern. Insgesamt könne das Modell lediglich Voraussagen zu kurzfristigen statischen Effekten der Fusion machen, dynamische Effekte indes nicht berücksichtigen. Daher könnten die Modellergebnisse nicht für sich stehen, sondern müssten in den Kontext der qualitativen Analyse eingebunden werden.

920. Quantitative Ermittlungsmethoden können auch nach Auffassung der Monopolkommission im Einzelfall 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 in konkreten Fall angewendet werden, hängt maßgebend von der Verfügbarkeit der erforderlichen Daten ab. Oft sind entsprechende Daten nicht, nicht in ausreichendem Umfang 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. In diesem Zusammenhang ist auf eine am 4. April 2011 eingereichte Klage gegen die Untersagungsentscheidung der Europäischen Kommission in dem Fall Olympic/Aegean Airlines hinzuweisen.⁶³³ Mit dem zweiten Klagegrund machen die Kläger unter anderem geltend, dass die von der Europäischen Kommission zur Stützung ihrer Schlussfolgerungen angeführten Beweise sehr selektiv seien, gegen jede Beweisregel verstießen und sich nicht auf empirische Studien oder Untersuchungen bezögen.⁶³⁴ Die Entscheidung des Gerichts bleibt abzuwarten. Allerdings erscheint es angesichts der Rechtsprechung im Verfahren Ryanair/Aer Lingus sehr unwahrscheinlich, dass der Europäischen Kommission seitens des Gerichts eine Verpflichtung zur Durchführung quantitativer Analysen auferlegt wird.⁶³⁵ Das Gericht hatte hier einen Vorrang „technischer Beweismittel“ ausdrücklich abgelehnt und die von der Europäischen Kommission vorgenommene Gesamtbetrachtung aller Indizien gebilligt.

⁶³¹ Vgl. Tz. 907 ff.

⁶³² Zusätzlich zur Punktschätzung der Preissteigerung infolge der Übernahme wurden durch die beteiligten Parteien auch Intervallschätzungen für die Preiseffekte basierend auf kalibrierten Nachfrageelastizitäten durchgeführt.

⁶³³ EU-Kommission, Entscheidung vom 26. Januar 2011, COMP/M.5830. Die Untersagungsentscheidung war zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht veröffentlicht.

⁶³⁴ Klage vom 4. April 2011, Aeroporia Aigaiou Aeroporiki und Marfin Investment Group Symmetochon/Kommission, Rs. T-202/ 11, ABl. EU Nr. C 160 vom 28. Mai 2011, S. 25.

⁶³⁵ Vgl. Tz. 986 ff.

921. 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. Als Beispiel sei der Fall Unilever/Sara Lee genannt, in dem ein beträchtlicher Aufwand betrieben worden ist. Dies betrifft nicht nur die ursprüngliche Analyse der Europäischen Kommission, sondern auch die Kommentierung durch die ökonomischen Berater der Fusionsparteien und die darauf aufbauenden weiteren Untersuchungen der Kommission, insbesondere die Robustheitsüberprüfungen. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus der mit quantitativen Analysen häufig verbundene zeitliche Aufwand, der gegebenenfalls zu einer Verlängerung der Fusionskontrollverfahren gemäß Artikel 10 Absatz 3 FKVO führt. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang ferner an Beschwerden aus jüngerer Zeit über die teilweise beträchtliche Dauer des informellen Vorverfahrens. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass die kritisierte Verfahrensdauer auch mit höheren Anforderungen an die Übermittlung von Datenmaterial zum Zwecke quantitativer Analysen zusammenhängt.⁶³⁶

922. 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.

923. 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 in dem 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 für die Europäische Kommission bei der Einschätzung verschiedener qualitativer und quantitativer Faktoren. Besondere Bedeutung kommt daher der Transparenz der Entscheidungsgründe und den 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.

5.6.5.2 Bewährte Verfahrensweisen zur Übermittlung quantitativer Analysen und Daten

924. Im Oktober 2011 hat die Europäische Kommission eine Mitteilung zu bewährten Verfahrensweisen bei der Übermittlung von ökonomischem Beweismaterial vorgelegt.⁶³⁷ Ausgangspunkt ihrer Überlegungen ist die Tatsache, dass die ökonomische Analyse eine zentrale Rolle in der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts spielt. So trage eine ökonomische Betrachtungsweise dazu bei, die Funktionsweise des relevanten Marktes und die Art der wettbewerblchen Interaktionen zu verstehen. Sie erleichtere ferner die Prognose der Wettbewerbswirkungen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, von einseitigem Unternehmensverhalten sowie von Zusammenschlüssen. Zum Teil lasse sich mithilfe quantitativer Analysen auch der Umfang wettbewerbsbeeinträchtigender Effekte ermitteln. Mit den bewährten Verfahrensweisen formuliert die Europäische Kommission einerseits grundsätzliche Anforderungen an die Erstellung und Präsentation ökonomischer und ökonometrischer Analysen, die auf Initiative der Unternehmen Eingang in das kartellrechtliche Verfahren finden. Andererseits gibt die Europäische Kommission betroffenen Unternehmen Hinweise, wie diese auf Anfragen der Wettbewerbsbehörde im Hinblick auf quantitatives Datenmaterial umgehen sollen.

925. Nach den Ausführungen der Europäischen Kommission hängt die Relevanz und Signifikanz einer ökonomischen Analyse zum einen davon ab, ob die für professionelle Untersuchungen üblichen technischen Voraussetzungen erfüllt sind. Dies schließt insbesondere ein, dass die zu testenden Hypothesen präzise formuliert und klar auf Fakten bezogen sind und die dem ökonomischen Modell zugrunde liegenden Annahmen die institutionellen und die industriespezifischen Rahmenbedingungen konsistent wiedergeben. Zudem sollten die verwendeten ökonomischen Modelle in der relevanten Literatur etabliert und die empirische Methode sowie die verwendeten Daten prinzipiell geeignet sein. Daneben müssen die Ergebnisse der Analyse richtig interpretiert werden und robust sein; Gegenargumente und Vorbehalte sind adäquat zu würdigen. Zum anderen muss die Übereinstimmung und Konsistenz der Ergebnisse der ökonomischen Analyse mit anderen Ergebnissen quantitativer und qualitativer Untersuchungen (wie Kundenbefragungen oder relevante Dokumente) analysiert werden.

926. Die Monopolkommission begrüßt die Vorlage der genannten 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 Bewertung entsprechender Analysen und Informationen

⁶³⁶ Vgl. auch Tz. 769.

⁶³⁷ DG Competition, Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection in Cases Concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases, Staff Working Paper, 17. Oktober 2011.

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.

5.7 Abhilfemaßnahmen

5.7.1 Einführung

927. Nach Artikel 6 Absatz 2 sowie Artikel 8 Absatz 2 FKVO kann die Europäische Kommission einen Zusammenschluss nach Änderung durch die Parteien für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären. Diese Zusagenangebote sollen die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Europäischen Kommission beseitigen. Um sicherzustellen, dass die Zusammenschlussparteien den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Europäischen Kommission eingegangen sind, kann diese ihre Entscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden. Die Europäische Kommission betont in ihrer Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen die Vorzugswürdigkeit von strukturellen Abhilfemaßnahmen, insbesondere von Veräußerungsverpflichtungen.⁶³⁸ In der Mehrzahl der Phase-I- und Phase-II-Entscheidungen, mit denen Zusammenschlussvorhaben unter Bedingungen und Auflagen freigegeben wurden, stellte die Hauptverpflichtung der Zusammenschlussparteien die Veräußerung von Unternehmensvermögen dar. Hierbei wurden ganze Geschäftsbereiche, einzelne Produktionsstätten oder Marken veräußert. Grundsätzlich sind nach Ansicht der Monopolkommission Zusagen, die ein Veräußerungsangebot enthalten, positiv zu bewerten. Veräußerungszusagen bewirken strukturelle Veränderungen des Marktes und sind darum in der Regel am besten geeignet, Wettbewerbsbedenken zu beseitigen. Zudem können sie innerhalb kurzer Fristen umgesetzt werden und bedürfen keiner weiteren Kontrolle durch die Europäische Kommission. Während des Berichtszeitraums wurden von der Europäischen Kommission in mehreren Fällen Veräußerungszusagen angenommen, die über die erkannten Wettbewerbsbedenken hinausgingen. Des Weiteren hat die Europäische Kommission in zwei Entscheidungen, in denen Veräußerungszusagen angenommen wurden, eine Up-front-buyer-Lösung festgesetzt.

928. In ihrem vorangegangenen Hauptgutachten für die Jahre 2008/2009 stellte die Monopolkommission fest, dass die Europäische Kommission hauptsächlich Veräußerungszusagen entgegengenommen hat, welche allenfalls durch verhaltensorientierte Verpflichtungen ergänzt wurden. Hingegen gab es kaum Entscheidungen, in denen Verhaltenszusagen das Kernelement eines Zusagenpakets

bildeten.⁶³⁹ Im Berichtszeitraum 2010/2011 ergibt sich der Eindruck, dass die Europäische Kommission etwas häufiger Verhaltenszusagen akzeptiert hat. So hat sie mehrere Entscheidungen erlassen, in denen Verhaltenszusagen eines der Hauptelemente oder das einzige Element des Zusagenpakets sind, so beispielsweise in den Entscheidungen T-Mobile/Orange, Intel/McAfee, DFDS/Norfolk sowie in der Entscheidung SNCF/ LCR/Eurostar, in der sie regulierungsähnliche Zusagen akzeptiert hat. Im Fall Oracle/Sun Microsystems bewertete die Europäische Kommission die öffentlichen Ankündigungen Oracles als ausreichend, um Wettbewerbsbedenken durch den Zusammenschluss zu verneinen.

5.7.2 Effektivität der Abhilfemaßnahmen

929. Nach Randnummer 9 der Mitteilung über Abhilfemaßnahmen darf die Europäische Kommission nur Verpflichtungsangebote annehmen, die geeignet erscheinen, den Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu machen und die erwartete erhebliche Wettbewerbsbehinderung zu verhindern. Die Verpflichtungen müssen die wettbewerbsrechtlichen Bedenken vollständig beseitigen und in jeder Hinsicht vollständig und wirksam sein. Ferner müssen die Verpflichtungen innerhalb kurzer Zeit wirksam umgesetzt werden können. Als besonders wirksame Möglichkeit zur Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs sieht die Europäische Kommission die Veräußerung eines Geschäfts durch die Zusammenschlussparteien an, in deren Folge eine neue wettbewerbsfähige Einheit geschaffen oder ein bestehender Wettbewerber gestärkt wird. Bei den zu veräußernden Tätigkeiten muss es sich um ein lebensfähiges Geschäft handeln, das in den Händen eines geeigneten Erwerbers dauerhaft wirksam mit dem durch Fusion entstandenen Unternehmen konkurrieren kann. Damit das Geschäft lebensfähig ist, kann es notwendig sein, auch Tätigkeiten im Zusammenhang mit Märkten zu veräußern, hinsichtlich derer die Europäische Kommission keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken hat.⁶⁴⁰ Während des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission unter anderem in den Fällen Kraft Foods/Cadbury, BASF/Cognis und Syngenta/Monsanto Zusagenangebote entgegengenommen, die über die geltend gemachten Wettbewerbsbedenken hinausgehen.

930. Der Zusammenschluss Kraft Foods/Cadbury wirkte sich auf mehreren nationalen Märkten für Schokoladentafeln, -riegel und -pralinen aus. Nach Ermittlungen in der ersten Verfahrensphase erkannte die Europäische Kommission wettbewerbsrechtliche Probleme auf den Märkten für Schokoladentafeln und Pralinen in Polen sowie auf dem rumänischen Markt für Schokoladentafeln. Um die Bedenken hinsichtlich der polnischen Märkte auszuräumen, boten die Zusammenschlussparteien an, fast den gesamten Geschäftsbereich von Cadbury in Polen zu veräußern. In den entsprechenden Produktionsanlagen wurden

⁶³⁸ Mitteilung der Kommission nach Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission über zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. EG Nr. C 267 vom 22. Oktober 2008, S. 1.

⁶³⁹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 780 ff.

⁶⁴⁰ EU-Kommission, Mitteilung über Abhilfemaßnahmen, a. a. O., Rn. 22, 23.

neben Schokoladenerzeugnissen auch andere Süßwaren produziert, die keine Wettbewerbsbedenken ausgelöst hatten. Die Europäische Kommission begrüßte den erweiterten Zuschnitt der Veräußerungszusagen dennoch mit der Begründung, dass so die Kapazitätsauslastung verbessert und die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäftsbereichs erhöht würde.

931. Die Europäische Kommission hat den geplanten Erwerb von Cognis durch BASF am 30. November 2010 in der ersten Verfahrensphase gemäß Artikel 6 Absatz 1 lit. b i. V. m. Absatz 2 FKVO unter Bedingungen und Auflagen genehmigt. BASF ist das größte Chemieunternehmen der Welt, Cognis war im Bereich der chemischen Spezialitäten, Nahrungsmittelzusätze und Systemlösungen tätig. Die Europäische Kommission ermittelte auf einer Vielzahl von Märkten überlappende Aktivitäten der Zusammenschlussparteien. Wettbewerbsbedenken erhob sie jedoch ausschließlich auf dem Markt für Hydroxymomere, die für Beschichtungen und Klebstoffe verwendet werden. Um diese Bedenken zu beseitigen, bot BASF an, die Produktionsstätte von Cognis im britischen Hythe zu veräußern. Die Anlage in Hythe repräsentierte die gesamte Hydroxymonomer-Produktion von Cognis, sodass mit der Veräußerung sämtliche festgestellten Überschneidungen entfallen würden. BASF verpflichtete sich zudem, die ebenfalls auf dem Gelände in Hythe liegenden Geschäftsteile für multifunktionale Methacrylate und Oberflächenbehandlung zu veräußern. Obwohl die Europäische Kommission insofern keine Wettbewerbsbedenken geäußert hatte⁶⁴¹, sollte dem Erwerber darüber hinaus eine Lizenz für die Herstellung von Polyakrylen Glykolen und darauf basierende Schmierstoffe übertragen werden, soweit die entsprechende Produktion ebenfalls in Hythe angesiedelt ist.

932. Der von der Europäischen Kommission durchgeführte Markttest ergab, dass die überwiegende Mehrheit der Befragten die Abhilfemaßnahme für geeignet hielt, die Wettbewerbsbedenken auszuräumen und ein lebensfähiges Geschäft zu erhalten. Auch nach Auffassung der Europäischen Kommission hatte BASF mit den zusätzlich angebotenen Elementen die Lebensfähigkeit und Attraktivität des Veräußerungsobjekts gesteigert. Außerdem würde der Umstand, dass die gesamte Anlage in Hythe allein von dem Erwerber betrieben werden sollte, die Komplexität des Veräußerungsgeschäfts verringern und so die Wirksamkeit der Abhilfemaßnahme erhöhen.

933. Der Fall Syngenta/Monsanto gelangte über Verweisungsanträge Spaniens und Ungarns gemäß Artikel 22 FKVO in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission. Diese hat das Vorhaben am 17. November 2010 nach Durchführung der Hauptprüfphase unter Bedingungen und Auflagen gemäß Artikel 8 Absatz 2 FKVO freigegeben. Der Zusammenschluss betraf die Märkte für den Handel mit gezüchtetem Genmaterial für Sonnenblumensorten in der Europäischen Union, für den Absatz von Sonnenblumensaatgut in Spanien und Ungarn sowie für

die Saatgutbehandlung. Laut Europäischer Kommission sind grundsätzlich zwei Marktstufen bei der Herstellung von Saatgut zu unterscheiden. Auf der Zuchtstufe werden Sonnenblumensorten weiterentwickelt und neue Sorten gezüchtet. Ausgangspunkt hierfür sind sog. Parentallinien, die untereinander zur Herstellung von Hybriden gekreuzt werden. Der Austausch bzw. die Lizenzierung von Parentallinien ermöglicht die Züchtung von „Co-Hybriden“ aus der Kombination von Parentallinien verschiedener Züchter. Die so entwickelten Hybride sind das Ausgangsmaterial für das Sonnenblumensaatgut, das auf einer zweiten Marktstufe produziert und vertrieben wird.

934. Nach Einschätzung der Europäischen Kommission würde es infolge des Zusammenschlusses zu negativen horizontalen und vertikalen Wettbewerbseffekten kommen. Die Märkte für den Absatz von Sonnenblumensaatgut in Spanien und Ungarn sind nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission hoch konzentriert und durch erhebliche Marktzutrittschranken charakterisiert. Durch den Zusammenschluss hätte Syngenta seine Marktführerschaft weiter ausbauen können. Gleichzeitig wäre mit Monsanto ein bedeutender und innovativer Wettbewerber, der in der Vergangenheit besonderen Wettbewerbsdruck ausgeübt hatte, aus dem Markt ausgeschieden.

935. Die Europäische Kommission stellte ferner fest, dass der Zusammenschluss zu vertikalen Abschottungseffekten – ausgehend vom EU-weiten Markt für den Handel mit Genmaterial – führen würde, was eine weitere Verstärkung des Marktführers Syngenta auf den relevanten Absatzmärkten für Sonnenblumensaatgut nach sich gezogen hätte. Nach Auffassung der Wettbewerbsbehörde hätten sich mit dem Zusammenschluss zwei der führenden Anbieter von Genmaterial und Sonnenblumensaatgut verbunden. Dadurch bestünde für das neue Unternehmen die Möglichkeit, Wettbewerber auf den nachgelagerten Absatzmärkten durch eine restriktive Lizenzierungspraxis im Hinblick auf das erforderliche Genmaterial zu behindern bzw. auszuschließen. Die Anreize für eine solche Strategie ergaben sich nach Auffassung der Europäischen Kommission aus dem Umstand, dass sich mit dem Verkauf von Saatgut höhere Gewinne als mit der Lizenzierung von Parentallinien erzielen lassen. Die zu erwartende Reduktion des Angebots auf dem Markt für den Handel mit Genmaterial hätte aufgrund hoher Marktzutrittsbarrieren auch nicht ohne weiteres durch aktuelle oder potenzielle Wettbewerber kompensiert werden können.

936. Um die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission auszuräumen, boten die Zusammenschlussbeteiligten an, die in Spanien und Ungarn in den Jahren 2009 und 2010 vertriebenen Hybridsorten sowie die für beide Märkte zum damaligen Zeitpunkt im Entwicklungsstadium befindlichen Hybridsorten einschließlich der dafür verwendeten Parentallinien an einen Wettbewerber im Bereich Sonnenblumensaatgut zu veräußern. Dem Erwerber sollte bezüglich dieser Hybridsorten unter anderem das exklusive Vermarktungsrecht in Spanien und Ungarn zustehen, während es Syngenta gestattet bliebe, die Hy-

⁶⁴¹ EU-Kommission, Entscheidung vom 30. November 2011, COMP/M.5927, Rn. 44 ff., 53 und 401 ff., 408.

bridsorten in allen anderen Staaten zu produzieren und abzusetzen. Im Hinblick auf die zur Herstellung der spanischen und ungarischen Hybridsorten verwendeten Parentallinien sollte es dem Erwerber erlaubt sein, diese untereinander sowie mit den jeweiligen spanischen bzw. ungarischen Parentallinien zu kreuzen sowie Co-Hybriden zu züchten. Die so entstehenden neuen Parentallinien dürfen in der Europäischen Union lizenziert werden. Zusätzlich dürfen die aus spanischen Parentallinien entwickelten Co-Hybride auch in der Türkei und die aus ungarischen Parentallinien entwickelten Co-Hybride auch in Russland und der Ukraine lizenziert werden.

937. Mit den Verpflichtungszusagen werden laut Europäischer Kommission sämtliche horizontalen Überschneidungen der Beteiligten auf den Märkten für den Absatz von Saatgut in Spanien und Ungarn beseitigt. Die Europäische Kommission verwies zudem auf die Vielzahl von Entwicklungsmöglichkeiten, die dem Erwerber der Parentallinien nicht nur mit Bezug auf Spanien und Ungarn, sondern auch in der Europäischen Union und weiteren benachbarten Ländern durch Zusammenführung mit eigenem und fremdem Genmaterial gestattet wird. Dies würde eine Weiterentwicklung der Produkte und den Ausbau der Marktposition mit langfristiger Perspektive ermöglichen. Die Einbeziehung von wichtigen Vertriebsgebieten in benachbarten Ländern Europas werde es dem Erwerber des Veräußerungspakets außerdem langfristig erleichtern, seine Entwicklungskosten im Wettbewerb zu amortisieren.

938. In allen dargestellten Fällen hat die Europäische Kommission Zusageangebote der Zusammenschlussparteien angenommen, die Tätigkeiten auf Märkten umfassen, auf denen keine wettbewerbsrechtlichen Probleme festgestellt worden waren. Ein solches Vorgehen der Wettbewerbsbehörde ist stets dann zu begrüßen und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar, wenn die erhobenen Wettbewerbsbedenken nur durch derart „erweiterte“ Abhilfemaßnahmen wirksam und vollständig beseitigt werden können. Davon ist z. B. auszugehen, wenn ein zu veräußernder Geschäftsbereich erst durch einen entsprechenden Zuschnitt dauerhaft lebens- und wettbewerbsfähig erscheint. Eine „Erweiterung“ des Zusageangebots kann ferner dann erforderlich sein, wenn aus praktischen Gründen nur eine einheitliche Behandlung des ins Auge gefassten Zusageobjekts infrage kommt. Dies kann etwa der Fall sein, wenn eine Produktionsanlage, in der mehrere Produkte hergestellt werden, technisch oder wirtschaftlich nicht sinnvoll geteilt werden kann.

939. Im Fall Syngenta/Monsanto ist der Umfang der Abhilfemaßnahmen auch deshalb von besonderem Interesse, weil das Verfahren gemäß Artikel 22 FKVO in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission gelangte. Nach Artikel 22 FKVO können ein oder mehrere Mitgliedstaaten beantragen, dass die Europäische Kommission ein Zusammenschlussvorhaben prüft, das keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne des Artikel 1 FKVO hat. Nimmt die Europäische Kommission den Fall zur Prüfung an, können die antragstellenden Mitglied-

staaten ihr Wettbewerbsrecht insoweit nicht mehr anwenden; vielmehr finden gemäß Artikel 22 Absatz 4 die Vorschriften der Fusionskontrollverordnung Anwendung. Die Europäische Kommission legt Artikel 22 FKVO so aus, dass sie die Folgen des Zusammenschlusses im Hoheitsgebiet der antragstellenden Mitgliedstaaten untersucht. Die Folgen des Zusammenschlusses im Hoheitsgebiet anderer Mitgliedstaaten sind nur insoweit Gegenstand der Prüfung, als sie für die Würdigung der Zusammenschlusseffekte im Gebiet der antragstellenden Mitgliedstaaten erforderlich sind, z. B. wenn der räumliche Markt über das Hoheitsgebiet des antragstellenden Mitgliedstaates hinausreicht.⁶⁴² Eine solche Konstellation lag hier in Bezug auf den Markt für den Handel mit Genmaterial, der europaweit abgegrenzt wurde, vor.

940. Die gleichen Prinzipien müssen nach Auffassung der Monopolkommission in Bezug auf notwendig erscheinende Abhilfemaßnahmen angewendet werden. Abhilfemaßnahmen sollten grundsätzlich auf das Hoheitsgebiet der antragstellenden Mitgliedstaaten beschränkt bleiben. Sie dürfen jedoch darüber hinausgehen, wenn nur auf diese Weise sichergestellt ist, dass die bestehenden Wettbewerbsprobleme auf dem Hoheitsgebiet der antragstellenden Mitgliedstaaten wirksam ausgeräumt werden. Im vorliegenden Fall ist es daher zu begrüßen, dass die Zusammenschlussparteien andere Mitgliedstaaten bzw. europäische Nachbarländer in ihr Zusageangebot einbezogen haben. Denn nach Einschätzung der Europäischen Kommission trug dieses Vorgehen dazu bei, das Wettbewerbspotenzial des zu veräußernden Geschäftsberichts dauerhaft auf den Erwerber zu übertragen.

941. Eine gewisse Skepsis verbleibt allerdings gegenüber den Zusageangeboten auf den Märkten für den Absatz von Sonnenblumensaatgut in Spanien und Ungarn. Hier haben die Ermittlungen der Europäischen Kommission ergeben, dass vor dem Zusammenschluss ein besonderer Wettbewerbsdruck von Monsanto als führendem Züchter ausgegangen war. Es ist fraglich, ob ein Erwerber des Geschäftsbereichs, der nicht über eine ähnlich starke Position als Züchter verfügt, in der Lage sein wird, diesen Wettbewerbsdruck aufrechtzuerhalten. Zweifel bestehen auch angesichts des räumlich sehr begrenzten exklusiven Vermarktungsrechts in Bezug auf bestimmte Saatgutsorten, das dem Erwerber eingeräumt wird. Während das Vermarktungsrecht des Erwerbers auf Spanien und Ungarn beschränkt ist, wird das neue Unternehmen in den Gebieten außerhalb Spaniens und Ungarns zur Vermarktung des relevanten Sonnenblumensaatguts berechtigt bleiben.

5.7.3 Up-front-buyer-Lösungen

942. In zwei Fällen bestand die Europäische Kommission auf einer Up-front-buyer-Lösung. Hierbei wird der Vollzug des genehmigten Zusammenschlusses so lange ausgesetzt, bis die Zusammenschlussparteien eine bin-

⁶⁴² Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionsachen, ABl. EU Nr. C 56 vom 5. März 2005, S. 2, Rn. 50, Fn. 45.

dende Vereinbarung mit einem geeigneten Erwerber abgeschlossen haben. Die einzige Up-front-buyer-Verpflichtung in der zweiten Verfahrensphase betraf das Zusammenschlussvorhaben Western Digital/Viviti Technologies⁶⁴³. Die Europäische Kommission hatte Wettbewerbsbedenken bezüglich des Marktes für 3,5-Zoll-Festplatten für Desktop-Computer und Geräte der Unterhaltungselektronik. Dort würde das zusammengeschlossene Unternehmen nur mit einem weiteren Unternehmen konkurrieren. Diese Wettbewerbsbedenken konnte Western Digital durch die Zusage ausräumen, wesentliche Produktionsanlagen für 3,5-Zoll-Festplatten zu veräußern sowie – unter anderem – die gewerblichen Schutzrechte zu übertragen bzw. zu lizenzieren. Durch die Up-front-buyer-Lösung wird sichergestellt, dass die geplante Übernahme erst vollzogen werden kann, wenn eine bindende Vereinbarung mit einem geeigneten, von der Europäischen Kommission gebilligten Käufer geschlossen wurde. Die Up-front-buyer-Lösung erscheint in diesem Fall auch angemessen. Da auf dem Markt für 3,5-Zoll-Festplatten außer den Zusammenschlussparteien nur ein weiteres Unternehmen tätig ist und der Markt damit bereits hoch konzentriert ist, scheint es für das Bestehen von Wettbewerb auf diesem Markt essenziell, vor dem Zusammenschluss einen geeigneten Käufer zu finden.

943. In der ersten Verfahrensphase wurden im Fall Agilent/Varian⁶⁴⁴ Up-front-buyer-Zusagen von der Europäischen Kommission akzeptiert. Beide Unternehmen sind in der Konzeption, Entwicklung, Herstellung und dem Vertrieb von bioanalytischen Messgeräten einschließlich analytischer und biotechnologischer Instrumente aktiv. Zudem bieten sie damit verbundene Dienstleistungen, Reagenzien und Software an. Die Aktivitäten der Zusammenschlussparteien überschneiden sich in mehreren Bereichen der analytischen Instrumente und Verbrauchsgüter, wobei die Europäische Kommission bezüglich mancher dieser Märkte Wettbewerbsbedenken hatte. Der Zusammenschluss wurde darum unter der Abhilfemaßnahme genehmigt, dass das gesamte Geschäft von Agilent mit Mikro- und tragbaren Gaschromatografen sowie das gesamte Geschäft von Varian mit Laborgaschromatografen, Tripel-Quadrupolen für Gaschromatografie und induktiv gekoppelten Plasmamassen-Spektrometern veräußert wird. Für jeden Verkauf wurde eine Up-front-buyer-Lösung festgesetzt.

944. Die betroffenen Geschäftsbereiche sind bislang kein eigenständiges Geschäft und müssen erst aus dem Unternehmen von Agilent beziehungsweise Varian ausgegliedert werden. Die Europäische Kommission hielt es für die Lebensfähigkeit der zu veräußernden Geschäftsbereiche für entscheidend, dass weiterhin Zugang zu allen Input-Faktoren und anderen Ressourcen wie Forschung und Entwicklung, Vertrieb, Rechten des geistigen Eigen-

tums usw. besteht, um das Geschäft vollständig unabhängig betreiben zu können. Sie führte deshalb aus, dass sie eine Zusage, welche die Herauslösung eines Geschäftsbereichs aus dem Unternehmen erfordert, nur akzeptieren kann, wenn die durch diese Herauslösung verursachten Risiken für die Lebensfähigkeit und Wettbewerbsfähigkeit des betroffenen Geschäftsbereichs auf ein Minimum reduziert werden. Der Markttest der Europäischen Kommission hatte zudem ergeben, dass die Identität des Erwerbers eine entscheidende Rolle für die Lebensfähigkeit des Geschäftsbereichs hat: Marktteilnehmer hatten geäußert, dass der Erwerber bereits über Erfahrung im betreffenden Geschäftsbereich verfügen sollte. Darüber hinaus wurden bestehende Vertriebs- und Verkaufskanäle sowie bestehende Beziehungen zu Kunden als entscheidende Faktoren genannt. Aus diesen Gründen wurde für jeden betroffenen Geschäftsbereich eine Up-front-buyer-Lösung gewählt. Dies ist positiv zu bewerten. Durch die Up-front-buyer-Lösung wird sichergestellt, dass die Abhilfemaßnahme vollzogen wird und die Geschäftsteile an einen geeigneten Erwerber verkauft werden. Dies ist insbesondere zu begrüßen, wenn die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäftsteils, wie im vorliegenden Fall Agilent/Varian, von spezifischen Anforderungen an den Erwerber abhängt.

5.7.4 Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen

945. Im Gegensatz zum vorangegangenen Berichtszeitraum ergab sich im Berichtszeitraum 2010/2011 der Eindruck, dass die Europäische Kommission Verhaltenszusagen etwas häufiger akzeptiert hat. In mehreren Entscheidungen stellten Verhaltenszusagen eines der Hauptelemente oder das einzige Element der Abhilfemaßnahme dar. Generell hält die Monopolkommission Verhaltenszusagen für problematisch, die sehr komplex sind und eine langfristige und umfassende Kontrolle erfordern. Zudem wird mit diesen Zusagen das Verhalten der Unternehmen nur für eine gewisse Dauer festgelegt, nach Ablauf dieser Zeitspanne sind sie nicht mehr an ihre Verhaltenszusagen gebunden. Im Gegensatz dazu können strukturelle Abhilfemaßnahmen, wie die Veräußerung von Unternehmensvermögen, die Wettbewerbsbedenken auf Dauer beseitigen und erfordern gerade keine andauernde Kontrolle. Auch aus diesem Grund ist fraglich, ob Verhaltenszusagen die durch einen Zusammenschluss hervorgerufenen Wettbewerbsbedenken in gleicher Weise ausräumen können wie Abhilfemaßnahmen struktureller Art. Die Europäische Kommission legt deshalb in ihrer Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen dar, dass die Veräußerung als Benchmark für die Wirksamkeit und Effizienz anderer Abhilfemaßnahmen dient und sie andere Abhilfemaßnahmen nur genehmigt, wenn die angebotene Zusage in ihrer Wirkung einer Veräußerung zumindest gleichwertig ist.

5.7.4.1 Der Fall Intel/McAfee

946. Am 26. Januar 2011 gab die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben Intel/McAfee unter Auflagen nach dem Vorprüfverfahren frei. Intel

⁶⁴³ EU-Kommission, Entscheidung vom 23. November 2011, COMP M.6203; Pressemitteilung vom 23. November 2011, IP/11/1395. Die Entscheidung war zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht veröffentlicht; vgl. auch Tz. 776 ff.

⁶⁴⁴ EU-Kommission, Entscheidung vom 20. Januar 2010, COMP M.5611.

stellt Prozessoren (d. h. die zentralen Recheneinheiten von Computern, sog. Central Processing Unit – CPU) sowie Chipsätze her, die unter anderem in der Computerindustrie verwendet werden. McAfee entwickelt und produziert EDV-Sicherheitssoftware und bietet weitere Sicherheitsdienstleistungen an. Da Intel und McAfee in benachbarten Produktmärkten tätig sind, untersuchte die Europäische Kommission den Zusammenschluss im Hinblick auf konglomerate Effekte. Bei CPUs und Chipsätzen auf der einen Seite und Sicherheitssoftware auf der anderen Seite handele es sich um stark komplementäre und eng verwandte Produkte: Sicherheitssoftware wirke direkt auf Hardware – wie CPUs und Chipsätze – ein, weswegen die Entwickler von Sicherheitssoftware Zugang zu aktueller, richtiger und kompletter Schnittstelleninformation neuer CPUs und Chipsätze haben müssten.

947. Die Europäische Kommission untersuchte drei mögliche Verhaltensweisen des fusionierten Unternehmens, die Wettbewerbsbedenken hervorrufen könnten: die Behinderung der Interoperabilität zwischen CPUs und Chipsätzen mit Sicherheitssoftware, technische Kopplungen und kommerzielle Kopplungen. Eine Behinderung der Interoperabilität zwischen CPUs und Chipsätzen mit Sicherheitssoftware durch Intel sei dahingehend möglich, dass die anderen Anbieter von Sicherheitssoftware weniger Informationen bezüglich der CPUs und Chipsätze von Intel erhalten würden als McAfee oder dass die anderen Anbieter von CPUs und Chipsätzen, die mit Intel konkurrieren, weniger Informationen erhalten würden, um Interoperabilität mit McAfee zu erreichen. Im Ergebnis hielt es die Europäische Kommission für wahrscheinlich, dass Intel Anreize und Möglichkeiten hätte, die Interoperabilität zu erschweren. Es sei wahrscheinlich, dass konglomerate Effekte von einer Degradierung der Interoperabilität zwischen den Produkten der Zusammenschlussparteien und denen ihrer Wettbewerber resultierten, die zu einer Abschottung der Wettbewerber von McAfee im Endkundenmarkt für Sicherheitslösungen führten und im Ergebnis die dominante Position von Intel in den Märkten für CPU und Chipsätze verstärken könnten.

948. Die Europäische Kommission folgte außerdem, dass Intel Möglichkeiten und Anreize hätte, seine Produkte mit der Sicherheitssoftware von McAfee technisch zu koppeln. Die negativen Effekte eines solchen Verhaltens auf die relevanten Märkte wurden als erheblich eingestuft, da die Europäische Kommission wiederum davon ausging, dass technische Kopplungen dazu führen würden, dass die Wettbewerber von McAfee vom Markt für Sicherheitssoftware für Endkunden abgescottet würden.

949. Bei kommerziellen Kopplungen würden die Produkte von Intel und die Sicherheitslösungen von McAfee zusammen verkauft – entweder, indem die Produkte nur gemeinsam erhältlich sind, oder dadurch, dass der Käufer beider Produkte einen Rabatt erhält. Im Gegensatz zu ihrer Beurteilung der technischen Kopplungen folgte die Europäische Kommission, dass für Intel zwar Möglichkeiten zu kommerziellen Kopplungen bestünden, die Anreize hierfür jedoch gering seien. Auch blieben die Auswirkungen von kommerziellen Kopplungen voraus-

sichtlich beschränkt, sodass die Europäische Kommission insofern – isoliert betrachtet – keine Wettbewerbsbedenken erhob. Die Kommission schlussfolgerte jedoch, dass sich aus der Wahrscheinlichkeit einer Kombination der Behinderung der Interoperabilität mit technischen und kommerziellen Kopplungen Wettbewerbsbedenken ergäben.

950. Um die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission auszuräumen, sagte Intel zu sicherzustellen, dass Informationen bezüglich neuer Funktionen von CPUs und Chipsätzen dokumentiert würden und für die Drittanbieter von Sicherheitssoftware lizenzfrei erhältlich seien. Zudem sicherte Intel zu, den Betrieb von McAfees Sicherheitssoftware auf CPUs und Chipsätzen seiner Konkurrenten nicht zu behindern. Darüber hinaus verpflichtete sich Intel, den Betrieb der Sicherheitssoftware von Drittanbietern auf Intel-CPU und -Chipsätzen nicht aktiv zu behindern. So wurde in den Abhilfemaßnahmen ein Mechanismus festgeschrieben, wodurch sichergestellt wurde, dass von Intel mit seinen CPUs und Chipsätzen gekoppelte Sicherheitslösungen von den Herstellern von Endsystemen deaktiviert werden können und die Performance von Sicherheitslösungen von McAfees Wettbewerbern nicht beeinträchtigt wird. Diese Zusagen machte Intel für fünf Jahre.

951. Die Monopolkommission sieht die von der Europäischen Kommission akzeptierten Verpflichtungszusagen skeptisch. Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei den von Intel gemachten Zusagen um reine Verhaltenszusagen handelt, die keinerlei strukturelles Element enthalten. Ein marktverändernder Effekt, der dem struktureller Zusagen gleichkommt, stellt sich aufgrund von Verhaltenszusagen nicht ein. So ist es problematisch, dass die Verpflichtungszusagen lediglich auf fünf Jahre angelegt sind und darum den Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission nicht auf Dauer abhelfen. Zwar könnte man zugunsten der Verhaltenszusage im vorliegenden Fall ganz generell anführen, dass diese bei konglomeraten Zusammenschlüssen auf den schnelllebrigen IT-Märkten genügen könnten, da die Wettbewerbsverhältnisse auf diesen Märkten nur schwer abzusehen sind und die betroffenen Unternehmen nach Ablauf der Dauer der Verhaltenszusage keine starke Marktposition mehr innehaben könnten und darum möglicherweise kein Anlass mehr zu Wettbewerbsbedenken bestünde. Die vergangenen Jahre haben jedoch nach Ansicht der Monopolkommission gezeigt, dass es gerade in den IT-Märkten einige Unternehmen gibt, die sich im jeweiligen Markt für längere Zeit an der Marktpitze halten. Es erscheint der Monopolkommission damit nicht unwahrscheinlich, dass Intel auch in fünf Jahren noch eine Marktposition im oberen Teil der Märkte für CPUs und Chipsätze belegen wird.

952. Zudem wird im vorliegenden Fall durch die Verhaltenszusagen eine laufende Verhaltenskontrolle des fusionierten Unternehmens nötig. Die in den Abhilfemaßnahmen festgelegten Verpflichtungen und Regelungen sind sehr komplex und umfangreich, wodurch es schwierig erscheint, diese verlässlich zu kontrollieren und zu überwachen. So werden die Abhilfemaßnahmen teilweise

durch Verträge umgesetzt, deren Klauseln kein Teil der Abhilfemaßnahme sind. Der Vertragsinhalt muss jedoch mit den von Intel zugesagten Verpflichtungen übereinstimmen. Bezüglich des Verfahrens ist vorgesehen, dass der von Intel genutzte Vertragstext zuvor von der Europäischen Kommission genehmigt werden muss; falls sie dem zweiten Entwurf von Intel nicht zustimmt, kann die Europäische Kommission den Überwachungstreuhänder beauftragen, nötige Änderungen am Vertragstext vorzunehmen und diesen zu genehmigen. In den Abhilfemaßnahmen ist ebenfalls ein Zeitplan für diese Schritte vorgesehen. Zudem ist ein Streitbeilegungsverfahren inklusive der Möglichkeit eines Schiedsschnellverfahrens vorgesehen. Bezüglich der Einzelheiten des Verfahrens ist festgehalten, dass eine Eilentscheidung nach einem Monat und ein endgültiges Urteil innerhalb von sechs Monaten getroffen werden soll; hierbei hat die Europäische Kommission die Möglichkeit, sich in das Verfahren einzubringen. Die laufende Kontrolle der Verpflichtungen von Intel soll zwar von einem privaten Treuhänder gewährleistet werden, welcher der Europäischen Kommission unter anderem Berichte über die Nichterfüllung der Verpflichtungen durch Intel sowie über Streitigkeiten zwischen Intel und seinen Wettbewerbern übersendet. Es stellt sich allerdings ganz generell die Frage, inwiefern eine von einer hoheitlichen Behörde auferlegte Verpflichtung von einer Privatperson überwacht werden sollte.

953. Soweit Intel zugesichert hat, den Betrieb der Sicherheitssoftware von Drittanbietern auf Intel-CPUs und -Chipsätzen nicht zu behindern, scheint es sich um Verhaltensweisen zu handeln, die nach Artikel 102 AEUV als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu verfolgen wären. Damit erscheint fraglich, warum diese als Abhilfemaßnahmen in die Zusammenschlussentscheidung aufgenommen wurden. Zuzugeben ist allerdings, dass durch die Aufnahme einer solchen Verpflichtung in die Abhilfemaßnahmen ein Vorteil in anderer Hinsicht geschaffen wird: Die Europäische Kommission hat im vorliegenden Fall ein Schlichtungsverfahren in den Abhilfemaßnahmen festgeschrieben, wonach ein sich über Intel beschwerendes Unternehmen den Anscheinsbeweis dafür erbringen muss, dass Intel einen Verstoß begangen hat. Das Schiedsgericht muss dann zugunsten dieses Unternehmens entscheiden, es sei denn, Intel kann Beweis dafür erbringen, dass es die Verpflichtungen aus den Abhilfemaßnahmen umgesetzt hat. Bei Nichteinhalten der Abhilfemaßnahmen könnte die Europäische Kommission die Freigabeentscheidung widerrufen mit der Folge, dass das Prüfverfahren erneut durchgeführt werden müsste. Dies bietet einen zeitlichen Vorteil gegenüber der Möglichkeit, das Verhalten eines Unternehmens nach Artikel 102 AEUV zu ahnden: Verfahren nach Artikel 102 AEUV sind zeitintensiv, sodass die Gefahr besteht, dass ein Unternehmen zum Zeitpunkt einer Entscheidung nach Artikel 102 AEUV bereits aufgrund eines Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens aus dem Markt ausgeschieden ist. Zudem ist mit der Ausgestaltung als Abhilfemaßnahme eine größere Rechtssicherheit für die Wettbewerber der Zusammenschlussparteien verbunden,

da diese nicht den Ausgang des Marktmissbrauchsverfahrens abwarten müssen.

954. Auch ist anzumerken, dass die Europäische Kommission bei einem weiteren Zusammenschlussvorhaben, dem Fall Cisco/Tandberg, ebenfalls Wettbewerbsbedenken bezüglich der Interoperabilität der Geräte des fusionierten Unternehmens mit den Geräten der Wettbewerber hatte.⁶⁴⁵ In diesem Zusammenschlussverfahren akzeptierte die Europäische Kommission eine Veräußerungszusage. Cisco sagte zu, die Rechte an seinem Standard „Telepresence Interoperability Protocol“ an eine branchenübergreifende Organisation zu veräußern, um die Interoperabilität zwischen Produkten des fusionierten Unternehmens und seiner Wettbewerber sicherzustellen. Damit erscheint fraglich, ob im Fall Intel/McAfee ebenfalls auf einer Veräußerungszusage hätte bestanden werden müssen. Von der Europäischen Kommission wurde gegenüber der Monopolkommission als Grund für die unterschiedliche Ausgestaltung der Abhilfemaßnahmen in diesen beiden Fällen genannt, dass es sich im Gegensatz zum konglomeraten Zusammenschluss Intel/McAfee bei dem Zusammenschluss Cisco/Tandberg um einen horizontalen Zusammenschluss gehandelt habe. Zur Begründung führte die Europäische Kommission in der Zusammenschlussescheidung aus, dass in diesem konglomeraten Zusammenschluss strukturelle Abhilfemaßnahmen nicht am besten geeignet schienen, die Wettbewerbsbedenken zu adressieren. Eines der Hauptprobleme sei gewesen, dass die Kontrolle über eine Schlüsseltechnologie, möglicherweise im Zusammenhang mit den IP-Rechten, zu einer Abschottung von Marktteilnehmern führen könnte, deren Produkte mit dieser Technologie gleichberechtigt interoperieren müssten. Intel könnte für die Interoperabilität notwendige Informationen zurückhalten und dadurch Wettbewerbsprobleme hervorrufen. Unter diesen Umständen seien Verpflichtungszusagen, die der Konkurrenz den Zugang zu notwendigen Informationen gewährleisten, geeignet, wettbewerbliche Bedenken auszuräumen.

5.7.4.2 Der Fall T-Mobile/Orange

955. Im Fall T-Mobile/Orange wurde neben der Veräußerung von Frequenzen eine Verhaltenszusage als Abhilfemaßnahme von der Europäischen Kommission angenommen. Die Zusammenschlussparteien hatten sich zunächst einseitig verpflichtet, den Netzwerkteilungsvertrag mit einem Dritten (3UK) zu ändern und zu ergänzen.⁶⁴⁶ Sie beabsichtigten, dem Überwachungstreuhänder regelmäßige schriftliche Berichte zum Stand des Verhandlungsverfahrens mit 3UK sowie zu den vereinbarten Vertragsänderungen zu übersenden. Dies erachtete die Europäische Kommission jedoch als nicht hinreichend, um das Wettbewerbsproblem zu beseitigen, nämlich das Risiko, dass die Zusammenschlussparteien den Netz-

⁶⁴⁵ EU-Kommission, Entscheidung vom 29. März 2010, COMP M.5669.

⁶⁴⁶ Zu dem der Entscheidung T-Mobile/Orange zugrunde liegenden Sachverhalt vgl. Tz. 875 ff.

werkteilungsvertrag mit 3UK beenden oder verschlechtern und dadurch möglicherweise 3UK aus dem Markt drängen. Bei der angebotenen Verhaltenszusage handele es sich lediglich um einseitige Verpflichtungen, deren Wirksamkeit von einer Vereinbarung mit einem Dritten abhängt, der nicht selbst durch die Zusage gebunden sei. Die Zusammenschlussparteien haben darum am 19. Februar 2010 eine Vereinbarung mit 3UK unterschrieben. Vertragsschluss und -inhalt überzeugten die Europäische Kommission davon, dass durch den Vertrag die Position von 3UK auf dem Markt gestärkt wird und 3UK dadurch weiterhin wettbewerblichen Druck auf die Zusammenschlussparteien ausüben kann; der Zusammenschluss wurde daher am 1. März 2010 unter Bedingungen und Auflagen freigegeben.

956. Diese Art der Verhaltenszusage erscheint der Monopolkommission weniger problematisch als andere verhaltensorientierte Zusagen. Der infrage stehende Vertrag wurde im vorliegenden Fall bereits vor der Freigabe des Zusammenschlusses geschlossen. Die möglicherweise langfristige Suche nach einem geeigneten Vertragspartner, die von der Europäischen Kommission überwacht werden muss, entfällt darum. In die verbindlichen Abhilfemaßnahmen wurde aufgenommen, dass der Vertrag zwischen T-Mobile und 3UK bereits geschlossen wurde. Lediglich im Hinblick auf eine Vertragsklausel, die einen weiteren Vertragsschluss bezüglich eines Netzwerkintegrationsplans vorsieht, muss dieser zweite Vertragsschluss noch von einem Treuhänder überwacht werden. Die Monopolkommission sieht hier allerdings keine Gefahr eines Vertragsbruchs seitens T-Mobile, da durch die Möglichkeit, den Zivilrechtsweg zu beschreiten, hinreichend gewährleistet scheint, dass sich T-Mobile an den Vertrag hält. Diese Klausel scheint damit schnell umgesetzt und nicht mit einer dauerhaften Kontrolle vonseiten der Europäischen Kommission verbunden.

5.7.5 Unverbindliche Abhilfemaßnahmen

957. Im Zusammenschlussverfahren Oracle/Sun Microsystems hielt die Europäische Kommission öffentliche Ankündigungen von Oracle für ausreichend, den Zusammenschluss freizugeben⁶⁴⁷; sie verzichtete auf Verpflichtungszusagen nach Artikel 8 Absatz 2 FKVO. Oracle machte am 14. Dezember 2009 öffentliche Ankündigungen, um MySQL-Kunden und -Entwicklern mehr Sicherheit bezüglich der Weiterentwicklung von MySQL nach dem Zusammenschluss zu geben. Diese öffentlichen Ankündigungen bestanden aus zehn Zusagen an die Nutzer, Kunden und Entwickler von MySQL. Es wurde zugesagt, MySQL auch in Zukunft unter der Open-Source-Lizenz zu verbessern und nachfolgende Versionen ebenfalls unter der Open-Source-Lizenz zur Verfügung zu stellen. Oracle kündigte an, sich bis fünf Jahre nach Abschluss des Zusammenschlusses an die in den öffentlichen Ankündigungen gemachten Zusagen zu halten. Zudem leitete Oracle Schritte ein, um drei dieser Zusagen rechtsverbindlich in die zwischen Sun und den Drittanbietern

von Speicher-Engines bestehenden Verträge aufzunehmen: Oracle übersandte Schreiben, in denen zugesagt wurde, die bestehenden Vertragsbedingungen nach dem Zusammenschluss dahingehend zu ändern, dass der betreffende Inhalt der öffentlichen Ankündigungen im Vertrag wiederholt werde. Hieraus schloss die Europäische Kommission, dass dies gegenüber diesen Parteien verbindlich festgelegt sei. Bei den übrigen Punkten der öffentlichen Ankündigung handelte es sich der Europäischen Kommission nach um rein einseitige Erklärungen ohne rechtsverbindlichen Charakter.

958. Die Europäische Kommission führte aus, dass diese öffentlichen Ankündigungen von Oracle keine formellen Zusagenangebote im Sinne der Fusionskontrollverordnung darstellten. Formelle Zusagenangebote seien notwendig, wenn Wettbewerbsbedenken bestünden. Diese könnten durch die formellen Zusagenangebote ausgeräumt werden, wodurch eine Freigabe des Zusammenschlusses ermöglicht werde. Es handele sich jedoch um eine andere Situation, wenn die Fakten des Zusammenschlusses es der Europäischen Kommission erlaubten festzustellen, dass der Zusammenschluss keinen Wettbewerbsbedenken begegne. Die öffentliche Ankündigung von Oracle sowie deren teilweise Umsetzung stellten Fakten dar, die sie zusammen mit den weiteren ihr vorliegenden Fakten des Falls bei der Bewertung der Frage, welche Auswirkungen das Zusammenschlussvorhaben auf den Datenbankmarkt habe, berücksichtigen müsse. Im Ergebnis folgte die Europäische Kommission, dass Oracle – auch aufgrund seiner öffentlichen Ankündigungen – nicht die Möglichkeit und den Anreiz habe, MySQL abzuschaffen. Obwohl die Mehrzahl der öffentlichen Ankündigungen keinen rechtsverbindlichen Charakter habe, sei die Wahrscheinlichkeit gering, dass Oracle von seinen Ankündigungen abweiche. Dies begründete die Europäische Kommission mit den Besonderheiten von Open-Source-Software: Für den Sponsor eines Open-Source-Projekts, das auf die Beiträge von Nutzern, Entwicklern und Kunden angewiesen sei, sei Vertrauen und Ansehen sehr wichtig. Eine Beschädigung des Rufes von Oracle infolge der schlechten oder unzureichenden Unterstützung von MySQL hätte wahrscheinlich negative Folgen für das proprietäre Software-Geschäft von Oracle. Im Hinblick auf die Dauer der angekündigten Zusagen argumentierte die Europäische Kommission, dass fünf Jahre lang genug seien, um Oracle durch die Zusagen in seinen Möglichkeiten einzuschränken. In dieser Zeit könnten andere Anbieter von Open-Source-Datenbanken ihre Marktposition weiterentwickeln und MySQL ersetzen.

959. Insgesamt beurteilt die Monopolkommission die rechtliche Bewertung der öffentlichen Ankündigungen von Oracle durch die Europäische Kommission kritisch. Zunächst ist ganz allgemein zu kritisieren, dass die Europäische Kommission die öffentlichen Ankündigungen von Oracle für ausreichend erachtete, Wettbewerbsbedenken zu beseitigen bzw. erst gar nicht entstehen zu lassen. Die Europäische Kommission hat der Monopolkommission berichtet, dass die rechtlich verpflichtenden Lizenzangebote von Oracle ausschlaggebend für die Aufgabe der ursprünglichen Wettbewerbsbedenken gewesen seien.

⁶⁴⁷ Vgl. auch Tz. 864 ff., 887 ff.

Dem ist zwar zuzugeben, dass das Versenden eines Schreibens mit der Zusage einer Vertragsänderung – zumindest nach deutschem Recht – rechtlich bindend ist. Im Falle eines Verstoßes von Oracle gegen diese Zusagen läge die Rechtsdurchsetzung bezüglich der Verpflichtung Oracles indes in den Händen von privaten Dritten, die zunächst eine rechtskräftige Entscheidung der Gerichte abwarten und sich hierfür vermutlich durch die Instanzen klagen müssten. Erschwerend kommt hinzu, dass selbst die Europäische Kommission die Auffassung vertritt, dass weniger als die Hälfte der von Oracle gemachten Zusagen rechtsverbindlich seien. Eine solche nicht rechtsverbindliche Zusage kann auch von einem privaten Dritten nicht vor den ordentlichen Gerichten durchgesetzt werden.

960. Die Europäische Kommission vertrat die Ansicht, dass sie ihre Entscheidung nach Artikel 8 Absatz 6 lit. a FKVO widerrufen könne. Danach kann eine Entscheidung widerrufen werden, wenn die Vereinbarkeitserklärung auf unrichtigen Angaben beruht, die von einem der beteiligten Unternehmen zu vertreten sind, oder arglistig herbeigeführt worden ist. Zunächst ist für die Monopolkommission fraglich, wie die Europäische Kommission kontrollieren will, ob die öffentlichen Ankündigungen eingehalten wurden. Auch bestehen dogmatische Unterschiede zwischen der rechtlichen Lage bei formellen Abhilfemaßnahmen und der von der Europäischen Kommission angenommenen Rechtslage bei öffentlichen Ankündigungen. Im Falle eines Verstoßes gegen eine als Bedingung ausgestaltete formelle Abhilfemaßnahme ist kein Widerruf der Freigabeentscheidung durch die Europäische Kommission erforderlich, der Nichteintritt der Bedingung lässt die Genehmigung des Zusammenschlusses entfallen. Im Gegensatz hierzu muss die Europäische Kommission im vorliegenden Fall – ihrer eigenen Auslegung zufolge – zunächst feststellen, dass die öffentlichen Ankündigungen nicht eingehalten wurden. Bereits diese Feststellung erscheint problematisch, da die Europäische Kommission hierzu auf Mitteilungen dritter Unternehmen, beispielsweise der Drittanbieter von Speicher-Engines, angewiesen ist. Das gravierendere Problem sieht die Monopolkommission jedoch darin, dass die Europäische Kommission für einen Widerruf der Freigabeentscheidung nach Artikel 8 Absatz 6 lit. a FKVO beweisen muss, dass sie unzutreffende Angaben von einem Unternehmen erhalten hat. Hier stellt sich unter anderem die Frage, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Unrichtigkeit der Angaben entscheidend ist. Es wäre vorstellbar, dass sich Oracle zunächst – beispielsweise in den ersten drei Jahren nach dem Zusammenschluss – an seine Zusagen hält, danach jedoch nicht mehr. Unterstellt, dass Oracle dies nicht von Anfang an so geplant hat, sondern zum Zeitpunkt der öffentlichen Ankündigung fest davon überzeugt war, sich für fünf Jahre an seine Zusagen zu halten, wäre die Ankündigung von Oracle zunächst – zum Zeitpunkt der öffentlichen Ankündigung und zum Zeitpunkt der Entscheidung – richtig gewesen und erst danach unrichtig geworden. Unklar ist, ob es der Europäischen Kommission dann möglich wäre, einen Widerruf der Entscheidung auf die Übermittlung unrichtiger Angaben durch das Unternehmen zu stützen. Im Ergebnis ist

damit fraglich, ob Artikel 8 Absatz 6 lit. a FKVO angesichts der damit verbundenen Unsicherheiten ein hinreichendes Mittel bietet, um im Falle einer Abkehr Oracles von seinen öffentlichen Ankündigungen gegenzusteuern. Es scheint der Monopolkommission vorzugswürdiger, wenn die Europäische Kommission Oracle nahegelegt hätte, die öffentlichen Ankündigungen als formelle Zusagenangebote vorzulegen, und dann durch die Aufnahme als formelle Abhilfemaßnahmen in die Freigabeentscheidung ihre rechtlichen Möglichkeiten für den Fall eines Verstoßes von Oracle gegen die Ankündigungen abgesichert hätte.

961. Zudem begegnet die Unterscheidung der Europäischen Kommission zwischen formellen Zusagenangeboten und Zusagen im Rahmen öffentlicher Ankündigungen durch die Zusammenschlussparteien Bedenken. Die Europäische Kommission differenziert zwischen formellen Zusagenangeboten, die festgestellte wettbewerbliche Bedenken ausräumen sollen, und Zusagen der Parteien, die den zu beurteilenden Sachverhalt verändern und damit dazu führen, dass keine wettbewerblichen Bedenken vorliegen. Nach Auffassung der Europäischen Kommission handelt es sich bei den öffentlichen Ankündigungen von Oracle nicht um formelle Zusagenangebote. Die öffentlichen Ankündigungen seien jedoch ein Teil des zu beurteilenden Sachverhalts und hätten diesen im vorliegenden Fall geändert. Damit stellt sich für die Monopolkommission die Frage, wie die Europäische Kommission in Zukunft zwischen formellen Zusagenangeboten und öffentlichen Ankündigungen unterscheiden will. Auch formelle Zusagenangebote werden von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagen. Eine Differenzierung wäre zwar anhand des Adressaten der Maßnahme – bei formellen Zusagenangeboten ist die Europäische Kommission der Adressat, bei öffentlichen Ankündigungen die Kunden des Unternehmens beziehungsweise, allgemein betrachtet, die Öffentlichkeit – möglich. Würde man jedoch generell anerkennen, dass eine öffentliche Ankündigung einen Teil des von der Europäischen Kommission zu beurteilenden Sachverhalts darstellt und dazu führen kann, dass Wettbewerbsbedenken entfallen, stellt sich die Frage, wo die Grenzen einer öffentlichen Ankündigung liegen. Die Anerkennung einer öffentlichen Ankündigung als Änderung des Zusammenschlussvorhabens könnte dazu führen, dass die Unternehmen keine formellen Zusagenangebote mehr unterbreiten, sondern nur öffentliche Ankündigungen verlautbaren lassen. In einem solchen Fall könnte die Europäische Kommission keine Wettbewerbsbedenken mehr geltend machen. Da formelle Zusagenangebote jedoch Wettbewerbsbedenken voraussetzen, wären formelle, die Parteien gegenüber der Europäischen Kommission bindende Abhilfemaßnahmen überflüssig. Im Ergebnis sind mit der Möglichkeit von öffentlichen Versprechen zur Abhilfe Umgehungen von formellen Verpflichtungserklärungen durch die Zusammenschlussparteien möglich.

962. Das finnische Unternehmen Monty Program AB hat am 1. Juni 2010 Klage vor dem Gericht der Europäischen Union eingereicht mit dem Ziel, die Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission für nichtig zu

erklären. Die Klage wurde unter anderem damit begründet, dass die Europäische Kommission die Art der Zusagen von Oracle falsch beurteilt und, indem sie die Zusagen von Oracle als Fakten des der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts bewertet habe, einen Rechtsfehler begangen habe.⁶⁴⁸ Es bleibt abzuwarten, wie das Gericht die Bewertung der öffentlichen Ankündigungen von Oracle durch die Europäische Kommission beurteilen wird.

5.7.6 Regulierungsähnliche Zusagen

963. In dem Verfahren SNCF/LCR/Eurostar betrachtete die Europäische Kommission die Bereitstellung von internationalem Schienenpassagierverkehr durch den Kanaltunnel auf den Strecken London–Paris und London–Brüssel⁶⁴⁹. Der Zusammenschluss wird nach den Erkenntnissen der Europäischen Kommission nicht zu Marktanteilsadditionen führen, sondern lediglich die jetzige Kooperation der Beteiligten in ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen überführen. Nach Auffassung der Europäischen Kommission ist maßgeblich, dass vor dem Zusammenschluss zumindest eine gewisse Chance für einen Markteintritt neuer Anbieter mittels Kooperation mit einem der Eurostar-Partner oder mittels Erwerb einer der Partner bestanden hat, die nunmehr entfällt. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission bestehen erhebliche Marktzugangshürden. Diese betreffen zum einen die Sicherheitsregeln für den Eisenbahnverkehr im Kanaltunnel,⁶⁵⁰ zum anderen die Zugangsmöglichkeiten zu Bahnhöfen und den dort angebotenen Serviceleistungen (Fahrkartenverkaufsstellen, Passagierinformationen etc.), die Zugangsbedingungen bei Sicherheitskontrollsystemen im Rahmen des Nicht-Schengen-Verkehrs sowie die Zugangsoptionen zu Hochgeschwindigkeitstrassen zu Peak-Zeiten. Zudem bestehen Marktzugangshindernisse beim Zugang zu spezialisierten Wartungszentren in Großbritannien und Frankreich.

964. Bemerkenswert ist, dass die Europäische Kommission in diesem Zusammenhang Defizite des europäischen Regulierungsrahmens einräumt. So schreibe zwar die Richtlinie 2001/14/EG den diskriminierungsfreien Zugang zu „Bahnhöfen, deren Gebäuden und sonstigen Einrichtungen“ sowie zu „Wartungseinrichtungen und anderen technischen Einrichtungen“ vor.⁶⁵¹ Es werde jedoch nicht detailliert beschrieben, zu welchen konkreten Leistungen der Zugang zu gewähren ist und ob auch der Zu-

gang zu Dienstleistungen im Rahmen der Nicht-Schengen-Zonen erfasst ist. Ferner sage die Richtlinie nichts darüber aus, ob bei einer Knappheit von Serviceeinrichtungen Kapazitäten für neue Marktteilnehmer bereitgestellt werden müssen. Daraus folgert die Europäische Kommission, dass der Zugang zu solchen Leistungen und Einrichtungen unter der geltenden Regelung nicht vollständig und umfassend garantiert ist.

965. Die Europäische Kommission ermittelt daneben folgende Defizite des Regulierungsrechts in den drei betroffenen Mitgliedstaaten: In Großbritannien gebe es zwar eine Ex-ante-Regulierung, jedoch seien die Bahnhöfe auf der Hochgeschwindigkeitsstrecke traditionell von der Regulierung ausgenommen. Diesbezüglich gebe es nur eine Ex-post-Kontrolle, die auf Beschwerden hin eingreife. In Frankreich existiere noch keine Regulierungsbehörde für den Schienenverkehr, wie sie von der Richtlinie 2001/14/EG vorgeschrieben werde. In Belgien sei die Richtlinie zwar grundsätzlich umgesetzt, der Zugang zu Serviceleistungen am Gare du Midi (Haltepunkt des Eurostar in Brüssel) unterliege jedoch nicht der Kontrolle seitens der Regulierungsbehörde, sondern des Wirtschaftsministeriums.

966. Um die dargestellten Wettbewerbsbedenken auszuräumen, verpflichteten sich SNCF, LCR und SNCB, den diskriminierungsfreien Zugang zu Serviceleistungen und Raumkapazitäten an Bahnhöfen sicherzustellen. Dazu gehören unter anderem Kapazitäten für Fahrkartenschalter, der Zugang zu Passagierinformationssystemen und der Zugang zu den Bahnhofsbereichen mit Sicherheitskontrollen für die Zugverbindungen in Nicht-Schengen-Gebiete. Des Weiteren gewährleisteten die Parteien den diskriminierungsfreien Zugang zu bestimmten Wartungszentren in Frankreich, Großbritannien und Belgien. Schließlich steht die Freigabeentscheidung unter der Bedingung, dass die Zusammenschlussparteien eine bestimmte Anzahl von Trassen zugunsten von Wettbewerbern freigeben, falls diese entsprechende Trassen nicht im normalen Zuteilungsverfahren erhalten. Nach Einschätzung der Europäischen Kommission senken diese Verpflichtungen die Marktzutrittsschranken für neue Anbieter und gleichen dadurch die negativen Effekte des Zusammenschlusses aus.

967. Hervorzuheben ist die Einschätzung der Richtlinie 2001/14/EG seitens der Europäischen Kommission. Die Richtlinie schreibt für eine Vielzahl von Einrichtungen und Dienstleistungen den diskriminierungsfreien Zugang vor und erweckt den Eindruck einer umfassenden Regelung. So beinhaltet der „Schienenzugang zu Serviceeinrichtungen und die entsprechende Erbringung von Leistungen“ laut Anhang II der Richtlinie neben Personenbahnhöfen, deren Gebäuden und sonstigen Einrichtungen auch Einrichtungen zur Brennstoffaufnahme, Rangierbahnhöfe, Zugbildungseinrichtungen, Abstellgleise sowie Wartungseinrichtungen und andere technische Einrichtungen. Dennoch ist damit nach Auffassung der Europäischen Kommission nicht der Zugang zu allen Einrich-

⁶⁴⁸ Rs. T-292/10, ABl. EU Nr. C 260 vom 25. September 2010, S. 15.

⁶⁴⁹ Vgl. auch Tz. 852, 895 ff.

⁶⁵⁰ Zum Zeitpunkt des Verfahrens erfüllten nur die Züge der Eurostar-Partner die Sicherheitsanforderungen. Laut Pressemeldungen hat die europäische Bahnsicherheitsbehörde (European Railway Agency) im März 2011 erstmalig auch Zügen von Siemens bestätigt, dass die Sicherheitsvorkehrungen erfüllt sind; vgl. Handelsblatt, 22. März 2011, S. 24.

⁶⁵¹ Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABl. EU Nr. L 75 vom 15. März 2001, S. 29.

tungen und Dienstleistungen, die im vorliegenden Fall als relevant angesehen werden, abgedeckt.

968. Vor diesem Hintergrund erwecken die auferlegten Abhilfemaßnahmen den Eindruck, dass die Europäische Kommission den Zusammenschluss zum Anlass nimmt, Mängel des Regulierungsrahmens bzw. der mitgliedstaatlichen Umsetzung der genannten Richtlinie 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.

969. 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. Nur wenig Abhilfe leistet in diesem Zusammenhang das Streitbeilegungsverfahren, das ebenfalls in den Abhilfemaßnahmen verankert wurde. Hiernach soll ein Treuhänder auf Initiative eines Zugang begehrenden Unternehmens in einem Eilverfahren eine „bindende Expertenmeinung“ abgeben. Gegen diese Entscheidung des Treuhänders ist Beschwerde möglich. Zuständig soll die jeweilige nationale Regulierungsbehörde sein, sofern sie eingewilligt hat, diese Aufgabe zu übernehmen. Andernfalls wird die Europäische Kommission als Beschwerdeinstanz fungieren.

970. Fraglich ist, ob diese Konstruktion in der Praxis tragfähig ist. Es muss bezweifelt werden, dass ein Treuhänder in der Lage ist, im Eilverfahren Diskriminierungsvorwürfe zu überprüfen oder Streitigkeiten über die Festlegung kostenbasierter Preise beizulegen. Die Einschaltung nationaler Regulierungsbehörden erscheint insoweit Erfolg versprechender, allerdings hängt sie von deren Einwilligung ab. Das Problem der fehlenden französischen Regulierungsbehörde bzw. deren mangelnden Durchsetzungswillens bleibt bestehen. Soweit die Europäische Kommission ersatzweise als Beschwerdeinstanz auftreten soll, ist ebenfalls Skepsis angebracht. Sie hat zwar im Rahmen der Missbrauchskontrolle auch über preisliche Missbrauchspraktiken zu entscheiden. Hier stehen aber Regulierungsfragen in einem möglicherweise erheblichen Umfang an, für deren Beantwortung die Europäische Kommission wenig Erfahrungen aufweist und die über einen langen Zeitraum einen hohen Arbeitsaufwand erfordern.

971. 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.⁶⁵² Die wichtigsten Änderungen beinhalten eine Präzisierung der Vorgaben zur Entgeltbildung und Änderungen der Vorgaben zur Zugangsgewährung bei Serviceeinrichtungen. Darüber hinaus hat die Europäische Kommission wegen mangelhafter Umsetzung der Richtlinie 2001/14/EG ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich eingeleitet.⁶⁵³ Unter anderem wird die unzulängliche Umsetzung der Bestimmungen zur Erhebung der Weegeentgelte und die nicht erfolgte Einrichtung einer unabhängigen Regulierungsstelle bemängelt.

Des Weiteren ist zu kritisieren, dass die Europäische Kommission keine Abhilfemaßnahme bezüglich des rollenden Materials getroffen hat. Obwohl Marktteilnehmer die Verfügbarkeit von zugelassenem rollendem Material als wesentliches Marktzutrittshindernis bezeichneten, verzichtet die Wettbewerbsbehörde auf eine entsprechende Veräußerungsverpflichtung mit der Begründung, es habe sich nur ein Kaufinteressent gemeldet.

5.7.7 Nachträglicher Verzicht auf Zusagen

972. Die Europäische Kommission hat am 3. Mai 2011 eine Phase-II-Entscheidung nach Artikel 8 Absatz 2 FKVO getroffen, mit der sie den Verzicht auf die in dem Zusammenschlussverfahren Hoffmann-La Roche/Boehringer Mannheim festgelegten Zusagen erklärte. Im Februar 1998 hatte die Europäische Kommission den Zusammenschluss von Hoffmann-La Roche und Boehringer Mannheim vorbehaltlich der vollständigen Erfüllung bestimmter Bedingungen und Auflagen nach Artikel 8 Absatz 2 VO 4064/89 freigegeben.⁶⁵⁴ In dieser Entscheidung hatte sie festgestellt, dass Hoffmann-La Roche auf dem EWR-weiten Markt für DNA-Sonden eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, die sich unter anderem aus dem hohen Marktanteil des Unternehmens, seinem Patentbestand für die Polymerase-Kettenreaktion (PCR) als wichtigster DNA-Sonden-Technologie und der schwachen Stellung anderer Technologien ergab. Die Europäische Kommission vertrat die Auffassung, dass die marktbeherrschende Stellung von Hoffmann-La Roche durch den geplanten Zusammenschluss noch verstärkt werden würde, da Boehringer Mannheim ein potenzieller Wettbewerber sei. Der Zusammenschluss wurde dennoch freigegeben, da Hoffmann-La Roche Zusagenangebote vorgelegt hatte, die die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission ausräumten. Ein Teil dieser Zusagen betraf den diskriminierungsfreien Zugang zur PCR-Technologie von Hoffmann-La Roche für alle interessierten Marktteilnehmer. Die Entscheidung enthielt weder

⁶⁵² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (Neufassung), KOM(2010) 475, 17. September 2010. Die Neufassung stellt nach Darstellung der Europäischen Kommission hauptsächlich eine Vereinfachung und Konsolidierung der Rechtsetzung dar und soll bestehende Unzulänglichkeiten, Unklarheiten und Lücken beseitigen.

⁶⁵³ Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 24. Juni 2010, IP/10/807.

⁶⁵⁴ EU-Kommission, Entscheidung vom 4. Februar 1998, COMP/M.950.

eine Befristung noch eine Überprüfungsklausel („review clause“) im Hinblick auf diese Zusagen.

973. Zwischenzeitlich ist Hoffmann-La Roche seinen Verpflichtungen aus der Freigabeentscheidung nachgekommen, einen Treuhänder zu bestellen sowie innerhalb von zwölf Monaten seit Entscheidung eine umfassende Lizenz und innerhalb von drei Monaten eine Einzellizenz zu gewähren. Hoffmann-La Roche hat außerdem allen interessierten Marktteilnehmern Zugang zu seiner PCR-Technologie eingeräumt; zu diesem Zweck hat das Unternehmen 35 unter die Zusagen fallende Lizenzen vergeben. In jüngerer Zeit wurde eine Reihe weiterer Lizenzen, die inhaltlich von den Vorgaben der Zusagen abweichen, erteilt.

974. Im September 2008 beantragte Hoffmann-La Roche bei der Europäischen Kommission den Verzicht auf die Zusagen. Zur Begründung führte das Unternehmen aus, dass sein PCR-Patentbestand nicht länger ein Hindernis für den Zutritt zum DNA-Sonden-Markt darstelle, da die PCR-Grundpatente bereits ausgelaufen seien bzw. in den kommenden Jahren auslaufen würden. Die Zusagen hätten ihren Zweck erfüllt, da die Stellung von Hoffmann-La Roche auf dem DNA-Sonden-Markt durch den Zusammenschluss nicht gestärkt worden sei. Außerdem entfalte das in den Zusagen aufgestellte Patentsystem inzwischen wettbewerbschädliche Wirkungen, da der festgelegte Umfang der Lizenzen nicht den aktuellen Bedarf des Marktes an Patenten mit unterschiedlicher geografischer und spezifischer Ausrichtung widerspiegele.

975. Die Europäische Kommission hat dem Antrag von Hoffmann-La Roche im Rahmen eines Phase-II-Verfahrens nach Artikel 8 FKVO stattgegeben und auf die erwähnten Zusagen verzichtet. Die Europäische Kommission stellt knapp fest, dass sie ihre Beschlüsse anpassen könne, um Verpflichtungen zu ändern oder auf sie zu verzichten, selbst wenn die betreffende Freigabeentscheidung keine Überprüfungsklausel enthalte. Sie weist ferner auf ihre Mitteilung über Abhilfemaßnahmen hin, wonach für eine Zusagenänderung oder einen entsprechenden Verzicht das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände vorausgesetzt werde.⁶⁵⁵ Solche Umstände könnten anerkannt werden, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen, dass sich die Marktsituation auf Dauer erheblich geändert habe. Für diesen Nachweis fordert die Europäische Kommission eine hinreichend lange Zeitspanne zwischen der ursprünglichen Entscheidung und dem Antrag der Zusammenschlussparteien, die in der Regel mehrere Jahre betrage. Bei der Entscheidung über eine Änderung oder den Verzicht auf Abhilfemaßnahmen habe die Europäische Kommission auch die Stellungnahmen Dritter und die Auswirkungen der Änderung/des Verzichts auf die Stellung Dritter zu berücksichtigen. Hierbei prüfe sie unter anderem, ob eine entsprechende

Maßnahme die Rechte beeinträchtige, die Dritte nach Umsetzung der Abhilfemaßnahme bereits erworben haben.

976. Die Europäische Kommission sah die genannten Voraussetzungen im vorliegenden Fall als erfüllt an. Der durchgeführte Markttest und weitere Befragungen von Marktteilnehmern hätten ergeben, dass sich die Situation auf dem DNA-Sonden-Markt seit der Freigabeentscheidung im Jahr 1998 auf Dauer erheblich geändert habe. Zum einen gebe es mehr Marktteilnehmer mit beträchtlichen Marktanteilen auf dem DNA-Sonden-Markt als zum Zeitpunkt der ursprünglichen Fusionskontrollentscheidung. Dies sei unter anderem auf die Lizenzvergabe im Rahmen der Zusagen sowie auf die Gewährung sonstiger Lizenzen in der jüngeren Vergangenheit zurückzuführen. Hoffmann-La Roche sei zwar weiterhin der wichtigste Marktteilnehmer, sein Gesamtmarktanteil sei aber von 60 bis 70 Prozent auf 40 bis 50 Prozent zurückgegangen. Außerdem habe sich die Marktstruktur auch insofern geändert, als zwischenzeitlich mehr Anwendungen im Bereich DNA-Sonden zur Verfügung stünden als in den 1990er Jahren. Hoffmann-La Roche halte zwar weiterhin bedeutende Marktanteile bei den einzelnen Anwendungen, sei jedoch für jede dieser Anwendungen dem Wettbewerb durch andere Marktteilnehmer ausgesetzt. Für beachtlich hielt die Europäische Kommission schließlich den Umstand, dass nur noch 23 der 119 in den Zusagen aufgeführten PCR-bezogenen Patente in Kraft sind; diese werden in der Europäischen Union zwischen 2013 und 2018 auslaufen. Daher sei die PCR-Technologie nicht mehr weitgehend patentgeschützt und die Grundelemente der PCR-Technologie blieben allgemein zugänglich oder würden dies bald sein. Folglich hätten die Unternehmen, die von Hoffmann-La Roche keine PCR-Lizenzen auf Grundlage der Zusagen erhalten haben, (bald) Zugang zu diesen Technologien. Einige Befragte erklärten ihre Absicht, nach dem bevorstehenden Auslaufen der betreffenden Patente die PCR-Technologie (lizenzfrei) nutzen zu wollen. Die dargestellte Strukturänderung schätzte die Europäische Kommission auch als dauerhaft ein. Insbesondere werden die derzeitigen Lizenznehmer die entsprechenden Rechte selbst bei einem Wegfall der Zusagen behalten und weiterhin Zugang zu den Updates der PCR-Patente von Hoffmann-La Roche bekommen.

977. Die weiteren, in der Mitteilung über Abhilfemaßnahmen festgelegten Anforderungen hielt die Europäische Kommission ebenfalls für erfüllt: So liege zwischen der ursprünglichen Freigabeentscheidung und dem Antrag auf Verzicht der Zusagen eine hinreichend lange Zeitspanne, nämlich zehn Jahre. Andere Marktteilnehmer seien konsultiert worden und hätten keine Einwände gegen den Zusagenverzicht erhoben. Zudem hätten die befragten Marktteilnehmer die Aussage von Hoffmann-La Roche bestätigt, wonach die im Rahmen der Zusagen verfügbaren Lizenzen nicht mehr dem aktuellen Bedarf auf dem relevanten Markt entsprächen. Schließlich werde der Verzicht die Wirksamkeit der Zusagen nicht beeinträchtigen, da diese ihre Funktion bereits erfüllt hätten. Die Vergabe von Lizenzen auf Grundlage der Zusagen habe Marktzutritte erleichtert und dazu geführt, dass die Zahl

⁶⁵⁵ Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. EU C 267 vom 22. Oktober 2008, S. 1.

der ernst zu nehmenden Konkurrenten auf dem Markt gestiegen und die Position von Hoffmann-La Roche durch den freigegebenen Zusammenschluss nicht gestärkt worden sei.

978. Die vorliegende Entscheidung zeigt, dass die Europäische Kommission unter bestimmten Voraussetzungen in der Lage und bereit ist, Zusagen nachträglich zu ändern, selbst wenn keine Änderungsklausel in der ursprünglichen Freigabeentscheidung enthalten ist. Sie hat im vorliegenden Fall das ursprüngliche Fusionskontrollverfahren weitergeführt und – nach Erlass der Freigabeentscheidung im Jahr 1998 – eine erneute Entscheidung nach Artikel 8 Absatz 2 FKVO getroffen. Eine nähere Erläuterung zu diesem Vorgehen findet sich in der Entscheidung der Europäischen Kommission nicht. Es ist ihr allerdings darin zuzustimmen, dass sie unter bestimmten Voraussetzungen befugt ist, ihre Beschlüsse anzupassen, um Verpflichtungen zu ändern oder auf sie zu verzichten, selbst wenn die ursprüngliche Freigabeentscheidung keine Überprüfungsklausel enthält. Ein solches Vorgehen ist im deutschen Verwaltungsrecht mit der Wiederaufnahme von Verfahren (§ 51 VwVfG) zu vergleichen, die der Betroffene beantragen kann, wenn sich die Sach- oder Rechtslage nachträglich zu seinen Gunsten geändert hat. In einem solchen Fall hat er einen Anspruch auf erneute Eröffnung eines bereits abgeschlossenen Verfahrens mit dem Ziel einer erneuten Sachentscheidung.

979. Im Jahr 2003 hat die Europäische Kommission bewährte Verfahrensweisen (Best Practices) und Modelltexte für Zusagen veröffentlicht.⁶⁵⁶ Diese sehen vor, dass Abhilfemaßnahmen regelmäßig eine Überprüfungsklausel enthalten. Die Aufnahme einer solchen Überprüfungsklausel in die Freigabeentscheidung ist von Vorteil, weil sie der Europäischen Kommission in der Praxis eine nachträgliche inhaltliche Modifizierung bzw. eine Änderung der Fristen ermöglicht, ohne eine erneute Entscheidung nach Artikel 6 oder Artikel 8 FKVO erlassen zu müssen. Eine förmliche Wiederaufnahme des ursprünglichen Verfahrens ist ebenso wenig notwendig wie die Durchführung der üblicherweise erforderlichen Abstimmungsprozesse mit anderen Kommissionsdienststellen und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten. Für die betroffenen Unternehmen und die Generaldirektion Wettbewerb stellt das eine nicht unerhebliche Entlastung dar. Allerdings sind mit diesem Vorgehen auch Nachteile verbunden. Zum einen ergeht keine formelle Entscheidung, die veröffentlicht wird. Daraus folgt ein erhebliches Informationsdefizit, was etwa die Hintergründe der entsprechenden Anträge, die Prüfungsschritte der Europäischen Kommission, die Ergebnisse der behördlichen Prüfung sowie die Häufigkeit von nachträglichen Modifizierungen betrifft. Als nachteilig könnte sich ferner die fehlende Beteiligung der Mitgliedstaaten, die gemäß Artikel 19 Absatz 3 FKVO nur bei Entscheidungen nach Artikel 8 Absatz 1 bis 6 FKVO am Verfahren zu beteiligen sind, erweisen. Vor diesem Hintergrund wäre zu-

mindest 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 könnte auch die Unternehmensseite umfassende Kenntnisse über die Beurteilungskriterien der Europäischen Kommission erlangen, was die Rechtsunsicherheit verringern und die Vorhersehbarkeit künftiger Entscheidungen erhöhen würde.

980. Die mangelnde Transparenz in Bezug auf die Änderung oder den Wegfall von Zusagen ist um so bedauerlicher, als die diesbezüglichen Entscheidungen häufig schwierige Bewertungsfragen aufwerfen dürften. Dies macht der vorliegende Fall deutlich. So ist der Europäischen Kommission zwar zuzustimmen, dass die Marktanteile von Hoffmann-La Roche seit der ursprünglichen Freigabeentscheidung gesunken sind. Außerdem hat das Unternehmen eine ganze Reihe von Lizenzen vergeben, was Wettbewerbern den Marktzutritt ermöglicht hat. Bei näherer Betrachtung der Wettbewerbssituation bei DNA-Sonden erreicht der nächste Wettbewerber allerdings nur 10 bis 20 Prozent der Marktanteile, während weitere Konkurrenten lediglich 5 bis 10 bzw. unter 5 Prozent der Anteile halten. Bei der Betrachtung einzelner Anwendungen für DNA-Sonden ist ferner erkennbar, dass Hoffmann-La Roche immer noch sehr hohe Marktanteile hält, z. B. im Bereich Hepatitis-B-Virus 50 bis 70 Prozent. Der nächste Konkurrent verfügt hier über 10 bis 30 Prozent der Marktanteile, alle anderen Wettbewerber liegen unter 10 Prozent. In einem neuen Anwendungsbe- reich, dem Blutscreening, kommen Hoffmann-La Roche auf 50 bis 70 Prozent der Marktanteile und Novartis auf 30 bis 50 Prozent, sodass die Gefahr kollusiven Verhaltens nicht ausgeschlossen erscheint. Gleichzeitig erklärten die befragten Lizenznehmer, dass die hohen Preise für PCR-Patente darauf zurückzuführen seien, dass die PCR-Technologie von Hoffmann-La Roche noch immer der „Goldstandard“ sei. Obwohl alternative Technologien existieren und im letzten Jahrzehnt weiterentwickelt worden seien, seien diese noch immer weniger zuverlässig und empfindlicher als die PCR-Technologie. Mit dem Wegfall der Zusagen ist schließlich zwar für die derzeitigen Lizenznehmer kein Rechtsverlust verbunden, für potenzielle Wettbewerber wird es indes schwieriger, auf den Markt einzutreten. Nachvollziehbar ist die Entscheidung der Europäischen Kommission allerdings aufgrund des Umstands, dass die Mehrzahl der betroffenen Patente bereits ausgelaufen ist und die übrigen Patente in den kommenden Jahren auslaufen werden. Somit bleibt auch ohne die Zusagen ein Zugriff auf die notwendige Technologie möglich. Für die Aufhebung der Zusagen spricht daneben die einhellige Auffassung der befragten Marktteilnehmer, wonach der in der Freigabeentscheidung festgelegte Zugschnitt der Lizenzen nicht mehr bedarfsgerecht ist.

981. Im europäischen Fusionskontrollrecht dürfte die nachträgliche Überprüfung von Zusagen vornehmlich im Zusammenhang mit verhaltensorientierten Abhilfemaßnahmen relevant werden. Laut der Mitteilung der Europäischen Kommission über Abhilfemaßnahmen sind Veräu-

⁶⁵⁶ Standard Model for Divestiture Commitments, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/divestiture.html>

berungsverpflichtungen innerhalb einer kurzen Frist nach Erlass der Entscheidung umzusetzen und es ist unwahrscheinlich, dass sich die Marktsituation in diesem kurzen Zeitraum ändert.⁶⁵⁷ Wahrscheinlicher ist der Verzicht oder die Änderung von Zusagen im Zusammenhang mit Verpflichtungen wie Zugangserleichterungen, da diese mitunter eine Laufzeit von mehreren Jahren haben. Für solche Verpflichtungen können im Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde nicht alle Entwicklungen vorhergesehen werden.⁶⁵⁸ Zudem zielen Abhilfemaßnahmen ja gerade darauf ab, dass sich die Wettbewerbssituation in Zukunft ändert.

982. Als problematisch ist das in der Mitteilung über Abhilfemaßnahme festgelegte Erfordernis zu bewerten, dass zwischen dem Erlass der Freigabeentscheidung und dem Antrag der beteiligten Unternehmen eine „hinreichend lange Zeitspanne“ liegen muss, in der Regel „mindestens mehrere Jahre“. In der vorliegenden Entscheidung hält die Europäische Kommission dieses Erfordernis aufgrund der verstrichenen Zeitspanne von zehn Jahren für erfüllt. Die Voraussetzung ist allerdings 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. Für betroffene Unternehmen fehlt – auch aufgrund der restriktiven Informationspolitik der Europäischen Kommission in vergleichbaren Fällen – jeder Anhaltspunkt dafür, ob auch eine solche Zeitspanne ausreichen könnte, um mit einem Antrag auf Zusageänderung oder -verzicht erfolgreich zu sein. Gerade der vorliegende Fall verdeutlicht allerdings, dass es nicht auf die abgelaufene Zeitspanne von zehn Jahren ankam; maßgeblich waren vielmehr die Zunahme der Wettbewerber, die veränderte Struktur der Produktanwendungen sowie das Auslaufen der Mehrzahl der infrage stehenden Patente. 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.

5.8 Rechtsprechung

983. Während des Berichtszeitraums sind zwei Urteile des Gerichts der Europäischen Union, die das Zusammenschlussverfahren Ryanair/Aer Lingus⁶⁵⁹ betreffen, von herausgehobener Bedeutung. Mit dem ersten Urteil bestätigte das Gericht die Untersagungsentscheidung der Europäischen Kommission vom 27. Juni 2007.⁶⁶⁰ Das zweite Urteil befasst sich mit dem Begehren von Aer Lingus, Ryanair aufzugeben, sich von sämtlichen an Aer Lingus erworbenen Anteilen zu trennen.⁶⁶¹ Das Gericht be-

stätigte insoweit die ablehnende Entscheidung der Europäischen Kommission vom 11. Oktober 2007.⁶⁶²

984. Den Urteilen liegt folgender Sachverhalt zugrunde. Nach der Privatisierung von Aer Lingus im Jahr 2006 erwarb Ryanair ca. 19 Prozent der Kapitalanteile an Aer Lingus. Im Oktober 2006 gab Ryanair ein öffentliches Übernahmeangebot über das gesamte Kapital von Aer Lingus ab und meldete den geplanten Zusammenschluss bei der Europäischen Kommission an. Bis November 2006 erhöhte Ryanair seine Anteile an Aer Lingus auf ca. 25 Prozent. Nachdem die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung über die Verfahrenseinleitung den Beteiligungserwerb und das öffentliche Übernahmeangebot als Bestandteile einer einheitlichen Transaktion bewertet hatte, untersagte sie den Zusammenschluss mit Entscheidung vom 27. Juni 2007. Gegen diese Entscheidung erhob Ryanair Klage und erhöhte seine Beteiligung an Aer Lingus weiter auf ca. 29 Prozent.

985. Aer Lingus ersuchte die Europäische Kommission sowohl während des fusionskontrollrechtlichen Verwaltungsverfahrens als auch nach Abschluss des Verfahrens, ein Entflechtungsverfahren einzuleiten und Ryanair zu verpflichten, sämtliche Anteile an Aer Lingus abzugeben sowie entsprechende einstweilige Maßnahmen gemäß Artikel 8 Absatz 4, 5 FKVO zu treffen. Hilfsweise beantragte Aer Lingus festzustellen, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden nicht nach Artikel 21 Absatz 3 FKVO daran gehindert seien, ihre Zuständigkeit in Bezug auf die Beteiligung von Ryanair an Aer Lingus auszuüben. Die Europäische Kommission wies beide Ersuchen mit Entscheidung vom 11. Oktober 2007 ab. Gegen diese Entscheidung erhob Aer Lingus Klage.

5.8.1 Ryanair gegen Europäische Kommission

986. Das Urteil des Gerichts zur Verbotsentscheidung der Europäischen Kommission weist mehrere interessante Aspekte auf. Zum einen hat das Gericht die Entscheidung der Europäischen Kommission vollumfänglich bestätigt. Es verwarf alle fünf von Ryanair vorgetragenen Klagegründe. Während die Rechtsprechung in den letzten Jahren eine Reihe von Untersagungsverfügungen für nichtig erklärt hat, folgte das Gericht nunmehr keinem einzigen Argument der Klägerin. Dabei ist das vorliegende Urteil durch eine sehr große Detailtiefe gekennzeichnet. Gleichwohl beschränkte sich das Gericht darauf zu prüfen, ob die Europäische Kommission wichtige Argumente übergangen hatte, ob die vorgebrachten Argumente stichhaltig und logisch waren und ob die Verfahrensrechte der Klägerin eingehalten worden sind. Insgesamt bestätigte das Gericht eine sorgfältige Analyse der Europäischen Kommission.

987. Zum Zweiten ist erwähnenswert, dass das Gericht auch in Zeiten einer verstärkt effektbasierten Wettbewerbsanalyse seine bisherige Rechtsprechung ausdrücklich beibehält, wonach besonders hohe Marktanteile

⁶⁵⁷ Vgl. EU-Kommission, Mitteilung über Abhilfemaßnahmen, Rn. 73.

⁶⁵⁸ Vgl. ebenda, Rn. 74.

⁶⁵⁹ EU-Kommission, Entscheidung vom 27. Juni 2007, COMP/M.4439.

⁶⁶⁰ EuG, Urteil vom 6. Juli 2010, Rs. T-342/07 „Ryanair/Kommission“, Slg. 2010, II-03457.

⁶⁶¹ EU-Kommission, Entscheidung vom 11. Oktober 2007, C(2007) 4600.

⁶⁶² EuG, Urteil vom 6. Juli 2010, Rs. T-411/07, Slg. 2010, II-03691.

– von außergewöhnlichen Umständen abgesehen – als solche den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung liefern. Dies könne bei einem Marktanteil in Höhe von 50 Prozent der Fall sein. Das Gericht stellt fest, dass die Europäische Kommission die sehr hohen gemeinsamen Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten als „erste Indikatoren“ in ihre Beurteilung einbeziehen musste. Allerdings betont es auch, dass die Europäische Kommission im vorliegenden Fall nicht „automatisch“ von den starken Marktstellungen der Beteiligten auf eine Wettbewerbsbehinderung geschlossen, sondern zusätzliche Umstände berücksichtigt hat.

988. Aufschlussreich sind darüber hinaus die Ausführungen des Gerichts zu den qualitativen und quantitativen Untersuchungsmethoden der Europäischen Kommission. Ryanair hatte unter anderem vorgetragen, die „nichttechnischen Beweismittel“ müssten bei der Bewertung des Zusammenschlussvorhabens unberücksichtigt bleiben, sofern sie nicht durch „technische Beweismittel“ gestützt würden. Das Gericht wies eine solche Rangordnung ausdrücklich zurück. Die Europäische Kommission müsse vielmehr das zur Beurteilung der Wettbewerbssituation herangezogene Indizienbündel insgesamt bewerten. Dabei dürfe sie bestimmte Umstände stärker und andere Faktoren schwächer gewichten. In diesem Zusammenhang merkte das Gericht an, dass die ökonometrischen Untersuchungen die qualitative Analyse nur ergänzen, nicht ersetzen würden. Das Gericht sieht es daher auch als unproblematisch an, dass die Europäische Kommission keine verlässlichen Schätzungen über einen möglichen Einfluss der Präsenz von Aer Lingus auf die Preise von Ryanair liefern konnte. Dem Gericht genüge insoweit die Feststellung der Wettbewerbsbehörde, dass dadurch die Annahme eines Wettbewerbsdrucks von Aer Lingus auf Ryanair nicht entkräftet worden sei. Das Gericht betonte außerdem, dass die Europäische Kommission Ergebnisse von quantitativen Analysen auch dann berücksichtigen dürfe, wenn sie nur einen eingeschränkten Beweiswert aufwiesen. Dasselbe gelte für die Ergebnisse von Kundenbefragungen, die bestimmten Einschränkungen unterlägen. Auch solche Resultate können nach Ansicht des Gerichts für die Gesamteinschätzung seitens der Europäischen Kommission von gewissem Wert sein. Schließlich geht aus dem Urteil hervor, dass die Wettbewerbsbehörde sich auch mit den von den Beteiligten vorgelegten quantitativen Analysen auseinandersetzen und begründen muss, warum sie diese nicht als Beweis akzeptiert. Im vorliegenden Fall sei diesbezüglich eine sorgfältige Prüfung erfolgt.

989. Daneben befasst sich das Gericht zum ersten Mal ausführlich mit der Behandlung der vorgebrachten Effizienzgesichtspunkte durch die Europäische Kommission und widmet diesem Aspekt 60 Textziffern. Das Gericht untersucht hierbei nicht, ob der Zusammenschluss tatsächlich zu Effizienzvorteilen führen würde, sondern beschränkt sich darauf zu prüfen, ob die Europäische Kommission alle Argumente berücksichtigt hat. Es kommt zu dem Schluss, dass die Kommission die Nachweisbarkeit der geltend gemachten Effizienzen zu Recht infrage gestellt hat. Darüber hinaus weist es die Rügen der Klägerin

zurück, die sich auf die Feststellung fehlender Fusions-spezifisizität bestimmter Effizienzgewinne und des fehlenden Verbrauchernutzens bezogen.

990. Schließlich bestätigt das Gericht das Vorgehen der Europäischen Kommission im Zusammenhang mit den von Ryanair vorgelegten Verpflichtungsangeboten. Diese waren erst weit nach Ablauf der in Artikel 19 Absatz 2 VO 802/2004 festgelegten Frist und lediglich in Entwurfsform sowie unter Missachtung formaler Anforderungen bei der Wettbewerbsbehörde eingegangen. Die Europäische Kommission hatte auf diese Mängel hingewiesen und nach knapper inhaltlicher Prüfung festgestellt, dass die Verpflichtungen auch insoweit nicht ausreichten, um die festgestellten Wettbewerbsbedenken in vollem Umfang und eindeutig zu beseitigen. Laut Gericht muss ein Verpflichtungsangebot in einem derart weit fortgeschrittenen Verfahrensstadium nicht nur für die vorliegende Partei verbindlich, sondern so gestaltet sein, dass die Europäische Kommission es ohne erneute Marktbefragung beurteilen kann. Da diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht erfüllt waren, durfte die Europäische Kommission die Verpflichtungsangebote als ungenügend zurückweisen.

991. Bei dem vorliegenden Urteil handelt es sich um die erste Entscheidung des Gerichts zu einer Untersagungsverfügung der Europäischen Kommission nach der Reform der Fusionskontrollverordnung im Jahr 2004 und der Einführung des SIEC-Tests. Besonders hervorzuheben ist vor diesem Hintergrund, dass das Gericht den analytischen Ansatz der Europäischen Kommission auch insoweit billigte, als er an Strukturkriterien ausgerichtet war.⁶⁶³ Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang ferner die Ausführungen des Gerichts zu den quantitativen und qualitativen Untersuchungsmethoden, die uneingeschränkt zu begrüßen sind. Hervorzuheben ist vor allem die Klarstellung des Gerichts, dass die qualitative Analyse nicht in jedem Punkt durch quantitative Ergebnisse bestätigt werden muss. Die Durchführbarkeit quantitativer Untersuchungen unterliegt häufig Einschränkungen, insbesondere was den Umfang, die Vergleichbarkeit und die Qualität von Daten betrifft. Die Monopolkommission hat schon anlässlich der fusionskontrollrechtlichen Entscheidung Lagardère/Natexis/VUP angemerkt, dass die Durchführung umfangreicher quantitativer Analysen wie in diesem Verfahren nicht als Maßstab oder gar Mindeststandard für sämtliche Fusionskontrollverfahren dienen darf.⁶⁶⁴ Ansonsten würde allein der Mangel an verwertbaren Daten dazu führen, dass die qualitative Beurteilung der Europäischen Kommission bedeutungslos wird. Dem Gericht ist auch insoweit zuzustimmen, als es eine Verpflichtung der Wettbewerbsbehörde annimmt, sich mit den von den Parteien vorgelegten ökonomischen Studien auseinanderzusetzen. Eine

⁶⁶³ Vgl. EuG, Urteil vom 6. Juni 2010, Rs. T-342/07, „Ryanair/Kommission“, Rn. 41 ff.

⁶⁶⁴ Vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Hauptgutachten 2004/2005, Baden-Baden 2006, Tz. 695.

solche Pflicht ergibt sich bereits aus dem in Artikel 18 Absatz 1 FKVO verankerten Anhörungsrecht.

992. Positiv zu werten ist ferner, dass das Gericht den Zusammenschlussparteien verfahrensrechtliche Grenzen bei der Abgabe von Verpflichtungsangeboten aufzeigt. In früheren Fällen hat die Rechtsprechung die Möglichkeit der Parteien, „Zusagenangebote in letzter Minute“, also nach Ablauf der von der Europäischen Kommission festgelegten Frist, einzureichen, weit ausgelegt. Solche Angebote waren immer dann noch entgegenzunehmen und inhaltlich zu prüfen, wenn sie die erhobenen Wettbewerbsbedenken eindeutig ausräumten und die Beteiligungsrechte der Mitgliedstaaten am Verfahren gewahrt blieben. Nunmehr stellt das Gericht klar, dass die genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind, sofern das Angebot unklar oder widersprüchlich formuliert oder lediglich in unverbindlicher Form vorgelegt wird. Unternehmen, die Verpflichtungen anbieten wollen, müssen daher in Zukunft besonders darauf achten, einen gewissen Mindeststandard bei der Form und Übermittlung von Zusagenangeboten einzuhalten.

993. Im Hinblick auf künftige Zusammenschlussvorhaben im Luftverkehrssektor ist schließlich zu erwähnen, dass das Gericht die Auffassung der Europäischen Kommission bestätigte, wonach eine Verpflichtung zur Abgabe von Slots nicht in jedem Fall ausreicht, um die aufgetretenen Wettbewerbsbedenken zu beseitigen.⁶⁶⁵ Noch im Verfahren easyJet/Kommission hatte das Gericht eine Verpflichtung zur Slotabgabe für effektiv gehalten, weil seiner Ansicht nach allein aus dieser Verpflichtung ein gewisser Wettbewerbsdruck für die Zusammenschlussparteien resultiere, selbst wenn kein neuer Wettbewerber in die betroffenen Märkte eintrete.⁶⁶⁶ Die Monopolkommission hatte die langjährige Praxis der Europäischen Kommission, Zusammenschlüsse im Luftverkehrssektor regelmäßig unter der Bedingung von Slotabgaben freizugeben, bereits früher kritisiert.⁶⁶⁷ Sie hatte insbesondere darauf hingewiesen, dass die Abgabe von Slots lediglich eine rechtliche Chance für Konkurrenten darstellt, einen Flughafen zu bedienen. Die geringe Verfügbarkeit von Start- und Landerechten muss indes nicht die einzige Marktzutrittsschranke bilden, sodass durch die Slotabgabe keineswegs ohne weiteres ein Marktzutritt gewährleistet ist. Zu bedenken ist zudem, dass entsprechende Abhilfemaßnahmen eine zu geringe Anzahl von Slots umfassen, unattraktive Strecken einbeziehen oder in anderer Weise ungeeignet sein können, potenzielle Wettbewerber anzuziehen. Die Monopolkommission begrüßt das vorliegende Urteil auch deshalb, weil damit möglicherweise eine gewisse Neuausrichtung der Rechtsprechung hinsichtlich wirksamer Abhilfemaßnahmen in Luftverkehrsfällen verbunden ist.

⁶⁶⁵ Ein Slot bezeichnet in der Luftfahrt ein Zeitfenster, in dem eine Fluggesellschaft einen Flughafen zum Starten oder Landen eines Flugzeugs benutzen darf.

⁶⁶⁶ EuG, Urteil vom 4. Juli 2006, Rs. T-177/04, Slg. 2006, II-1931.

⁶⁶⁷ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 753 ff.; Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 797 ff.

5.8.2 Aer Lingus gegen Europäische Kommission

994. In der angefochtenen Entscheidung hat die Europäische Kommission das Ersuchen von Aer Lingus um Einleitung eines Entflechtungsverfahrens gemäß Artikel 8 Absatz 4 FKVO mit der Begründung zurückgewiesen, dass der von Ryanair angemeldete Zusammenschluss nicht vollzogen wurde, da Ryanair weder de jure noch de facto die Kontrolle über Aer Lingus erworben hat. Die Europäische Kommission verwarf ferner die von Aer Lingus vorgetragene Argumentation, wonach die Minderheitsbeteiligung von Ryanair an ihrem Kapital einen „teilweisen Vollzug“ des Zusammenschlusses darstellt. Da das ausschlaggebende Merkmal eines Zusammenschlusses – der Kontrollenerwerb – im vorliegenden Fall fehle, könne nicht von einem bereits vollzogenen Zusammenschluss ausgegangen werden. Die Zuständigkeit der Europäischen Kommission sei auf Situationen begrenzt, in denen der Erwerber die Kontrolle am Zielunternehmen übernehme.

995. Das Gericht bestätigt die Kommissionsentscheidung und begründet dies mit dem Wortlaut des Artikel 8 Absatz 4 FKVO, der einen „Zusammenschluss“, der „bereits vollzogen“ wurde und „für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt“ worden ist, voraussetzt. Das Gericht stellt sich auf den Standpunkt, dass im vorliegenden Fall nur die letztgenannte Anforderung erfüllt ist, wohingegen mangels Kontrollenerwerb kein bereits vollzogener Zusammenschluss vorliege. Entgegen dem Vorbringen der Klägerin lasse sich der Begriff des Zusammenschlusses nicht auf Fälle ausdehnen, in denen die fragliche Beteiligung keine Kontrolle verleihe. Nach Auffassung des Gerichts unterscheidet sich der vorliegende Fall insofern auch klar von der Situation in früheren Fällen, in denen Artikel 8 Absatz 4 FKVO angewendet worden ist. Denn in den Verfahren Tetra Laval/Sidel und Schneider Electric/Legrand sei das öffentliche Übernahmeangebot bereits erfolgreich abgeschlossen gewesen und der Erwerber hatte die Kontrolle am Zielunternehmen erlangt.

996. Der Antrag von Aer Lingus im Zusammenhang mit Artikel 21 Absatz 3 FKVO war ebenfalls erfolglos. Die Europäische Kommission hielt sich nicht für ermächtigt, eine bindende Auslegung einer an die Mitgliedstaaten gerichteten Vorschrift vorzunehmen. Das Gericht folgt dieser Argumentation, stellt aber seinerseits ausdrücklich fest, dass es den Mitgliedstaaten im vorliegenden Fall in Ermangelung eines Zusammenschlusses von gemeinschaftsweiter Bedeutung freistehe, ihre nationalen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften auf die Beteiligung von Ryanair anzuwenden.⁶⁶⁸

997. Das Gericht hat mit dem vorliegenden Urteil wichtige Fragen im Zusammenhang mit Minderheitsbe-

⁶⁶⁸ Im Oktober 2010 hat das Office of Fair Trading wegen der Beteiligung von Ryanair in Höhe von 29,82 Prozent an Aer Lingus ein Zusammenschlussverfahren eingeleitet; vgl. OFT, Press Release 112/10 vom 29. Oktober 2010, <http://www.oft.gov.uk/news-and-updates/press/2010/112-10>

teilungen, die keine Kontrolle vermitteln, geklärt. Von besonderer Bedeutung ist die Feststellung, dass eine solche Beteiligung allein nicht vom Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung erfasst wird, also weder einen kontrollfähigen Zusammenschluss darstellt noch nach Artikel 8 Absatz 4 FKVO entflochten werden kann. Bildet die Minderheitsbeteiligung hingegen einen Bestandteil eines einzigen, mehrstufigen Zusammenschlusses, unterliegt sie zunächst der fusionskontrollrechtlichen Prüfung und prinzipiell auch dem Vollzugsverbot des Artikel 7 FKVO. Wird der Zusammenhang zwischen den verschiedenen Stufen des angestrebten Zusammenschlusses – im vorliegenden Fall zwischen der Minderheitsbeteiligung und dem öffentlichen Übernahmeangebot – allerdings im Laufe des Verfahrens aufgelöst, ist die Minderheitsbeteiligung wieder isoliert zu betrachten und als solche nicht mehr von der Fusionskontrollverordnung erfasst; sie kann daher auch nicht entflochten werden. Die Auflösung dieses Zusammenhangs fand im Fall Ryanair/Aer Lingus durch die Untersagung seitens der Europäischen Kommission statt, die dazu führte, dass Ryanair sein auf den Kontrollerwerb gerichtetes öffentliches Übernahmeangebot nicht weiter verfolgte.

998. Der Begriff des „vollzogenen Zusammenschlusses“ im Sinne des Artikel 8 Absatz 4 FKVO lässt im Prinzip zwei Interpretationsmöglichkeiten zu: Zum einen kann der Begriff so verstanden werden, dass nur der vollendete Kontrollerwerb erfasst ist; zum anderen kommt eine Auslegung infrage, wonach bereits erste Schritte genügen, die im Hinblick auf die Realisation des Kontrollerwerbs unternommen worden sind. Das Gericht hat sich im vorliegenden Fall für die erste, engere Auslegungsalternative entschieden.

Dadurch verursacht es – jedenfalls auf den ersten Blick – ein gewisses Spannungsverhältnis zu dem in Erwägungsgrund 20 FKVO angelegten Konzept des „einzigen Zusammenschlusses“. Nach diesem Erwägungsgrund sollen Erwerbsvorgänge, die eng miteinander verknüpft sind, weil sie durch eine Bedingung miteinander verbunden sind oder in Form einer Reihe von innerhalb eines gebührend kurzen Zeitraums getätigten Rechtsgeschäften mit Wertpapieren stattfinden, als ein einziger Zusammenschluss behandelt werden. In diesem Sinne hatte die Europäische Kommission den Beteiligungserwerb und das öffentliche Übernahmeangebot vonseiten Ryanairs als Bestandteile eines einzigen Zusammenschlusses bewertet. Somit wurde bei der Definition des Zusammenschlusses schon ein erster Schritt hin zum Kontrollerwerb – die Minderheitsbeteiligung – als Teil eines einzigen, mehrstufigen Zusammenschlusses angesehen. Demgegenüber stellt das Gericht bei der Frage der Entflechtung darauf ab, ob mit dem jeweiligen Schritt tatsächlich Kontrolle erworben wurde. Aufgelöst wird dieses Spannungsverhältnis – wie oben dargestellt – aufgrund des Umstands, dass die Verbindung zwischen den einzelnen auf Kontrol-

lerwerb gerichteten Transaktionen – Minderheitsbeteiligung einerseits und öffentliches Übernahmeangebot andererseits – mit der Rücknahme des öffentlichen Übernahmeangebots seitens Ryanairs durchbrochen wird. Anders stellte sich die Situation in den Verfahren Tetra Laval/Sidel und Schneider Electric/Legrand dar, in denen die Europäische Kommission Entflechtungsmaßnahmen erlassen hatte. Beide Transaktionen waren im Zeitpunkt der Entflechtungsentscheidungen bereits soweit fortgeschritten, dass ein Kontrollerwerb, also ein „vollzogener Zusammenschluss“, vorlag.

999. Festzuhalten ist allerdings, dass mit dem vorliegenden Urteil das in der europäischen Fusionskontrolle geltende One-Stop-Shop-Prinzip aufgeweicht wird.⁶⁶⁹ Das Gericht betont ausdrücklich, dass Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb, die als Teil eines einzigen, mehrstufigen Zusammenschlusses zunächst in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission fallen, nach einer Untersagungsentscheidung jedoch isoliert betrachtet keinen Zusammenschluss darstellen, von den zuständigen Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten nach nationalem Fusionskontrollrecht geprüft werden können. Die Folgen, die sich unmittelbar aus der Rechtsprechung des Gerichts ergeben, sind die zusätzliche bürokratische Belastung aufseiten der Zusammenschlussparteien und der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden, eine beträchtliche Verlängerung der Verfahrensdauer und erhöhte Rechtsunsicherheit. Exemplarisch zu nennen ist auch insoweit das Verfahren Ryanair/Aer Lingus, das die britische Wettbewerbsbehörde nach Ablauf der Rechtsmittelfrist gegen das dargestellte Urteil des Gerichts der Europäischen Union eingeleitet hat.⁶⁷⁰ Das Verfahren ist bis jetzt nicht abgeschlossen. Mitursächlich hierfür ist eine Klage von Ryanair, mit der das Unternehmen die Zuständigkeit des Office of Fair Trading infrage gestellt hat. Im Juli 2011 hat das Competition Appeal Tribunal zugunsten der Behörde entschieden.⁶⁷¹

1000. Die Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission und des Gerichts in Sachen Ryanair/Aer Lingus sowie das Tätigwerden der britischen Wettbewerbsbehörde haben die Diskussion darüber neu entfacht, ob im europäischen Fusionskontrollrecht eine „Anwendungslücke“ im Hinblick auf Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb besteht, die auf legislativem Wege geschlossen werden sollte.⁶⁷²

⁶⁶⁹ Vgl. Hennig, T. T., Come fly with me – Der Fall Ryanair/Aer Lingus, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 9(4), 2011, S. 443–472, 467.

⁶⁷⁰ OFT, Press Release 112/10, 29 October 2010, <http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2010/112-10>

⁶⁷¹ Competition Appeal Tribunal, Judgement of 28 July 2011, Case Number 1174/4/11; OFT, Press Release 86/11, 28 July 2011, <http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2011/86-11>

⁶⁷² Vgl. Abschnitt 5.4 in diesem Kapitel.

Kapitel V

Wettbewerb und Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel

1. Einführung

1001. Die in den vergangenen zwei Jahren sowohl im politischen Raum als auch in der Wissenschaft wieder verstärkt geführten Diskussionen 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. Zwar hat sie bisher stets die Meinung vertreten, dass Handelsunternehmen in Deutschland im Allgemeinen nicht über eine wettbewerbspolitisch problematische Nachfragemacht verfügen.¹ Es ist gleichwohl nicht auszuschließen, dass es in Einzelfällen gegenüber Herstellerunternehmen überlegene Verhandlungspositionen gibt, was dazu führen kann, dass Handelsunternehmen missbräuchliche, für sie besonders vorteilhafte Einkaufskonditionen durchsetzen und auch der Wettbewerbsprozess und die Marktergebnisse auf der Handelsstufe beeinträchtigt werden können. Die erneute Stellungnahmen der Monopolkommission zum Thema Nachfragemacht erfolgt auf Grundlage einer aktuellen Einschätzung der Wettbewerbsintensität im Lebensmitteleinzelhandel. Sie kann und soll allerdings nicht die Frage beantworten, ob, wo und in welchem Ausmaß es konkret Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel gibt. Hierzu wird eine vom Bundeskartellamt gegenwärtig durchgeführte Sektoruntersuchung Aussagen treffen.² In dieser Stellungnahme geht es stattdessen darum, die Ursachen und Wirkungen der Nachfragemacht im Rahmen der neueren ökonomischen Theorie zu analysieren, die bereits vorhandenen empirischen Befunde darzustellen und Folgerungen für die Wettbewerbspolitik und die Kartellrechtsanwendung zu diskutieren.

1002. Für eine Untersuchung von Nachfragemacht gibt es eine Reihe von Gründen. In Deutschland hat die Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel deutlich zugenommen, sodass hinterfragt werden muss, ob die Wettbewerbsintensität darunter gelitten hat. Der anhaltende Trend zu größeren Unternehmenseinheiten, die zunehmende Zentralisierung der im Lebensmitteleinzelhandel anzutreffenden kooperativen Gruppen, die wachsende Bedeutung der Discounter und die Ausbreitung von Handelsmarken nähren die Befürchtung, dass sich die Machtbalance zwischen Handel und Industrie zunehmend zugunsten des Handels verändern könnte. Hinzu Sektoruntersuchung Milch kommt, dass wettbewerbspolitische Untersuchungen z. B. in Großbritannien und Portugal Be-

lege für die Existenz von Nachfragemacht im Handel liefern. Auch für Deutschland fand das Bundeskartellamt Hinweise, dass im Bereich der Milchwirtschaft in Einzelfällen eine missbräuchliche Ausübung von Nachfragemacht vorliegen könnte.³ Ob dies auch auf anderen Märkten für die Beschaffung von Nahrungs- und Genussmitteln gilt, untersucht das Amt aktuell im Rahmen einer Sektoruntersuchung Lebensmittelhandel, die im September 2011 gestartet wurde und bis zum Frühjahr 2013 abgeschlossen sein soll. In der Kartellrechtspraxis gab es in den letzten Jahren sowohl national als auch auf europäischer Ebene mehrere Zusammenschlussfälle von Handelsunternehmen, bei denen Nachfragemacht eine Rolle spielte. Zudem scheinen die Beschwerden über missbräuchliches Ausnutzen von Nachfragemacht durch Handelsunternehmen („Anzapfen“ von Lieferanten, passive Diskriminierung) zuzunehmen. Allerdings verhindert die Angst vor Auslistung („Ross-und-Reiter-Problematik“) in vielen Fällen eine wirksame Verfolgung von vermeintlichen Missbräuchen.

1003. Das Thema Nachfragemacht wird auch verstärkt im politischen Raum diskutiert. Mitte des Jahres 2010 hat der Bundestagsausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz eine öffentliche Anhörung zum Thema „Angebots- und Nachfragemacht des Lebensmitteleinzelhandels und die Auswirkungen auf die Verbraucher“ durchgeführt. Die angehörten Verbände und Sachverständigen konstatierten mehrheitlich das Vorliegen von Nachfragemacht. Gefordert wurden Maßnahmen, die den Missbrauch von Nachfragemacht verhindern. So soll unter anderem ein Ombudsmann zwischen Handel und Herstellern vermitteln, wenn Machtpositionen ausgenutzt werden. Vereinzelt wurden auch Anpassungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gefordert. Die Europäische Kommission hat ebenfalls Mitte 2010 eine Konsultation eingeleitet, durch die Hindernisse für einen effizienten und fairen Handel und Vertrieb in Europa identifiziert werden sollen. Ein Hindernis sieht sie in den „unfairen Handelspraktiken zwischen den Akteuren der Lieferkette“, die Auswirkungen auf die Gewinne und die Innovationsfähigkeit insbesondere kleiner und mittlerer Unternehmen der Ernährungsindustrie haben.⁴

1004. Zur Vorbereitung ihrer Stellungnahme hat die Monopolkommission bei der Beratungsfirma Lademann & Associates GmbH ein Gutachten in Auftrag gegeben, das vor allem die aktuelle Wettbewerbssituation im Lebensmitteleinzelhandel beleuchten sollte. Das Gutachten

¹ Vgl. zuletzt Monopolkommission, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Hauptgutachten 2008/2009, Baden-Baden 2010, Tz. 380 ff.

² Vgl. BKartA, Pressemeldung vom 16. September 2011, Bundeskartellamt startet Marktermittlungen im Rahmen der Sektoruntersuchung Lebensmittelhandel.

³ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Milch, B2-19/08, Endbericht Januar 2012, S. 103.

⁴ EU-Kommission, Pressemitteilung vom 5. Juli 2010, IP/10/885.

wurde im Februar 2012 erstattet.⁵ Nachfolgend soll zunächst die Intensität des Wettbewerbs auf der Handelsstufe des Lebensmitteleinzelhandels untersucht werden. Zum Thema Nachfragemacht werden die Aussagen der neueren ökonomischen Theorie referiert sowie die vorliegenden empirischen Befunde im Rahmen von Sektoruntersuchungen und Studien ausgewertet. Untersucht wird zudem, welche Rolle Nachfragemacht in der Kartellrechtsspraxis spielt. Abschließend werden die von den unterschiedlichen Seiten geforderten Maßnahmen diskutiert, mit denen der Missbrauch von Nachfragemacht verhindert werden soll.

2. Entwicklungslinien im Lebensmittel-einzelhandel

1005. Im Lebensmittelhandel hat es in den vergangenen Jahrzehnten vielfältige Entwicklungen gegeben, welche die Warendistribution stark verändert haben. Dazu gehören neben technischen Änderungen (unter anderem die Einführung von Barcodes und Scannerkassen) und Änderungen bei den Rahmenbedingungen (Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten und Anpassung von bau- und planungsrechtlichen Vorgaben) Entwicklungsprozesse bei den Organisationsformen der Unternehmen bzw. der Unternehmensgruppen des Lebensmitteleinzelhandels, den Betriebsformen sowie der Zusammensetzung der Sortimente mit Hersteller- und Handelsmarken. Nachfolgend werden diese Entwicklungen näher skizziert.

2.1 Zentralisierung der Systeme und Integration von Groß- und Einzelhandel

1006. In der aktuellen Diskussion über die Entwicklung und die Struktur der Spitzengruppe des Lebensmitteleinzelhandels wird oftmals wenig beachtet, dass es sich dabei um deutlich unterschiedliche Unternehmen bzw. Gruppen handelt, die dem Verbraucher mit verschiedenen Vertriebsformen und Vertriebsstrategien entgegentreten und die zum Teil nur bedingt miteinander im Wettbewerb stehen. Die gegenwärtigen Organisationsformen stellen den vorläufigen Endpunkt eines strukturell unterschiedlich verlaufenen Entwicklungsprozesses der Warendistribution dar.⁶ Der Umbau des Lebensmitteleinzelhandels hin zu den heute dominierenden integrierten Strukturen ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Groß- und Einzelhandelsstufe zunächst weitgehend unverbunden und zersplittert war. Integrationsprozesse erfolgten sowohl auf konzentrativer (Konzern) als auch auf kooperativer Basis (Genossenschaften und freiwillige Ketten). Mit der Integration von Groß- und Einzelhandelsfunktionen hat im Lebensmitteleinzelhandel eine Gruppenbildung stattgefunden, die an die Stelle von zersplitterten Einzelhandels- und Großhandelsstrukturen getreten ist. Aus ökonomischer Sicht hat diese Entwicklung erhebliche Effizienzeffekte zur Folge gehabt. Die Ausschaltung

einer Wirtschaftsstufe bzw. die Funktionenbündelung in kooperativen Unternehmen vermeidet oder reduziert zum Beispiel die preistreibende Wirkung der doppelten Marginalisierung. Eine solche lässt sich in der Praxis kaum vermeiden, auch wenn sie theoretisch ohne die Integration durch effiziente Verhandlungen auszuschalten wäre. Insofern ist der heutige Gruppenwettbewerb im Lebensmittelhandel grundsätzlich effizienzgetrieben und wettbewerbsfördernd.

1007. Die Integration der Groß- und Einzelhandelsstufe wurde zunächst von den kooperativen Gruppen vorangetrieben. Diese Systeme haben sich entweder aus der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen (Einkaufsgenossenschaften) durch selbstständige Einzelhändler oder durch den gemeinsamen Einkauf auf der Konsumenten- (Konsumgenossenschaften) hin zu nationalen, teils internationalen Großgebilden entwickelt. Wenngleich seit vielen Jahren eine allmähliche Annäherung der Kooperationen an die unter einer einheitlichen Führung stehenden Konzerne zu beobachten ist, sind hier immer noch dezentrale Entscheidungsprozesse wirksam, die diese Anbieter weiterhin von Konzernunternehmen unterscheiden. Insofern basiert die Integration von Groß- und Einzelhandel in den kooperativen Gruppen auf dem Prinzip einer eher partiellen Funktionsverlagerung auf Kooperationsorgane, die heute neben dem gemeinsamen Einkauf auch die Standortentwicklung, Logistik sowie das Marketing und den Vertrieb koordinieren. Beispiele für heute bedeutsame kooperative Unternehmensgruppen sind die EDEKA- und die REWE-Gruppe.

1008. Bei Filialunternehmen ist die Integration von Groß- und Einzelhandel vor allem eine Folge ihres Größenwachstums, das die weitgehende Ausschaltung des Großhandels bzw. den Direktbezug bei der Industrie erlaubt. Die führenden Filialunternehmen sind entweder durch Unternehmenszusammenschlüsse entstanden oder das Ergebnis eines starken internen Unternehmenswachstums, wie etwa bei den Discountern ALDI oder LIDL. Die mit der Filialisierung verbundene Standardisierung der Vertriebskonzepte ist auch von den kooperativen Gruppen übernommen worden. Auch hier gab es zwei Entwicklungslinien. Zum einen erfolgt der Vertrieb über sog. Regiebetriebe, die von selbstständigen Einzelhändlern betrieben werden. Daneben wurden Marktpositionen auch durch die Übernahme von Filialunternehmen ausgebaut, wie zuletzt der Erwerb der Plus-Märkte von Tengelmann durch EDEKA.

1009. Vornehmlich auf die Beschaffungsseite ausgerichtet ist die Zusammenarbeit von Handelsunternehmen in Einkaufskontoren. Historisch wurden diese von selbstständigen Großhändlern gegründet. Ihre Mitgliedsunternehmen sind bis heute überwiegend regional tätig und betreiben teilweise weitere Untereinkaufskooperationen. Einkaufskontore waren in erster Linie eine Reaktion auf den zunehmenden Rationalisierungsdruck in der Warendistribution. Die Industrie drängte bei kleineren Unternehmen und Gruppen auf eine Absicherung des Delkrederisikos. Hinzu kam, dass die Warenvielfalt und damit der administrative Aufwand bei der Bestell- und Rech-

⁵ Lademann & Associates, Marktstruktur und Wettbewerb im Lebensmittelhandel. Wettbewerbsökonomische Analyse von Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis, Hamburg, Februar 2012.

⁶ Vgl. ebenda, S. 11 ff.

nungsabwicklung zunahm. Die Vorteile der Kontore ergeben sich für die Mitglieder aus einer Reihe von Aktivitäten, wie der Erschließung von Importmärkten, die für einzelne Mitglieder kaum möglich wäre. Durch ihre Vermittlungstätigkeit bieten die Einkaufskooperationen der Industrie einen breiteren, risikoärmeren und effizienteren Zugang zu den Absatzmärkten. In aller Regel verhandeln die Kontore Grundkonditionen, die in einer zweiten Verhandlungsrunde zwischen Industrie und Mitgliedsunternehmen weiter verhandelt werden (Hauskonditionen). Im Laufe der Zeit haben die Kontore mit der Entwicklung des Handelsmarken- oder Nonfood-Geschäfts weitere Tätigkeitsfelder entwickelt, ohne dass die Mitgliedsunternehmen ihre eigene Einkaufsfunktion aufgeben hätten.

1010. Nachdem sich Mitglieder zu nationalen Großunternehmen entwickelt haben (z. B. ALDI) oder ihre Wettbewerbsbedeutung im Lebensmitteleinzelhandel verloren hatten, hat sich die Zusammensetzung der Einkaufskontore in Deutschland in den letzten Jahren deutlich verändert. Erst im Jahr 2010 gegründet wurden etwa die Einkaufskooperationen Privates Handelshaus Deutschland GmbH, zu dem Bartels-Langness, Ration, Klaas+Kock und Kaes gehören, sowie die Kooperation um die Bünning-Unternehmensgruppe bezeichnet), zu der Kaiser's Tengelmann, trinkgut und andere gehören. Eine größere Marktbedeutung in Deutschland hat zudem das in der Schweiz ansässige Einkaufskontor MARKANT AG, welches sich vor allem mit dem sog. Verrechnungsgeschäft (z. B. Delkredere) befasst, aber auch Einkaufsfunktionen übernimmt und im Handelsmarkengeschäft tätig ist.

1011. Die ursprünglich von Handelsunternehmen auf Kontore ausgegliederten Einkaufsfunktionen wurden in den vergangenen Jahren zunehmend auch durch Verbundgruppen mit genossenschaftlichem Hintergrund internalisiert. So bieten die REWE- und die EDEKA-Gruppe außenstehenden selbstständigen Handelsunternehmen Kontorfunktionen an und gewähren ihnen die verhandelten Grundkonditionen, die diese Unternehmen ohne die Bündelungsvorteile und sonstigen Kontorleistungen der Kooperationen allein nicht erreichen könnten. Die Hauskonditionen für Listungs-, Ziel- und Aktionsvereinbarungen werden von den Kooperationspartnern in der Regel eigenständig nachverhandelt. Anfang des Jahres 2012 kooperierte REWE mit den Handelsunternehmen Dohle

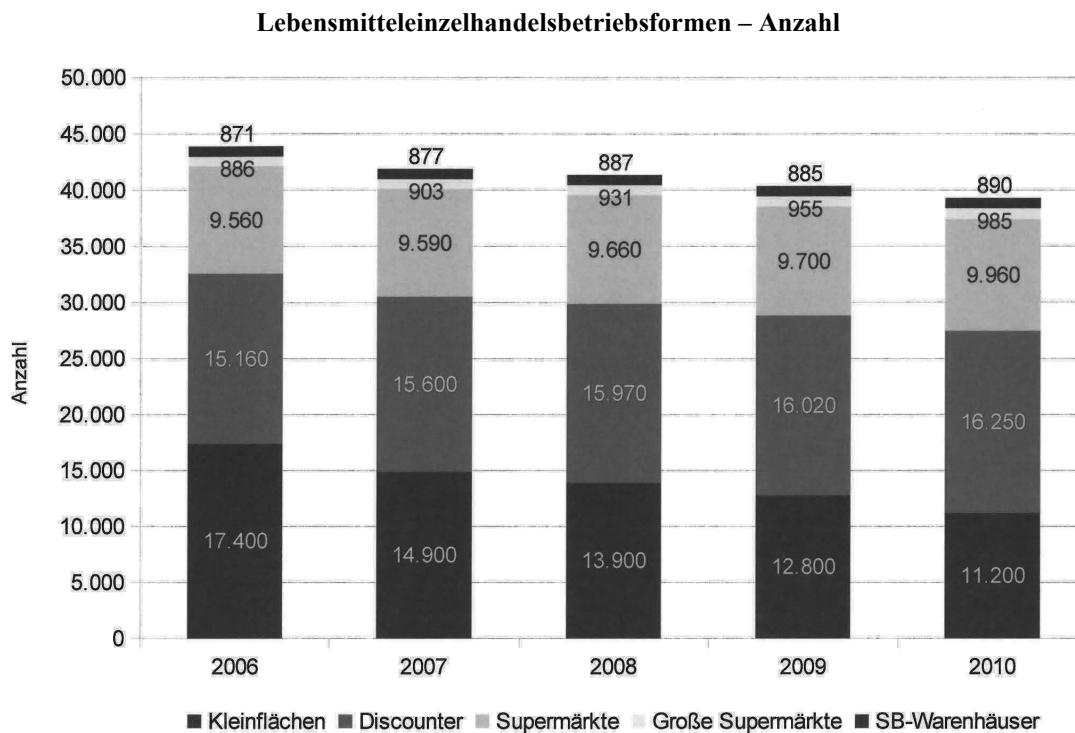
(HIT-Verbrauchermärkte und SB-Warenhäuser), coop eG Kiel, FÜR SIE, Fegros/Selgros und Karstadt Feinkost. Die Einkaufskooperation mit der WASGAU AG unterlag zu diesem Zeitpunkt der kartellrechtlichen Prüfung. EDEKA unterhielt zu diesem Zeitpunkt Einkaufskooperationen unter anderem mit Netto Stavenhagen, L. Stroetmann, Frey+Kissel (SBK, Ihre Kette).

2.2 Anhaltender Wandel der Betriebsformen

1012. Eine weitere Entwicklung betrifft den anhaltenden Wandel der Betriebsformen im Lebensmitteleinzelhandel. Zu beobachten ist ein fortlaufender Selektionsprozess, der durch das Vordringen kostengünstiger Betriebsformen und die Verdrängung von Kleinbetrieben gekennzeichnet ist. Die Betriebsformen im Lebensmitteleinzelhandel lassen sich grob in Vollsortimenter und Discounter unterteilen. Discounter haben ein vergleichsweise flaches Sortiment mit relativ wenigen Artikeln (ALDI führt nur etwa 800 Artikel), eine hohe Warenumschlagfrequenz sowie eine geringe Service- und starke Preisorientierung. Kennzeichnend für einen sog. Hard-Discounter wie ALDI es ist, dass das Sortiment nahezu ausschließlich aus Handelsmarken besteht; sog. Soft-Discounter haben dagegen einen größeren Anteil an Herstellermarken in ihrem Sortiment. Vollsortimentierte Betriebsformen zeichnen sich durch ein tieferes und mit Serviceleistungen kombiniertes Sortiment aus, das auch Fremdbedingungselemente (Bedienungstheken) sowie einen teils größeren Anteil von Nonfood-Sortimenten aufweist. Vollsortimenter werden anhand ihrer Verkaufsflächen unterschieden in Super- und Verbrauchermärkte sowie SB-Warenhäuser.

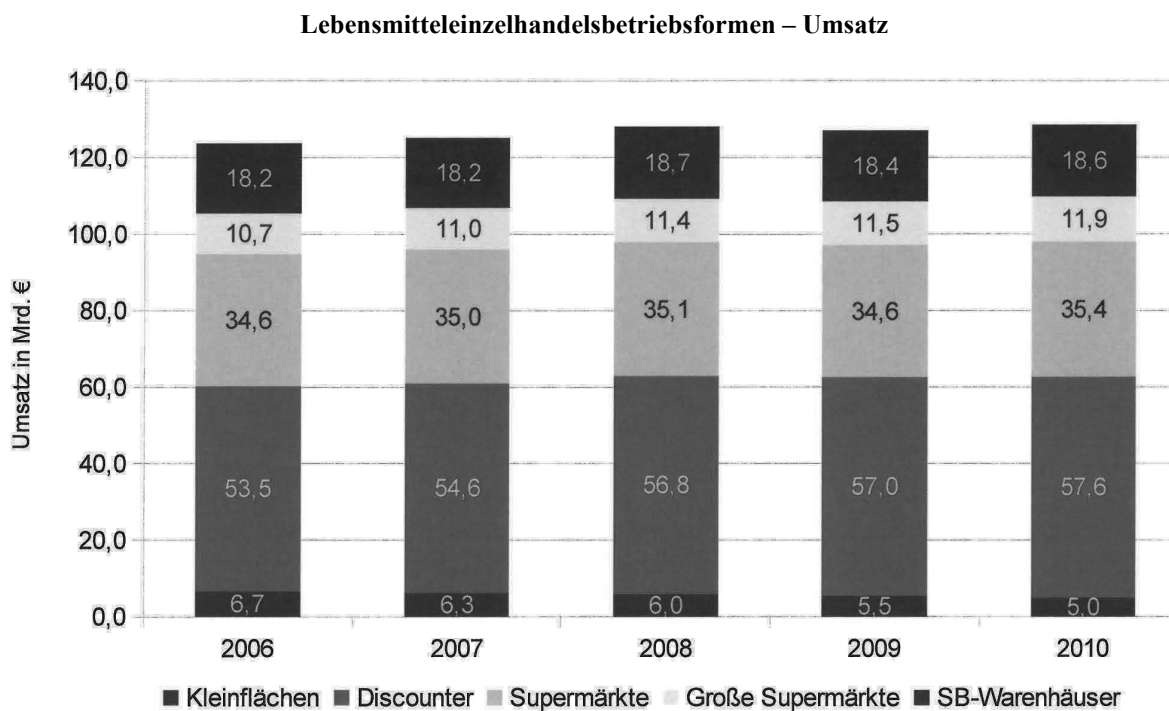
1013. Die Betriebsformenentwicklung in Deutschland ist durch eine überdurchschnittliche Ausbreitung der Discounter sowie eine Zunahme der vollsortimentierten Mittel- und Großflächen gekennzeichnet. Deutlich abnehmend ist die Anzahl der Kleinverkaufsflächen (vgl. Abbildung V.1). Das stärkste Umsatzwachstum verzeichnen seit 2006 die großen Supermärkte, die bis zum Jahr 2010 um gut 11 Prozent zulegen konnten, vor den Discountern, deren Umsätze im gleichen Zeitraum um knapp 8 Prozent stiegen (vgl. Abbildung V.2). Der Umsatzrückgang bei den Kleinverkaufsflächen betrug in dieser Zeit etwa 25 Prozent.

Abbildung V.1



Quelle: EHI Retail Institute, Handel aktuell, 2009/2010 und 2010/2011; eigene Darstellung

Abbildung V.2



Quelle: EHI Retail Institute, Handel aktuell, 2009/2010 und 2010/2011; eigene Darstellung

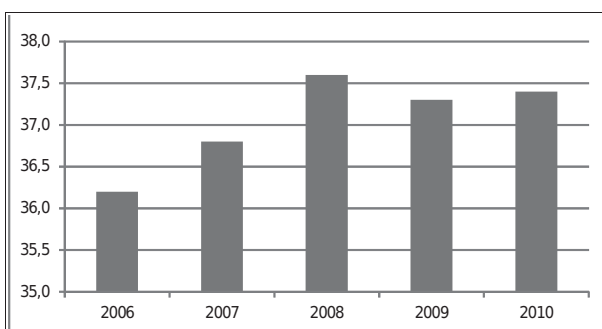
2.3 Zunehmende Bedeutung von Handelsmarken

1014. Handelsmarken werden – anders als Herstellermarken – vom Handel initiiert, geführt und vertrieben, zum Teil sogar in eigenen Unternehmen produziert. Handelsmarken werden von den Herstellern im Auftrag von Handelsunternehmen angefertigt. Die Kosten der Etablierung und Pflege einer Marke trägt bei den Handelsmarken der Handel. Handelsmarken sind mittlerweile in nahezu allen Markenklassen, d. h. vom Preiseinstiegssegment bis hin zur Premium-Marke, zu finden. Herstellermarken („Markenartikel“) werden demgegenüber von den Produzenten entwickelt, in die Märkte eingeführt und dort „gepflegt“. Herstellermarken erfordern oftmals hohe Aufwendungen für Werbung und Qualitätssicherung.

1015. Der Anteil der Handelsmarken am Umsatz eines Handelsunternehmens ist für die Beurteilung der Verhandlungsstärke gegenüber Herstellerunternehmen relevant. Je höher der Anteil von Handelsmarken im Sortiment eines Handelsunternehmens ist, desto schwächer ausgeprägt ist tendenziell die Verhandlungsstärke eines Produzenten von Herstellermarken in dem bilateralen Austauschverhältnis. Das Thema Handelsmarken ist in den letzten Jahren immer mehr in den Fokus der handels- und wettbewerbspolitischen Diskussionen gerückt. Die folgende Abbildung V.3 gibt einen Überblick über die Entwicklung des Handelsmarkenanteils im deutschen Lebensmitteleinzelhandel im Zeitverlauf. Insgesamt ist seit dem Jahr 2006 ein leichter Anstieg des zuvor bereits hohen Anteils der Handelsmarken am gesamten Warenumsatz zu beobachten.

Abbildung V.3

Umsatzanteil von Handelsmarken im Lebensmitteleinzelhandel
(Prozent)



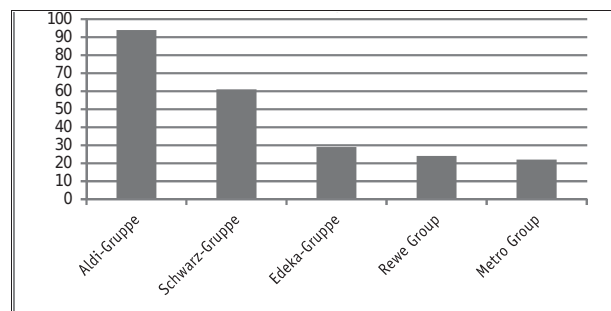
Quelle: Nielsen 2006 bis 2010; zitiert nach EHI Retail Institute, Handelsdaten, <http://www.handelsdaten.de/statistik/daten/studie/213609/umfrage/umsatzanteil-von-handelsmarken-im-deutschen-einzelhandel-seit-2006>

1016. Die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels führen in einem unterschiedlich großen Ausmaß Handelsmarken (vgl. Abbildung V.4). Den größten Anteil mit 94 Prozent hat die ALDI-Gruppe, gefolgt von der Schwarz-Gruppe mit 61 Prozent. Betrachtet man den zur

Schwarz-Gruppe gehörenden Discounter LIDL getrennt, liegt der Handelsmarkenanteil bei etwa 75 Prozent.⁷

Abbildung V.4

Anteil der Handelsmarken am Gesamtumsatz nach Unternehmensgruppen im Jahr 2010
(Prozent)



Quelle: Planet Retail; zitiert nach EHI Retail Institute, Handelsdaten, <http://www.handelsdaten.de/statistik/daten/studie/211738/umfrage/lebensmitteleinzelhandel-fuehrende-eigenmarken-anbieter-weltweit-nach-handelsmarkenanteil-am-food-umsatz-im-jahr-2010>

1017. Der Anteil der Handelsmarken am gesamten Produktangebot eines Unternehmens variiert zum Teil erheblich zwischen verschiedenen Produktgruppen. Handelsmarken sind insbesondere in den Teilbereichen zahlreich vertreten, in denen aus Sicht der Verbraucher das Markenimage relativ unwichtig ist. Ein Markt, auf dem Handelsmarken hingegen eine untergeordnete Rolle spielen, ist etwa der Biermarkt. Hier haben Herstellermarken einen sehr hohen Anteil an den insgesamt getätigten Umsätzen.

3. Wettbewerb auf der Handelsstufe

3.1 Relevanter Markt

1018. Lebensmittel werden in Deutschland durch die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels, das Lebensmittelhandwerk (Bäckereien, Konditoreien, Fleischerien usw.) und den Fachhandel (Obst und Gemüse, Tiefkühlkost, Getränke usw.) an Endverbraucher vertrieben. Weitere Bezugsquellen für die Verbraucher sind der Direktbezug beim Erzeuger, Kleinverkaufsstellen (Kioske, Tankstellen usw.), Märkte und ähnliche Veranstaltungen. Gegenstand der kartellrechtlichen Betrachtung und der wettbewerbspolitischen Analyse sind in aller Regel nur der Lebensmitteleinzelhandel mit einem Vollsortiment an Nahrungs- und Genussmitteln (Food) sowie einem Sortiment an Nonfood-Artikeln des täglichen Bedarfs, die typischerweise von einem Verbraucher im Lebensmitteleinzelhandel erwartet werden. Gemeint sind damit unter anderem Wasch-, Putz-, Reinigungs- und Körperpflegemittel, Tabakwaren, Zeitschriften, Blumen usw. Nicht zum Lebensmitteleinzelhandel gehören nach der

⁷ Vgl. TradeDimensions, TOP-Firmen 2012, Der Lebensmittelhandel in Deutschland, VII.333.

Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes das Lebensmittelhandwerk, der Fachhandel, Drogeriemärkte sowie Cash- & Carry-Märkte. Begründet wird der Ausschluss aus dem relevanten Markt damit, dass der Fachhandel und die Drogeriemärkte lediglich einen Teilbereich des Lebensmittelsortiments anbieten und durch eine größere Sortimentstiefe, höhere Qualitätsanforderungen und oftmals höhere Preise gekennzeichnet sind. Für den Ausschluss des Fachhandels und des Lebensmittelhandwerks aus dem relevanten Markt sprechen die Verbraucherpräferenzen, soweit diese sich in Richtung eines „One-stop-Shopping“ verschoben haben. Auf der Seite des Handels setzt dies die Verfügbarkeit über ein Vollsortiment voraus.⁸ Cash- & Carry-Märkte, deren Angebot sich an gewerbliche und freiberufliche Nachfrager richtet, gehören nicht zum relevanten Markt, da sie zum Großhandel gerechnet werden. Ebenfalls nicht zum relevanten Markt gehört das im Lebensmitteleinzelhandel teilweise anzutreffende Randsortiment von Artikeln, die von einem Verbraucher typischerweise dort nicht erwartet und die im Rahmen von Sonderaktionen veräußert werden. Bei diesen Artikeln herrschen andere Wettbewerbsbedingungen als im Lebensmitteleinzelhandel, da sie auch von einer großen Anzahl anderer Anbieter angeboten werden.

1019. Die Absatzmärkte des Lebensmitteleinzelhandels sind regionale Märkte. Das Bundeskartellamt grenzt sie regelmäßig mit einem Radius von 20 km bzw. 20 Minuten Fahrzeit mit dem Auto um ein Oberzentrum herum ab. Dabei ist evident, dass es zwischen den Regionalmärkten zu Überschneidungen kommt, die bei wettbewerbspolitischen Analysen zu berücksichtigen sind. Daher berücksichtigt das Bundeskartellamt im Rahmen sog. Clusteranalysen auch die Marktverhältnisse auf benachbarten Regionalmärkten.

3.2 Überblick über die führenden Handelsunternehmen

1020. In der aktuellen Diskussion über die Entwicklung und die Struktur der Spitzengruppe des Lebensmitteleinzelhandels gilt es zu beachten, dass es sich bei den führenden Akteuren nicht um eine homogene Gruppe gleich organisierter und strukturierter Unternehmen handelt, sondern um deutlich unterschiedliche Unternehmen bzw. Gruppen mit einer differentiellen Positionierung im Markt. Nachfolgend werden die Unternehmens- bzw. Gruppenstrukturen der TOP 5 des Lebensmitteleinzelhandels, ihre Positionierung auf den Handelsmärkten und ihr Beschaffungsverhalten beschrieben. Die Gruppe der führenden Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels besteht aus der ALDI-Gruppe, der EDEKA-Gruppe, der METRO AG, der REWE-Gruppe sowie der Schwarz-Gruppe. Um die Wettbewerbsverhältnisse auf den Handelsmärkten und die Machtbalance auf den Beschaffungsmärkten einschätzen zu können, ist insbesondere die Frage zu klären,

ob die Unternehmen auf den Handels- und Beschaffungsmärkten als wettbewerbliche Einheiten oder separat auftreten.

3.2.1 ALDI-Gruppe

1021. Die ehemalige Stammfirma Albrecht KG wurde bereits 1961 in ALDI-Nord und ALDI-Süd getrennt. Beide Unternehmen verfolgen sowohl im Inland als auch im Ausland eine strikte regionale Trennung ihrer Filialnetze. Heute besteht ALDI-Nord aus 36 rechtlich selbstständigen Regionalgesellschaften, die als Kommanditgesellschaften mit gut 2 500 Filialen geführt werden. ALDI-Süd besteht aus 31 Gesellschaften mit knapp 1 800 Filialen in West- und Süddeutschland.⁹ Beide Unternehmen gehören mit eigenen Röstereien zu den größten Röstkaffeeherstellern in Deutschland. Darüber hinaus haben beide Unternehmen ihre „rückwärtigen Funktionen“ zumindest teilweise spiegelbildlich in Servicegesellschaften ausgelagert (ALDI Immobilienverwaltung GmbH & Co. KG in Herten, ALDI Immobilien Beteiligungs-GmbH & Co. KG in Mühlheim, ALDI Einkauf GmbH & Co. OHG).

1022. ALDI ist der Grundidee des Discountprinzips, nämlich der Beschränkung auf sog. schnelldrehende Sortimente, einem geringen Sortimentsumfang, der nahezu ausschließlichen Listung von Handelsmarken, einer einfachen Warenpräsentation und einer geringen Serviceorientierung, bis heute treu geblieben, wenngleich das Unternehmen mittlerweile die Sortimente (Obst und Gemüse, Frischfleisch, Blumen, Bio-Ware) ausgedehnt und eine Reihe von Servicefunktionen (EC-Cash, Foto-Dienste usw.) eingeführt hat.

1023. Die Beschaffung von ALDI-Nord und ALDI-Süd wird nach Recherchen von Lademann & Associates weitgehend getrennt durchgeführt. Zwar sind einzelne Lieferanten bei beiden ALDI-Konzernen gelistet, gleichwohl wird der Einkauf nur in begrenztem Umfang gebündelt. Da ALDI insgesamt über 90 Prozent des Umsatzes mit Handelsmarken erwirtschaftet, erfolgt der Einkauf nicht über die bei Markenartikeln vorherrschenden Jahresgespräche, sondern über Bieterverfahren, d. h. mittels Ausschreibungen. ALDI spezifiziert die qualitativen und quantitativen Anforderungen an Produkte, Herstellverfahren, Vorlieferanten und gegebenenfalls die landwirtschaftlichen Produktionsbedingungen und schreibt meist in Losen für zwei bis drei Vertragspartner und eine in der Regel mehrjährige Vertragslaufzeit aus. Mit dieser Beschaffungsstrategie bietet ALDI seinen Lieferanten einerseits einen verlässlichen Planungsrahmen für Mengen und Kosten, was niedrige Bezugspreise begünstigt, fördert andererseits aufgrund der Befristung der Zusammenarbeit und der Unsicherheit über das Ob und den Ausgang einer Folgeausschreibung den Wettbewerb zwischen bestehenden und potenziellen Lieferanten um Qualitäten, Kosten, Preise und Kapazitäten. Neben der Beschränkung der Artikelvielfalt ist diese Beschaffungsstrategie ein we-

⁸ Vgl. Wey, C., Nachfragemacht im Handel, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e. V. (Hrsg.), Schwerpunkte des Kartellrechts 2009/2010, Referate des 37. und 38. FIW-Seminars, Köln 2011, S. 149–160, S. 150.

⁹ Vgl. TradeDimensions, TOP-Firmen 2012, a. a. O., VII.5 ff.

Tabelle V.1

ALDI-Gruppe

ALDI-Gruppe	2000	2005	2007	2008	2009	2010
Gesamtumsatz netto (Mio. Euro)	17.856	19.560	21.240	22.371	23.102	23.590
Umsatzaufteilung „Food“ (%)	83,0	81,0	80,9	80,9	82,0	82,0
Umsatzaufteilung „Food“ (Mio. Euro)	14.820	15.844	17.183	18.098	18.944	19.344
Discountgeschäfte Nord und Süd (Anzahl)	3.557	4.078	4.209	4.275	4.283	4.307
Regie-LEH-Gesamt	3.557	4.078	4.209	4.275	4.283	4.307
Fläche (m²)	2.648.900	3.110.000	3.226.000	3.286.000	3.375.800	3.446.500
ALDI Nord	2000	2005	2007	2008	2009	2010
Gesamtumsatz netto (Mio. Euro)	9.045	9.400	9.363	10.296	10.620	10.890
Umsatzaufteilung „Food“ (%)	83,0	82,0	82,0	82,0	82,0	82,0
Umsatzaufteilung „Food“ (Mio. Euro)	7.507	7.708	7.678	8.443	8.708	8.930
Discountgeschäfte (Anzahl)	2.263	2.453	2.518	2.533	2.523	2.526
Regie-LEH-Gesamt	2.263	2.453	2.518	2.533	2.523	2.526
Fläche (m²)	1.652.500	1.850.000	1.914.000	1.927.000	1.995.000	2.020.500
ALDI Süd	2000	2005	2007	2008	2009	2010
Gesamtumsatz netto (Mio. Euro)	8.811	10.160	11.477	12.075	12.482	12.700
Umsatzaufteilung „Food“ (%)	83,0	80,0	80,0	80,0	82,0	82,0
Umsatzaufteilung „Food“ (Mio. Euro)	7.313	8.128	9.182	9.660	10.235	10.414
Discountgeschäfte (Anzahl)	1.294	1.625	1.715	1.742	1.760	1.781
Regie-LEH-Gesamt	1.294	1.625	1.715	1.742	1.760	1.781
Fläche (m²)	996.400	1.260.000	1.312.000	1.359.000	1.380.800	1.426.000

Quelle: TradeDimensions, TOP-Firmen, 2000 bis 2012

sentlicher Grund für die Kostenführerschaft von ALDI im Lebensmitteleinzelhandel.

1024. ALDI-Nord und ALDI-Süd führen ihr operatives Geschäft jeweils über zahlreiche Regional- und Servicegesellschaften. Da nicht öffentlich bekannt ist, ob und inwieweit beide Unternehmen kapitalseitig miteinander verflochten sind oder gegenseitig Kontrollrechte vereinbart haben, kann nicht beurteilt werden, ob es sich um einen faktischen Gleichordnungskonzern handelt. Gleichwohl handelt es sich auf der Absatzseite um eine wettbewerbliche Einheit, da ALDI-Nord und ALDI-Süd wegen ihrer Gebietsaufteilung gegenüber dem Endkunden bestenfalls punktuell in den Grenzregionen miteinander im Wettbewerb stehen. Weniger deutlich ist die Beurteilung der Frage nach der wettbewerblchen Einheit auf den Beschaffungsmärkten. Hier treten ALDI-Nord und ALDI-Süd nach den Feststellungen von Lademann & Associates weitgehend getrennt auf, wenngleich auch eine Reihe von Herstellern beide Unternehmen beliefert.

3.2.2 EDEKA-Gruppe

1025. Die EDEKA-Gruppe ist eine kooperative Verbundgruppe auf genossenschaftlicher Basis. Sie umfasst die EDEKA-Zentrale AG, sieben Regionalgesellschaften und deren Regiebetriebe (Filialen), die von den regionalen Handelsgesellschaften belieferten, in neun Genossenschaften organisierten selbstständigen Einzelhändler und den (Marken-)Discountfilialisten Netto. Während Netto als Tochterunternehmen von der EDEKA-Zentrale kontrolliert wird, werden die Kapitalanteile der Regionalgesellschaften zu jeweils 50 Prozent von einer, teils von mehreren Genossenschaften sowie von der EDEKA-Zentrale gehalten. Die EDEKA-Zentrale gehört zu 100 Prozent den neun Genossenschaften, sodass diese in ihrer Gesamtheit die Geschäftspolitik der Zentrale kontrollieren. Über diese Grundstruktur hinaus betreibt die EDEKA-Zentrale das EDEKA-Fruchtkontor, eine Beschaffungsorganisation vor allem für Obstimporte sowie

eine Wein- und Sektkellerei. Die Regionalgesellschaften verfügen über eigene Back- und Fleischwerke. Darüber hinaus sind unterhalb der Ebene der EDEKA-Zentrale einige Servicegesellschaften – z. B die EDEKA-Bank – angesiedelt. Das reine Handelsgeschäft der EDEKA ist somit dreistufig. Neben dem Ausbau der Filialaktivitäten

durch die Übernahme von Netto hat die EDEKA-Gruppe die zunächst von der EDEKA-Zentrale übernommenen MARKTKAUF-SB-Warenhäuser in den vergangenen Jahren in die Regionen abgegeben, wo diese meist als Regiebetriebe integriert, teils auch als Märkte von selbstständigen Kaufleuten gezielt auf die lokalen Wettbe-

Tabelle V.2

EDEKA-Gruppe

EDEKA-Gruppe	2000	2005	2007	2008	2009	2010
Gesamtumsatz netto (Mio. Euro)	21.508	33.663	32.783	33.755	38.956	40.081
Umsatzaufteilung „Food“ (%)	83,5	85,9	88,2	90	90,3	90,2
Umsatzaufteilung „Food“ (Mio. Euro)	17.959	28.917	28.915	30.380	35.177	36.153
Anzahl Filialen	2000	2005	2007	2008	2009	2010
SB-Warenhäuser	314	428	–	–	–	–
Verbrauchermärkte ¹	203	40	431	432	410	376
Große Supermärkte	1.069	816	544	452	385	296
Supermärkte	366	219	130	93	62	26
Discountgeschäfte	622	1.757	1.925	2.089	4.540	4.708
Getränkemärkte	73	65	124	157	167	328
Bäckerei-Filialen	1.204	1.551	1.813	1.900	1.986	2.098
Metzgereien	132	–	121	117	110	14
Bruttoumsatz Filialen (Mio. Euro)	2000	2005	2007	2008	2009	2010
SB-Warenhäuser	5.812	6.987	–	–	–	–
Verbrauchermärkte ¹	1.344	287	7.079	6.969	6.516	6.255
Große Supermärkte	3.892	3.440	2.615	2.273	2.044	1.785
Supermärkte	865	552	320	295	148	103
Discountgeschäfte	1.025	4.515	5.282	5.906	12.262	12.732
Getränkemärkte	65	67	124	189	187	190
Bäckerei-Filialen	333	469	583	638	678	750
Metzgereien	79	–	49	75	77	28
Fläche Filialen (m²)	2000	2005	2007	2008	2009	2010
SB-Warenhäuser	624.915	894.377	–	–	–	–
Verbrauchermärkte ¹	1.009.639	846.174	1.666.797	1.676.468	1.601.512	1.525.874
Große Supermärkte	1.056.375	918.528	687.195	539.393	472.608	401.903
Supermärkte	236.484	144.561	86.035	62.697	45.355	19.557
Discountgeschäfte	323.477	1.216.297	1.359.566	1.503.326	3.053.662	3.332.851
Getränkemärkte	31.975	32.729	74.214	93.445	101.385	93.569

¹ Ab 2007 sind SB-Warenhäuser und Verbrauchermärkte zusammengefasst.

Quelle: TradeDimensions, TOP-Firmen, 2000 bis 2012

werbsbedingungen neu ausgerichtet wurden. Schließlich tritt die EDEKA-Zentrale auch als Einkaufskontor am Markt auf. Bis Ende 2011 verrechnete die GLOBUS-SB-Warenhaus-Holding GmbH & Co. KG über die EDEKA-Zentrale, wechselte dann allerdings ab 2012 zur MARKANT-Gruppe.

1026. Von den rd. 11 700 Standorten, die es im Jahr 2010 gab, entfielen ca. 4 000 auf Netto Marken-Discount und rd. 7 700 auf den EDEKA-Einzelhandel. Von den Einzelhandelsstandorten wurden im Jahr 2010 noch gut 1 500 Märkte in „Regie“ betrieben. Die Anzahl der Regiebetriebe ist allerdings rückläufig. Die verbleibenden ca. 6 200 Einzelhandelsbetriebe wurden von etwa 4 500 selbstständigen Kaufleuten geführt.

1027. Die Bedeutung der EDEKA-Zentrale hat durch die Übernahme von Netto und die spätere Integration der Plus-Filialen von Tengelmann zugenommen. EDEKA wurde damit zum drittgrößten Betreiber von Discountmärkten in Deutschland. Die Netto Marken-Discount vertreibt anders als ALDI vor allem Herstellermarken. Auf diese Weise kann EDEKA durch Netto im (Hersteller-)Markenbereich, aber teilweise auch bei Handelsmarken das Nachfragevolumen bündeln. Die damit durchsetzbaren Konditionenvorteile sollten aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes neben den Regiebetrieben auch den selbstständigen Einzelhändlern zugutekommen.

1028. Das Bundeskartellamt geht bei der EDEKA-Gruppe von einer wettbewerbliehen Einheit aus. Die Gruppe wird einschließlich der selbstständigen Einzelhändler als Gleichordnungskonzern betrachtet. Dafür spricht nach Auffassung des Amtes der einheitliche

Marktauftritt von Regiebetrieben und selbstständigen Einzelhändlern. Ferner seien unternehmerische Verhaltensspielräume durch Bezugsverpflichtungen, Preisbindungen bei nationalen oder regionalen Werbeaktionen sowie Gebietsabsprachen eingeschränkt. Im Zusammenhang mit der Bewertung im Fusionskontrollverfahren EDEKA/Tengelmann hatte das Bundeskartellamt eine Reihe von Verträgen zwischen der EDEKA-Zentrale und Regionalgesellschaften sowie zwischen diesen und den zugehörigen selbstständigen Einzelhändlern geprüft. Die Sichtung ergab, dass die EDEKA-Einzelhändler aufgrund ihrer Verflechtungen mit der EDEKA der Gruppe wettbewerblieh zuzurechnen seien.¹⁰ Die Monopolkommission folgt dieser Auffassung und geht bei der EDEKA-Gruppe sowohl auf den Angebots- als auch auf den Beschaffungsmärkten von einer wettbewerbliehen Einheit aus.

3.2.3 METRO-Gruppe

1029. Die METRO AG ist die Muttergesellschaft der METRO Cash & Carry International GmbH sowie der REAL SB-Warenhaus GmbH. Beide Unternehmen sind schwerpunktmäßig im Lebensmittelhandel tätig. Weiterhin gehören das Warenhausunternehmen Galeria Kaufhof AG und die Elektronikette MediaSaturn Holding GmbH zum METRO-Konzern. Sämtliche Vertriebslinien sind Tochterunternehmen und werden daher als selbstständige Unternehmen mit eigener Ergebnisverantwortung geführt. Die METRO AG ist mit einem Gesamtumsatz von

¹⁰ Vgl. BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07 „EDEKA/Tengelmann“, S. 21.

Tabelle V.3

REAL

REAL	2000	2005	2007	2008	2009	2010
Gesamtumsatz netto (Mio. Euro)	7.301	8.768	10.258	9.482	8.593	8.350
Umsatzaufteilung „Food“ (%)	75,0	78,0	78,0	73,0	71,0	71,0
Umsatzaufteilung „Food“ (Mio. Euro)	5.476	6.839	8.001	6.922	6.101	5.929
Anzahl Filialen SB-Warenhäuser	246	288	349	341	333	320
Anzahl Filialen Verbrauchermärkte	–	264	248	1	–	–
Anzahl Filialen insgesamt	246	552	597	342	333	320
Fläche Filialen insgesamt (m ²)	1.700.500	2.430.500	2.876.797	2.368.000	2.310.000	2.245.700

Quelle: TradeDimensions, TOP-Firmen, 2000 bis 2012

67,3 Mrd. Euro (netto) im Jahr 2010 das drittgrößte Handelsunternehmen der Welt. Es betreibt in insgesamt 33 europäischen (unter anderem in Frankreich, Spanien, Großbritannien, Russland, Türkei) und außereuropäischen Ländern (unter anderem in Japan und China) ein stark internationalisiertes Handelsgeschäft und erzielt mehr als 60 Prozent seiner Umsätze im Ausland.

1030. Im inländischen Lebensmitteleinzelhandel ist die METRO-Gruppe mit der REAL SB-Warenhaus GmbH tätig. REAL führt als eines der führenden SB-Warenhausunternehmen neben einem breiten und tiefen Food-Sortiment ein umfangreiches selbstbedienungsfähiges Non-food-Sortiment. Es hat sich mit dem Slogan „einmal hin – alles drin“ am Markt positioniert. Darin kommt die Grundidee des „One-Stop-Shopping“ zum Ausdruck.

1031. METRO Cash & Carry ist ein Großhandelsunternehmen, welches an kleine und mittlere Unternehmen des Einzelhandels, des Gastgewerbes (Hotels, Restaurants, Caterer, Imbisse) sowie an Kleingewerbetreibende (z. B. Handwerker, Dienstleister) verkauft. Diese Unternehmen werden aufgrund der benötigten Kleinmengen teilweise durch Spezial- oder Zustellgroßhandel nicht oder nur vergleichsweise teuer beliefert. Das von METRO in Deutschland 1964 eingeführte Cash- & Carry-Prinzip ermöglichte diesen Nachfragern, ihren Bedarf schnell und in einem Einkaufsvorgang zu decken.

3.2.4 REWE-Gruppe

1032. Die REWE-Gruppe umfasst den REWE-Konzern (REWE Zentralfinanz eG, REWE-Zentral AG) sowie die REWE-Dortmund e.G. Die REWE-Zentralfinanz eG ist der Kern eines diversifizierten, international tätigen Einzelhandels- und Dienstleistungskonzerns, dessen Kapitalanteile von Genossenschaften selbstständiger Einzelhandelskaufleute gehalten werden. Die Verbundgruppe wurde bereits 1972 zu einem Konzern umstrukturiert. Die ehemals dreistufige Struktur aus Einzelhandel, Großhandel und Zentrale wurde später auf zwei Stufen reduziert, sodass Zentralfunktionen und das Warengeschäft zusammengefasst werden konnten. Außer der REWE-Dortmund, die nicht Teil des REWE-Konzerns ist, gehören in Deutschland weitere Partnerunternehmen, wie die Dohle Handelsgruppe und FÜR SIE, zur REWE-Gruppe, da sie mit dem REWE-Konzern vor allem im Einkauf kooperieren.

1033. Die REWE-Gruppe betreibt im Lebensmitteleinzelhandel eine Vielzahl unterschiedlicher Vertriebslinien. Seit 2006 firmiert REWE bei den Super- und Verbrauchermärkten – sei es für die Filialbetriebe, sei es für die Selbstständigen – unter dem Namen „REWE“. Beide Bereiche werden von der REWE-Markt-GmbH geführt, die auch die Aktivitäten für die unter „Nahkauf“ firmierenden Kleinflächen koordiniert. Die SB-Warenhaus-Linie „toom“ (inklusive „toom Getränkemarkt“) sowie der Discounter „PENNY“ operieren als separate Profitcenter.

Das Profitcenter-Prinzip wird so gehandhabt, dass die Sortimente und Preise zwischen den Vertriebslinien nicht koordiniert werden. Die Vertriebslinien und Selbstständigen agieren vielmehr vor dem Hintergrund ihrer jeweiligen Wettbewerbsbedingungen autonom. Während die Vollsortimenter service- und qualitätsorientiert ausgerichtet werden, wird PENNY als Soft-Discounter geführt. Ähnlich wie bei der EDEKA-Gruppe sind viele selbstständige REWE-Einzelhändler durch Darlehens- und Mietverträge an die Niederlassungen bzw. ihre Zentrale gebunden. Der durch solche Verträge betroffene Umsatzanteil beträgt nach Angaben von Lademann & Associates rd. 95 Prozent.¹¹

1034. Die Absatzpolitik des REWE-Konzerns ist regional ausgerichtet, im Bereich des Vollsortiments auch pro Standort ausdifferenziert. Selbst der Discounter PENNY verfügt nicht durchgängig über einheitliche Sortimente und Preise, sondern passt sich in einem gewissen Umfang den regional unterschiedlichen Nachfragerpräferenzen oder Wettbewerbsverhältnissen an.

1035. Die REWE-Gruppe verfolgt eine zweistufige und zugleich diversifizierte Beschaffungsstrategie. Die REWE Zentralfinanz eG bündelt eine Vielzahl der Schnittmengenprodukte der REWE-Markt GmbH und der REWE-Dortmund und verhandelt die Konditionen mit diesen Lieferanten zentral vor (Eingangs- oder Kopfkonditionen). Die Konditionen werden sodann in den beiden Unternehmen konkretisiert zu Ende verhandelt (Hauskonditionen). Die Beschaffungsvolumina von PENNY lassen sich nur begrenzt bündeln. Der Grund liegt vor allem in den nur geringfügigen Sortimentsüberschneidungen zwischen Vollsortiment und der Discountlinie. Die beschriebene Form der Funktionsteilung bei der Verhandlung von Beschaffungskonditionen bietet die REWE-Gruppe über die nicht zum REWE-Konzern gehörende REWE-Dortmund hinaus auch einer Reihe von Kooperationspartnern, wie der Dohle Handelsgruppe und FÜR SIE, an.

1036. Die REWE-Gruppe wird von der Monopolkommission bereits seit Mitte der 1990er Jahre als wettbewerbliche Einheit auf den Angebotsmärkten des Handels angesehen.¹² Bei dieser Einschätzung bleibt es, da der Prozess hin zu einer Konzernierung der Gruppe in den vergangenen eineinhalb Jahrzehnten weiter fortgeschritten ist. Ähnlich wie bei der EDEKA-Gruppe stellt sich auch bei der REWE-Gruppe die Frage, ob die selbstständigen Einzelhändler Teile der wettbewerblichen Einheit sind. Dafür spricht trotz der Eigenständigkeit bei der Sortimentsbildung und der Preissetzung vor allem die bindende Wirkung der Darlehens- und Mietverträge und die Einbindung der selbstständigen Einzelhändler in Aktionen der Niederlassungen oder der Zentrale.

¹¹ Vgl. Lademann & Associates, a. a. O., S. 57.

¹² Vgl. Monopolkommission, Marktstruktur und Wettbewerb im Handel, Sondergutachten 23, Baden-Baden 1994, Tz. 63.

Tabelle V.4

REWE-Gruppe

REWE-Gruppe	2000	2005	2007	2008	2009	2010
Gesamtumsatz netto (Mio. Euro)	25.405	28.396	29.365	31.582	33.098	34.421
Umsatzaufteilung „Food“ (%)	68,6	71,7	71,9	70,9	71,6	71,3
Umsatzaufteilung „Food“ (Mio. Euro)	17.428	20.360	21.113	22.392	23.698	24.542
Anzahl Filialen (Regiebetriebe)	2000	2005	2007	2008	2009	2010
Verbrauchermärkte	125	110	85	102	100	97
Große Supermärkte	991	1.438	1.522	1.745	1.813	1.813
Supermärkte	806	2	4	5	7	6
Discountgeschäfte	2.387	2.011	2.018	2.080	2.394	2.413
Lebensmittelabteilungen	–	67	63	–	–	–
Getränkemärkte	57	98	75	75	69	65
SB-Warenhäuser ¹	61	84	–	–	–	–
Drogerie-Märkte	413	–	–	–	–	–
Weinfachmärkte	1	–	–	–	–	–
Bäckerei-Filialen	–	–	–	260	328	346
Bruttoumsatz Regiebetriebe (Mio. Euro)	2000	2005	2007	2008	2009	2010
Verbrauchermärkte	1.191	753	1.803	1.872	1.886	1.847
Große Supermärkte	4.354	6.174	7.400	8.860	9.376	9.825
Supermärkte	2.346	5	12	14	18	20
Discountgeschäfte	4.994	6.192	6.502	7.017	7.698	7.568
Lebensmittelabteilungen	–	478	419	0	0	0
Getränkemärkte	73	144	128	118	114	108
SB-Warenhäuser ¹	1.574	1.880	–	–	–	–
Drogerie-Märkte	302	68	–	–	–	–
Weinfachmärkte	3	–	–	–	–	–
Bäckerei-Filialen	–	–	–	68	88	96
Fläche Regiebetriebe (m²)	2000	2005	2007	2008	2009	2010
Verbrauchermärkte ¹	253.243	149.008	423.964	479.262	468.580	452.004
Große Supermärkte	1.207.103	1.577.072	1.794.592	2.245.667	2.300.621	2.342.016
Supermärkte	517.847	1.522	2.704	4.118	4.763	4.100
Discountgeschäfte	1.307.097	1.216.592	1.274.597	1.313.311	1.593.694	1.628.569
Getränkemärkte	36.061	63.875	54.932	47.443	46.146	43.535

¹ Ab 2005 sind SB-Warenhäuser und Verbrauchermärkte zusammengefasst.

Quelle: TradeDimensions, TOP-Firmen, 2000 bis 2012

3.2.5 Schwarz-Gruppe

1037. Die gesellschaftsrechtlichen Strukturen der Schwarz-Gruppe sind vergleichsweise unübersichtlich. Das Kapital der Gruppe liegt in der Schwarz-Beteiligungs GmbH. Diese wiederum ist die Dachgesellschaft der zwei unabhängig voneinander operierenden Stiftungen KAUF- LAND Stiftung & Co. KG und LIDL Stiftung und Co. KG. Als Führungsgesellschaft der Schwarz-Gruppe fungiert die Schwarz Unternehmenstreuhand KG, die 0,1 Prozent an der Schwarz-Beteiligungs GmbH und 100 Prozent der Stimmrechte hält. Die übrigen 99,9 Prozent der Kapitalanteile liegen bei der „Dieter Schwarz Stiftung gemeinnützige GmbH“.

1038. Die KAUF- LAND-Stiftung ist im Jahr 2011 mit knapp über 600 Verbrauchermärkten und SB-Warenhäusern der nach der Anzahl der Standorte und dem erzielten Umsatz größte Großflächenbetreiber in Deutschland. Die LIDL-Stiftung betreibt knapp 3 900 Discountmärkte und betreibt unter anderem eigene Produktionsstätten für Schokoladen. Die KAUF- LAND-Stiftung und die LIDL-Stiftung produzieren zudem Fleisch- und Wurstwaren in eigenen Herstellerunternehmen teilweise selber.

1039. KAUF- LAND ist der Kostenführer unter den Vollsor- timentern, insbesondere im Großflächensegment, da das Un- ternehmen eine preisaggressive Aktionspolitik verfolgt und

auch bei den normalen Regalpreisen die Preisführerschaft be- sitzt. Die LIDL-Märkte werden als Hard-Discounter betrie- ben. Das permanente Sortiment umfasst vor allem Lebens- mittel und Drogeriewaren. Das Sortiment besteht im Unterschied zu ALDI zu einem größeren Anteil auch aus Markenartikeln. Der Handelsmarkenanteil ist gleichwohl ge- genüber Vollsortimentern überdurchschnittlich.

1040. Die Frage, ob die Schwarz-Gruppe als wettbe- werbliche Einheit einzuschätzen ist, lässt sich nicht eindeu- tig beantworten. Die gesellschaftsrechtliche Struktur lässt keine eindeutigen Rückschlüsse für oder gegen das Beste- hen einer Konzernstruktur zu. Eindeutiger ist der Befund auf der faktischen Ebene. Beide Unternehmen agieren so- wohl auf den Angebotsmärkten als auch auf den Beschaf- fungsmärkten eigenständig und voneinander unabhängig.¹³ Auf dem Absatzmarkt des Lebensmitteleinzelhandels tre- ten KAUF- LAND und LIDL als Wettbewerber auf. So set- zen beide Unternehmen sowohl Regal- als auch Aktions- preise unabhängig voneinander fest und stimmen die Sortimente nicht aufeinander ab. Zwischen KAUF- LAND und LIDL gibt es weder im Inland noch auf Auslandsmärk- ten eine Gebietsaufteilung. Beide konkurrieren auch bei

¹³ Vgl. TradeDimensions, TOP-Firmen 2012, a. a. O., VII.541; Lade- mann & Associates, a. a. O., S. 83 f.

Tabelle V.5

LIDL

LIDL	2000	2005	2007	2008	2009	2010
Gesamtumsatz netto (Mio. Euro)	5.467	11.815	12.875	13.280	13.615	13.950
Umsatzaufteilung „Food“ (%)	86,0	82,0	82,0	82,0	82,0	82,0
Umsatzaufteilung „Food“ (Mio. Euro)	4.702	9.688	10.558	10.890	11.164	11.439
Anzahl Filialen	2.050	2.670	2.902	3.048	3.145	3.197
Fläche Filialen (m²)	1.482.500	2.003.000	2.220.000	2.377.000	2.500.000	2.608.500

Quelle: TradeDimensions, TOP-Firmen, 2000 bis 2012

Tabelle V.6

KAUF- LAND

KAUF- LAND	2000	2005	2007	2008	2009	2010
Gesamtumsatz netto (Mio. Euro)	6.002	8.800	9.700	10.600	11.050	11.635
Umsatzaufteilung „Food“ (%)	76,00	80,0	80,0	80,0	80,0	80,0
Umsatzaufteilung „Food“ (Mio. Euro)	4.562	7.040	7.760	8.480	8.840	9.308
Anzahl Filialen	344	494	524	546	562	588
Fläche Filialen (m²)	1.467.683	2.110.999	2.241.408	2.327.614	2.425.490	2.606.078

Quelle: TradeDimensions, TOP-Firmen, 2000 bis 2012

der Expansion auf Standortebene miteinander. Auch auf den Beschaffungsmärkten agieren beide Unternehmen unabhängig. LIDL kauft eigenständig ein, während KAUF-LAND über das Einkaufskontor MARKANT beschafft. Nach den vorliegenden Informationen gibt es auch keine gemeinsamen Produktionsstätten oder eine systematische Belieferung des einen Unternehmens durch die Produktionsstätten des jeweils anderen. Vor diesem Hintergrund sind KAUF-LAND und LIDL gegenwärtig weder auf den Absatz- noch auf den Beschaffungsmärkten als wettbewerbliche Einheit anzusehen.

3.3 Wettbewerbsintensität im Lebensmitteleinzelhandel

1041. Aussagen über die Wettbewerbsintensität eines Marktes lassen sich anhand einer Vielzahl von Kriterien treffen. Wichtige Anhaltspunkte liefern der Stand und die Entwicklung der Konzentration, die Entwicklung des Ländernetzes und der Verkaufsflächen sowie der Preise im Lebensmitteleinzelhandel und der Margen der Handelsunternehmen. Von Bedeutung ist darüber hinaus die Frage nach dem Bestehen von Marktzutrittschürden.

3.3.1 Stand und Entwicklung der Konzentration

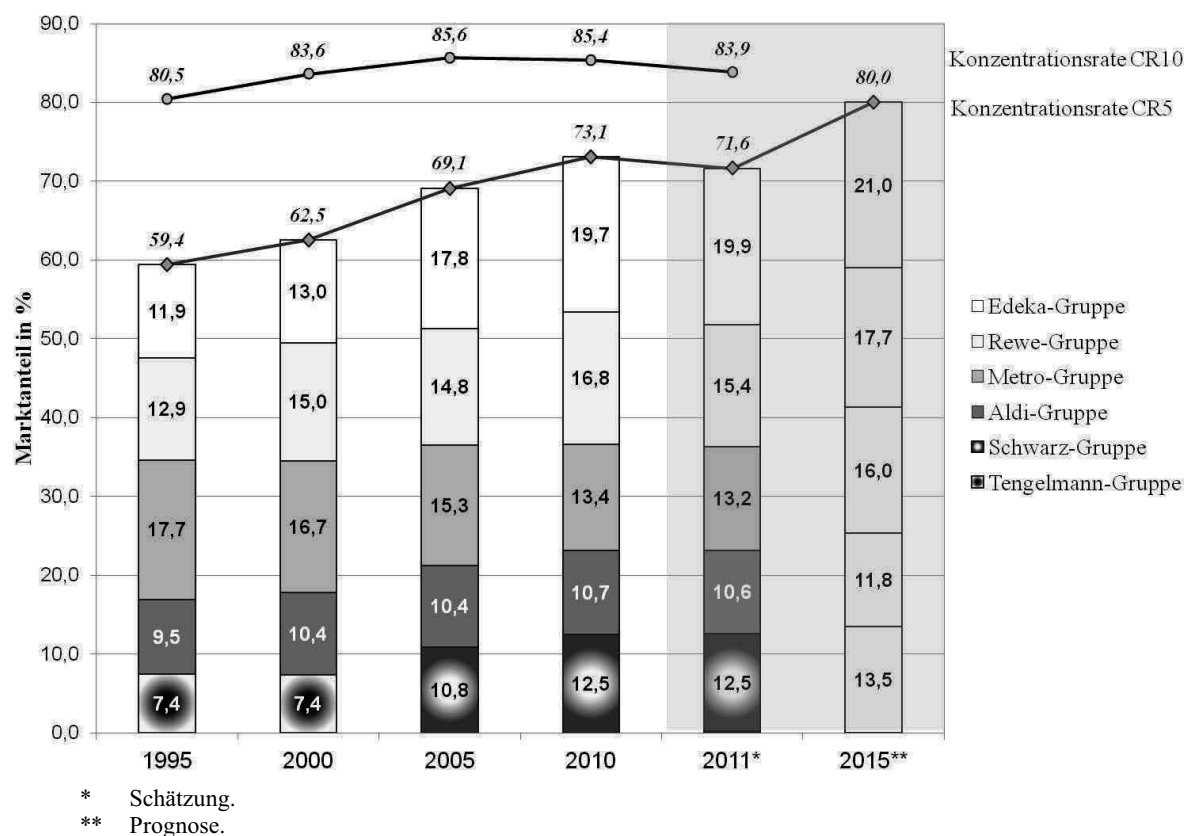
1042. Die Konzentration im deutschen Lebensmitteleinzelhandel hat in den vergangenen Jahren deutlich zugenommen.

Soweit sich die in den verschiedenen Untersuchungen ausgewiesenen Konzentrationsraten unterscheiden, ist dies auf unterschiedliche Abgrenzungen der einzubeziehenden Umsätze zurückzuführen. Die nachfolgend verwendete Konzentrationsanalyse von TradeDimensions erfasst die (Gesamt-) Umsätze von Handelsunternehmen, die ein Vollsortiment an Lebensmitteln anbieten. Dabei können diese Unternehmen neben den Bereichen Groß- und Außenhandel mit Lebensmitteln in weiteren Handels-, Dienstleistungs- oder sonstigen Bereichen tätig sein. Der ermittelte Umsatz der Handelsunternehmen bezieht neben Umsätzen mit Lebensmitteln und dem Randsortiment auch Umsätze in anderen Bereichen (Nonfood) mit ein. Die nachfolgende Abbildung V.5 zeigt die Entwicklung der Marktanteile der fünf führenden Handelsunternehmen seit 1995. Im Jahr 1995 waren dies die EDEKA-, die REWE-, die METRO-, die ALDI- und die Tengelmann-Gruppe. Ab 2005 änderte sich die Zusammensetzung der fünf führenden Handelsunternehmen, die Tengelmann-Gruppe fiel dort heraus, während die Schwarz-Gruppe hineinwuchs. Im Jahr 2010 hielten die fünf führenden Handelsunternehmen einen gemeinsamen Marktanteil von ca. 73 Prozent gegenüber knapp 60 Prozent im Jahr 1995. Der Umsatzanteil der zehn führenden Unternehmen wuchs im gleichen Zeitraum von 80 auf knapp 86 Prozent.

1043. Die Konzentration ist weniger stark, wenn die Schwarz-Gruppe nicht als wettbewerbliche Einheit ange-

Abbildung V.5

Entwicklung der Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel im Zeitraum 1995 bis 2015¹



* Schätzung.

** Prognose.

¹ Die Schwarz-Gruppe (KAUF-LAND und LIDL) wird in dieser Abbildung als wettbewerbliche Einheit behandelt.

Quelle: TradeDimensions: Top-Firmen. Der Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland. Food/Nonfood, verschiedene Jahrgänge; eigene Berechnungen

sehen wird. Wie weiter oben ausgeführt, lässt die gesellschaftsrechtliche Struktur der Unternehmensgruppe keine eindeutigen Rückschlüsse für oder gegen das Bestehen einer Konzernstruktur zu. Faktisch agieren KAUF LAND und LIDL nach den der Monopolkommission vorliegenden Erkenntnissen gegenwärtig weder auf den Absatz- noch auf den Beschaffungsmärkten als wettbewerbliche Einheit. Abbildung V.6 zeigt, dass die Konzentration der fünf führenden Handelsunternehmen bei dieser Sichtweise geringer ausgeprägt ist. In diesem Fall ist LIDL ab 2010 das fünfgrößte deutsche Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen und löst auf dieser Position die Tengelmann-Gruppe ab. Die Konzentrationsrate der fünf führenden Unternehmen lag danach im Jahr 2010 bei nur noch 67,5 Prozent. Die Effekte einer getrennten Betrachtung von KAUF LAND und LIDL auf die Konzentrationsraten der zehn führenden Handelsunternehmen sind dagegen deutlich geringer.

1044. Ebenfalls deutlich geringer ist die Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel, wenn reine Food-Umsätze betrachtet werden. Laut Metro-Handelslexikon 2011/2012 lag der Marktanteil der fünf führenden Handelsunternehmen in Deutschland bei den Food-Umsätzen im

Jahr 2010 bei 60,6 Prozent.¹⁴ Erfasst werden die Umsätze des vollsortimentierten Universal-Lebensmitteleinzelhandels, des Spezial- und Fachhandels sowie des nicht stationären Handels (Versandhandel, Wochenmärkte).

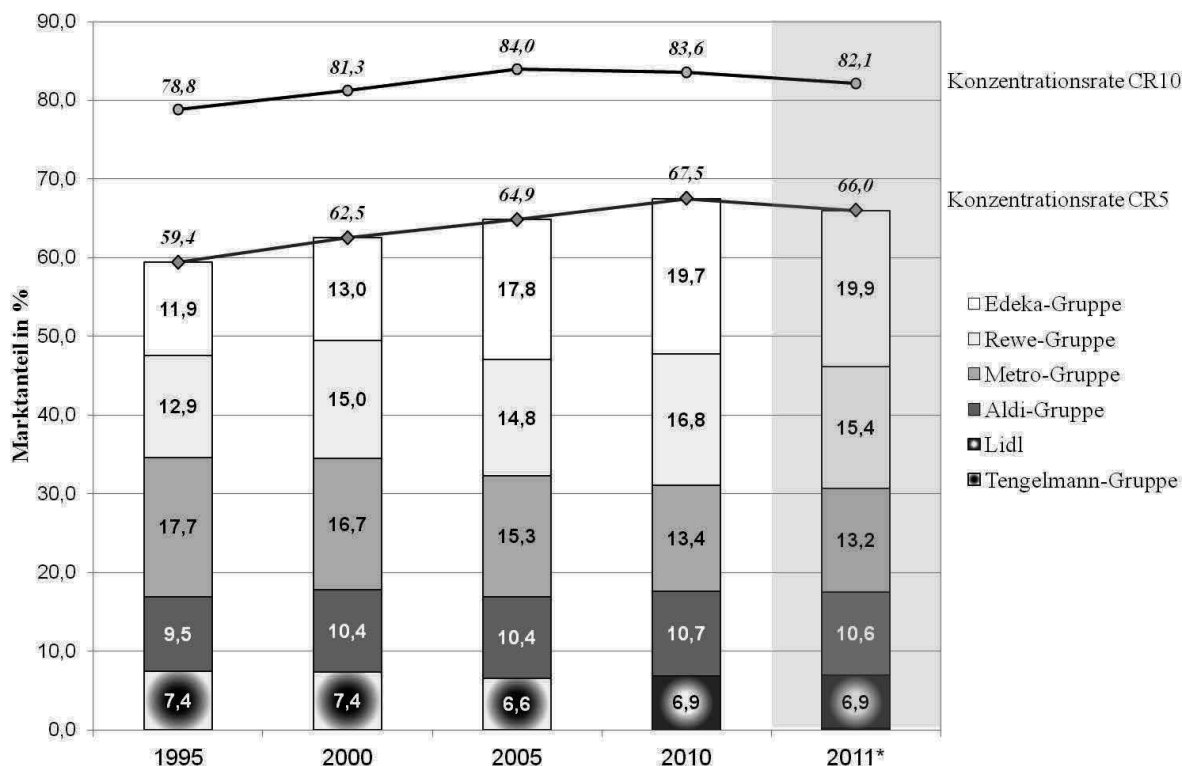
1045. Von einem deutlich höheren Konzentrationsgrad im deutschen Lebensmitteleinzelhandel geht das Bundeskartellamt aus. Es lässt bei der Ermittlung des Marktvolumens die Umsätze des Nahrungsmittelhandwerks, der Drogeriemärkte und der Cash- & Carry-Märkte unberücksichtigt. In seinem Beschluss EDEKA/Tengelmann aus dem Jahre 2008 zeichnet das Amt die Konzentrationsentwicklung in den letzten zehn Jahren nach.¹⁵ Danach bestand im Jahr 1999 die Gruppe der führenden Handelsketten aus acht Unternehmen, die über einen gemeinsamen Marktanteil von etwa 70 Prozent verfügten. Bis zum Jahr 2008 stieg der Marktanteil dieser Gruppe auf ca. 90 Prozent. Durch Zusammenschlüsse schmolz die Gruppe gleichzeitig von acht auf fünf Unternehmen. Im Jahr 2011 ging das Bundeskartellamt von nur noch vier führenden Handelsunternehmen (EDEKA-Gruppe,

¹⁴ Vgl. Metro-Handelslexikon 2011/2012, S. 62.

¹⁵ Vgl. BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07.

Abbildung V.6

Entwicklung der Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel im Zeitraum 1995 bis 2011¹



¹ KAUF LAND und LIDL (Schwarz-Gruppe) werden als wettbewerblich getrennt agierende Unternehmen betrachtet.

Quelle: TradeDimensions: Top-Firmen. Der Lebensmittelhandel in Deutschland. Food/Nonfood, verschiedene Jahrgänge; eigene Berechnungen

REWE-Gruppe, Schwarz-Gruppe, ALDI-Gruppe) aus, die einen Marktanteil von 85 Prozent auf sich vereinen.¹⁶

1046. Treiber der Konzentration ist weiterhin vor allem das externe Unternehmenswachstum. ALDI wächst als einziges Unternehmen aus der Gruppe der führenden Handelsunternehmen im Inland weiterhin ausschließlich intern. Durch Zusammenschlüsse gewachsen sind in den vergangenen fünf Jahren vor allem EDEKA, REWE und die Schwarz-Gruppe. EDEKA hat in den vergangenen Jahren mit der Übernahme der Spar Handels AG, der Netto Marken-Discount und dem Discountgeschäft von Tengelmann (Plus) Unternehmen integriert, die selbst der Spitzengruppe der führenden Handelsunternehmen angehörten. Im Jahr 2011 wurden zudem sechs SB-Warenhäuser, ein Fachmarkt und fünf Cash- & Carry-Märkte der Ratio Handel GmbH & Co. KG übernommen.¹⁷ Die Schwarz-Gruppe hat von METRO mehrere REAL-Märkte und SB-Warenhäuser aus der WalMart-Verkaufsmasse übernommen. REWE übernahm von der METRO alle 248 Extra-Verbrauchermärkte sowie von EDEKA mehr als 300 Plus-Märkte im Zusammenhang mit der EDEKA/Tengelmann-Fusion. Unklar bleibt, welche Rolle der METRO-Konzern zukünftig im Einzelhandel mit Lebensmitteln spielen wird. Im Jahr 2006 hatte METRO seine Aktivitäten im Lebensmitteleinzelhandel (Extra, REAL) mit der Übernahme der SB-Warenhäuser von WalMart in Deutschland ausgebaut. Im Jahr 2008 wurde allerdings die Supermarkt-Kette Extra vollständig an REWE veräußert. Hinzu kamen Veräußerungen einzelner SB-Warenhäuser (REAL- und WalMart-Standorte) an die Schwarz-Gruppe. Offenbar hatte METRO danach ge-

plant, REAL vollständig zu veräußern und aus dem Lebensmitteleinzelhandel ganz auszusteigen, was Ende des Jahres 2011 allerdings wieder infrage gestellt wurde.¹⁸ Das Kartellrecht steht diesen Konzentrationsprozessen bisher nur bedingt entgegen. Soweit marktbeherrschende Stellungen auf den räumlich relevanten regionalen Märkten entstehen, werden die Fusionen genehmigt, wenn das übernehmende Unternehmen in den betroffenen Regionen Märkte veräußert. Als Übernehmer kommt dabei häufig nur einer der führenden Wettbewerber in Betracht.

3.3.2 Ladennetzstruktur und Verkaufsfläche

1047. Die Anzahl der Läden im Lebensmitteleinzelhandel hat sich in Deutschland seit Anfang der 1990er Jahre von 85 000 auf knapp 40 000 mehr als halbiert. Gleichwohl verfügt Deutschland innerhalb der Europäischen Union nach Österreich immer noch über die höchste Filialdichte (vgl. Abbildung V.7). Während es in Deutschland im Jahr 2010 336 Läden pro 1 Million Einwohner gab, lag diese Anzahl in Italien bei 232, in Frankreich bei 197 und in Großbritannien bei lediglich 97. In aller Regel dominieren die Läden mit Verkaufsflächen bis 1 000 m². In Deutschland ist allerdings auch der Anteil mittelgroßer und großer Filialen überdurchschnittlich.

1048. Während die Anzahl der Läden in Deutschland sinkt, hat die Verkaufsfläche im deutschen Lebensmitteleinzelhandel seit 1990 kontinuierlich zugenommen. Zwischen 1990 und 2008 wuchs die Verkaufsfläche von 22 Mio. m² auf etwa 35 Mio. m². Die Ausweitung der Verkaufsflächen führte nicht zu entsprechend gestiegenen Umsätzen, wie die gleichzeitig sinkende Flächenproduktivität, gemessen an den Umsätzen pro Quadratmeter Ver-

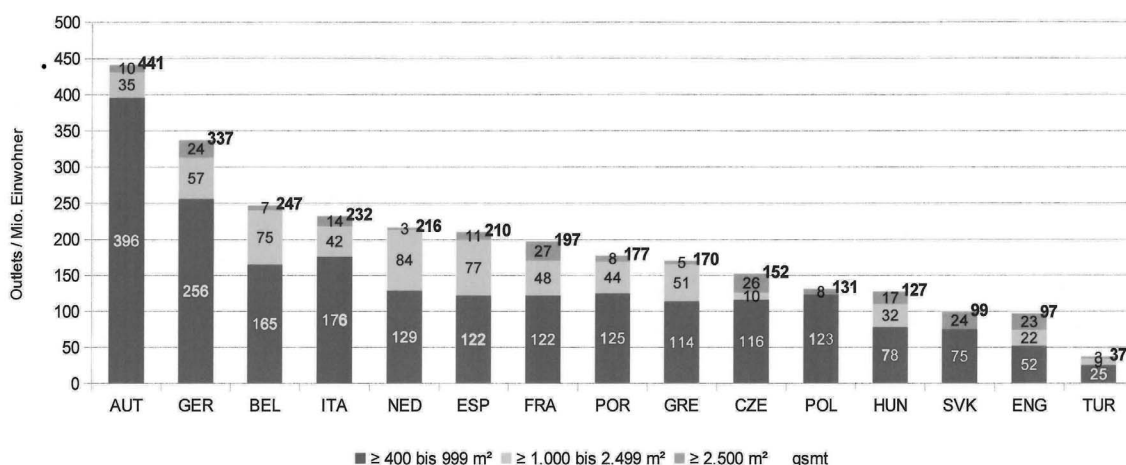
¹⁶ Vgl. BKartA, Pressemeldung vom 16. September 2011, Bundeskartellamt startet Marktermittlungen im Rahmen der Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel.

¹⁷ Vgl. BKartA, Beschluss vom 1. März 2011, B2-125/10.

¹⁸ Vgl. Metro legt REAL-Verkauf auf Eis, Financial Times Deutschland, 3. November 2011.

Abbildung V.7

Ladendichte im europäischen Lebensmitteleinzelhandel



Quelle: Metro-Handelslexikon 2011/2012; eigene Darstellung

kaufsfläche, zeigt. Strukturell wächst der Anteil der Klein- und Mittelflächen (400 m² bis 3 000 m²), während die Anteile der Kleinstverkaufsflächen unter 400 m² und der Großflächen ab 3 000 m² zurückgehen.

3.3.3 Preise für Lebensmittel und Gewinne der Handelsunternehmen

1049. Die Entwicklung der Preise für Lebensmittel zeigt für Deutschland in den letzten 15 Jahren einen unterdurchschnittlichen Anstieg. Der Preisanstieg, gemessen an dem harmonisierten Verbraucherpreisindex für Nahrungsmittel und alkoholfreie Getränke, fiel in Deutschland mit 21 Prozent im Vergleich zum EU-Durchschnitt von 37 Prozent gering aus.¹⁹ Ähnliches gilt für die Entwicklung der Preise im Inland. Während der Verbraucherpreisindex (insgesamt) in Deutschland zwischen 1991 und 2010 um 46 Prozent anstieg, nahm der Verbraucherpreisindex für Nahrungsmittel und alkoholfreie Getränke lediglich um 29 Prozent zu.²⁰ Betrachtet man das Preisniveau für Nahrungsmittel in Europa, so zeigt sich für Deutschland ein gemäßigtes Niveau (vgl. Abbildung V.8). Im westeuropäischen Vergleich liegt Deutschland im Mittelfeld, knapp über dem Preisniveau Italiens, aber unter dem Preisniveau von Frankreich, Bel-

gien, Österreich, Dänemark oder Norwegen. Anzumerken ist allerdings, dass die Vergleichbarkeit der Lebensmittelpreisindizes eingeschränkt ist, da die nationalen Warenkörbe und die Verbrauchsgewohnheiten der Endkunden unterschiedlich sind. Schwierig ist die Vergleichbarkeit der Preisindizes insbesondere auch bei Ländern mit anderen Währungen als dem Euro, da hier zusätzlich Wechselkurseinflüsse zu beachten sind.

1050. Die Margen im deutschen Lebensmitteleinzelhandel sind ebenfalls vergleichsweise gering. Die Untersuchung von Lademann & Associates zeigt, dass die Umsatzrenditen führender deutscher Handelsunternehmen in den Jahren 2009 und 2010 unter denen führender Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels in Großbritannien, Frankreich und den Niederlanden lagen (vgl. Abbildung V.9). In Deutschland lag der Gewinn vor Zinsen und Steuern (EBIT) in einer Bandbreite von knapp unter 1 Prozent und etwas über 3 Prozent, während diese Kennziffer in Großbritannien zwischen 4 und 6 Prozent, in den Niederlanden zwischen 4 und 5 Prozent und in Frankreich zwischen 2 und ca. 4 Prozent lag.²¹ Unter bestimmten Bedingungen, etwa einer Discountspezialisierung, können die Margen in Deutschland auch höher liegen. So erwirtschaftete ALDI-Nord im Jahr 2010 ein EBIT von etwas über 3 Prozent und ALDI-Süd von etwa 5 Prozent.²²

¹⁹ Vgl. Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie, Die Ernährungsindustrie in Zahlen 2012, Lebensmittelpreise im EU-Vergleich.

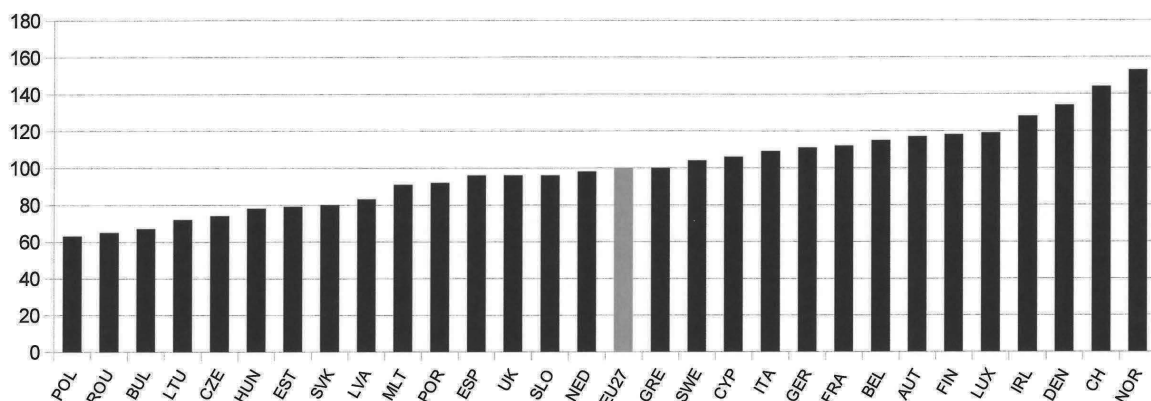
²⁰ Vgl. ebenda, Verbraucherpreise.

²¹ Vgl. Lademann & Associates, a. a. O., S. 212 ff.

²² Vgl. ebenda, S. 34.

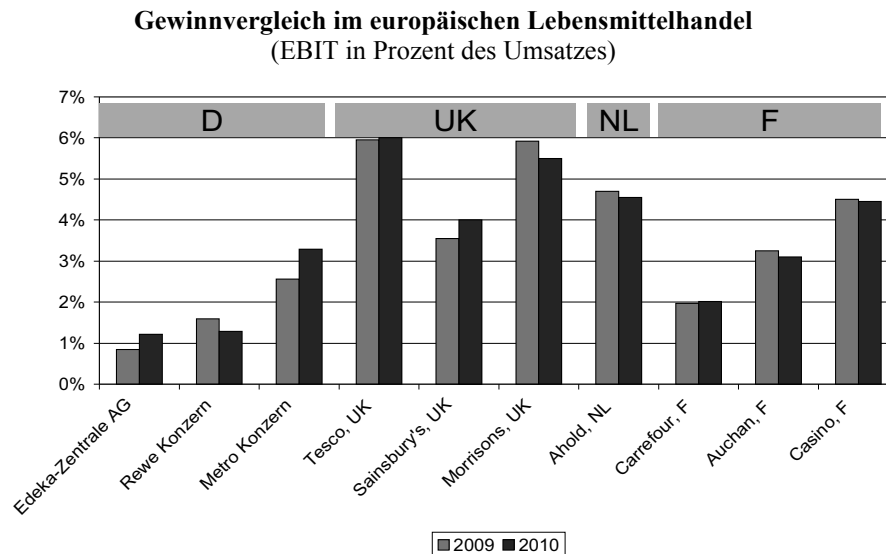
Abbildung V.8

Lebensmittelpreisindizes Europa 2009 (EU27=100)



Quelle: Eurostat 2010, Comparative Price Levels for Food, Beverages and Tobacco, http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Comparative_price_levels_for_food_beverages_and_tobacco

Abbildung V.9



Quelle: Lademann & Associates, Marktstruktur und Wettbewerb im Lebensmittelhandel, Hamburg, Februar 2012, S. 213

3.3.4 Fazit

1051. 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 Handelsstufe des Lebensmitteleinzelhandels fest. Für diese Annahme sprechen die folgenden Argumente:

- Das Ausmaß der Konzentration im deutschen Lebensmitteleinzelhandel wird überschätzt, da die Umsätze des Fachhandels mit Lebensmitteln und des Nahrungsmittelhandwerks unberücksichtigt bleiben, wie es bei der Konzentrationsanalyse des Bundeskartellamtes der Fall ist. Ebenfalls überschätzt wird die Konzentration, wenn Groß- und Einzelhandelsumsätze der betrachteten Handelsunternehmen schlicht addiert werden wie bei TradeDimensions. Aussagekräftiger wäre nach Auffassung der Monopolkommission die Messung der Konzentration im funktionalen Einzelhandel mit Lebensmitteln, d. h. einschließlich der Umsätze des Lebensmittel-Facheinzelhandels, des Lebensmittelhandwerks und des üblichen Randsortiments an Nonfood-Artikeln. Eine solche Konzentrationsanalyse liegt derzeit nicht vor. Lademann & Associates plädieren in ihrem Gutachten für die Monopolkommission dafür, das Ausmaß der Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel nicht mittels der üblichen CR-Werte, sondern mittels des Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) zu bestimmen. Bei dieser Betrachtung variiert der HHI je nach Abgrenzung der Unternehmensgruppen als wettbewerbliche Einheit zwischen knapp unter 1 000 und etwas über 1 600. Für alle untersuchten Konstellationen ergeben sich danach keine kritischen Konzentrationsmaße.

- Deutschland nimmt, wenn die Marktverhältnisse im nationalen Maßstab betrachtet werden, im Hinblick auf das Ausmaß der Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel in Europa keine Spitzenstellung ein. In Dänemark, Norwegen, Schweden, der Schweiz, Österreich, den Niederlanden oder Belgien ist das Konzentrationsniveau höher.²³ Es ist nicht ersichtlich, dass es dabei zu wettbewerblichen Verwerfungen kommt.
- Soweit die Konzentrationszunahme durch technologische Fortschritte (insbesondere in den Bereichen Informationstechnologie und Logistik) sowie Effizienzverbesserungen verursacht wird, ist sie aus ökonomischer Sicht unproblematisch.
- Das relativ günstige Preisniveau und die vergleichsweise geringen Preiserhöhungen sprechen gegen erhebliche Preissetzungsspielräume des Lebensmitteleinzelhandels und damit für intensiven Wettbewerb auf der Handelsstufe.
- Ebenfalls für intensiven Wettbewerb spricht, dass die Margen deutscher Handelsunternehmen im Inland vergleichsweise gering sind. Höhere Renditen werden z. B. in Großbritannien, den Niederlanden oder in Frankreich erzielt. Dies gilt für die dort ansässigen nationalen Unternehmen, wie für die deutschen Unternehmen, die auf diesen Auslandsmärkten präsent sind.
- Deutschland hat nach Österreich trotz der abnehmenden Gesamtzahl an Ladengeschäften weiterhin die höchste Ladendichte in der Europäischen Union. Eine hohe Ladendichte spricht eher für als gegen die Existenz von Wettbewerb, da die Verbraucher über mehr alternative Einkaufsstätten im Raum verfügen.

²³ Vgl. Metro-Handelslexikon 2011/2012, S. 60.

- Zugenommen hat auch die Bedeutung der preisorientierten Vertriebsformen, speziell die Bedeutung der Discounter.
- Mit dem Vordringen der Discounter nimmt auch die Bedeutung der Handelsmarken zu. Da Handelsmarken vor allem im Preiseinstiegssegment zu finden sind, belebt dies den Preiswettbewerb.
- Nicht zuletzt sind die Marktzutrittschürden im Lebensmitteleinzelhandel vergleichsweise niedrig. Dies gilt zwar nicht für die Neugründung von Handelsunternehmen, da hier erhebliche Betriebsgrößen erforderlich wären.²⁴ Dies gilt aber für den Marktzutritt durch Unternehmensübernahmen. In den vergangenen Jahren hat es im deutschen Lebensmitteleinzelhandel immer wieder Marktzutritte ausländischer Großunternehmen, wie z. B. der französischen Intermarché oder des größten Einzelhändlers der Welt, Wal Mart, gegeben. Dass diese Unternehmen den deutschen Markt wieder verlassen haben und aktuell auch keine Zutrittspläne ausländischer Großunternehmen bekannt sind, deutet nicht auf hohe Marktzutrittschürden hin, sondern wird überwiegend mit der hohen Wettbewerbsintensität in Deutschland, den vergleichsweise geringen Margen und der hohen Leistungsfähigkeit der inländischen Handelsunternehmen in Verbindung gebracht.

1052. 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 bereits über marktbeherrschende Stellungen verfügen oder solche durch Zusammenschlüsse erlangen können. In aller Regel wird der Zusammenschluss dann nur unter der Bedingung oder mit der Auflage genehmigt, dass in den betroffenen Regionen Filialen veräußert werden. An eine insgesamt kritische Grenze stieß z. B. die Übernahme der etwa 2 700 Plus-Filialen von Tengelmann durch EDEKA im Jahr 2008.²⁵ EDEKA war nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes bereits vor dem Zusammenschluss auf einer Vielzahl von Regionalmärkten Marktführer oder marktbeherrschender Anbieter und hätte diese Stellung mit der Übernahme weiter ausgebaut. Der Zusammenschluss konnte nur unter der aufschiebenden Bedingung genehmigt werden, dass in vier Cluster-Regionen sämtliche Plus-Märkte an höchstens drei Wettbewerber veräußert wurden. Insgesamt mussten die Zusammenschlussbeteiligten 359 Filialen abgeben.

1053. Aus Sicht des Wettbewerbs problematisch ist es, wenn die im Rahmen von Fusionskontrollverfahren notwendige Veräußerung von Standorten dazu führt, dass neben dem übernehmenden Unternehmen weitere Unternehmen aus der Spitzengruppe gestärkt werden. Im Fall EDEKA/Tengelmann wurden 313 der insgesamt 359 zu

veräußernden Plus-Märkte an einen der größten Wettbewerber im Markt, nämlich an die REWE-Gruppe verkauft. Im Ergebnis haben die Bedingungen und Auflagen der Fusionskontrolle bei Handelsfusionen nur begrenzt dekonzentrierte Effekte. Zwar bleibt bei einer Veräußerung von Unternehmensteilen an die führenden Wettbewerber die Machtbalance in der Spitzengruppe der Handelsunternehmen erhalten. Gleichwohl wird die Konzentration der Umsätze auf wenige führende Handelsunternehmen damit erhöht. Bei zukünftigen Entscheidungen über Bedingungen und Auflagen bei Handelsfusionen sollte dieser Aspekt stärker als bisher beachtet werden.

1054. Bei der wettbewerblichen Beurteilung von Zusammenschlüssen im Lebensmitteleinzelhandel geht das Bundeskartellamt von einem abgestuften Wettbewerbsverhältnis zwischen den führenden Unternehmen aus.²⁶ Ausgangspunkt dieser Betrachtung ist die Einteilung der Verbraucher in Kundengruppen, die über ein jeweils typisches Einkaufsverhalten verfügen, sowie die Unterscheidung der Anbieter nach Vertriebsformen, der Sortimentsbreite und -tiefe. Relevante Vertriebsformen sind danach Hard-Discounter, Soft-Discounter und Vollsortimenter. Nach diesem Konzept des Bundeskartellamtes betrifft der von ALDI als einzigem Hard-Discounter auf dem deutschen Markt ausgehende Wettbewerbsdruck im Wesentlichen die Preissetzung bei den Handelsmarken und nicht die bei den Herstellermarken. ALDI steht danach nur in einem geringen Maße mit den Vollsortimentern und ebenfalls nur eingeschränkt mit den Soft-Discountern im Wettbewerb. Ein engeres Wettbewerbsverhältnis besteht dagegen zwischen den Vertriebsschienen Soft-Discount und Vollsortiment. Das Bundeskartellamt nutzt diese differenzierte Betrachtung der Wettbewerbsverhältnisse im Lebensmitteleinzelhandel bei der Beurteilung der Markstellung fusionierender Handelsunternehmen, bleibt allerdings bei der Abgrenzung eines einheitlichen relevanten Marktes, der sämtliche Vertriebsformen umfasst. Die Monopolkommission steht dem Konzept eines abgestuften Wettbewerbs zwischen den Vertriebsformen zwar grundsätzlich positiv gegenüber.²⁷ Zu beachten ist allerdings, dass der Lebensmitteleinzelhandel einen großen Teil seiner Umsätze mit vergleichsweise wenigen Artikeln, den sog. „Schnelldrehern“, erwirtschaftet und es zwischen den Artikeln Kauf- oder Bedarfsverbundeffekte gibt.²⁸ Vor diesem Hintergrund ist die These des Bundeskartellamtes von einem abgestuften Wettbewerbsverhältnis angreifbar, da die Preissetzung bei den Handelsmarken indirekt auch Druck auf die Preissetzung bei den Herstellermarken ausübt. Hinzu kommt, dass Discounter zwar eine deutlich eingeschränkte Sortimentsvielfalt haben, aber gleichwohl nahezu alle Warenbereiche abdecken und daher auch Wettbewerbsdruck auf die vollsortimentierten Vertriebsformen ausüben.

²⁶ Vgl. BKartA, B2-333/07, S. 46 f.

²⁷ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 555 ff.

²⁸ Nach einer Untersuchung von Lademann, R. P., Nachfragemacht von Handelsunternehmen, Göttingen 1986, S. 211 ff., werden im Lebensmitteleinzelhandel rd. 65 bis 70 Prozent der Umsätze mit 20 bis 25 Prozent der Artikel erwirtschaftet. In der Tendenz dürfte sich an diesem Verhältnis bis heute wenig geändert haben.

²⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 23, a. a. O., Tz. 183 ff.

²⁵ Vgl. dazu auch BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/2008, Bundestagsdrucksache 16/13500 vom 22. Juni 2009, S. 123.

4. Wettbewerb auf den Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels

4.1 Relevanter Markt

1055. Das Bundeskartellamt grenzt die sachlich relevanten Beschaffungsmärkte des Lebensmitteleinzelhandels wie die Angebotsmärkte nach dem Bedarfsmarktkonzept ab.²⁹ Danach gehören diejenigen Produkte demselben sachlich relevanten Markt an, die aus Sicht der Marktgegenseite funktional austauschbar sind. Marktgegenseite der beschaffenden Handelsunternehmen sind die Hersteller. Bei der Ermittlung des Wettbewerbsdrucks auf die Einkäufer sind die Alternativen der Lieferanten bzw. Hersteller maßgeblich.³⁰ Bei der Abgrenzung von Beschaffungsmärkten sind damit diejenigen Produkte zu berücksichtigen, die ein Lieferant anbieten kann oder ohne größere Umstellungsschwierigkeiten anbieten könnte. Diese Abgrenzung hat zur Folge, dass die Beschaffungsmärkte des Lebensmitteleinzelhandels nach Produkten bzw. aus Praktikabilitätsgründen nach Produktgruppen abgegrenzt werden. Die Frage, ob dabei Hersteller- und Handelsmarken demselben sachlich relevanten Markt angehören, ist grundsätzlich offen. In der bisherigen Amtspraxis des Bundeskartellamtes wurden überwiegend getrennte sachliche Märkte angenommen, da die Hersteller ihre Produktion nicht kurzfristig in die eine oder andere Richtung umstellen können, was vor allem an der Art der Vermarktung der Produkte liegt. Während Handelsmarken im Auftrag eines Handelsunternehmens produziert werden, welches die Platzierung im Markt übernimmt, werden Herstellermarken von den Produzenten selbstständig im Markt platziert, beworben und in aller Regel an konkurrierende Handelsunternehmen geliefert. Markenartikelhersteller verfügen darüber hinaus – anders als die Produzenten von Handelsmarken – häufig über Vertriebsalternativen, wie die weiterverarbeitende Industrie, den Außerhausverzehr (Hotels, Restaurants, Cateringfirmen usw.) oder den Export.

4.2 Konzentration der Nachfrage

1056. Entscheidendes Indiz für das Bestehen marktmächtiger Stellungen von Handelsunternehmen auf den Beschaffungsmärkten sind die Marktanteile der Handelsunternehmen auf den nach Produktgruppen differenzierten Märkten. Das Bundeskartellamt misst dem Strukturkriterium des Zugangs zu den Beschaffungsmärkten im Rahmen der Beurteilung der Marktstellung von Handelsunternehmen wegen der damit verbundenen Rückwirkungen auf die Wettbewerbsposition der Unternehmen im Lebensmitteleinzelhandel eine große Bedeutung zu.³¹ Aus dieser Sicht ist der Lebensmitteleinzelhandel ein „Flaschenhals“ für den Absatz der Hersteller von sog. „fast moving consumer goods“, da die Produzenten für

den Absatz ihrer Produkte an die Endkunden auf den Lebensmitteleinzelhandel angewiesen sind. Dies gilt – so das Bundeskartellamt – insbesondere für die Produzenten von Herstellermarken, die eine ausreichende Verkehrsdurchsetzung am Markt benötigen, um ihre Investitionen für die Entwicklung und Markteinführung der Produkte erwirtschaften zu können.

1057. Eine ausführliche Untersuchung der Marktstrukturen auf den Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels hat das Bundeskartellamt im Fall der Übernahme von 25 Prozent des Stammkapitals der Plus Warenhandelsgesellschaft durch die EDEKA-Gruppe durchgeführt.³² Für einzelne Produktgruppen wurden dabei Beschaffungsmarktanteile ermittelt, die auf das Bestehen marktbeherrschender Stellungen des führenden Handelsunternehmens hindeuten. Unter anderem bei Molkereiprodukten, Feinkost und Würzen, Tiefkühlkost, Konserven sowie Fertigprodukten ergaben sich Beschaffungsmarktanteile der EDEKA von 15 bis zu 50 Prozent, wenn nur Herstellermarken betrachtet werden und von 10 bis 40 Prozent, wenn Hersteller- und Handelsmarken demselben sachlich relevanten Markt zugerechnet werden. Andere führende Handelsunternehmen verfügen nach diesen Ermittlungen ebenfalls über relevante Beschaffungsmarktanteile auf den untersuchten Märkten.

1058. Im Fall der Übernahme der trinkgut Deutsche Getränke Holding GmbH durch die EDEKA Handelsgesellschaft fand das Bundeskartellamt Hinweise darauf, dass die führenden Handelsunternehmen EDEKA-, REWE- und Schwarz-Gruppe auf den Beschaffungsmärkten für alkoholfreie Getränke sowie für Wasser und Wasser mit Zusatz (Herstellermarken) ein marktbeherrschendes Oligopol bilden.³³ Dafür sprechen die (Beschaffungs-) Marktanteile, die weitgehende Unverzichtbarkeit der Oligopolmitglieder für die Hersteller sowie der Zugang der führenden Handelsunternehmen zu den Absatzmärkten. Allerdings waren diese Indizien aus der Sicht der Behörde nicht ausreichend, um den Unternehmenszusammenschluss zu untersagen.

1059. Ein Kriterium für das Bestehen individueller Abhängigkeiten auf Beschaffungsmärkten ist der Umsatzanteil, den ein einzelnes Herstellerunternehmen mit einem einzelnen Handelsunternehmen tätigt. Die Verhandlungsmacht des Handelsunternehmens ist größer, je weniger Ausweichalternativen ein Hersteller hat, etwa weil der Verlust eines bestimmten Lieferauftrags für das Unternehmen existenzgefährdend ist. Dieser sog. „Drohpunkt“, ab dem ein Hersteller von einem nachfragenden Handelsunternehmen wirtschaftlich abhängig ist, wurde von der Europäischen Kommission im Fall REWE/Meinl bei einem Anteil von 22 Prozent am Gesamtumsatz des Herstellers gesehen.³⁴ Im Fall EDEKA/Tengelmann lagen die Umsatzanteile zum Teil deutlich höher, was auf wirtschaftliche Abhängigkeiten schließen ließ. Im Ergebnis

²⁹ Vgl. zur Praxis des Bundeskartellamtes insoweit auch Tz. 682 ff.

³⁰ Vgl. etwa die Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU Nr. C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1, Rn. 197.

³¹ Vgl. BKartA, B2-333/07, S. 105.

³² Vgl. ebenda, S. 103 ff.

³³ BKartA, Beschluss vom 28. Oktober 2010, B2-52/10.

³⁴ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Februar 1999, IV/M.1221 „Rewe/Meinl“, Rn. 101.

hat das Bundeskartellamt den Zusammenschluss EDEKA/Tengelmann wegen der Verschlechterung der Marktstrukturen auf einzelnen Beschaffungsmärkten und wegen der Rückwirkung dieser Effekte auf die Absatzmärkte sowie der festgestellten Verstärkung von Abhängigkeiten einzelner Herstellerunternehmen nur unter der Nebenbestimmung freigegeben, dass die Unternehmen auf den gemeinsamen Einkauf oder auf Kooperationen bei der Beschaffung verzichten.

4.3 Die Bedeutung der Einkaufskooperationen

1060. Einkaufskooperationen spielen im Lebensmitteleinzelhandel eine wichtige Rolle. Für kleine und mittlere Handelsunternehmen sind sie häufig die einzige Möglichkeit, Zugang zu Beschaffungsmärkten zu erlangen und ihre Beschaffungskonditionen zu verbessern. Führende Unternehmen, wie die REWE- und die EDEKA-Gruppe, sind aus kooperativen Strukturen entstanden. Beide kooperieren auch heute mit außenstehenden Unternehmen im Einkauf und vergrößern auf diese Weise ihre Beschaffungsvolumina sowie je nach Ausgestaltung der Kooperation ihren Einfluss auf die kooperierenden kleineren Wettbewerber.

1061. Die Landschaft der Einkaufskooperationen hat sich in Deutschland in den vergangenen Jahren zum Teil deutlich verändert. Zum Teil haben sich Kooperationen aufgelöst und es entstanden neue, wie die im Jahr 2010 gegründete Einkaufsgesellschaft Privates Handelshaus Deutschland GmbH. Zum Teil wechseln Handelsunternehmen nach Zusammenschlüssen die Kooperation, etwa weil das übernehmende Unternehmen in einer anderen Kooperation aktiv ist. Zu Beginn des Jahres 2012 gibt es nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes in Deutschland im Wesentlichen vier Einkaufskooperationen unter Beteiligung großer Handelsunternehmen. Im Mittelpunkt stehen die beiden Einkaufskooperationen unter Beteiligung der REWE- und der EDEKA-Gruppe. Mit REWE kooperieren zu Beginn des Jahres 2012 unter anderem die Dohle Handelsgruppe, coop Kiel, FÜR SIE, Fegros/Selgros und Karstadt Feinkost. EDEKA unterhält zu diesem Zeitpunkt Kooperationen mit Netto Stavenhagen, Stroetmann, Feneberg, Lünig, Minipreis sowie Frey+Kissel. Daneben gibt es die Einkaufsgesellschaft Privates Handelshaus Deutschland GmbH, in der unter anderem Bartels-Langness und Klaas & Kock kooperieren sowie die Einkaufskooperation um die Büntig-Gruppe. Die MARKANT AG ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes in erster Linie ein Verrechnungskontor, welches für ihre etwa 100 Mitgliedsunternehmen in Deutschland Aufgaben im Bereich der Zentralregulierung und weitere Dienstleistungen übernimmt. Nicht in Einkaufskooperationen eingebunden sind die ALDI-Gruppe, LIDL, KAUF LAND, die METRO-Gruppe, Norma und Globus. Ein Teil dieser Unternehmen, wie etwa KAUF LAND, verrechnet über die MARKANT AG.

1062. Die Einkaufskooperationen unter Beteiligung der führenden Handelsunternehmen sind oftmals langfristig angelegt und werden strukturell abgesichert, etwa über Minderheitsbeteiligungen oder Vorkaufsrechte, die si-

cherstellen, dass der größere Partner bei einer Veräußerung das erste Zugriffsrecht auf den kleineren Partner hat. Kooperationsinhalte betreffen neben der gemeinsamen Beschaffung häufig auch die Übernahme der Eigen- bzw. Handelsmarken des größeren Kooperationspartners. Zum Teil wird nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes sogar eine Angleichung der Kernsortimente vereinbart. Es ist nicht im Detail bekannt, welchen Anteil ihrer Beschaffung die Kooperationsmitglieder über die Einkaufskooperation tätigen. Da die Kooperationsverträge den Umfang der gemeinsam zu beziehenden Waren in der Regel nicht spezifizieren, dürften diese Anteile auch variieren.

1063. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes wird die Konzentration der Nachfrage auf den Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels durch die Beteiligung der führenden Handelsunternehmen an den Einkaufskooperationen weiter verstärkt. Zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Gutachtens im zweiten Quartal 2012 prüft die Kartellbehörde unter anderem die Beschaffungskooperation der REWE Markt GmbH mit der WASGAU Produktions & Handels AG auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot des § 1 GWB und des Artikel 101 AEUV. Den Anteilserwerb der REWE-Gruppe an WASGAU in Höhe von 25,1 Prozent hatte das Amt bereits Ende Oktober 2011 freigegeben.³⁵ Im Rahmen des Kartellverfahrens soll geprüft werden, welche wettbewerbliche Bedeutung die strategische Bündelung von Beschaffungsvolumina mittels Einkaufskooperationen durch REWE hat und welche Auswirkungen auf kleinere Wettbewerber zu beachten sind, die bislang ihre Beschaffung unter Beteiligung von WASGAU gebündelt haben und nunmehr einen Kooperationspartner verlieren.

4.4 Marktstrukturen in der Ernährungsindustrie

1064. Der konzentrierten Nachfrage stehen auf den Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels einerseits ein ebenfalls stark konzentriertes Angebot und andererseits eher zersplitterte, mittelständische Strukturen gegenüber. Anbieter auf den Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels sind vor allem die Unternehmen der Ernährungsindustrie. Die Ernährungsindustrie in Deutschland ist heterogen strukturiert. Im Jahr 2011 gab es 5 960 Betriebe mit mehr als 20 Beschäftigten, die einen Gesamtumsatz von 163,3 Mrd. Euro erwirtschaftet haben (vgl. Tabelle V.7).³⁶ Die Branche ist trotz der auch hier zu beobachtenden Konzentrationstendenzen in einzelnen Bereichen weitgehend mittelständisch geprägt. Mehr als 75 Prozent der Betriebe beschäftigen weniger als 100 Mitarbeiter.³⁷ Die zehn größten Unternehmen erwirtschaften etwa 13 Prozent der Gesamtumsätze.³⁸

³⁵ Vgl. BKartA, Pressemeldung vom 31. Oktober 2011, Bundeskartellamt prüft die Kooperation der REWE-Gruppe mit der WASGAU AG auf ihre Vereinbarkeit mit allgemeinem Kartellrecht.

³⁶ Vgl. Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie (BVE), Die Ernährungsindustrie in Zahlen 2012.

³⁷ Vgl. Lademann & Associates, a. a. O., S. 10.

³⁸ Vgl. Deutscher Bauernverband (DBV), Situationsbericht 2011/2012, S. 31.

1065. Die wichtigsten Branchen sind die Fleisch- und fleischverarbeitende Industrie mit einem Anteil am Gesamtumsatz von ca. 23 Prozent, die Milchindustrie mit etwa 16 Prozent und die Backwarenindustrie mit knapp 10 Prozent. Ein zunehmender Anteil der Umsätze wird mit Exporten erwirtschaftet. Im Jahr 2011 lag der Anteil der Umsätze, die im Ausland erwirtschaftet wurden, bei 30 Prozent nach 26,5 Prozent im Jahr 2009. Der größte Teil der Exporte – im Jahr 2011 79 Prozent – geht in Länder der Europäischen Union.³⁹

1066. Vergleichsweise stark konzentrierte Bereiche sind z. B. die Fleischbranche, die Milchwirtschaft und die Zuckerindustrie. Das Bundeskartellamt hat im Jahr 2011 die Fusion der Schlachthofbetreiber Tönnies und Tummel untersagt, da Tönnies bei der Beschaffung von Schlachtsauen sowie dem Vertrieb von Sauenfleisch an Fleischverarbeiter in Deutschland bereits vor dem geplanten Unternehmenszusammenschluss marktbeherrschend war.⁴⁰ Die drei größten Schlachtunternehmen schlachten bereits gut die Hälfte der Schweine in Deutschland.⁴¹ Zum Teil kontrolliert die fleischverarbeitende Industrie die gesamte Wertschöpfungskette vom Lebewesen bis zum verpackten Frischfleisch oder der Wurst. Die führenden Handelsunternehmen, wie die Schwarz-Gruppe, die REWE-Gruppe oder die EDEKA-Gruppe, sind vertikal integriert, betreiben eigene Fleischwerke und gehören hier zu den führenden Unternehmen der Branche.

1067. Ebenfalls hochkonzentriert ist die Milchwirtschaft. Bei den Molkereien hat es seit dem Jahr 2009 eine Reihe von Zusammenschlüssen gegeben. Unter anderem entstand dabei im Jahr 2011 aus der Fusion der beiden größten deutschen Molkereiunternehmen Nordmilch und Humana das Deutsche Milchkontor mit einem Umsatz

von 4 Mrd. Euro.⁴² Das Bundeskartellamt hat die Marktstrukturen und Wettbewerbsbedingungen in der Milchwirtschaft zwischen 2008 und Ende 2011 zudem im Rahmen einer Sektoruntersuchung analysiert.⁴³ Dabei wurden erhebliche Einschränkungen des Wettbewerbs auf den regionalen Märkten für die Erfassung von Rohmilch festgestellt, die unter anderem Folge des fortschreitenden Konsolidierungsprozesses und zahlreicher Kooperationen zwischen den Molkereien sind.

1068. Oligopolistisch strukturiert ist zudem der deutsche Markt für die Herstellung von Haushalts- und Verarbeitungszucker. Die Zuckerproduktion wird im Wesentlichen von den drei Unternehmen – Südzucker, Nordzucker sowie Pfeifer & Langen – kontrolliert. Die drei deutschen Zuckerproduzenten sind auch in der Europäischen Union führend und stellen dort fast die Hälfte der Gesamtmenge an Zucker her. Marktführer in Deutschland und in der Europäischen Union ist Südzucker.⁴⁴

1069. In der Branche ist neben den Konzentrationstendenzen ein Hang zur Kartellierung zu beobachten. Das Bundeskartellamt hat in der Ernährungswirtschaft in den letzten Jahren verschiedentlich Kartellvorwürfe geprüft und Geldbußen wegen nachgewiesener Kartelle verhängt. Seit dem Jahr 2008 wurden Kartelle von Herstellern aus den Bereichen Süßwaren, Zucker, Mehl, Hartweizengrieß, Fleisch- und Fleischverarbeitung, Fleisch- und Wurstwaren, Tierfutter und Kaffee untersucht.⁴⁵ In der Regel wurden auf Grundlage von Bonusanträgen von

³⁹ Vgl. Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie (BVE), Die Ernährungsindustrie in Zahlen 2012.

⁴⁰ Vgl. BKartA, Beschluss vom 16. November 2011, B2-36/11; vgl. dazu Tz. 682 ff.

⁴¹ Vgl. Deutscher Bauernverband, Situationsbericht 2011/2012, S. 32.

⁴² Vgl. BKartA, Beschluss vom 27. September 2010, B2-121/10. Das Vorhaben wurde in der ersten Prüfphase freigegeben, da das Bundeskartellamt bereits die Zusammenlegung der Vertriebsaktivitäten in einem Gemeinschaftsunternehmen im Jahre 2009 wie eine Vollfusion (also einschließlich der zu erwartenden Wirkungen auf der Erfassungsseite) geprüft und freigegeben hatte, BKartA, Beschluss vom 9. Juni 2009, B2-29/09 „Humana/Nordmilch“; vgl. dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 414 ff.

⁴³ Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Milch, Endbericht Januar 2012.

⁴⁴ Vgl. Deutscher Bauernverband, Situationsbericht 2011/2012, S. 35.

⁴⁵ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, Bundestagsdrucksache 17/6640 vom 20. Juli 2011, S. 64 ff.

Tabelle V.7

Eckdaten zur Ernährungsindustrie

	2008	2009	2010	2011
Umsatz (Mrd. Euro)	156,3	147,7	151,8	163,3
davon im Inland	114,9	108,5	109,0	115,0
davon im Ausland	41,4	39,2	42,8	48,4
Reale Umsatzentwicklung (%)	0,00	-1,10	0,6	0,8
Auslandsanteil am Umsatz (%)	26,50	26,50	28,0	30,0
Anzahl der Betriebe	5.800	5.820	5.900	5.960
Beschäftigte	530.000	536.200	542.000	550.000

Quelle: Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie (BVE), Jahresbericht 2009 bis 2010, S.10; Jahresbericht 2011_2012, S. 9

Kartellteilnehmern Preis- und Mengenabsprachen untersucht. So wurden z. B. im Dezember 2009 Geldbußen in Höhe von knapp 160 Mio. Euro gegen drei Kaffeeröster und gegen verantwortliche Mitarbeiter verhängt. Die Unternehmen Tchibo, Melitta Kaffee und Dallmeyer Kaffee hatten mindestens seit dem Jahr 2000 regelmäßig Absprachen getroffen, um das Preisgefüge der wichtigsten Röstkaffeeprodukte bei den Endverkaufs- und den Aktionspreisen aufrechtzuerhalten.⁴⁶ Im Juni 2010 hat das Bundeskartellamt darüber hinaus gegen acht Kaffeeröster, den Deutschen Kaffeeverband sowie verantwortliche Mitarbeiter Geldbußen in Höhe von 30 Mio. Euro wegen Preisabsprachen bei der Belieferung von Großverbrauchern wie Gastronomie, Hotels und Automatenaufsteller verhängt, die mindestens zwischen 1997 und 2008 getroffen wurden.⁴⁷ Der unzulässige Austausch von Informationen über den Stand und den Verlauf von Konditionenverhandlungen mit großen Einzelhändlern sowie über beabsichtigte Preiserhöhungen waren im März 2011 Anlass für das Bundeskartellamt, Geldbußen gegen führende Hersteller von Konsumgütern, nämlich die Kraft Foods Deutschland, Unilever Deutschland und die Dr. August Oetker KG zu verhängen. Betroffen waren in diesem Verfahren zudem die Mars GmbH, die allerdings aufgrund eines Bonusantrags ohne Bußgeld blieb, und die Henkel AG, gegen die das Verfahren eingestellt wurde, da ein vergleichbares Informationssystem bereits in einem anderen Kartellverfahren bebußt worden war. Der überwiegende Teil der Bußgeldverfahren wurde ganz oder teilweise mit einvernehmlichen Absprachen (Settlements) zwischen dem Bundeskartellamt und den Betroffenen beendet.⁴⁸

4.5 Fazit

1070. Die These des Bundeskartellamtes vom Lebensmitteleinzelhandel als „Flaschenhals“ für den Absatz von Markenartikeln der Ernährungsindustrie an die Endverbraucher scheint zumindest für einige Produktgruppen durch die Untersuchungen des Amtes in Fusionskontrollverfahren bestätigt zu werden. Für diese These spricht auch, dass der Lebensmitteleinzelhandel im Inland deutlich stärker konzentriert ist als große Teile der Ernährungsindustrie und dass den führenden Handelsunternehmen auf den Beschaffungsmärkten überwiegend eher mittelständische Hersteller gegenüberstehen. Gleichwohl verzerrt dieser Blick die Realitäten. Ein Großteil der Umsätze des Lebensmitteleinzelhandels auf den Beschaffungsmärkten wird mit einer relativ kleinen Anzahl von Unternehmen der Ernährungsindustrie getätigt. Es ist davon auszugehen, dass der größere Teil der knapp 6 000 Unternehmen der Ernährungsindustrie wegen ihrer Größe und den damit verbundenen Kapazitätsrestriktionen sowie dem fehlenden Vermarktungs-Know-how als Lieferanten des Lebensmitteleinzelhandels nicht infrage

kommen.⁴⁹ Wenig aussagekräftig ist die Marktstrukturbeurteilung auch in den Fällen, in denen der Lebensmitteleinzelhandel Anbietern von sog. Must-Stock-Produkten gegenübersteht. In diesen Fällen ist der einzelne Hersteller aus Sicht eines Handelsunternehmens unverzichtbar, während auch marktstarke Handelsunternehmen aus der Perspektive eines Herstellers unverzichtbarer Produkte ersetzbar sind, etwa durch andere Abnehmer im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels, andere Vertriebswege oder Exporte, die spürbar zunehmen. Vor diesem Hintergrund sind allgemeine Aussagen über das Vorhandensein von Marktmacht auf Grundlage struktureller Ungleichgewichte auf den Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels kaum möglich.

1071. Die Monopolkommission teilt die Auffassung des Bundeskartellamtes, dass die Beteiligung führender Handelsunternehmen an Einkaufskooperationen bzw. die Organisation und Führung solcher Kooperationen durch die führenden Handelsunternehmen die Verhandlungsmacht des Handels gegenüber den Lieferanten deutlich verstärken kann. Der Wettbewerb im Lebensmitteleinzelhandel kann beeinträchtigt werden, wenn die kooperierenden kleinen und mittleren Wettbewerber mit dem großen Kooperationspartner zusätzliche Vereinbarungen etwa im Hinblick auf die Zusammensetzung der Sortimente oder die Listung von Handelsmarken treffen. Einkaufskooperationen unter Beteiligung der führenden Handelsunternehmen sind vor diesem Hintergrund möglicherweise Teil des Konzentrationsprozesses auf den Handelsmärkten.

5. Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel

5.1 Definition von Nachfragemacht

1072. Die Wertschöpfungskette wird in Standardmodellen der ökonomischen Theorie im Allgemeinen stark vereinfacht dargestellt bzw. erst gar nicht berücksichtigt. In der Realität sind bei den meisten Gütern und Dienstleistungen häufig lange Wertschöpfungsketten bzw. mehrstufige Distributionskanäle involviert und zudem kann die Wettbewerbssituation auf jeder Stufe radikal anders aussehen. In der industrieökonomischen Literatur hat das Thema Nachfragemacht jedoch erst vergleichsweise spät ein größeres Interesse erregt. Bei der Diskussion des Themas Nachfragemacht stellen sich mehrere begriffliche und konzeptionelle Herausforderungen. In vielen Fragen, insbesondere aus empirischer Sicht, besteht noch großer Forschungsbedarf.⁵⁰

1073. Kennzeichnend für die Diskussion des Themas Nachfragemacht ist der Umstand, dass es an einem theoretisch und empirisch entwickelten ökonomischen Kon-

⁴⁶ BKartA, B11-18/08; vgl. auch Fallbericht vom 14. Januar 2010.

⁴⁷ Vgl. BKartA, Pressemeldung vom 9. Juni 2010, Bundeskartellamt verhängt weitere Geldbußen gegen Kaffeeröster – 30 Mio. Euro Bußgeld wegen Preisabsprachen im Außer-Haus-Vertrieb.

⁴⁸ Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, a. a. O., S. 41.

⁴⁹ Vgl. Lademann, R., Stellungnahme im Rahmen der Expertenanhörung des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 5. Juli 2010, S. 3 f.

⁵⁰ Für einen kurzen Überblick über verschiedene Ansätze zur Modellierung vertikaler Beziehungen vgl. Inderst, R., Models of vertical relations, International Journal of Industrial Organization 28(4), 2010, S. 341–344.

zept und einer entsprechenden Fall- und Rechtspraxis bislang fehlt. Dies zeigt sich bereits daran, dass der Begriff Nachfragemacht nicht einheitlich definiert bzw. gebraucht wird.

1074. Das Schrifttum bietet mehrere Definitionen der Nachfragemacht. Im einfachsten Fall wird die Definition der Marktmacht nur umgedreht, um sie auf die Nachfrageseite zu beziehen.⁵¹ Demnach zeigt sich Nachfragemacht in einer strategisch bedingten Reduktion der Einkaufsmenge, um den Einkaufspreis zu senken (Preisdifferenzierung, die diesen Effekt reduziert bzw. ganz eliminiert, wird in der Regel ignoriert). Dies impliziert eine allokativen Ineffizienz auf dieser und allen nachfolgenden Wertschöpfungsstufen. Die Monopolkommission hat diese Definition in einem frühen Sondergutachten befürwortet.⁵²

1075. Den theoretischen Hintergrund für diese Konzeptualisierung bietet das bekannte Monopson-Modell (Marktmodell mit sehr vielen Anbietern und einem Käufer, der den Preis für ein homogenes Gut bestimmt). In diesem Modell kommt es durch die Mengenverknappung zu Ineffizienzen und folglich zu einem Wohlfahrtsverlust. Dieses Modell ist allerdings nur für sehr wenige Märkte, zu denen der Lebensmitteleinzelhandel nicht gehört, empirisch valide. Die Gründe dafür liegen darin, dass oft auf beiden Wertschöpfungsstufen, d. h. auf der Hersteller- und Handelsebene, eine gewisse Konzentration zu beobachten ist, homogene Güter eher die Ausnahme bilden und Transaktionen nicht im Rahmen anonymer Tauschgeschäfte abgewickelt werden. Das Modell des Monopsons lässt sich zwar zum Oligopson-Modell (Marktmodell mit wenigen Käufern und sehr vielen Anbietern) verallgemeinern, wobei dann von einer Senkung des Einkaufspreises auch alle anderen Händler profitieren. Das Oligopson-Modell ist zwar realistischer als das Monopson-Modell, bleibt aber in der Relevanz immer noch sehr beschränkt, da es nur bestimmte Ausschreibungsmärkte gut beschreibt.

1076. Andere Konzeptionen verfolgen einen breiteren Ansatz. Eine umfassende Definition würde Nachfragemacht in einer Situation sehen, in der ein Nachfrager Preise (und eventuell andere Konditionen) erzielen 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, der Häufigkeit und den Spezifika der Interaktion, die sich in der Quantität und Qualität von Ausweichmöglichkeiten („outside options“) manifestieren. Bereits bei

vergleichsweise einfachen Konstellationen können Verhandlungssituationen komplexe Vertragskonstruktionen zwischen den Interaktionspartnern induzieren, was die theoretische und empirische Analyse erschwert. Verschärft wird die Komplexität zudem durch den Umstand, dass zwei Parteien nicht isoliert von den anderen Akteuren verhandeln. So verhandeln Käufer zugleich mit vielen Anbietern über eine Vielzahl von Parametern (Produktvarianten, Qualitäten, Rabatte, Rücknahmeverpflichtungen, Regalmieten etc.). Zudem stellen die Ausweichmöglichkeiten der Parteien an sich neue Verhandlungsprobleme dar. Dies bedeutet, dass Ausweichmöglichkeiten in Verhandlungen nicht als exogene Faktoren gesehen werden können. Vielmehr sind die Ausweichmöglichkeiten abhängig von den (erwarteten) Ergebnissen der anderen Verhandlungen.

1077. Von der Wahl der Konzeption der Nachfragemacht hängt der adäquate Analyserahmen ab. Die moderne Auffassung geht von (multiplen) bilateralen Verhandlungen aus, die Raum für eine individuelle Vertragsgestaltung im Hinblick auf eine Vielzahl von Parametern berücksichtigen. Dabei orientiert sich – analog zum bekannten Opportunitätskostenkonzept – die Aufteilung des zu erzielenden Überschusses aus der Kooperation an den besten alternativen Möglichkeiten der beiden Vertragsparteien. Dieser Ansatz ist jedoch mit einer Reihe von theoretischen und praktischen Herausforderungen verbunden, da mit dem konventionellen Standardinstrumentarium des Mengen- oder Preiswettbewerbs Nachfragemacht nicht adäquat erfasst und untersucht werden kann.

5.2 Ursachen von Nachfragemacht

1078. Ursachen von Nachfragemacht können sein:

- die absolute oder relative Größe der Handelsunternehmen, in deren Folge die Beschaffungsvolumina zunehmen und ein einzelner Nachfrager aus der Sicht der Herstellers unverzichtbar wird, da es keine alternativen Absatzkanäle oder Absatzmärkte gibt;
- der Zugang zu einem bestimmten – gegebenenfalls lokalen – Markt ist nur über bestimmte Einzelhandelsunternehmen möglich (Türsteherfunktion). Mit zunehmender Handelskonzentration reduzieren sich die Ausweichmöglichkeiten der Hersteller beim Marktzugang;
- Handelsunternehmen listen verstärkt „eigene“ Produkte, die sog. Handelsmarken. Damit treten sie in Konkurrenz zu den Markenartikelherstellern und stärken ihre Verhandlungsposition gegenüber den Markenherstellern;
- spezifische Investitionen, die auf die Zusammenarbeit bestimmter Unternehmen ausgerichtet sind (Produktion, Verpackung, Logistik), erhöhen die Wechselkosten und damit die Abhängigkeit eines Produzenten von einem Handelsunternehmen.

1079. Aus Sicht der ökonomischen Theorie existieren mehrere Erklärungen für den Umstand, dass größere Ab-

⁵¹ Vgl. Noll, R., „Buyer Power“ and Economic Policy, Antitrust Law Journal 72(2), 2005, S. 311–40.

⁵² Vgl. Monopolkommission, Missbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Sondergutachten 7, Baden-Baden 1977, Tz. 44 ff.

nehmer niedrigere Einkaufspreise erzielen können. Die einfachste Begründung basiert auf technologischen Faktoren und geht davon aus, dass die Belieferung von größeren Abnehmern pro Stück billiger ist. So ist es beispielsweise billiger, das Lagerhaus eines großen Abnehmers anstelle mehrerer kleinerer und räumlich verstreuter Lagerhäuser der Konkurrenz zu beliefern. Derartige Unterschiede in den Einstandspreisen sind effizient und daher nicht zu kritisieren.

1080. Eine zweite Erklärung ist, dass die absolute Größe von Handelsunternehmen eine Ursache für Nachfragemacht ist, weil sich der Wert der Abbruchoption für den Lieferanten verschlechtert. Je größer der Anteil eines Abnehmers am gesamten Produktionsvolumen eines Herstellers ist, desto schwieriger wird es für den Lieferanten, diesen Abnehmer zu ersetzen. Absolute Größe ist allerdings keine Voraussetzung für das Entstehen von Nachfragemacht, da auch vergleichsweise kleine Unternehmen auf regionalen Märkten über verhandlungsstarke Positionen verfügen können, etwa weil sie den Zugang zu den Verbrauchern in einer Region kontrollieren. Zu betonen ist allerdings, dass die Größe eines Nachfragers, sowohl absolut als auch relativ zum Gesamtumsatz des Verkäufers, oft kein (hinreichend) gutes Maß für die Erfassung der Nachfragemacht darstellt. Insbesondere kann ein einfacher Vergleich der jeweiligen Anteile am Umsatz des Käufers und Verkäufers irreführend sein. Wichtig ist es daher, einen fallbezogenen, kausalen Zusammenhang zwischen Größe und Verhandlungsmacht herzustellen.⁵³

1081. Neben der Größe sind andere Ursachen für das Bestehen von Nachfragemacht zu beachten. Listet ein Handelsunternehmen verstärkt Handelsmarken, dann verbessert sich tendenziell seine Verhandlungsposition, da sich die Kosten für einen Verhandlungsabbruch, also einen Lieferantenwechsel, verringern. Ähnlich wirken spezifische Investitionen von Herstellern, die im Hinblick auf einen bestimmten Abnehmer getätigt werden. Sie erhöhen die Kosten eines Verhandlungsabbruchs für den Hersteller.

5.3 Fähigkeit und Anreize zu Ausübung von Nachfragemacht

1082. Der Verhandlungsansatz bei der Analyse von Nachfragemacht geht der Frage nach, wie der in der Wertschöpfungskette gemeinsam realisierte Gewinn auf Hersteller und Händler aufgeteilt wird. Zunächst werden dazu die besten alternativen Optionen der beiden Parteien (die Opportunitätskosten des Vertragsabschlusses) spezifiziert. Für einen Einzelhändler könnte dies in einer Umstellung des Sortiments bestehen, während ein Hersteller die Liefermenge möglicherweise an einen anderen Händler verkaufen kann, wenn auch gegebenenfalls nur mit einem Preisabschlag. Die ökonomische Theorie bezeichnet die Gewinne, die die Parteien beim Scheitern der Verhandlungen und unter Zurückgreifen auf ihre besten Al-

ternativen erzielen können, als Abbruchoptionen, Ausweichmöglichkeiten oder Drohpunkte.⁵⁴ Zieht man den Wert der Abbruchoptionen vom gemeinsam erzielten Gewinn ab, so verbleibt ein Nettogewinn als Verhandlungsmasse.

1083. Die Stärke der Nachfragemacht einzelner Abnehmer hängt generell von mehreren Faktoren ab. Nachfragemacht wird begünstigt, wenn einige der folgenden Bedingungen erfüllt sind:⁵⁵

- Die Abnehmer sind konzentriert oder haben einen großen Anteil an den Gesamtumsätzen der Lieferanten. Wenn ein bedeutender Umsatzanteil auf einen Abnehmer entfällt, dann kommt diesem Kunden eine besondere Bedeutung zu. Großabnehmer sind ganz besonders wichtig, um die Durchschnittskosten zu senken, wenn die Lieferanten mit hohen Fixkosten operieren.
- Die Produkte sind standardisiert oder zumindest nicht stark differenziert. Die Abnehmer sind dann sicher, dass sie alternative Lieferanten finden können. Bei vielen Lebensmitteln ist dies der Fall.
- Die Wechselkosten sind niedrig. Die Verhandlungsmacht eines Abnehmers ist größer, wenn sich keine signifikanten Wechselkosten bei einer Umstellung auf einen neuen Lieferanten ergeben.
- Die Abnehmer können glaubwürdig mit Rückwärtsintegration drohen. Wenn Abnehmer bereits teilweise oder glaubwürdig mit vertikaler Integration drohen können, steigt ihre Verhandlungsmacht. Große Lebensmitteleinzelhändler sind bei einigen Produkten ganz bzw. teilweise vertikal integriert, wodurch ihre Ausweichmöglichkeiten und folglich deren Verhandlungsposition besser werden.
- Das Produkt eines bestimmten Lieferanten ist für die Wettbewerbsposition des Abnehmers unerheblich. Wenn beispielsweise die Qualität (im Falle des Lebensmitteleinzelhandels etwa die ständige Verfügbarkeit und/oder Frische der Produkte) eines Endprodukts nicht (stark) von der Belieferung durch einen bestimmten Lieferanten abhängt, ist die Verhandlungsmacht des Abnehmers größer. Im Lebensmitteleinzelhandel kann man bei vielen Produktgruppen mit Handelsmarken bzw. Eigenmarken arbeiten, wodurch die Verhandlungsposition vieler Lieferanten nachhaltig verschlechtert wird.
- Die Abnehmer sind gut informiert. Je besser die Abnehmer über die wirtschaftliche und technologische Situation eines Lieferanten informiert sind, desto stärker wird gewöhnlich ihre Verhandlungsposition sein. Dies erklärt auch, warum Abnehmer und Lieferanten häufig streng darauf bedacht sind, die genauen Vertragskonditionen geheim zu halten. Zudem können

⁵³ Vgl. Inderst, R./Wey, C. Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 9(4), 2008, S. 465–485, S. 475.

⁵⁴ In der ökonomischen Verhandlungstheorie wird zudem auch von „inside options“ (auch bekannt als „status quo payoffs“) gesprochen. Dabei handelt es sich um Gewinne, die sich bei anhaltenden Verhandlungen für beide Parteien ergeben.

⁵⁵ Vgl. Porter, M., Wettbewerbsstrategie, Frankfurt a.M. 1983, S. 50–53.

Handelsmarken Informationsasymmetrien zwischen Lieferanten und Händlern reduzieren und sie die Lage versetzen, neues Wissen leichter zu absorbieren, wodurch die Nachfragemacht der Händler größer wird.⁵⁶

1084. Die Anreize zur Ausübung von Nachfragemacht sind besonders ausgeprägt, wenn folgende Bedingungen vorliegen:

- Die Produkte, welche die Abnehmer beziehen, stellen einen signifikanten Anteil ihrer Gesamtkosten dar. Wenn das Produkt hingegen nur für einen kleinen Kostenanteil verantwortlich ist, sind die Abnehmer generell weniger preissensibel.
- Die Abnehmer weisen niedrige Gewinne bzw. Margen auf. Dadurch entsteht ein besonders starker Druck, die Beschaffungskosten zu senken. Im Falle des Lebensmitteleinzelhandels ist dies besonders relevant, da bei vielen Produkten nur geringe Margen anfallen.

1085. Viele dieser Bedingungen sind im Lebensmitteleinzelhandel häufig erfüllt. Nachfragemacht dürfte daher oft präsent bzw. stark ausgeprägt sein. Auf der anderen Seite ist auch die Verhandlungsposition vieler Lieferanten bei einer ganzen Reihe von Produktgruppen stark, insbesondere bei Markenartikeln. In diesem Zusammenhang spricht man auch von Gegenmacht („countervailing power“). Die Hypothese über die Relevanz der Gegenmacht wurde 1952 durch Galbraith in der breiteren Öffentlichkeit populär und wurde besonders im Zusammenhang mit dem Lebensmittelhandel diskutiert.⁵⁷

1086. Wegen der Existenz von Gegenmacht ist es daher auch denkbar, dass es zu einer gegenseitigen „Neutralisierung“ der Machtpositionen kommt, wodurch Marktergebnisse herbeigeführt werden können, die denen unter intensivem Wettbewerb nahekommen. Die Formalisierung und die darauf aufbauende ökonomische Analyse derartiger Konstellationen sind jedoch problematisch, da die Modellierung von bilateralen Monopolen und Oligopolen anspruchsvoll ist und es zudem dabei keinen allgemein anerkannten Standardansatz gibt.⁵⁸ Eine formal-theoretische Fundierung der Gegenmachthypothese erfolgte erst recht spät.⁵⁹

5.4 Wirkungen von Nachfragemacht

5.4.1 Überblick

1087. Das Thema Nachfragemacht hat in jüngerer Zeit unter Ökonomen ein größeres Interesse erweckt. Dies

zeigt sich darin, dass es zwar eine noch vergleichsweise kleine, aber wachsende Anzahl von Arbeiten gibt, die sich mit dem Thema Nachfragemacht beschäftigen. Die ökonomische Analyse von Nachfragemacht erweist sich generell als nicht einfach. Daher ist es nicht überraschend, dass es an einem entwickelten und robusten ökonomischen Konzept der Nachfragemacht immer noch mangelt.

1088. Auf den ersten Blick stellt sich die Frage, warum Nachfragemacht überhaupt wettbewerbsverzerrend wirken kann. Falls Händler mit Nachfragemacht bessere Einkaufskonditionen aushandeln können und die niedrigeren Einstandspreise auch zu niedrigeren Preisen für die Endkunden führen, profitieren die Endkunden (Lebensmitteleinzelhändler als „consumer champions“). Durch Nachfragemacht kann sich daher der Wettbewerbsdruck erhöhen, wodurch andere Händler sich gezwungen sehen, ihre Preise zu senken.

1089. Diese Argumentation basiert allerdings auf mehreren problematischen Annahmen. Zunächst wird davon ausgegangen, dass das Angebot der Lieferanten trotz verringerter Marge unverändert bleibt und dass sich weder die Beschaffungskonditionen anderer Händler noch deren Sortiment unter dem verstärkten Wettbewerbsdruck modifizieren. Zudem hängt die Weitergabe der verbesserten Beschaffungskonditionen an die Endkunden („pass through“) sowie der Einfluss, den dies auf andere Händler und ihre Konditionen hat, vom Grad des Wettbewerbs auf dem Markt für Endkunden ab. Generell lässt sich sagen, dass intensiver Wettbewerb im Endkundenmarkt zu einem höheren „pass through“ führt. Die genauen Zusammenhänge können recht komplex werden und müssen sowohl statisch als auch dynamisch analysiert werden.

1090. Auf Grundlage des bestehenden Schrifttums zum Thema lassen sich keine eindeutigen Wirkungszusammenhänge zwischen Nachfragemacht und verschiedenen Marktergebnissen identifizieren. Die Ausübung von Nachfragemacht kann die soziale Wohlfahrt erhöhen, sie kann aber auch wettbewerbsverzerrend zulasten der Wettbewerber eingesetzt werden.

1091. Die Wettbewerbswirkungen von Nachfragemacht unterscheiden sich von denen, die durch Marktmacht in Absatzmärkten zu erwarten sind. Im Gegensatz zur Marktmacht, die Anbieter gegenüber Konsumenten ausüben, impliziert Nachfragemacht nicht, dass es zu höheren Preisen, geringerer Konsumentenrente und geringerer sozialer Wohlfahrt kommt – es kann sogar das genaue Gegenteil bedeuten. Insbesondere hängt die Weitergabe von marktmachtbedingten Vorteilen an die Endverbraucher von der Wettbewerbsintensität auf der Endstufe ab.

1092. Die meisten Bedenken hinsichtlich möglicher negativer Wettbewerbseffekte von Nachfragemacht basieren auf einem Zusammenwirken der vertikalen Interaktion, d. h. der individuellen Nachfragemacht gegenüber Lieferanten, und der horizontalen Interaktion, d. h. dem möglicherweise entstehenden Wettbewerbsvorteil auf der nachgelagerten Handelsstufe. Als Analyserahmen dient das Modell der bilateralen Verhandlungen zwischen Abneh-

⁵⁶ Vgl. Allain, M.-L./Chambolle, C./Rey, P., Vertical Integration, Innovation and Foreclosure, May 17, 2010, <http://www.cepr.org/meets/wkcn/6/6684/papers/ChambolleFinal.pdf>

⁵⁷ Galbraith, J., American Capitalism: The Concept of Countervailing Power, Boston 1952.

⁵⁸ Vgl. Osborne, M./Rubinstein, A., Bargaining and Markets, San Diego 1990.

⁵⁹ Vgl. Ungern-Sternberg, T. von, Countervailing Power Revisited, International Journal of Industrial Organization 14(4), 1996, S. 507–520; Dobson, P./Waterson, M., Countervailing power and consumer prices, Economic Journal 107, 1997, S. 418–430; Chen, Z., Dominant Retailers and the Countervailing-Power Hypothesis, Rand Journal of Economics 34(4), 2003, S. 612–625.

mern und Herstellern. Die zentralen Wettbewerbsprobleme, die aus der Ausübung von Nachfragemacht resultieren können, sind:

- Wasserbetteffekt: Preisnachlässe für große Abnehmer führen zu Preiserhöhungen für kleinere Abnehmer;
- Verschleißeffekt: Abnehmer mit Nachfragemacht sind in der Lage, Hersteller und/ oder Wettbewerber ganz oder teilweise vom Markt auszuschließen;
- Verdrängungseffekte: Strategisch bedingter Kauf von zu viel Ware von den Lieferanten, um die Einkaufspreise der Wettbewerber zu erhöhen.
- Spiraleffekte: positive Rückkopplungen zwischen der Konzentration der Nachfrage auf dem Beschaffungsmarkt und des Angebots auf dem Absatzmarkt;
- Investitions- und Innovationsverzerrungen: Eine Gewinnaneignung durch die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels reduziert Investitions- und Innovationsanreize der Hersteller;
- Qualitätsreduktion: Durch Nachfragemacht werden Hersteller zur Qualitätsreduktion gezwungen, um die Preisvorgaben des Handels zu erfüllen.

5.4.2 Wasserbetteffekt

1093. Im Falle eines Wasserbetteffekts versuchen Hersteller ihre Margen dadurch zu sichern, dass sie Verluste infolge besserer Beschaffungskonditionen für große Händler mit schlechteren Konditionen für kleinere Handelsunternehmen auszugleichen versuchen. Dieser Effekt scheint vordergründig zu überzeugen, wurde aber z. B. von der britischen Wettbewerbsbehörde als Erklärung verworfen, weil es dafür ohne die Einführung weiterer Bedingungen keine konsistente Begründung gibt.⁶⁰ Aus ökonomischer Sicht setzt ein verhandlungsmächtiger Hersteller gegenüber einem kleineren Nachfrager den Preis stets so, wie es für ihn optimal ist. Es ist nicht plausibel, dass eine Änderung der Konditionen für kleinere Händler erst dann vorgenommen wird oder optimal sein sollte, wenn dies mit einer erzwungenen Preisreduktion für große Abnehmer einhergeht.

1094. Der verhandlungstheoretische Ansatz bei der Analyse von Nachfragemacht bietet zwei Erklärungen für den Wasserbetteffekt. Der erste Erklärungsansatz basiert auf einer Konsolidierung auf dem Beschaffungsmarkt, welche durch die Nachfragemacht eines Händlers induziert wird. Die Nachfragemacht eines Händlers führt dazu, dass die Anzahl der profitabel operierenden Lieferanten sinkt, wodurch diese nun eine höhere Verhandlungsmacht bei den restlichen Händlern haben, welche sich in schlechteren Konditionen manifestiert. Eine Veränderung der Marktstruktur auf dem Beschaffungsmarkt ist daher zwingend, damit es zum Wasserbetteffekt kommt. Der zweite Erklärungsansatz basiert auf folgendem Mechanismus: Ein großer Händler handelt im ersten

Schritt bessere Konditionen für sich aus. Diese werden an die Endkunden weitergegeben, wodurch sich der Marktanteil des großen Händlers auf Kosten der Konkurrenz erhöht. Durch die unterstellte monoton steigende Beziehung zwischen Nachfragemacht und (relativer oder absoluter) Größe sollten sich dann die Beschaffungskonditionen der Wettbewerber entsprechend verschlechtern.

1095. Der Wasserbetteffekt hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab, insbesondere von der Weitergabe der verbesserten Konditionen an die Endkunden, dem Einfluss, den diese Weitergabe auf andere Händler und deren Konditionen hat, sowie vom Grad des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt.⁶¹ Die theoretische Literatur zeigt, dass eine Erhöhung des Durchschnittspreises durch den Wasserbetteffekt wahrscheinlicher ist, sofern kleinere Abnehmer bereits in größerem Umfang Marktanteile abgeben mussten.⁶²

1096. Es ist wichtig zu betonen, dass der Wasserbetteffekt nicht eine zwingende Folge von Nachfragemacht ist, sondern eine Möglichkeit darstellt, die jedoch an sehr gezielte Bedingungen geknüpft ist, insbesondere den positiven Zusammenhang zwischen Größe und Nachfragemacht. Der Wasserbetteffekt ist daher als Beispiel für ein gut fundiertes Argument für die negativen Effekte von Nachfragemacht wenig geeignet.

5.4.3 Verschleißeffekt

1097. Es kann im Interesse einzelner Händler sein, die Wettbewerber ganz oder teilweise durch spezielle Vertragsbedingungen wie exklusive Belieferung vom Markt auszuschließen („foreclosure“). Ein Händler kann auch den Anreiz haben, einen Lieferanten vom Markt auszuschließen. Im Kontext des Lebensmittelhandels wird der Vorwurf erhoben, dass der Verschleißeffekt bei Nachfragemacht einzelner Händler besonders ausgeprägt ist.⁶³

1098. Im Falle eines konkurrierenden Händlers sind die Anreize zur Verschleißung evident. Die Anreize zur Verschleißung von alternativen Lieferanten ist jedoch viel weniger klar. Ein nachfragemächtiger Händler könnte beispielsweise die Koordinationsprobleme unter alternativen Lieferanten zu seinen Gunsten einsetzen.⁶⁴ Beide Formen des Verschleißeffekts sind für den Bereich des Lebensmitteleinzelhandels weder theoretisch noch empirisch fundiert. Gegen eine Marktverschleißung für einzelne Hersteller oder Händler spricht bereits, dass die Produktvielfalt im Lebensmitteleinzelhandel mit der Zeit größer geworden ist und Händler häufig ein Produkt von mehreren Lieferanten beziehen („second sourcing“).

⁶⁰ Vgl. Inderst, R./Wey, C., Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, a. a. O., S. 478.

⁶¹ Vgl. Dobson, P./Inderst, R., The Waterbed Effect: Where Buying and Selling Power Come Together, Wisconsin Law Review 2, 2008, S. 331–357.

⁶² Vgl. Inderst, R./Valletti, T., Buyer power and the „waterbed effect“, Journal of Industrial Economics 59(1), 2011, S. 1–20.

⁶³ Vgl. Rey, P./Whinston, M., Does Retailer Power Lead to Exclusion?, February 2011, <http://idei.fr/doc/wp/2011/retailerpreybis.pdf>

⁶⁴ Vgl. Rasmusen, E./Ramseyer, M./Wiley, J., Naked Exclusion, American Economic Review 81(5), 1991, S. 1137–1145.

5.4.4 Verdrängungseffekt

1099. Die Ausübung von Nachfragemacht wird häufig mit Verdrängungswettbewerb in Verbindung gebracht. Dabei geht es darum, den Endkundenpreis in einer ersten Phase strategisch niedrig zu halten bzw. zu setzen mit der Absicht, die Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, um dann in einer zweiten Phase Gewinne erzielen zu können. Eine solche Strategie ist nur dann rational, wenn die Kosten in Form von entgangenen Gewinnen in der ersten Phase durch zukünftige Gewinne (zumindest) ausgeglichen werden.

1100. Der Vorwurf der Verdrängung im Kontext der Nachfragemacht erlaubt zwei verschiedene Interpretationen. Beide basieren auf einem Preisdruck, der durch Nachfragemacht induziert wird, unterscheiden sich jedoch im Hinblick auf den Ansatzpunkt und die zu erwartenden Folgen für die Endkunden. Nach der ersten Interpretation kommt es im Falle des Verdrängungseffekts zu einem strategisch bedingten Kauf von zu viel Ware vom Lieferanten, damit die Einkaufspreise der restlichen Händler erhöht werden („predatory overbuying“).⁶⁵ Der Effekt ist analog zu dem bekannten Konzept des Verdrängungswettbewerbs im Endkundenmarkt. Wenn die Wettbewerber höhere Einkaufspreise zahlen müssen, werden sie weniger nachfragen und entsprechend weniger an die Endkunden verkaufen. Im Extremfall kann ein strategisch bedingtes „overbuying“ in Verbindung mit „Kampfpreisen“ sogar zu einer Monopolisierung auf der Einzelhandelsstufe führen, wenn die Wettbewerber Verluste machen und zum Marktaustritt gezwungen werden.⁶⁶

1101. Die Endkunden müssen nach dieser Interpretation des Verdrängungseffekts nicht zwangsläufig einen Nachteil hinnehmen, da sie in der Verdrängungsphase in den Genuss niedrigerer Preise gelangen, wenn das strategisch bedingte „overbuying“ auch zu höheren Absatzmengen in Endkundenmarkt führt. Nach erfolgreicher Verdrängung kann es allerdings zu höheren Preisen kommen.

1102. Nach der zweiten Interpretation lässt sich der Verdrängungseffekt auch als eine Variante der „raising rivals' costs strategy“ anzusehen. Dabei geht es darum, durch geeignete Aktivitäten die Kosten der Wettbewerber zu erhöhen, damit ihre Absatzmenge fällt. Dies ermöglicht dem Handelsunternehmen, welches den Prozess initiiert hat, seine Wettbewerbsposition und seine Gewinne zu steigern – auch wenn dadurch die eigenen Kosten steigen. Der entscheidende Punkt ist, dass die Kosten im Vergleich zu denen der Wettbewerber nur unterproportional steigen.⁶⁷

1103. Die Endkunden müssen auch nach der zweiten Interpretation des Verdrängungseffektes nicht zwangsläufig

fig einen Nachteil hinnehmen, da sie auch hier in der Verdrängungsphase in den Genuss niedrigerer Preise gelangen, wenn das strategisch bedingte „Overbuying“ zu höheren Absatzmengen im Endkundenmarkt führt. Nach erfolgreicher Verdrängung kann es zu höheren Preisen für die Endkunden kommen.

1104. Eine Verdrängungsstrategie ist im Lebensmittel-einzelhandel wenig wahrscheinlich, da sie für das initiiierende Unternehmen sehr teuer wäre. Die Erfolgsaussichten einer solchen Strategie wären zudem gering, da Marktzutritte oder erneute Markteintritte bereits verdrängter Unternehmen kaum verhindert werden könnten. Darüber hinaus scheinen viele Hersteller über Überkapazitäten zu verfügen, was zur Folge hat, dass die Preise für die anderen Händler nicht oder erst bei sehr großen Einkaufsmengen steigen.

5.4.5 Spiraleffekt

1105. Ein Händler mit Nachfragemacht kann diese nutzen, um seine Wettbewerbsposition durch bessere Beschaffungskonditionen gegenüber seinen Wettbewerbern zu verbessern. Dieser Prozess kann sich über mehrere Runden wiederholen. Im Falle einer positiven Rückkopplung zwischen zunehmender Nachfragemacht und Angebotsmacht spricht man vom Spiraleffekt. Diese positive Rückkopplung für den Händler mit Nachfragemacht kehrt sich für schwächere Konkurrenten in einen negativen Feedback-Effekt um. Dadurch kann es zumindest langfristig zu Preissteigerungen kommen, wenn die verbleibenden Unternehmen als Folge abnehmenden Wettbewerbsdrucks nicht mehr gezwungen sind, die Endkunden an den günstigeren Beschaffungskonditionen partizipieren zu lassen.

1106. Die negativen Auswirkungen des Spiraleffekts für den Wettbewerb und damit für die Konsumentenrente und die soziale Wohlfahrt zeigen sich – im Unterschied zum Wasserbetteffekt – erst langfristig, wodurch sie für die breite Öffentlichkeit nicht so sichtbar sind und dadurch tendenziell in ihrer Bedeutung unterschätzt werden könnten.

1107. Die Argumentationskette, auf welcher der Spiraleffekt basiert, ist jedoch in zweierlei Hinsicht problematisch. Zum einen wird ignoriert, dass es zu einem Marktzutritt von Händlern kommen kann, die effizienter sind oder ihren Kunden ein besseres Angebot machen können. Als Folge würde der Spiraleffekt zumindest abgeschwächt werden. Zum anderen können, falls Größenvorteile wirklich so relevant sind, auch Wettbewerber die Strategie imitieren und in Wachstum investieren, um ihre Beschaffungskonditionen zu verbessern. Der Spiraleffekt ist daher aus theoretischer und praktischer Perspektive in seiner Relevanz eher fraglich.

5.4.6 Investitions- und Innovationsverzerrungen

1108. Ein dynamischer Effekt der Ausübung von Nachfragemacht ist die Möglichkeit, dass dadurch die Investitions- und Innovationsanreize von Herstellern verringert

⁶⁵ Dabei wird implizit angenommen, dass die Lieferanten mit einer steigenden Kostenfunktion operieren.

⁶⁶ Vgl. Salop, S., Anticompetitive Overbuying by Power Buyers, Antitrust Law Journal 72, 2005, S. 669–715.

⁶⁷ Vgl. Salop, S./Scheffman, D., Raising Rivals' Costs, American Economic Review 73(2), Papers and Proceedings, 1983, S. 267–271; Salop, S./Scheffman, D., Cost-Raising Strategies, Journal of Industrial Economics 36(1), 1987, S. 19–34.

werden, weil sie deren Gewinne reduziert. Dieses Argument stellt eine Variante des klassischen sog. Hold-up-Problems dar.

1109. Die negativen Auswirkungen der reduzierten Investitions- und Innovationsanreize der Hersteller für die soziale Wohlfahrt zeigen sich erst bei langfristiger Betrachtung, wodurch sie tendenziell unterschätzt werden. Einige theoretische Arbeiten aus jüngerer Zeit zeigen auf, dass Nachfragemacht die Produktvielfalt auf der Herstellerseite reduzieren kann. Es ist durchaus plausibel, davon auszugehen, dass es für einen Hersteller weniger profitabel wird, ein neues Produkt einzuführen oder aber in einen neuen Markt einzutreten, falls er mit nachfragemächtigen Abnehmern konfrontiert ist und dadurch einen geringeren Anteil des in der Wertschöpfungskette insgesamt anfallenden (Mehr-)Gewinns für sich beanspruchen kann.⁶⁸

1110. Die Begründung der durch Nachfragemacht reduzierten Investitions- und Innovationsanreize ist daher durchaus fundiert, jedoch keinesfalls zwingend. So muss beachtet werden, dass beispielsweise durch eine Konzentration unter den Abnehmern, die dann zu höherer Nachfragemacht führen kann, das Umfeld, in dem ein Hersteller seine Entscheidungen trifft, insgesamt verändert wird und entsprechende Reaktionen zu erwarten sind. Falls beispielsweise ein Hersteller bereits durch Vorverhandlungen mit wenigen großen Abnehmern seinen zukünftigen Absatz sowie weitere Vertragskonditionen langfristig und hinreichend genau fixieren kann, so ist auch die Gefahr eines solchen Hold-up-Problems tendenziell geringer. Aus ökonomischer Sicht lässt sich zudem als Gegenargument vorbringen, dass Investitions- und Innovationsanreize oft durch Zusatzgewinne bestimmt werden. Diese können im Falle von nachfragemächtigen Händlern sogar noch größer sein, weil die zusätzlichen Gewinne aus Investitionen bzw. Innovationen vollständig beim Lieferanten verbleiben können. Wenn ein Händler eine bindende Ausweichoption (z. B. der günstigste Preis eines alternativen Lieferanten) hat, dann bestimmt diese genau den Einkaufspreis. Zusätzliche Gewinne durch Investitionen verbleiben somit vollständig beim Lieferanten. Bei größeren Abnehmern ist der Zusatzgewinn im Allgemeinen größer als bei kleineren Abnehmern. Da zudem eine bindende Ausweichmöglichkeit bei einem großen Abnehmer wahrscheinlicher ist, kann Nachfragemacht daher die Investitions- und Innovationsanreize des Lieferanten insbesondere bei großen Abnehmern verstärken. Dieses Ergebnis erweist sich aus theoretischer Perspektive als recht robust.⁶⁹

1111. Ein Gegenargument basiert auf der Existenz von Handelsmarken. Durch diese werden die Möglichkeiten des Imitationswettbewerbs deutlich erweitert. Der Zeitraum, in dem Innovationsrenten abgeschöpft werden,

wird reduziert, wodurch Anreize zu Innovationen geschmälert werden. Es kommt daher zu einer Anreizverzerrung in dynamischer Hinsicht, da Händler, die Handelsmarken im Sortiment haben, sich generell nicht glaubwürdig verpflichten können, die Innovationsleistung des Markenherstellers nicht für ein Imitat zu verwenden. Kritisch an dieser Argumentation ist, dass der innovative Markenhersteller den Händler relativ frühzeitig über seine Innovation informieren muss, um sie im Handel positionieren zu können.⁷⁰

1112. Bei der Frage, ob es in dynamischer Hinsicht zu Anreizverzerrungen kommt, ist daher von entscheidender Bedeutung, ob es sich um inkrementelle Entscheidungen (z. B. eine Qualitätsverbesserung), bei denen Nachfragemacht durchaus positive Anreize induzieren kann, handelt oder um nicht inkrementelle Entscheidungen (z. B. die Einführung eines neuen Produkts), bei denen es auf die absolute Höhe der Profite des Lieferanten ankommt. Die Befürchtungen von Verzerrungen durch Nachfragemacht sind daher in diesem Kontext durchaus ökonomisch fundiert, lassen sich jedoch empirisch nicht einfach erfassen und quantifizieren.

5.4.7 Qualitätsreduktion

1113. Teilweise wird die These vertreten, dass die Nachfragemacht der Handelsunternehmen, die Hersteller zu einer Qualitätsreduktion zwingt, etwa um die Preisvorgaben des Handels erfüllen zu können. Dieses Argument erkennt jedoch, dass der Wettbewerb im Lebensmittel Einzelhandel nicht nur über den Preis ausgetragen wird, sondern auch über den Parameter Qualität, der tendenziell für die Endkunden an Bedeutung gewinnt. Händler verhandeln zudem nicht nur über Preise mit ihren Lieferanten, sondern berücksichtigen und spezifizieren unter anderem auch Qualitäten in den Lieferverträgen. Es ist davon auszugehen, dass der Handel Qualitätsminderungen nur in einem sehr engen Ausmaß hinnehmen würde.

1114. Qualität ist oft nicht einfach zu erfassen und zu messen. Die Ökonomik fokussiert in ihren empirischen Analysen überwiegend auf Preise und Mengen. Besonders bei Lebensmitteln hängt die Qualität von einer Vielzahl von Faktoren ab (z. B. Art und Qualität der Zutaten), die für Endverbraucher oft nicht hinreichend transparent sind. Dadurch besteht prinzipiell die Möglichkeit eines Marktversagens durch Informationsasymmetrien.⁷¹

1115. Die Händler haben selbst keinen Anreiz, die Qualität ihrer Produkte zu senken, da sie sonst im Wettbewerb Kunden an die Konkurrenten mit qualitativ höherwertigen Produkten verlieren können. Auch empirisch gibt es dazu keine Belege. Gerade Discounter überzeugen ihre Kunden nach wie vor oft auch durch die Qualität ihrer Produkte. Das Argument der Qualitätsreduktion durch Nachfragemacht ist daher nicht überzeugend.

⁶⁸ Vgl. Inderst, R./Shaffer, G., Retail Mergers, Buyer Power and Product Variety, *Economic Journal* 117, 2007, S. 45–67.

⁶⁹ Vgl. Inderst, R./Wey, C., Countervailing Power and Dynamic Efficiency, *Journal of the European Economic Association* 9(4), 2011, S. 702–720.

⁷⁰ Vgl. Wey, C., Nachfragemacht im Handel, a. a. O., S. 158.

⁷¹ Vgl. Chamberlin, E., The Product as an Economic Variable, *Quarterly Journal of Economics* 67(1), 1953, S. 1–29.

5.4.8 Fazit

1116. Die Diskussion der verschiedenen negativen Effekte von Nachfragemacht zeigt, dass sich Aussagen über die Wirkungen von Nachfragemacht nur auf Grundlage einer gründlichen Analyse der Umstände des einzelnen Falles machen lassen.

1117. Die vorgebrachten Argumente für negative Effekte durch die Ausübung von Nachfragemacht sind zwar zumindest vordergründig plausibel, jedoch aus theoretischer und auch aus empirischer Sicht, wie der nächste Abschnitt zeigt, oft nicht gut fundiert. Die Wirkung von Nachfragemacht auf die Preise der Wettbewerber und der Endkunden hängen von den Umständen, die zur Nachfragemacht geführt haben, und der resultierenden Vertragskomplexität ab. Es lassen sich keine eindeutigen Prognosen ableiten, da die theoretische Literatur auch Hypothesen anbietet, unter welchen Voraussetzungen Nachfragemacht auch positive Wohlfahrtseffekte impliziert.⁷²

5.5 Empirische Befunde

5.5.1 Vorbemerkungen

1118. Es existieren bisher relativ wenige empirische Analysen zum Thema Nachfragemacht.⁷³ Noch seltener sind Untersuchungen, die sich auf den Lebensmitteleinzelhandel beziehen. Die Hauptursache dafür liegt in dem Umstand, dass zur Quantifizierung der Wettbewerbseffekte von Nachfragemacht Daten erforderlich sind, die zu Forschungszwecken häufig nicht verfügbar sind. In solchen Situationen sind Wettbewerbsbehörden oft die einzigen Institutionen, die solche Daten aufgrund ihrer gesetzlich verankerten Auskunftsmöglichkeiten sammeln und auswerten können. So beschäftigt sich auch das Bundeskartellamt momentan mit dem Lebensmitteleinzelhandel im Rahmen einer Sektoruntersuchung nach § 32e GWB.

1119. Die Identifikation von Nachfragemacht aus empirischer Sicht bleibt jedoch auch für diese Institutionen eine Herausforderung in mehrfacher Hinsicht. Insbesondere ist zu betonen, dass bereits die Erfassung der Preise, Rabatte und anderer Lieferkonditionen recht aufwendig und kompliziert ist. Zudem lassen sich verschiedenen Faktoren oft nur mit großem Aufwand separieren.

1120. Das Netzwerk europäischer Wettbewerbsbehörden (ECN, European Competition Network)⁷⁴ hat am

24. Mai 2012 einen Bericht über den Wettbewerb in der Lebensmittelbranche in Europa veröffentlicht.⁷⁵ Der Bericht stellt sämtliche Untersuchungen und Verfahren der 27 nationalen Wettbewerbsbehörden und der Europäischen Kommission im Bereich der Lebensmittelwirtschaft für den Zeitraum von 2004 bis 2011 kurz vor. In diesem Zeitintervall wurden mehr als 180 Kartellfälle untersucht, rd. 1 300 Fusionen geprüft und mehr als 100 Marktbeobachtungsmaßnahmen, wie unter anderem Sektoruntersuchungen, durchgeführt.

1121. Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel haben mehrere Wettbewerbsbehörden untersucht (vor allem in Finnland, Großbritannien, Lettland, Österreich, Portugal und Schweden). Weitere Wettbewerbsbehörden (in Deutschland, Italien und Litauen) arbeiten noch an entsprechenden Untersuchungen.

1122. Nachfragemacht ist nach Aussage mehrerer europäischer Wettbewerbsbehörden auf den von ihnen betrachteten Märkten vorhanden. Der Nachweis negativer Effekte ist jedoch im Allgemeinen nicht möglich. Von mehreren Wettbewerbsbehörden wird jedoch Besorgnis über mögliche langfristige negative Effekte von Nachfragemacht geäußert. Die Ausnahme stellt die Untersuchung in Lettland dar, die eine Evidenz für das Vorhandensein des Wasserbetteffektes findet. Nachfolgend werden die aus nationaler und internationaler Sicht prominentesten Untersuchungen kurz dargestellt.

5.5.2 Großbritannien

1123. Auf europäischer Ebene hat insbesondere die Sektoruntersuchung der britischen Competition Commission zum Lebensmitteleinzelhandel aus dem Jahr 2008 großes Interesse erregt.⁷⁶ Die Competition Commission hatte sich bereits früher in Rahmen verschiedener Untersuchungen mit dem Lebensmitteleinzelhandel beschäftigt. Zu betonen ist insbesondere eine im Jahr 2000 beendete Untersuchung, aus der ein verbindlicher Verhaltenskodex („supermarkets code of practice“) für die größten Lebensmitteleinzelhändler gegenüber Lieferanten hervorging.⁷⁷ Dieser wurde im Jahr 2004 evaluiert. Dabei zeigte sich, dass der Verhaltenskodex weitgehend wirkungslos blieb.⁷⁸

1124. Die Datenbasis für die Sektoruntersuchung aus dem Jahr 2008 bildeten Anhörungen und Stellungnahmen verschiedenster Akteure wie Firmen, Verbände und staatliche Stellen, Ergebnisse von extensiven Befragungen der

⁷² Vgl. Inderst, R./Wey, C., Buyer Power and Supplier Incentives, *European Economic Review* 51(3), 2007, S. 647–667; Inderst, R./Wey, C., Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, a. a. O., S. 465–485.

⁷³ Vgl. Lustgarten, S., The Impact of Buyer Concentration in Manufacturing Industries, *Review of Economics and Statistics* 57(2), 1975, S. 125–132; Schumacher, U., Buyer Structure and Seller Performance in U.S. Manufacturing Industries, *Review of Economics and Statistics* 73(2), 1991, S. 277–284.

⁷⁴ Das European Competition Network ist ein Diskussions- und Kooperationsforum für die Anwendung und Durchsetzung der Wettbewerbspolitik auf europäischer Ebene. Es schafft einen Rahmen für die Zusammenarbeit der europäischen Wettbewerbsbehörden in Fällen, in denen die Artikel 101 und 102 AEUV angewendet werden, und ist die Basis für die Etablierung und Wahrung einer gemeinsamen Wettbewerbskultur in Europa.

⁷⁵ ECN Subgroup Food, Report on Competition Law Enforcement and Market Monitoring Activities by European Competition Authorities in the Food Sector, May 2012.

⁷⁶ Competition Commission, The Supply of Groceries in the UK Market Investigation, 30 April 2008, http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/noninquiry/rep_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf

⁷⁷ Competition Commission, Supermarkets: A Report on the Supply of Groceries from Multiple Stores in the United Kingdom, October 2000.

⁷⁸ OFT, The Supermarkets Code of Practice, February 2004, OFT 697, http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/consumer_protection/oft697.pdf

Beteiligten und bestehende Datenbanken sowie die Sekundärforschung. Dadurch wurde es möglich, einen großen Datensatz zu konstruieren, der eine Vielzahl von Variablen berücksichtigt. Auf Grundlage einer empirisch aufwendigen Marktabgrenzung wurde eine Menge wettbewerbsrelevanter Fragen untersucht, darunter auch Fragen zum Thema Nachfragemacht.

1125. Die Competition Commission konstatiert das Vorhandensein von Nachfragemacht. Diese produziert jedoch keinen signifikanten Wettbewerbsschaden, wird bei Markenprodukten durch Gegenmacht neutralisiert und manifestiert sich in niedrigeren Preisen für die Endkunden. Die empirische Analyse zeigt, dass die vier größten Lebensmitteleinzelhändler (Asda, Morrisons, Sainsbury's und Tesco) bei gemeinsamer Betrachtung zwischen 4 und 6 Prozent unter dem Durchschnitt bei den Beschaffungskosten liegen, wobei der Effekt bei Tesco am stärksten ausgeprägt, aber nicht bei allen Produktkategorien zu beobachten ist. Die erzielten Rabatte, die insbesondere bei Nichtmarkenprodukten zu beobachten sind, lassen sich hauptsächlich erklären durch:

- Kostenvorteile, bedingt durch Größenvorteile („economies of scale“), insbesondere bei der Produktion,
- Kostenvorteile in der Distribution, die durch ein dichteres Filialnetz („economies of density“) bedingt sind,
- Nachfragemacht, die insbesondere im Falle von Tesco stark ausgeprägt ist.

1126. Die kleineren Lebensmitteleinzelhändler zahlen höhere Beschaffungspreise, die jedoch nicht besonders variieren. Andere Faktoren (Verhandlungsgeschick, Länge der Zusammenarbeit etc.) spielen jedoch auch eine Rolle bei der Gewährung von Rabatten, die es auch einem relativ kleinen Lebensmitteleinzelhändler erlauben, günstige Beschaffungskonditionen zu bekommen.

1127. Ein weiteres wichtiges Ergebnis ist die Tatsache, dass die signifikanten Rabatte, welche die vier größten Lebensmitteleinzelhändler erzielen, nicht die kleineren Wettbewerber benachteiligen. Dies gilt auch für andere relevante Parameter. Es gibt also keine empirische Evidenz für Wasserbetteffekte. Zudem ist Nachfragemacht zwar vorhanden, wird aber teilweise auch bei den größten Lebensmitteleinzelhändlern durch gegengewichtige Marktmacht kompensiert, besonders bei Markenartikeln.

1128. Zehn der Lebensmitteleinzelhändler (ALDI, Asda, CGL, LIDL, Morrisons, Netto, Sainsbury's, Somerfield, Tesco and Waitrose) verkaufen laut eigener Angabe unter Einstandspreisen, wobei sich diese Praxis nur auf zwei bis drei Produktgruppen bezieht. Dabei verfolgen sie die Absicht, mehr Kunden in ihre Filialen zu locken. Die Competition Commission ist der Auffassung, dass das Unterschreiten der Einstandspreise nicht zu Verdrängungseffekten geführt hat.

1129. Es gibt keine Evidenz dafür, dass ein Trend zu weniger Produkteinführungen besteht. Dabei bleibt unklar, ob es unter anderen Umständen nicht sogar zu mehr Produkteinführungen gekommen wäre. Die Competition Commission zeigt sich jedoch besorgt, dass die in der

Praxis durch verschiedene Vertragskonditionen, insbesondere retrospektive Anpassungen der Lieferkonditionen, häufig einseitige Übernahme von Risiken durch die Lieferanten deren Investitions- und Innovationsanreize zumindest langfristig schmälern wird.

1130. Die Competition Commission schlägt eine Reihe von Abhilfemaßnahmen vor. Zu betonen ist dabei insbesondere ein Verhaltenskodex („grocery supply code of practice“) und die Einsetzung eines Ombudsmannes. Bei dem Verhaltenskodex geht es hauptsächlich darum, gewisse Praktiken – wie z. B. die retrospektive Anpassung von Beschaffungskonditionen oder das Verlangen von Zuschüssen für verschiedene Anlässe – einzudämmen.

5.5.3 Portugal

1131. Die portugiesische Wettbewerbsbehörde („Autoridade da Concorrência“) hat sich ebenfalls mit Fragestellungen zum Thema Nachfragemacht beschäftigt. Sie hat im Oktober 2010 die Endfassung einer Sektoruntersuchung zu den wirtschaftlichen Beziehungen der neun größten Lebensmitteleinzelhändler (ALDI, Auchan, El Corte Inglés, E. Leclerc, ITMI, Jerónimo Martins, Modelo Continente und LIDL), die im Jahr 2008 einen Marktanteil von rd. 85 Prozent hatten, zu ihren Lieferanten vorgelegt.⁷⁹

1132. Bei der Untersuchung hat man sich auf „fast moving consumer goods“ beschränkt, die für rd. 75 Prozent der Umsätze im Lebensmitteleinzelhandel verantwortlich sind. Als Maß für die relative Stärke der Nachfragemacht wurde der Quotient des Niveaus der Konzentration der Verkäufe der Herstellermarken und des Niveaus der Konzentration der Beschaffungen der großen Lebensmitteleinzelhändler gewählt. Falls dieses Verhältnis unter 1 liegt, wird angezeigt, dass die Verhandlungsmacht der großen Abnehmer relativ größer ist; falls es über 1 liegt, ist die relative Verhandlungsmacht der Lieferanten größer. Die Ergebnisse zeigen, dass der Quotient tendenziell unter 1 liegt, womit die Abnehmer über relativ mehr Verhandlungsmacht verfügen. Dabei ist zudem ein steigender Trend in der relativen Verhandlungsmacht des Handels zu erkennen.

1133. Die portugiesische Wettbewerbsbehörde hat sich auch mit verschiedenen Praktiken zwischen Abnehmern und Lieferanten beschäftigt. Sie ist nicht in der Lage, Indizien für gesetzeswidriges Verhalten der großen Lebensmitteleinzelhändler zu identifizieren.

1134. Es werden mehrere Empfehlungen ausgesprochen. Zu betonen ist dabei insbesondere ein adäquater Verhaltenskodex für die beteiligten Parteien, die Regulierung von bedenklichen Praktiken, die nicht gegen die bestehende Gesetzgebung verstoßen, und mehr Transparenz durch Sammlung und Auswertung von Daten über Preise

⁷⁹ Autoridade da Concorrência (AdC), Final Report on Commercial Relations Between the Large Retail Groups and their Suppliers, October 2010, http://www.concorrencia.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Outros/AdC_Relatorio_Final_Distribuicao_Fornecedores_Outubro_2010_en.pdf

und Mengen entlang der Wertschöpfungskette, um ein besseres Verständnis und zeitnahe Interventionen zu ermöglichen.

5.5.4 Deutschland

1135. Zur Frage der Existenz von Nachfragemacht im deutschen Lebensmitteleinzelhandel nehmen zwei Gutachten aus dem Jahr 2009 und 2010 Stellung. Das Institut für Handelsforschung an der Universität zu Köln hat ein Gutachten für den Hauptverband des deutschen Einzelhandels verfasst.⁸⁰ DIW Econ, das Consultingunternehmen des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung, hat ein Gutachten für den Markenverband erstellt.⁸¹ Die Gutachten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen.

1136. Das Institut für Handelsforschung kommt zu dem Schluss, dass es keine einseitige Verteilung der Verhandlungsmacht im Lebensmitteleinzelhandel gibt. Die Akteure auf Handels- und Herstellerseite bewegen sich in einem hart umkämpften, insgesamt funktionierenden Markt. Als Ergebnis intensiv geführter Verhandlungen profitieren die Verbraucher von Angebotsvielfalt und Produktqualität. Das Gutachten leitet seinen Bewertungsansatz aus konkreten Verhandlungskonstellationen ab. Bei Einkaufsverhandlungen sitzen sich für jedes einzelne Produkt Verhandlungspartner aus Handel und Industrie gegenüber. Deshalb, so die Schlussfolgerung des Instituts für Handelsforschung, stellt sich die „Machtfrage“ bei jedem Produkt neu. Die Untersuchungen von 22 Produktgruppen zeigen ein weitgehend ausgeglichenes Verhältnis der Machtverteilung zwischen Handel und Industrie. Zusätzlich wurde eine Verbraucherbefragung zur Sortimentspolitik des Handels durchgeführt. Sie zeigt eine hohe Markenaffinität bei den Verbrauchern. Etwa ein Drittel der Kunden reagiert auf das Fehlen der bevorzugten Marke mit dem Einkauf bei einem anderen Einzelhändler. Je nach Produktgruppe muss ein Händler deshalb bis zu 50 Prozent des Sortiments als Must-have-Produkte vorhalten.

1137. Untersucht werden darüber hinaus die Vertriebskanäle der Hersteller sowie die Rolle von Handelsmarken. Bei den Absatzkanälen der Industrie dominiert zwar der Lebensmitteleinzelhandel. Die Konsumgüterwirtschaft verfügt aber über zahlreiche Alternativen zum Verkauf ihrer Produkte, wie den Export von Lebensmitteln und den Außer-Haus-Verzehr (unter anderem die Gastronomie). Beispielsweise werden nur 22 Prozent der Gesamtproduktion von Fleisch über den Lebensmitteleinzelhandel vertrieben. Handelsmarken werden in aller Regel nicht in Eigenregie gefertigt, sondern als Lizenzprodukt bei oftmals mittelständischen Herstellern. Für diese bietet sich die Chance, in großen Mengen unter dem gewünschten Label des Handelsunternehmens zu produzieren und damit die Zukunft des Herstellerbetriebs zu sichern, ohne

das Marktrisiko in voller Höhe tragen zu müssen. Zum anderen können sich bei diesen mittelständischen Herstellerunternehmen Produkte für andere Vertriebskanäle etablieren und damit den Aufbau eines zweiten Standbeins quasi subventionieren.

1138. Die Studie von DIW Econ kommt zu dem Ergebnis, dass der starke Konsolidierungsprozess im Einzelhandel sowie die zunehmende Bedeutung von Handelsmarken die Verhandlungsposition des Einzelhandels gegenüber den Herstellern von Konsumgütern begünstigen. Hinzu treten die zunehmende Internationalisierung der Beschaffungsmärkte sowie die Präferenz der Konsumenten, ihre Einkäufe zu bündeln. Beide Faktoren stärken die Verhandlungsposition des Einzelhandels gegenüber den Herstellern. Demgegenüber sind die Hersteller nur bedingt in der Lage, den Einzelhandel mittels alternativer Absatzwege wie den Direktvertrieb zu umgehen. Insgesamt deuten die Erkenntnisse der Studie auf eine ungleiche Verhandlungsstärke von Einzelhandel und Herstellern hin.

1139. Eine im Rahmen der Studie durchgeführte Befragung von Markenherstellern zeigt, dass die Produzenten führender Herstellermarken zwar gegenüber dem Einzelhandel über eine vergleichsweise starke Verhandlungsposition verfügen. Diese wird allerdings durch eine relativ hohe Abhängigkeit von wenigen Einzelhandelsunternehmen geschwächt. 61 Prozent der befragten Unternehmen erzielen mehr als 22 Prozent ihres Umsatzes – ein in der europäischen Wettbewerbspraxis kritischer Schwellenwert – mit nur einem einzigen Abnehmer. Ein Drittel erzielt sogar mit zwei Abnehmern jeweils mehr als 22 Prozent. Zudem gibt es grundsätzlich keine relevante Vertriebsalternative zum Einzelhandel. Rund ein Fünftel der Unternehmen ist darüber hinaus durch spezifische Investitionen an bestimmte Händler gebunden. Die Geschäftsbeziehungen der Hersteller zu den großen Abnehmern haben sich in den letzten fünf Jahren deutlich verschlechtert. Dementsprechend lässt sich ein signifikanter Zusammenhang zwischen relativer Verhandlungsstärke des Einzelhandels und der Häufigkeit von Drohungen und Sanktionen durch den Einzelhandel feststellen. Ferner spiegelt sich die Nachfragemacht der großen Abnehmer auch in den relativ niedrigen Gewinnmargen der Hersteller sowie in den hohen Nachlässen und Rabatten, welche die Hersteller ihren Abnehmern gewähren. Schließlich finden sich auch Anzeichen dafür, dass sich infolge besserer Konditionen für nachfragemächtige Einzelhändler die Konditionen für kleinere Händler verschlechtern.

1140. Die Existenz von Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel wurde zudem in der Sektoruntersuchung Milch des Bundeskartellamtes untersucht.⁸² Die Untersuchung wurde im Jahr 2008 eingeleitet, Ende Januar 2010 wurde ein Zwischenbericht veröffentlicht, der Endbericht wurde im Januar 2012 vorgelegt. Motiviert wurde die Sektoruntersuchung durch Beschwerden von Bauern über

⁸⁰ IfH/BBE Retail Experts, Angebots- und Nachfragemacht, Zum Verhältnis von Industrie und Handel, Studie im Auftrag des Hauptverbands des Deutschen Einzelhandels, Köln, September 2009.

⁸¹ DIW Econ, Zunehmende Nachfragemacht des Einzelhandels, Berlin, 24. Juni 2010.

⁸² BKartA, Sektoruntersuchung Milch, Endbericht Januar 2012, S. 84 ff.

die Praktiken der Festsetzung des Milchgeldes und in Bezug auf sonstige Lieferbedingungen. Zudem gab es Beschwerden von Molkereien über einen Missbrauch von Nachfragemacht durch Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels sowie Beschwerden von Verbrauchern über identische Preise für Molkereiprodukte bei den führenden Handelsunternehmen. Die Prüfung der Frage, ob Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels über Nachfragemacht gegenüber den Molkereien verfügen und ob diese wettbewerbswidrig ausgenutzt wird, erfolgte anhand verschiedener Kriterien wie den Umsätzen der Molkereien auf den verschiedenen Absatzwegen, den Ausweichmöglichkeiten der Molkereien beim Absatz von Milch (Aufbau einer neuen Hersteller- oder Handelsmarke, Produktionsverschiebung zwischen Hersteller- und Handelsmarken, Wechsel der Abnehmer und Umstellung auf die Produktion eines anderen Molkereiprodukts), den Möglichkeiten der Weitergabe von Kostensteigerungen an die Abnehmer, der durchschnittlichen Verweildauer der von den Molkereien gelieferten Produkte in den Regalen des Lebensmitteleinzelhandels sowie den Zahlungskonditionen für die jeweiligen Molkereiprodukte. Das Bundeskartellamt stellte fest, dass der Lebensmitteleinzelhandel in seinen Geschäftsbeziehungen zu den Molkereien strategisch erhebliche Vorteile besitzt, da die Molkereien nur sehr eingeschränkt über Alternativen für den Absatz ihrer Produkte verfügen. Zudem erleichtert es die auf den Märkten bestehende sehr hohe Markttransparenz dem Lebensmitteleinzelhandel, seine Verhandlungsposition gegenüber den Molkereien durchzusetzen. Die Ergebnisse suggerieren damit, dass Nachfragemacht im Austauschverhältnis zwischen Lebensmitteleinzelhandel und Molkereien vorliegt und es auch Indizien für eine missbräuchliche Ausübung von Nachfragemacht etwa in Form besonders langer Zahlungsziele gibt. Abschließende Aussagen dazu macht die Sektoruntersuchung Milch allerdings nicht, sondern verweist auf die Notwendigkeit von Einzelfallprüfungen.

1141. Noch nicht abgeschlossen ist die im Februar 2011 vom Bundeskartellamt eingeleitete Sektoruntersuchung der Beschaffungsmärkte im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels.⁸³ Untersucht wird bei ausgewählten Produktgruppen, welche Marktposition den einzelnen Handelsunternehmen einschließlich ihrer Kooperationspartner an der Warenbeschaffung zukommt und ob und in welchem Ausmaß die führenden Handelsunternehmen Einkaufsvorteile gegenüber ihren Wettbewerbern genießen. Darüber hinaus sollen die Auswirkungen solcher Vorteile auf den Wettbewerb auf den Absatzmärkten untersucht werden. Ergebnisse der Sektoruntersuchung sollen im ersten Halbjahr 2013 vorliegen.

5.5.5 Fazit

1142. Es gibt international sehr wenig empirische Evidenz zum Thema Nachfragemacht. Die bisherigen Befunde deuten auf die Existenz von Nachfragemacht hin.

Es ist jedoch nicht gelungen, negative Auswirkungen von Nachfragemacht nachzuweisen.

1143. Für Deutschland gibt es wenige Studien und eine Sektoruntersuchung im Bereich Milchwirtschaft, die das Thema Nachfragemacht thematisieren. Die Studien kommen zu keinen klaren Ergebnissen. In der Sektoruntersuchung Milch wurden Indizien für das Bestehen von Nachfragemacht gefunden.

1144. Das Bundeskartellamt arbeitet an einer Sektoruntersuchung zum Beschaffungsverhalten der Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels. Die Monopolkommission begrüßt die Sektoruntersuchung ausdrücklich, da damit die Chance verbunden ist, für den deutschen Markt erstmals fundierte empirische Aussagen über das Vorliegen und die eventuelle Ausübung von Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel zu erhalten.

5.6 Die Kontrolle von Nachfragemacht

5.6.1 Nachfragemacht im geltenden Wettbewerbsrecht

5.6.1.1 Vorbemerkungen

1145. Nachfragemacht kann zu gravierenden Verzerrungen von Wettbewerbsprozessen und deren Ergebnissen führen. Zwingend ist dies nicht. Die Ausübung von Nachfragemacht durch Handelsunternehmen gegenüber Lieferanten kann auch mit positiven Effekten für die Endverbraucher auf dem nachgelagerten Markt in Form von niedrigeren Endkundenpreisen verbunden sein. Bei der Betrachtung wettbewerbsrechtlicher Regelungen zum Thema Nachfragemacht stellt sich daher zwangsläufig die Frage nach den angestrebten Zielen und dem darauf aufbauenden wettbewerbspolitischen Leitbild. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Bundeskartellamt in seiner Anwendungspraxis sehen den Wettbewerb an sich bzw. die Wettbewerbsfreiheit als Schutzobjekt.⁸⁴ Daraus folgt, dass der Wettbewerb auf Beschaffungsmärkten ebenso schützenswert ist wie der Wettbewerb auf Angebotsmärkten. Etwas anders sieht dies die Europäische Kommission, die sich stärker an dem Leitbild der Konsumentenwohlfaht orientiert. Unter dieser Prämisse ist Nachfragemacht positiv zu werten, solange erzielte Vorzugskonditionen im Wettbewerb auf den Handelsmärkten an die Konsumenten in Form niedrigerer Preise weitergegeben werden. Nachfragemacht ist allerdings auch nach Auffassung der Europäischen Kommission dann problematisch, wenn negative Auswirkungen auf die nachgelagerten Handelsmärkte zu erwarten sind.

1146. In der Praxis der Wettbewerbsbehörden wird Nachfragemacht im Rahmen der Fusionskontrolle, im Rahmen der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und bei der kartellrechtlichen Bewertung von Einkaufskooperationen geprüft. Ausgangspunkt jeder wettbewerbsrechtlichen Analyse von

⁸³ BKartA, Pressemeldung vom 14. Februar 2011, Bundeskartellamt untersucht Beschaffungsmärkte im Lebensmitteleinzelhandel.

⁸⁴ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 384.

Nachfragemacht ist die Abgrenzung des relevanten (Beschaffungs-)Marktes. Dabei stellen die Kartellbehörden – ebenso wie bei der sachlichen Abgrenzung von Angebotsmärkten – auf das Bedarfsmarktkonzept im Sinne einer funktionellen Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite ab.⁸⁵ Die Marktgegenseite des Lebensmittel-einzelhandels sind im Wesentlichen die Herstellerunternehmen. Das Bundeskartellamt grenzt die relevanten Beschaffungsmärkte im Lebensmittelhandel anhand von Produktgruppen ab. Es unterscheidet zudem zwischen Handelsmarken und Herstellermarkten. Beide gehören nach seiner Auffassung nicht demselben relevanten Markt an, da die Hersteller ihre Produktion in aller Regel nicht kurzfristig in die eine oder andere Richtung umstellen können.

5.6.1.2 Fusionskontrolle

1147. In der Fusionskontrolle wird ein Zusammenschluss untersagt oder muss modifiziert werden, wenn eine marktbeherrschende Stellung auf Beschaffungsmärkten entsteht oder verstärkt wird. So hat etwa das Bundeskartellamt die Übernahme der Plus-Märkte von Tengelmann durch EDEKA nur unter der Bedingung genehmigt, dass die geplante Einkaufskooperation der beiden Handelsunternehmen nicht realisiert wird.⁸⁶ In seinem Beschluss führt das Bundeskartellamt aus:

- Die fünf führenden Unternehmen des Lebensmittel-einzelhandels sind ein „Flaschenhals“ für den Zugang der Hersteller zu den Absatzmärkten.
- Die Abhängigkeit der Produzenten von Zweit- und Drittmarken ist deutlich höher als die der Produzenten von Erstmarken.
- Bei Erstmarken besteht im Grundsatz eine gegenseitige Abhängigkeit von marktstarken Produzenten und marktstarken Handelsunternehmen.
- Gleichwohl verfügt der Handel auch gegenüber den Produzenten unverzichtbarer Erstmarken über Disziplinierungsmöglichkeiten, wie das Auslisten von Zweit- oder Drittmarken desselben Herstellers oder Einschränkungen bei Marketingaktionen.

1148. Das Gesetz unterscheidet zwischen der Marktbeherrschung durch ein einzelnes Unternehmen (§ 19 Absatz 2 Satz 1 GWB, sog. Einzelmarktbeherrschung) und der Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmen (§ 19 Absatz 2 Satz 2 GWB, oligopolistische Marktbeherrschung). Zwei oder mehr Unternehmen sind nach § 19 Absatz 2 Satz 2 GWB marktbeherrschend, wenn sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen der Marktbeherrschung erfüllen und zwischen ihnen kein wesentlicher Wettbewerb besteht. Bei der Bewertung einer Oligopol-situation wird daher zunächst untersucht, ob die Bedingungen des Binnenwettbewerbs ein wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten begünstigen. Die Vermutungsschwellen für oligopolistische Marktbeherrschung

liegen bei einem gemeinsamen Marktanteil von 50 Prozent für maximal drei bzw. zwei Dritteln für maximal fünf Unternehmen. Dies gilt uneingeschränkt sowohl für Absatzmärkte als auch für Beschaffungsmärkte. Für den Außenwettbewerb sind insbesondere Marktanteils- und Ressourcenvorsprünge, aber auch Verflechtungen bzw. wirtschaftliche Abhängigkeiten zwischen den Oligopolisten und den Außenseitern relevant. Zusätzliche Kriterien für die Beurteilung oligopolistischer Marktbeherrschung sind der Grad der Markttransparenz, die Homogenität der Produkte sowie das tatsächliche Wettbewerbsgeschehen auf dem betreffenden Markt.

1149. Ein Fall von oligopolistischer Marktbeherrschung auf Beschaffungsmärkten für Lebensmittel wurde im Fall EDEKA/trinkgut im Jahr 2010 untersucht.⁸⁷ Dabei konnte das Bundeskartellamt keine bestehende oder durch den Zusammenschluss zu erwartende oligopolistische Marktbeherrschung durch EDEKA, REWE und die Schwarz-Gruppe auf den Beschaffungsmärkten für Herstellermarken in den Bereichen alkoholfreie Getränke und Wasser/Wasser mit Zusatz nachweisen. EDEKA, REWE und die Schwarz-Gruppe überschreiten auf den Beschaffungsmärkten für Herstellermarken sowohl für alkoholfreie Getränke als auch für Wasser/Wasser mit Zusatz die Vermutungsschwelle für oligopolistische Marktbeherrschung des § 19 Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 GWB. Die drei genannten Unternehmen bilden nach Ansicht des Bundeskartellamtes zwar ein Oligopol, das keinem wirklichen Außenwettbewerb ausgesetzt ist, und zudem bestehen Zweifel am Vorliegen von Binnenwettbewerb innerhalb des Oligopols. Interessant dabei ist insbesondere, dass sich aus Sicht des Bundeskartellamtes neben zahlreichen Parallelen zur Analyse von oligopolistischem Parallelverhalten auf Absatzmärkten auch einige Unterschiede auf Beschaffungsmärkten ergeben. So ist die für die Absatzmärkte nachzuweisende ausdrückliche oder stillschweigende Koordinierung des Verhaltens der Oligopolmitglieder anders zu bewerten. Im hier betroffenen Getränke-einzelhandel ist beispielsweise die enge Verknüpfung von Beschaffungs- und Ladenverkaufspreisen noch kombiniert mit einer hohen Transparenz über die Ladenverkaufspreise. Dadurch wird es den Unternehmen erleichtert, schlechtere Beschaffungskonditionen gegenüber der Konkurrenz näherungsweise zu erkennen und gegenüber den Lieferanten geltend zu machen. Schon dies kann zu einer Stabilisierung eines Oligopols führen, ohne dass es einer umfassenden tatsächlichen Koordinierung zwischen den Oligopolisten bedarf. Das Fehlen von Binnenwettbewerb – insbesondere das Fehlen von Wettbewerb um Lieferanten und Produktlistungen und Hinweise auf eingeschränkten Wettbewerb um Konditionen – konnte allerdings weder vor noch nach dem Zusammenschluss von EDEKA mit trinkgut mit ausreichender Sicherheit gezeigt werden. Die von den Beteiligten vorgebrachten Widerlegungsgründe konnten nicht entkräftet werden.⁸⁸ Dieses Beispiel zeigt anschaulich, dass die Erfassung und Würdigung von Nachfragemacht und ihren

⁸⁵ Vgl. eingehender Tz. 682 ff.

⁸⁶ Vgl. BKartA, B2-333/07, S. 3.

⁸⁷ BKartA, Beschluss vom 28. Oktober 2010, B2-52/10.

⁸⁸ Vgl. ebenda, S. 97 ff.

Folgen im Regelfall nicht einfach ist, was nicht zuletzt an einer fehlenden Fall- und Rechtspraxis liegt.⁸⁹

1150. Für den Bereich der europäischen Fusionskontrolle wird das Thema Nachfragemacht in den – grundsätzlich nicht mit Rechtsqualität versehenen – Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse behandelt.⁹⁰ Danach hat die Europäische Kommission bei einem Zusammenschluss zu prüfen, ob ein Abnehmer Nachfragemacht gegenüber seinen Lieferanten ausüben kann. Nachfragemacht wird hier als Verhandlungsmacht interpretiert, die ein Käufer gegenüber seinen Lieferanten ausspielen kann, wenn er glaubhaft androhen kann, zu anderen Lieferanten zu wechseln. Um zu ermitteln, ob eine Fusion den wirksamen Wettbewerb durch die Begründung oder Verstärkung von Nachfragemacht signifikant behindert, sind die Wettbewerbsbedingungen in den vorgelagerten Wertschöpfungsstufen zu analysieren und die positiven und negativen Effekte zu bewerten.⁹¹

1151. Die Feststellung von Marktbeherrschung auf Beschaffungsmärkten ist jedoch nicht einfach. Auf den Angebotsmärkten stellt die Verteilung der Marktanteile häufig einen guten Indikator für die Stellung eines Anbieters im Verhältnis zur Konkurrenz und zur Marktgegenseite dar. Für die Beschaffungsmärkte gilt dies nicht zwingend. Wie bereits in den vorangegangenen Abschnitten erläutert, manifestiert sich Nachfragemacht in (multiplen) bilateralen Austauschbeziehungen, die sich radikal unterscheiden können und daher nicht als eine auf die Marktgegenseite uniform einwirkende Kraft gesehen werden können.

1152. In der Praxis hat sich die Europäische Kommission für einen pragmatischen Ansatz entschieden, welcher auf einer durchschnittlichen Betrachtung relativer ökonomischer Ausweichmöglichkeiten zur Beurteilung der Marktbeherrschung eines Nachfragers abstellt. Die Kommission ging in zwei Fällen von Zusammenschlüssen im Lebensmitteleinzelhandel nach Befragungen der Hersteller davon aus, dass ein Abnehmer ab einem Anteil von 22 Prozent am Gesamtumsatz eines Lieferanten nur unter schwersten wirtschaftlichen Verlusten oder überhaupt nicht mehr ersetzbar ist. Unterhalb dieser Schwelle muss ein sich wirtschaftlich verhaltender Hersteller nach Aussage der befragten Hersteller in der Lage sein, die Umsatzrückgänge infolge des Ausfalls des Abnehmers zu verkraften.⁹²

1153. Nachfragemacht wird im Rahmen der Fusionskontrolle auch in Form der gegengewichtigen Marktmacht geprüft.⁹³ Beispielsweise kann Nachfragemacht

des Handels das Entstehen oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss von Herstellern auf Produktmärkten verhindern. Zuletzt hat die Europäische Kommission untersucht, ob die Angebotsmacht der fusionierten niederländischen Molkereien Campina und Friesland (70 bis 80 Prozent Marktanteil bei Frischmilch in Holland) durch die gegenwärtige Nachfragemacht des Handels relativiert wird.⁹⁴ Sie kam dabei zu dem Ergebnis, dass der Handel unter anderem deshalb keine gegengewichtige Marktmacht besitzt, weil er wegen der starken Marktposition der fusionierten Molkerei nicht glaubhaft mit einem Lieferantenwechsel drohen könne.

5.6.1.3 Missbrauchsaufsicht

1154. Ganz allgemein gilt, dass marktbeherrschende Unternehmen ihre Marktmacht nicht missbräuchlich ausnutzen dürfen. Im europäischen Recht wird die unmittelbare oder mittelbare Erzwungung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen als Verstoß gegen Artikel 102 lit. a) AEUV gewertet. Im nationalen Recht wird der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen in § 19 GWB geregelt. Ein Unternehmen ist gemäß § 19 Absatz 2 Nummer 2 GWB auch dann marktbeherrschend, wenn es im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung hat. Maßgeblich ist hierbei unter anderem die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen. Der Gesetzgeber hatte dieses Regelbeispiel in den Kriterienkatalog des § 19 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB aufgenommen, um insbesondere der Nachfragemacht des Handels entgegenwirken zu können. Unterschieden wird zwischen Behinderungs- und Ausbeutungsmissbräuchen. Bestimmte Verhaltensweisen marktbeherrschender Nachfrager, wie Diskriminierungs-, Verdrängungs- oder Bindungsstrategien, lassen sich hierunter subsumieren. Gesondert geregelt ist die sog. passive Diskriminierung (§ 20 Absatz 3 GWB). Unternehmen mit Nachfragemacht ist es verboten, andere Unternehmen im Geschäftsverkehr dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren. Seit Ende 2007 ist der Anwendungsbereich der Norm über kleine und mittlere Unternehmen hinaus auf alle abhängigen Nachfrager, unabhängig von ihrer Größe, erweitert worden. Die Monopolkommission hat diese Gesetzesänderung kritisiert.⁹⁵ Sie ist unter anderem der Auffassung, dass große Herstellerunternehmen keinen besonderen gesetzlichen Schutz benötigen, weil sie regelmäßig besser als kleine und mittlere Unternehmen in der Lage sind, sich gegen ungerechtfertigte Forderungen des Einzelhandels zu wehren.

1155. Schwierigkeiten bereitet oftmals der Nachweis missbräuchlichen Verhaltens, etwa die Unterscheidung von leistungs- und marktmachtbedingten Vorteilen. Die

⁸⁹ Vgl. KG, Beschluss vom 5. November 1986, Kart 15/84, WuW/E OLG 3917, 3927 ff. „Coop/Wandmaker“.

⁹⁰ Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Horizontal-Leitlinien), ABl. EU Nr. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5.

⁹¹ Vgl. ebenda, Rn. 64 ff.

⁹² Vgl. EU-Kommission, IV/M.1221, Rn. 98 ff., insbesondere Rn. 101; die Umsatzschwellen wurden ohne weitere Begründung übernommen in der Entscheidung vom 23. Juni 2008, COMP/M.5047 „REWE/ADEG“, Rn. 93 ff.

⁹³ Vgl. Horizontal-Leitlinien, Rn. 61.

⁹⁴ EU-Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2008, COMP/M.5046.

⁹⁵ Vgl. Monopolkommission, Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB, Sondergutachten 47, Baden-Baden 2007, Tz. 73 ff.

insgesamt geringe Anwendungspraxis der Kartellbehörden wird auch mit der Ross-und-Reiter-Problematik in Verbindung gebracht. Gemeint ist damit der Umstand, dass die Angst vor Auslistung durch den Einzelhandel die Lieferanten daran hindert, den Kartellbehörden Auskünfte über Missbräuche zu geben. In der Praxis gab es zu § 20 Absatz 3 GWB fast keine Fälle.⁹⁶ Die meisten der eingeleiteten Verfahren wurden ohne eine förmliche Entscheidung abgeschlossen. Die Ausnahme bilden Rabattforderungen für zurückliegende Zeiträume nach dem Zusammenschluss mit einem Nachfrager (sog. „Hochzeitsrabatte“), dem – wie sich durch den Zusammenschluss herausstellte – bessere Konditionen gewährt wurden. Das bekannteste Verfahren ist dasjenige gegen die METRO AG, der anlässlich des Erwerbs der Allkauf-Gruppe untersagt wurde, eine rückwirkende Konditionenanpassung zu fordern.⁹⁷

5.6.1.4 Einkaufskooperationen

1156. Einkaufskooperationen sind Vereinbarungen über die gemeinsame Beschaffung von Waren oder von gewerblichen Leistungen. Durch die Bündelung der Nachfrage lassen sich regelmäßige Transaktions-, Transport- und Lagerkosten sparen und wegen der damit verbundenen Größenvorteile günstigere Konditionen erzielen. Da insbesondere kleine und mittlere Unternehmen mit der Teilnahme an einer Einkaufskooperation überhaupt erst in die Lage versetzt werden, zu vergleichbaren Konditionen einzukaufen wie Großunternehmen, gelten Kooperationen unter bestimmten Umständen als wettbewerbsfördernd. Gleichwohl ist zu prüfen, ob sie dem Kartellverbot unterliegen.

1157. Bis zum Jahr 2005 waren Einkaufskooperationen kleiner und mittlerer Unternehmen explizit vom Kartellverbot freigestellt, soweit sie keinen über den Einzelfall hinausgehenden Bezugswang für die beteiligten Unternehmen begründeten (§ 4 Absatz 2 GWB a. F.). Zweck der Vorschrift war der Nachteilsausgleich für kleine und mittlere Unternehmen, d. h. der Ausgleich von Vorteilen, den Großunternehmen im Einkauf nur aufgrund ihrer Größe besitzen. Mit der am 1. Juli 2005 in Kraft getretenen 7. GWB-Novelle wurde diese wettbewerbspolitisch umstrittene Sonderbehandlung der Einkaufskooperationen eingestellt, § 4 GWB a. F. wurde ersatzlos gestrichen. Seitdem gilt bei Erfüllung der allgemeinen Freistellungs-voraussetzungen des Artikel 101 Absatz 3 AEUV sowie der §§ 2 und 3 GWB eine Legalfreistellung.

1158. Die Europäische Kommission hat in ihren Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit detail-

lierte Vorstellungen über die kartellrechtliche Behandlung von Einkaufskooperationen formuliert, an denen sich das Bundeskartellamt weitgehend orientiert.⁹⁸ Danach können Einkaufskooperationen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf den Beschaffungsmärkten und den nachgelagerten Verkaufsmärkten bewirken.⁹⁹ Verfügen die beteiligten Unternehmen auf den Beschaffungsmärkten über einen erheblichen Grad an Marktmacht, besteht die Gefahr, dass sie die Hersteller veranlassen, die Vielfalt und die Qualität ihrer Produkte zu verringern. Verfügen die gemeinsam einkaufenden Unternehmen auf den nachgelagerten Handelsmärkten über erhebliche Marktmacht, ist es wahrscheinlich, dass die Einkaufsvorteile nicht an die Endverbraucher weitergegeben werden. Liegt keine erhebliche Marktmacht vor, sind diese Bedenken allerdings gering. Die Europäische Kommission lässt offen, was genau sie unter erheblicher Marktmacht versteht, setzt diese aber nicht mit Marktbeherrschung gleich. Sie gibt auch keine Marktanteilsschwelle an, ab der davon auszugehen ist, dass eine Einkaufskooperation über Marktmacht verfügt. Für wenig wahrscheinlich hält sie das Bestehen von Marktmacht, wenn die an der Vereinbarung Beteiligten gemeinsam einen Marktanteil von weniger als 15 Prozent sowohl auf den Einkaufsmärkten als auch auf den Verkaufsmärkten besitzen. In diesem Fall sind die Voraussetzungen des Artikel 101 Absatz 3 AEUV für eine Freistellung vom Kartellverbot mit hoher Wahrscheinlichkeit erfüllt. Überschreitet der Marktanteil auf einem der Märkte oder auf beiden Märkten die Marktanteilsschwelle von 15 Prozent, ist auch nicht automatisch von wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen auszugehen. In diesem Fall wird lediglich eine eingehendere kartellrechtliche Prüfung notwendig. Kartellrechtlich kritisch ist die Vereinbarung eines Bezugswangs für die Kooperationsmitglieder. Kartellrechtswidrig wird dieser aber nur, wenn erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb in nachgelagerten Handelsmärkten zu erwarten sind. Per se wettbewerbsbeschränkend sind Einkaufsvereinbarungen, wenn sie als Mittel zur Verschleierung eines absatzseitigen Kartells dienen.¹⁰⁰

5.6.2 Initiativen zur Erweiterung des Instrumentariums zur Kontrolle von Nachfragemacht

5.6.2.1 Deutschland

1159. In Deutschland gibt es bereits seit längerer Zeit Diskussionen über die Möglichkeiten, Nachfragemacht insbesondere im Lebensmitteleinzelhandel wirksam zu kontrollieren. Das Bundeswirtschaftsministerium hatte schon im Jahre 1974 mit dem sog. „Sündenregister“ einen

⁹⁶ Vgl. BKartA, Nachfragemacht im Kartellrecht – Stand und Perspektiven, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 18. September 2008, Hintergrundpapier, S. 11, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/080715_AKK-Kartellrecht.pdf

⁹⁷ Vgl. BKartA, Entscheidung vom 26. Februar 1999, B9-51 1000-TV-133/98, WuW/E DE-V 94 „Metro MGE Einkaufs GmbH“; bestätigt durch BGH, Beschluss vom 24. September 2002, KVR 8/01 „Konditionenanpassung“.

⁹⁸ Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, a. a. O.; vgl. BKartA, Merkblatt über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen (Stand März 2007), S. 17.

⁹⁹ Vgl. Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, a. a. O., Rn. 200.

¹⁰⁰ BKartA, Nachfragemacht im Kartellrecht, a. a. O., S. 10.

Beispielkatalog von wettbewerbsverzerrenden Praktiken vorgelegt, die aus seiner Sicht zu marktmachtbedingten Einkaufsvorteilen von Handelsunternehmen führen.¹⁰¹ Das „Sündenregister“ reichte von „Eintrittsgeldern für Erstaufträge“ über „Regalmieten“ bis zu „Werbekostenzuschüssen“ und „Listungsgebühren“. In den folgenden Jahren wurde das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen mehrfach mit der Absicht geändert, die kartellrechtliche Kontrolle von Nachfragemacht zu verbessern.¹⁰² Initiativen dazu gingen im Jahr 2010 vom Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags und im Februar 2011 von der SPD-Bundestagsfraktion aus.

1160. Der Bundestagsausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz führte am 5. Juli 2010 eine öffentliche Anhörung zum Thema „Angebots- und Nachfragemacht des Lebensmitteleinzelhandels und die Auswirkungen auf die Verbraucher“ durch. Beteiligt wurden die Verbände der Deutschen Ernährungsindustrie, des Handels sowie der Bauern, die Verbraucherzentrale, die Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten sowie einzelne Sachverständige. Mehrheitlich wurde die These vertreten, dass die führenden Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels über Nachfragemacht verfügen. Es wurden unterschiedliche Vorschläge zur Erweiterung des bestehenden kartellrechtlichen Instrumentariums zur Kontrolle von Nachfragemacht sowie die Einführung zusätzlicher Instrumente gemacht.

1161. Als zusätzliches Instrument wurde von mehreren Seiten die Einführung eines Verhaltenskodex vorgeschlagen, der Vorgaben hinsichtlich der Gestaltung von vertraglichen Beziehungen zwischen Handel und Industrie macht, die von den Beteiligten entweder zwingend oder freiwillig einzuhalten sind. Als Beispiel wird dabei auf die britischen Erfahrungen mit dem „supermarkets code of practice“ bzw. die überarbeitete Version „grocery supply code of practice“ verwiesen. In Verbindung damit steht der zusätzliche Vorschlag, eine Beschwerdestelle in Form eines Ombudsmannes einzurichten, die als Anlaufstelle für Streitigkeiten zwischen Händlern und Herstellern dienen soll. Eine solche Schlichtungsstelle könnte entweder – wie vom Markenverband vorgeschlagen – privatwirtschaftlich organisiert oder staatlich eingesetzt werden.

1162. Andere Vorschläge betrafen Änderungen des Wettbewerbsrechts. Die im Jahr 2007 in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen befristet bis Ende 2012 aufgenommenen handelsspezifischen Vorgaben im Bereich der Missbrauchsaufsicht – Erweiterung des Schutzbereichs des § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB auf große Unternehmen und das generelle Verbot des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis gemäß § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 GWB – sollen 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. Zur Lösung der sog. Ross- und Reiter-Problematik (Lieferanten sind aus Angst vor Vergeltungsmaßnahmen mit Beschwerden gegenüber dem Bundeskartellamt zurückhaltend) soll es auf diese Weise möglich werden, die Anonymität von Herstellerunternehmen zu wahren, die von vermeintlich missbräuchlichen Einkaufskonditionen betroffen sind.

1163. In einem Antrag der SPD-Bundestagsfraktion an den Deutschen Bundestag vom 23. Februar 2011 werden als Maßnahme gegen den Missbrauch von Marktmacht auf den Beschaffungsmärkten des Handels die Einrichtung einer unabhängigen Ombudsstelle sowie die Neuregelung des Verbots von Verkäufen unter Einstandspreisen eingefordert.¹⁰³ Die Ombudsstelle soll Beschwerden zu vermeintlich unfairen Einkaufspraktiken entgegennehmen können, Ermittlungen und Untersuchungen zu solchen Einkaufspraktiken durchführen können, mit Auskunftsrechten gegenüber Unternehmen ausgestattet sein und Streitschlichtungsbefugnisse besitzen. Zudem soll eine Liste unzulässiger Einkaufspraktiken, wie der rückwirkenden Änderung von Verträgen und der Zahlung sog. Hochzeitsboni, erstellt und in das Kartellrecht integriert werden.

5.6.2.2 Europäische Union

1164. Auf europäischer Ebene gab es in den letzten Jahren Initiativen von mehreren Institutionen zur Erweiterung des Instrumentariums im Zusammenhang mit der Behandlung von Nachfragemacht. In diesem Abschnitt werden die wichtigsten Vorschläge in chronologischer Reihenfolge erläutert.

1165. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss¹⁰⁴ verabschiedete am 3. Dezember eine Initiativstellungnahme.¹⁰⁵ Darin werden verschiedene Maßnahmen vorgeschlagen. Von besonderer Bedeutung ist der Vorschlag, einen freiwilligen Verhaltenskodex zur Regelung der Beziehungen zwischen Einzelhändlern und Lieferanten einzuführen. Die Erarbeitung des Verhaltenskodex

¹⁰³ Vgl. Bundestagsdrucksache 17/4874.

¹⁰⁴ Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss wurde 1957 eingerichtet und ist ein beratendes Organ der Europäischen Union, das den zentralen EU-Organen (Europäische Kommission, Rat, Europäisches Parlament) mitberatend zur Seite steht. Zu diesem Zweck erarbeitet der Ausschuss Stellungnahmen zu EU-Legislativvorschlägen und behandelt in Initiativstellungnahmen weitere Themen, die seiner Meinung nach aufgegriffen werden sollten. Die Mitglieder vertreten eine breite Palette an Interessen in ihren Mitgliedstaaten. Sie gehören einer von drei Gruppen an: „Arbeitgeber“, „Arbeitnehmer“ und „Verschiedene Interessen“ (d. h. Landwirte, Verbraucher, Umweltschutzorganisationen, Familienverbände usw.).

¹⁰⁵ Vgl. Die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Entwicklung großer Einzelhandelsunternehmen und Auswirkungen auf ihre Zulieferer und die Verbraucher“, ABl. EU Nr. C 175 vom 28. Juli 2009, S. 57 ff.

¹⁰¹ Vgl. Wettbewerbsverzerrungen – Beispielkatalog des Bundeswirtschaftsministeriums, Wettbewerb in Recht und Praxis, 1/1975, S. 24–31.

¹⁰² Ein Überblick findet sich in IfH/BBE Retail Experts, Angebots- und Nachfragemacht, a. a. O., S. 28 ff.

könnte auf nationaler Ebene erfolgen und sich auf schriftliche Vereinbarungen zwischen den Einzelhandelsunternehmen und Lieferanten stützen. Der Kodex könnte sich auf alle Geschäftsvorgänge in der gesamten Wertschöpfungskette („vom Hof auf den Tisch“) beziehen.

1166. Ein solcher Kodex würde laut dem Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss die Flexibilität im Handel und bei den Verhandlungen erhalten, eine Anpassung an plötzliche Änderungen der Bedingungen erlauben, und sowohl Lieferanten als auch Einzelhändlern Vorteile verschaffen, gleichzeitig aber große Einzelhändler und/oder große Lieferanten an der Ausübung von Nachfragemacht oder der Anwendung missbräuchlicher Praktiken hindern.

1167. Der Verhaltenskodex soll insbesondere folgende Punkte umfassen:

- standardisierte Geschäftsbedingungen zwischen Einzelhändler und Lieferanten, in denen auch konkrete Fristen für die Mitteilung von Änderungen dieser Bedingungen, einschließlich der Beendigung von Verträgen, festgelegt sind;
- eine nachträgliche Senkung bereits vereinbarter Preise durch Ausübung von Druck durch Nachfragemacht soll untersagt sein;
- keine Verpflichtung unter Anwendung von Druck, sich über den in der ursprünglichen Vereinbarung festgelegten Betrag hinaus zu den Vermarktungs- und Vertriebskosten zu beteiligen;
- keine Ausgleichszahlungen des Lieferanten für entgangene Gewinne des Einzelhändlers, es sei denn, diese wurden im Voraus festgelegt oder vereinbart oder der Zulieferer liefert nicht die angeforderten Mengen;
- keine Rückgabe unverkaufter Waren, außer in begründeten, vertraglich vereinbarten Fällen;
- keine Zahlungen für Schwund, Fahrlässigkeit oder Mängel über die im ursprünglichen Vertrag eindeutig festgelegten Verpflichtungen hinaus;
- keine Pauschalzahlungen zur Sicherung von Aufträgen oder Positionierungen; in Bezug auf Werbeaktionen müssen alle Zahlungen eindeutig und transparent aufgeführt sein;
- alle Werbeaktionen müssen von beiden Seiten im Voraus vereinbart werden; die Vereinbarungen müssen auch eine eindeutige Benachrichtigungsfrist umfassen; die Bedingungen für die Werbemaßnahmen müssen in schriftlicher Form und transparent festgehalten werden;
- Fehleinschätzungen des Einzelhändlers dürfen, auch während der Werbeaktionen, nicht an den Lieferanten weitergegeben werden; bei Schätzungen, die zusammen mit dem Zulieferer vorgenommen werden, müssen die Bedingungen schriftlich festgehalten werden;
- die Eigenschaften und die Produktionsbedingungen der verkauften Waren, insbesondere der importierten Waren, sind von den Herstellern und Einzelhändlern

im Einklang mit den Erwartungen der Verbraucher zur Verfügung zu stellen.

1168. Alle Mitarbeiter des Einzelhändlers in den relevanten Bereichen müssen diesen Kodex kennen. Zudem sollten die Einzelhändler einen Beauftragten für die Einhaltung des hauseigenen Kodex ernennen.

1169. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss empfiehlt zusätzlich die Einsetzung eines Mediators bzw. Ombudsmannes auf nationaler Ebene, der Streitigkeiten schlichtet, die Umsetzung des Kodex bewertet und überwacht und der befugt sein sollte, von allen Beteiligten Informationen einzuholen und proaktiv zu untersuchen, ob Verstöße gegen den Verhaltenskodex vorliegen.

1170. Zur Sicherstellung einer wirksamen Umsetzung des Kodex soll eine staatliche Institution (insbesondere die nationale Wettbewerbsbehörde) in regelmäßigen Abständen die Berichte des Mediators bzw. Ombudsmannes über problematische Praktiken prüfen, die es ihr ermöglichen, direkt von den Einzelhändlern/Lieferanten Informationen einzuholen und eine Ausgangsanalyse sowie eine Bilanz der in der Branche erzielten Fortschritte auszuwerten. Im Falle wiederholter Vorwürfe könnten angemessene Rechtsvorschriften ausgearbeitet werden. Die betreffende staatliche Behörde sollte außerdem angehalten werden, allen an der Lieferkette Beteiligten den Zweck und den Vorteil eines solchen Verhaltenskodex zu vermitteln und seine Einhaltung durchzusetzen.

1171. Das Europäische Parlament hat am 26. März 2009 einen Beschluss zur Struktur und zu den Verhaltensweisen in der Wertschöpfungskette für Lebensmittel gefasst.¹⁰⁶ Darin werden verschiedene Maßnahmen angeregt und Empfehlungen ausgesprochen. Zu nennen sind insbesondere die folgenden Punkte:

- die Schaffung eines wirkungsvollen EU-Systems zur Marktüberwachung, mit dem Preistrends und Betriebsmittelkosten der gesamten Wertschöpfungskette erfasst werden. Dieses System soll Transparenz gewährleisten und grenzübergreifende Vergleiche zwischen ähnlichen Erzeugnissen ermöglichen. Es soll in enger Zusammenarbeit mit Eurostat und den nationalen Statistikbehörden eingerichtet werden und mit dem Netz der europäischen Verbraucherzentren kooperieren;
- die Schaffung eines gemeinschaftlichen Rechtsrahmens, durch den ausgewogene Beziehungen zwischen den verschiedenen Akteuren der Wertschöpfungskette begünstigt, missbräuchliche Praktiken verhindert und eine gerechtere Aufteilung der Handelsspannen gefördert werden;
- Wettbewerbsbehörden auf nationaler und EU-Ebene werden aufgefordert, die Verbraucherpreise in der gesamten Europäischen Union zu untersuchen und zu bewerten, um die Einhaltung der Wettbewerbsregeln

¹⁰⁶ Vgl. Lebensmittelpreise in Europa, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26. März 2009 zu Lebensmittelpreisen in Europa, ABl. EU Nr. C 117 E vom 6. Mai 2010, S. 180.

zu gewährleisten und die Verantwortung der verschiedenen Akteure zu bestimmen, die die Wertschöpfungskette bilden;

- die Schaffung einer für die Bürger leicht zugänglichen EU-weiten Datenbank mit Referenzpreisen für Erzeugnisse und Betriebsmittel sowie Informationen über Kosten für Energie, Löhne, Mieten, Gebühren und Abgaben aus der gesamten Europäischen Union;
- Untersuchungen und Analysen zur Preisweitergabe und zu den Margen zwischen dem Ab-Hof- und dem Endverbraucherpreis sowie eine Analyse der Lage und Anzahl der Supermärkte, ihrer Umsätze und ihrer spezifischen Kosten für Logistik und Energieaufwand;
- die Unterstützung der Zusammenarbeit zwischen kleinen landwirtschaftlichen Erzeugern, damit diese mit Großproduzenten, verarbeitenden Großbetrieben und Großhändlern konkurrieren können;
- die Unterstützung der verschiedenen Rechtsformen für Zusammenschlüsse, um eine stärkere Konzentration des landwirtschaftlichen Angebots zu fördern, wodurch die Verhandlungsposition gegenüber den übrigen Akteuren – insbesondere dem Handel – gestärkt werden soll;
- die Einrichtung einer ständig besetzten telefonischen Auskunftsstelle für Konsumenten und landwirtschaftliche Erzeuger, bei der missbräuchliches Verhalten gemeldet werden kann und über die Informationen zu vergleichbaren Erzeugnissen und Preisen aus der gesamten Europäischen Union eingeholt werden können;
- eine Analyse der Wertschöpfungskette, um die Rolle der einzelnen Akteure in der Preisbildungskette besser zu verstehen.

1172. Am 17. März 2009 hat die High Level Group¹⁰⁷ on the Competitiveness of the Agro-food Industry unter dem Dach der Europäischen Kommission ihren Abschlussbericht vorgelegt.¹⁰⁸ Darin werden Empfehlungen zu fünf Bereichen ausgesprochen (Agrar- und Umweltpolitik, die Regulierung des EU-internen Marktes für Lebensmittel, die Regulierung der Wertschöpfungskette, Forschung und Innovation sowie Außenhandel).

1173. Im vorliegenden Zusammenhang sind die Ausführungen zu den Beziehungen zwischen den Akteuren in der Wertschöpfungskette von besonderer Bedeutung. Es wird die Gefahr gesehen, dass Nachfragemacht bei schwachem Wettbewerb auf der Endstufe antikompetitive Verhaltensweisen („anti-competitive practices“) initiieren kann, wodurch die Wohlfahrt der Konsumenten reduziert werden kann. Als Vision werden unter anderem der Wett-

bewerb und faire und ausbalancierte Beziehungen in der Wertschöpfungskette erklärt. Die High Level Group gibt insgesamt 30 Empfehlungen ab. Zu betonen sind insbesondere:

- der Aufbau eines Systems zur Erfassung von Preisen und sonstigen Vertragsbedingungen, um die Verhandlungsposition und die Zusammenarbeit der kleinen und mittleren Hersteller zu stärken („n°14“);
- die Etablierung eines Forums auf europäischer Ebene, welches sich mit den Beziehungen der Akteure in der Wertschöpfungskette befassen soll. Das Ziel dabei ist ein Verhaltenskodex für die gesamte Union („n°15“);
- die Analyse der Auswirkung von Handelsmarken auf die vorgelagerten Stufen in der Wertschöpfungskette, um eventuell durch Eingriffe die Verhandlungsstärke des Handels einzuschränken („n°16“).

1174. Die Europäische Kommission hat am 30. Juli 2010 die Einsetzung eines „High Level Forum for a Better Functioning Food Supply Chain“ beschlossen.¹⁰⁹ Mitglieder des High-Level-Forums sind ausgewählte Mitgliedstaaten, Firmen der europäischen Lebensmittelindustrie und des Lebensmitteleinzelhandels sowie Interessenverbände. Die Leitung haben verschiedene Generaldirektionen der Europäischen Union (GD Unternehmen, GD Binnenmarkt, GD Gesundheit und Verbraucherschutz sowie GD Landwirtschaft). Ziel des High-Level-Forums ist es, die Europäische Kommission bei der Entwicklung von konkreten Maßnahmen zu unterstützen. Als Grundlage dient dabei der Bericht der High Level Group und deren Empfehlungen bzw. deren Zeitplan. Die Tätigkeit des High Level Forums ist gegenwärtig noch nicht abgeschlossen. Sein Mandat endet am 31. Dezember 2012.

1175. Das Europäische Parlament hat sich am 19. Januar 2012 erneut mit der Frage der Ungleichgewichte in der Lebensmittelversorgungskette befasst und dazu eine entsprechende Entschließung verabschiedet. Darin bemängelt es die nach wie vor in den vertikalen Geschäftsbeziehungen entlang der Wertschöpfungskette angewandten unfairen Praktiken und fordert die Europäische Kommission auf, gesetzliche Maßnahmen zur Gewährleistung fairer Geschäftsbeziehungen zwischen Herstellern, Lieferanten und Händlern von Lebensmitteln vorzulegen. Zusätzlich sei eine strenge und objektive Definition missbräuchlicher und unfairer Praktiken erforderlich, verbunden mit einem effizienten Kontroll- und Sanktionsmechanismus. Die Kommission müsse zudem eine aktivere Rolle beim Monitoring von Preisentwicklungen und beim Thema der Transparenz einnehmen.¹¹⁰

1176. Antonio Tajani, Kommissar für Unternehmen und Industrie und Vizepräsident der Europäischen Kommis-

¹⁰⁷ Projektgruppe der Europäischen Kommission zu einem bestimmten Thema, der neben Vertretern der Kommission Vertreter der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Vertreter der Wirtschaft, von Verbänden und ausgewählte „Beobachter“ angehören.

¹⁰⁸ High Level Group, Report on the Competitiveness of the Agro-Food Industry, 17 March 2009, http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/files/high_level_group_2008/documents_hlg/final_report_hlg_17_03_09_en.pdf

¹⁰⁹ Vgl. Beschluss der Kommission vom 30. Juli 2010 zur Einrichtung eines Hochrangigen Forums für die Verbesserung der Funktionsweise der Lebensmittelversorgungskette, ABl. EU Nr. C 210 vom 3. August 2010, S. 4.

¹¹⁰ Vgl. Protokoll der Sitzung vom 19. Januar 2012, ABl. EU Nr. C 111 E vom 18. April 2012, S. 47.

sion, hat in der Aussprache im Europäischen Parlament am 19. Januar 2012 angekündigt, dass bis Mitte 2012 von den Beratungen der betroffenen Akteure Vorschläge erwartet werden. Sollte eine Einigung nicht erfolgen, werde die Kommission einen legislativen Vorschlag erarbeiten. Ferner beabsichtige die Kommission, eine Mitteilung zu unfairen Handelspraktiken vorzulegen.¹¹¹

5.6.3 Wettbewerbliche Beurteilung

1177. Die nationalen und europäischen Initiativen zur Erweiterung des Instrumentariums für die Kontrolle von Nachfragemacht lassen sich aus der wettbewerbspolitischen Sicht auf folgende Maßnahmen reduzieren. Im geltenden Wettbewerbsrecht sollen

- die Erweiterung des Schutzbereichs des § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB auf große Unternehmen und
- das Verbot des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreis gemäß § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 2 GWB dauerhaft beibehalten werden;
- die Definition des Einstandspreises in § 20 Absatz 4 GWB im Hinblick auf eine bessere Anwendbarkeit und die rechtliche Durchsetzbarkeit der Vorschrift konkretisiert werden;
- unzulässige Einkaufspraktiken per se verboten und
- § 33 GWB um einen weitreichenden Auskunftsanspruch von Verbänden erweitert werden.

Zusätzlich diskutiert wird

- die Einführung eines Verhaltenskodex, der Vorgaben hinsichtlich der Gestaltung von vertraglichen Beziehungen zwischen Handel und Industrie macht,
- die Einrichtung einer Beschwerdestelle in Form eines Ombudsmannes, die als Anlaufstelle für Streitigkeiten zwischen Händlern und Herstellern dienen soll sowie
- die Schaffung einer noch nicht näher beschriebenen Transparenzstelle, die Preise und gegebenenfalls andere Vertragskonditionen entlang der Wertschöpfungskette „vom Hof bis auf den Tisch“ beobachten und analysieren soll.

5.6.3.1 Ausweitung des Schutzbereichs des § 20 Absatz 3 GWB auf große Unternehmen

1178. Nach § 20 Absatz 3 GWB dürfen marktbeherrschende Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Sinne des § 20 Absatz 1 GWB ihre Marktstellung nicht dazu ausnutzen, andere Unternehmen im Geschäftsverkehr dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren. Dasselbe gilt für marktstarke Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen. Die Vorschrift des § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB erfasst Fälle, in

denen marktbeherrschende oder marktstarke Unternehmen ihre Stellung dazu ausnutzen, sich von ihren Lieferanten Sondervorteile bei Preisen, Rabatten oder Konditionen einräumen zu lassen. Es handelt sich damit um Fälle der sog. „passiven Diskriminierung“. Dabei wird die diskriminierende Handlung zwar vom Lieferanten ausgeführt, der mit seinen Nachfragern unterschiedliche Konditionen vereinbart; zuzurechnen ist sie jedoch dem Nachfrager, weil dieser den Anbieter mittels seiner Nachfragemachtposition zur Diskriminierung zwingt.

1179. Bis zum Jahr 2007 war der Schutzbereich des § 20 Absatz 3 GWB auf kleine und mittlere Unternehmen begrenzt. Mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007¹¹² wurde der Schutzbereich der Vorschrift – befristet bis zum 31. Dezember 2012 – auf große Unternehmen ausgedehnt. Begründet wurde dies zum einen mit den Wettbewerbsnachteilen für kleine und mittlere Konkurrenten der großen Handelsunternehmen. Anders als Letztere seien diese nicht imstande, Vorteile im Sinne des § 20 Absatz 3 GWB von ihren Lieferanten zu fordern. Sie müssten sogar damit rechnen, dass die gegenüber großen Handelsunternehmen gewährten Vorteile bei ihnen im Sinne des beschriebenen Wasserbetteffektes wieder „hereingeholt“ würden. § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB als Schutznorm für kleine und mittlere Handelsunternehmen laufe daher stets dann leer, wenn es sich bei den Lieferanten um große Unternehmen handle. Zum anderen würden die großen Lieferanten selbst schutzlos gestellt. Dies sei sachlich nicht zu rechtfertigen, weil auch große Anbieter von Handelsunternehmen abhängig sein könnten. Große Lieferanten seien auch nicht besser als ihre kleineren Wettbewerber in der Lage, sich gegen sachlich nicht gerechtfertigte Forderungen der Handelsunternehmen zu schützen.

1180. Der vorliegende Regierungsentwurf für eine 8. GWB-Novelle schlägt nun wiederum vor, diese Erweiterung des Schutzbereichs am Ende des Jahres 2012 auslaufen zu lassen.¹¹³ Aus der kartellbehördlichen Praxis hätten sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass große Unternehmen in besonderem Maße vor einem „Anzapfen“ durch Handelsunternehmen geschützt werden müssten. Zudem hat die Vorschrift in der Kartellrechtspraxis mit lediglich zwei praktischen Anwendungsfällen in fast vier Jahren eine nur geringe Bedeutung erlangt. Die Erweiterung des Schutzbereichs auf alle abhängigen Unternehmen habe zwar zu Nachweiserleichterungen bezüglich des Tatbestandsmerkmals der Größe des abhängigen Unternehmens geführt. Allerdings seien große Unternehmen in der Regel selbst in der Lage, sachlich nicht gerechtfertigte Forderungen ihrer Vertragspartner abzuwehren.

¹¹² BGBl. I S. 2966.

¹¹³ Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 28. März 2012, Aches Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), Bundesratsdrucksache 176/12 vom 30. März 2012, S. 24.

¹¹¹ Vgl. Handelsverband Deutschland (HDE), Newsletter Europa, 27. Januar 2012, S. 3.

1181. Die Monopolkommission begrüßt das Vorhaben, die Ausweitung des Anwendungsbereichs auf große Unternehmen auslaufen zu lassen.¹¹⁴ Sie hat sich schon während des seinerzeitigen Gesetzgebungsverfahrens zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gegen eine Erweiterung des Schutzbereichs von § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB ausgesprochen und bewertet die Regelung insgesamt kritisch.¹¹⁵ § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB erlaubt es der Kartellbehörde, in die Preis- und Konditionengestaltung zwischen Handels- und Herstellerunternehmen einzugreifen. Die Gestaltung von Preisen und Konditionen ist jedoch ein wichtiger Parameter im Wettbewerb der Handelsunternehmen untereinander. Durch behördliche Eingriffe in die Konditionengestaltung wird der Wettbewerb insbesondere zwischen den großen Handelsunternehmen reduziert. Aufseiten der Verbraucher sind negative Auswirkungen in Form höherer Preise zu befürchten. Ein weiterer Nachteil der Vorschrift liegt darin, dass sie bestehende Vertriebsstrukturen begünstigen kann. Denn § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB eröffnet abhängigen Anbietern die Möglichkeit, einzelne Vertragskonditionen durch die Wettbewerbsbehörden auf ihre Missbräuchlichkeit überprüfen zu lassen. Es besteht daher die Gefahr, dass sich Hersteller im Einzelfall eher auf einen Eingriff der Wettbewerbsbehörden verlassen, als selbst alle Anstrengungen zu unternehmen, ihre Vertriebspolitik zu differenzieren und dadurch Abhängigkeitsverhältnisse von vornherein zu vermeiden.

1182. Die Einbeziehung großer Hersteller in den Schutzbereich der Vorschrift ist auch deshalb abzulehnen, weil diese regelmäßig eher als kleine und mittlere Produzenten in der Lage sind, sich gegen sachlich nicht gerechtfertigte Forderungen des Einzelhandels zu wehren. Sie verfügen oft über Größenvorteile bei der Produktion und können daher meist günstiger produzieren als ihre kleineren Wettbewerber. Außerdem besitzen sie im Vergleich zu jenen häufig bessere Ausweichmöglichkeiten. Sie sind wegen ihrer größeren finanziellen Ressourcen eher in der Lage, die mit einem Nachfragerwechsel auftretenden Kosten zu tragen. Da große Hersteller häufig international tätig sind, bestehen ferner regelmäßig mehr Möglichkeiten, neue Vertriebspartner – auch im Ausland – zu finden. Eines besonderen Schutzes seitens des Kartellrechts und der Wettbewerbsbehörden bedarf es daher nicht.

1183. Daneben ist zu bedenken, dass eine Einbeziehung von großen Herstellern in den Anwendungsbereich des § 20 Absatz 3 GWB jedenfalls mittelbar negative Auswirkungen auf deren kleinere Wettbewerber haben kann. Große Lieferanten könnten dann mit behördlicher Unterstützung gegen ungünstige Konditionen vorgehen. Ohne diese Möglichkeit wären sie hingegen eventuell eher bereit, Vertragsverhandlungen oder laufende Geschäftsbeziehungen abubrechen. Dies würde anderen Anbietern – auch kleinen und mittleren Unternehmen – eine Chance

zum Markteintritt oder zum Ausbau ihrer Marktposition verschaffen.

5.6.3.2 Verbot von Verkäufen unter Einstandspreisen

1184. Ebenfalls im Jahr 2007 eingeführt – und bis Ende 2012 befristet – wurde das generelle Verbot von Verkäufen unter Einstandspreisen gemäß § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 GWB.¹¹⁶ Bis dahin war bei Lebensmitteln der Verkauf unter Einstandspreis zulässig, wenn er nur gelegentlich erfolgte. Nachdem noch im Referentenentwurf zur 8. GWB-Novelle vorgesehen war, auch das generelle Verbot von Lebensmittelverkäufen unter Einstandspreis zum Ende des Jahres 2012 auslaufen zu lassen, sieht der Regierungsentwurf die Verlängerung der Vorschrift um weitere fünf Jahre – bis Ende des Jahres 2017 – vor. Die Monopolkommission sieht dieses Vorhaben der Bundesregierung kritisch. Sie hat sich bisher stets für eine Abschaffung des Verbots von Untereinstandspreisverkäufen eingesetzt.¹¹⁷ Gegen das Verbot sprechen mehrere Argumente.

1185. Es gibt eine Reihe gerechtfertigter Argumente für Verkäufe unter Einstandspreisen. Dazu gehören z. B. der Abverkauf von Lebensmitteln, die vom Verderben bedroht sind oder die Durchführung gezielter Marketingaktionen, bei denen Produkte, die besonders im Fokus der Verbraucher stehen, unter Einstandspreis angeboten werden. Letztere Strategie macht sich die Neigung der Endkunden für ein sog. One-Stop-Shopping zunutze und stellt für den Ausgleich etwaiger Verluste auf die Möglichkeiten einer Mischkalkulation ab. Aus Sicht der Unternehmen ist die Werbung mit Untereinstandspreisen besonders effizient, da sie Kunden anzieht und nur dann zu Verlusten führt, wenn tatsächlich Einkäufe getätigt werden. Eine solche Preispolitik hat nichts mit einer wettbewerbswidrigen Verdrängungsstrategie gemeinsam. Sie ist vielmehr Ausdruck von Wettbewerb, der darüber hinaus den Verbrauchern zugutekommt, da diese von günstigen Preisen profitieren. Diese Strategie steht prinzipiell jedem – auch einem mittelständischen – Einzelhändler offen. Im Übrigen würde der Versuch, durch Verkäufe unter Einstandspreis konkurrierende Handelsunternehmen vom Markt zu verdrängen, in aller Regel scheitern. Eine solche Strategie dürfte sich nicht nur auf wenige Produkte und kürzere Zeiträume erstrecken, sondern müsste größere Teile der Sortimente umfassen und auf längere Sicht durchgehalten werden. Selbst wenn es damit gelänge, einzelne Wettbewerber aus dem Markt zu drängen, wäre es äußerst unwahrscheinlich, dass die dabei in Kauf zu nehmenden Verluste auf den Handelsmärkten wieder aufgeholt werden könnten.

1186. Aus ökonomischer Sicht ist unklar, auf welche Weise ein striktes Verbot von Untereinstandspreisverkäufen

¹¹⁴ Vgl. Monopolkommission, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Sondergutachten 63, Baden-Baden 2012, Tz. 80.

¹¹⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 47, a. a. O.

¹¹⁶ Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007, BGBl. I S. 2966.

¹¹⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 47, a. a. O., Tz. 54 ff.; Sondergutachten 63, a. a. O., Tz. 84 f.

fen 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.

1187. Nicht zuletzt war die Norm in der Praxis stets mit Anwendungsproblemen behaftet und gilt seit dem Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf im Fall Rossmann als praktisch kaum mehr durchsetzbar.¹¹⁸ Problematisch ist bereits die Feststellung der Einstandspreise im Lebensmitteleinzelhandel. Schwierigkeiten bereitet insbesondere die Zuordnung von Rabatten und Boni, welche die Geschäftsbeziehungen zwischen Handels- und Herstellerunternehmen prägen. Die größten Probleme bereitet dabei die Zuordnung von Werbekostenzuschüssen, weil es sich hier um die werthaltigste Bezugsvergünstigung handelt. Können die Werbekostenzuschüsse nicht nur dem gesamten Bezugssortiment, sondern auch einzelnen Produkten zugeordnet werden, können Einstandspreise – zumindest in Verbindung mit anderen Rabatten und Boni – fast beliebig reduziert werden. Diese Praxis hat das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Urteil vom 12. November 2009 im Fall Rossmann bestätigt.¹¹⁹ Das Urteil ist rechtskräftig, da der Bundesgerichtshof die Rechtsbeschwerde am 9. November 2010 verworfen hat. Seit dem Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf läuft das Verbot der Untereinstandspreisverkäufe faktisch ins Leere.

1188. Die Forderung, innerhalb des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen den Begriff des Einstandspreises zur besseren Anwendbarkeit und rechtlichen Durchsetzbarkeit von § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 GWB zu konkretisieren, würde in der Sache nicht weiterhelfen. Die mangelnde Anwendbarkeit und Durchsetzbarkeit liegt nicht darin begründet, dass der Begriff des Einstandspreises rechtlich unbestimmt ist. Der Gesetzgeber hatte bei der Einführung des Verbots von Untereinstandspreisverkäufen solche Auslegungsfragen der Verwaltungspraxis und der Rechtsprechung überlassen. Das Bundeskartellamt hat daher im Jahr 2003 Auslegungsgrundsätze zur Anwendung des § 20 Absatz 4 Satz 2 GWB vorgelegt und dabei konkret definiert, wie es den Einstandspreis bestimmt.¹²⁰ Die Anwendungsprobleme der Vorschrift wurden dadurch allerdings nicht geringer. Es ist auch nicht zu erwarten, dass dies der Fall wäre, wenn der Einstandspreis im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen definiert und z. B. die Zuordnung einzelner Rabatte und Boni auf die Sortimentsbestandteile gesetzlich geregelt wäre. Die Monopolkommission wie-

derholt an dieser Stelle ihre Auffassung, dass das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreisen nicht im Sinne einer besseren Anwendbarkeit konkretisiert, sondern ersatzlos gestrichen werden sollte.

5.6.3.3 Verbot unzulässiger Einkaufspraktiken

1189. In der Anhörung des Bundestagsausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz zum Thema „Angebots- und Nachfragemacht des Lebensmitteleinzelhandels“ wurde unter anderem vorgeschlagen, bestimmte Einkaufspraktiken im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als unzulässig einzustufen, und zwar unabhängig davon, ob sie gegenüber abhängigen Lieferanten praktiziert werden.¹²¹ Die Monopolkommission lehnt eine solche gesetzliche Regelung ab. Dagegen spricht zunächst, dass generell missbräuchliche Einkaufspraktiken gegenüber abhängigen Lieferanten gemäß § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB ohnehin unzulässig sind. Ein ausdrückliches gesetzliches Verbot bestimmter Einkaufspraktiken ist daher überflüssig. Solche Verbote sind auch nicht notwendig, um unabhängige Lieferanten vor Missbräuchen zu schützen. Diese können – eben wegen des Fehlens von Abhängigkeiten – einem Handelsunternehmen wirksam mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehungen drohen, wenn das Handelsunternehmen versuchen sollte, ungünstige Einkaufspraktiken oder Beschaffungskonditionen durchzusetzen. Hinzu kommt, dass Beschaffungskonditionen in der einen Ausgestaltungsform missbräuchlich und in einer anderen Ausgestaltungsform unbedenklich sein dürften. Ein Per-se-Verbot würde die Gestaltungsspielräume der Vertragspartner unnötig einschränken. Der problematischste Aspekt derartiger Vorgaben ist daher, dass die Unternehmen zu ineffizienten Umgehungsstrategien gezwungen würden. Nicht auszuschließen ist zudem, dass sich Einkaufspraktiken häufiger ändern und dies jeweils Gesetzesanpassungen notwendig machen könnte.

1190. Die Monopolkommission erkennt zwar nicht, dass es Einkaufspraktiken und Konditionenvereinbarungen gibt, bei denen es eine Vermutung für die Missbräuchlichkeit gibt, wenn sie gegenüber abhängigen Lieferanten praktiziert werden. Es spricht auch nichts dagegen, solche Praktiken etwa in Auslegungsgrundsätzen des Bundeskartellamtes zu benennen. Es sollte aber unbedingt dabei bleiben, die Missbräuchlichkeit solcher Praktiken nicht per se zu unterstellen, sondern im Einzelfall zu prüfen.

5.6.3.4 Auskunftsanspruch für Verbände in § 33 GWB

1191. Angeregt durch den Markenverband wurde die Einführung eines weitreichenden Auskunftsanspruchs von Verbänden gegenüber Handelsunternehmen, um ins-

¹¹⁸ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a. a. O., Tz. 436.

¹¹⁹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. November 2009, VI-2 Kart 9/08 Owi.

¹²⁰ Vgl. BKartA, Bekanntmachung Nr. 124/2003 zur Anwendung des § 20 Absatz 4. Satz 2 GWB (Angebot unter Einstandspreis), S. 4 f.

¹²¹ Vgl. Stellungnahme der Oxfam Deutschland zu der öffentlichen Anhörung „Angebots- und Nachfragemacht des Lebensmitteleinzelhandels und die Auswirkungen auf die Verbraucher“ des Bundestagsausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 5. Juli 2010, S. 17.

besondere die Anonymität betroffener Herstellerunternehmen zu wahren und auf diese Weise die sog. Ross-und-Reiter-Problematik zu entschärfen. Dazu soll § 33 GWB entsprechend ergänzt werden. Die Monopolkommission hat sich zwar in der Vergangenheit für eine Stärkung der privaten Durchsetzung des Kartellrechts eingesetzt und steht entsprechenden Initiativen nach wie vor positiv gegenüber.¹²² Sie rät von der Umsetzung des vorliegenden Vorschlags allerdings ab.¹²³ Er erscheint nicht geeignet, abhängige Lieferanten vor negativen Reaktionen des Handels auf behördliche oder gerichtliche Verfahren nach § 20 Absatz 3 GWB zu schützen.

1192. Für den Fall des behördlichen Vorgehens nach § 20 Absatz 3 GWB hat sich der Gesetzgeber bereits im Rahmen der 6. GWB-Novelle der Ross-und-Reiter-Problematik angenommen und die §§ 54 Absatz 1 Satz 2 und 70 Absatz 4 GWB eingeführt. Gemäß § 54 Absatz 1 Satz 2 GWB kann das Bundeskartellamt auf Initiative eines Marktbeteiligten ein Missbrauchsverfahren gemäß § 20 Absatz 3 GWB auch von Amts wegen einleiten. Darüber hinaus muss der Anzeigende nicht in den Verfahrensakten benannt werden. Dies ist essenziell für seinen Anonymitätsschutz, denn im Verwaltungsverfahren hat das angezeigte Handelsunternehmen Akteneinsicht und könnte auf diesem Weg die Identität des anzeigenden Herstellerunternehmens erfahren. Ergänzend wurde die Regelung des § 70 Absatz 4 GWB erlassen, wonach in Beschwerdeverfahren gegen Auskunftsanforderungen bzw. -anordnungen nach § 59 Absatz 6 und 7 GWB nur tatsächliche Anhaltspunkte glaubhaft gemacht werden müssen; im Fall abhängiger kleiner oder mittlerer Unternehmen ist nach § 70 Absatz 4 Satz 3 GWB auch die Glaubhaftmachung entbehrlich. Im Fall einer Anfechtung der Auskunftsverfügung genügt eine Glaubhaftmachung dieser tatsächlichen Anhaltspunkte durch die Kartellbehörde. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass jedenfalls im Verwaltungsverfahren der Name des Beschwerdeführers nicht aufgedeckt werden muss.

1193. Die Erfahrung zeigt jedoch, dass die Gewährleistung von Anonymität des Beschwerdeführers nicht ausreicht, um die betroffenen Unternehmen vor unerwünschten Reaktionen der Handelsunternehmen zu schützen. Im Laufe eines kartellbehördlichen oder gerichtlichen Verfahrens lässt es sich nicht vermeiden, alle Hersteller namentlich zu benennen, die von dem Missbrauch betroffen sind. Zumindest in Einzelfällen kann dies bereits negative Reaktionen des Handelsunternehmens auslösen. Solche Reaktionen müssen sich nämlich nicht notwendigerweise auf den für das Handelsunternehmen weiterhin unbekannten Beschwerdeführer beschränken, sondern können sämtliche oder einen Teil der betroffenen Lieferanten einbeziehen. Auch im gerichtlichen Verfahren ist es unmöglich, die von einer Verletzung des § 20 Absatz 3 GWB be-

troffenen Hersteller nicht namentlich zu benennen; denn auch dort muss letztlich in vollstreckbarer Weise entschieden werden, gegenüber wem der Händler welche Vorteile künftig nicht mehr fordern darf.

1194. Hinzu kommt, dass ein derartiger Auskunftsanspruch von Verbänden den Kern der Geschäftstätigkeit der Handelsunternehmen betrifft. Die Gestaltung der Konditionen stellt einen zentralen Wettbewerbsparameter dar und gehört zu den am besten gehüteten Geheimnissen der Branche. Die Handelsunternehmen wären noch stärker betroffen, wenn nicht nur Informationen bezüglich der Forderung von Vorteilen aufzudecken wären, sondern auch Angaben darüber, ob und in welcher Höhe solche Forderungen erfüllt wurden. Die Monopolkommission lehnt derart massive Eingriffe in die Handlungsfreiheit der Unternehmen ab. Sie beinhalten die Gefahr, dass kollusives Verhalten zwischen den Marktteilnehmern erleichtert würde, wenn detaillierte Informationen über die Konditionengestaltung öffentlich bekannt gemacht oder an Verbandsmitglieder weitergegeben würden.

1195. Fraglich wäre darüber hinaus, wie eine Auskunftsanforderung überhaupt formuliert werden könnte, ohne einerseits den bezweckten Schutz von Herstellerunternehmen zu gefährden und andererseits gegen das Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes zu verstoßen. Die Anonymität von Lieferanten kann dann nicht gewahrt bleiben, wenn sich das Auskunftersuchen auf Forderungen gegenüber einigen, konkret benannten Herstellern bezieht. In einem solchen Fall wäre für das Handelsunternehmen leicht erkennbar, welche seiner Lieferanten sich beschwert haben.

5.6.3.5 Verhaltenskodex

1196. Ein Verhaltenskodex, der Vorgaben hinsichtlich der Gestaltung von vertraglichen Beziehungen zwischen Handel und Industrie macht, die zwingend einzuhalten sind, schränkt die Möglichkeit der Vertragsgestaltung und Vertragsanpassung zwischen Händlern und Herstellern ein. Die Verteilung der Verhandlungsmacht zwischen Händlern und Lieferanten ändert sich, wenn sich die Ausweichoptionen der Vertragsparteien ebenfalls ändern. Beispielsweise würde die Forderung nach einer langfristigen Ankündigung eines Delistings aus dem Sortiment eines Händlers die Verhandlungsposition des betreffenden Herstellers stärken, weil er dann mehr Zeit hätte, alternative Geschäftspartner zu suchen. Die Nachfragemacht von großen Händlern könnte daher durch einen Verhaltenskodex reduziert und die Verhandlungsposition der Hersteller gestärkt werden. Die zu erwartenden Ergebnisse hängen zwar von der konkreten Ausgestaltung ab, es lassen sich jedoch generelle Anmerkungen machen, die zu berücksichtigen wären.

1197. Der Mehrwert eines Verhaltenskodex ist aus mehreren Gründen zumindest fraglich. Ein freiwilliger Verhaltenskodex dürfte weitgehend wirkungslos bleiben, während ein verpflichtender Kodex effektive Kontroll- und Sanktionsmechanismen verlangt, welche ihrerseits

¹²² Vgl. Monopolkommission, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten 41, Baden-Baden 2004, Tz. 35 ff.

¹²³ Vgl. dazu bereits ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 47, a. a. O., Tz. 100 ff.

neue Probleme aufwerfen. Dabei sind insbesondere die folgenden beiden Fragen relevant:

- Wer soll wie kontrollieren?
- Wie sehen Sanktionen bei der Nichteinhaltung des Verhaltenskodex aus?

1198. Auf diese Fragen wurden bislang keine überzeugenden Antworten vorgelegt. Die Kontrolle könnte über einen Ombudsmann oder ein Compliance-Management-System in den Firmen erfolgen. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die Frage nach optimalen Sanktionen im Falle der Nichteinhaltung des Verhaltenskodex abhängig vom gewählten Kontrollmechanismus ist. Generell lässt sich sagen, dass sich die Härte der Sanktionen umgekehrt proportional zur Aufdeckungswahrscheinlichkeit verhalten sollte.

1199. Nachfragemacht kann zwar negative Effekte produzieren, es ist jedoch fraglich, ob ein Verhaltenskodex ohne eine klare theoretische und empirische Fundierung als Abhilfemaßnahme gerechtfertigt ist. Es gilt zu beachten, dass Einschränkungen in den Möglichkeiten der Vertragsgestaltung oft wenig geeignet sind, die Verhandlungsmacht strukturell und nachhaltig zu verschieben. Die Einschränkungen durch den Verhaltenskodex dürften stattdessen keine oder eher negative Auswirkungen haben, da sie die effiziente Ausgestaltung von Verträgen erschweren bzw. unmöglich machen. Zudem werden Ausweichreaktionen wie vertikale Integration angeregt, um die Anwendung des Verhaltenskodex und die damit verbundenen Kosten zu vermeiden.

1200. Generell sollte zunächst davon ausgegangen werden, dass die beiden Vertragsparteien ein Interesse daran haben, den gemeinsam erzielbaren Gewinn zu maximieren, der dann gemäß ihrer jeweiligen Verhandlungsmacht aufgeteilt wird. Zumindest aus der Perspektive der beiden Vertragsparteien sollten damit die ausgehandelten Konditionen effizient sein. Einschränkungen in den Möglichkeiten der Vertragsgestaltung können daher Anreizverzerrungen bewirken.

1201. Durch die Einführung eines Verhaltenskodex werden Hersteller und Händler zum „rent seeking“ verleitet.¹²⁴ Dabei geht es um das Bestreben ökonomischer Akteure, ihre Position durch die Beeinflussung der relevanten Entscheidungsträger zu verbessern. In diesem Fall könnte dies etwa dadurch geschehen, dass in den Verhaltenskodex Regeln aufgenommen werden, die die eigene Seite eher begünstigt oder zumindest nicht verschlechtert. Durch „rent seeking“ kommt es aus gesamtwirtschaftlicher Sicht zu einer Ressourcenverschwendung.

1202. Ein Verhaltenskodex fördert zudem die Möglichkeit zur Kollusion unter den Händlern im Lebensmittel-einzelhandel, da durch den eingeschränkten Spielraum in der Vertragsgestaltung zwischen Herstellern und Händlern eine Tendenz zu einheitlichen Geschäftsbedingungen

entstehen kann, wodurch der Wettbewerb auf der Handelstufe geschwächt wird.

1203. Es gilt zudem zu beachten, dass es sehr wenig Erfahrungen mit einem Verhaltenskodex im Lebensmittel-einzelhandel gibt, auf die man zurückgreifen kann. Der in Großbritannien implementierte Verhaltenskodex („supermarkets code of practice“), welcher für alle Lebensmitteleinzelhändler mit einem Marktanteil mit mindestens 8 Prozent verbindlich eingeführt wurde, ist das prominenteste Beispiel.¹²⁵ Im Jahr 2004 erfolgte eine Evaluation. Dabei zeigte sich, dass der Verhaltenskodex praktisch wirkungslos geblieben ist.¹²⁶ Die Erwartung von positiven Effekten durch einen Verhaltenskodex ist daher nur schwach fundiert. Nach Auffassung der Monopolkommission könnte am ehesten die Veröffentlichung der Verstöße gegen den Verhaltenskodex – unter Benennung der aktiven Unternehmen – einen gewissen Abschreckungseffekt auf Handelsunternehmen entfalten, die ihre Nachfragemacht missbrauchen.

5.6.3.6 Ombudsmann

1204. Die Institution des Ombudsmannes ist in Politik, Verwaltung und Wirtschaft weit verbreitet. So gibt es mittlerweile in den verschiedensten Branchen Ombudsleute. Sie beschäftigen sich typischerweise mit den Konflikten zwischen Firmen und Endkunden („business-to-consumer“, B2C).

1205. Für den Ombudsmann gelten viele der Anmerkungen, die zum Verhaltenskodex gemacht worden sind. Die beiden Instrumente werden auch häufig gemeinsam diskutiert. Ein Ombudsmann könnte mehrere Aufgaben haben, insbesondere Streitigkeiten schlichten und die Umsetzung des Kodex bewerten und überwachen. Zusätzlich könnte er sich proaktiv mit dem Stand und der Entwicklung des Wettbewerbs auf den Beschaffungsmärkten beschäftigen sowie mit Wettbewerbsbehörden kooperieren.

1206. Die Wirkung eines Ombudsmannes hängt von seinen Befugnissen und seiner eventuellen Anbindung an eine Wettbewerbsbehörde ab. Prinzipiell bietet ein Ombudsmann die Möglichkeit einer effizienten Lösung von Konflikten zwischen Herstellern und Händlern. Zudem induziert er per se einen gewissen Abschreckungseffekt gegenüber Händlern, die ihre Nachfragemacht missbrauchen könnten.

1207. Der Ombudsmann könnte aktiv mit Wettbewerbsbehörden kooperieren und mit ihrer Unterstützung Berichte publizieren. Eine Anbindung des Ombudsmannes an die Wettbewerbsbehörde würde allerdings einen Zielkonflikt beinhalten. Eine enge Anbindung kann den Ombudsmann überflüssig machen und die Ross-und-Reiter-

¹²⁴ Einen guten Überblick über die Theorie zum „rent seeking“ bietet Mueller, D., Public Choice III, Cambridge 2003, S. 333 ff.

¹²⁵ Competition Commission, Supermarkets: A Report on the Supply of Groceries from Multiple Stores in the United Kingdom, October 2000.

¹²⁶ OFT, The Supermarkets Code of Practice, February 2004, OFT 697, http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/consumer_protection/oft697.pdf

Problematik verschärfen, aber andererseits den Abschreckungseffekt verstärken. Keine oder nur eine lose Anbindung mit wenig Befugnissen schwächt tendenziell die Wirkungskraft und den Abschreckungseffekt des Ombudsmannes, entschärft aber andererseits die Ross-und-Reiter-Problematik.

1208. Es gibt wenig Erfahrung mit einem Ombudsmann, der sich mit Streitigkeiten zwischen Unternehmen beschäftigt („business-to-business“, B2B). Die Wirkung eines Ombudsmannes ist daher schwer zu prognostizieren. Insgesamt ist jedoch davon auszugehen, dass die Wirkung eines Ombudsmannes eher beschränkt sein dürfte, da die Verteilung der Verhandlungsmacht nicht strukturell berührt wird.

5.6.3.7 Transparenzstelle

1209. Die seitens des Europäischen Parlaments und der Europäischen Kommission geforderte Verbesserung der Markttransparenz entlang der Wertschöpfungskette soll durch die Einrichtung einer Transparenzstelle gefördert werden, die die Entwicklung von Preisen und eventuell anderen Vertragskonditionen beobachten und analysieren würde. Über die genaue Ausgestaltung einer solchen Stelle liegen noch keine konkreten Details vor. Eine größere Transparenz bei den Vertragskonditionen zwischen Herstellern und Händlern zielt darauf ab,

- die Informationsgrundlage für Wettbewerbsbehörden und den Gesetzgeber zu verbessern, um unter anderem fundierte und zeitnahe Interventionen zu ermöglichen,
- den Anreiz für eine missbräuchliche Ausübung von Nachfragemacht zu vermindern,
- das Problem der Aufdeckung von Missbräuchen (sog. Ross- und Reiterproblematik) zu mildern.

1210. Die zu erwartenden Effekte einer Transparenzstelle hängen jedoch entscheidend von der konkreten Ausgestaltung ab, insbesondere vom Aggregationsniveau, der Datenfrequenz, der Anzahl der erhobenen Variablen und den Möglichkeiten des Zugangs zu den Daten. Der Mehrwert von hoch aggregierten Daten dürfte sehr klein sein, unabhängig von den anderen Spezifika. Sehr disaggregierte, aktuelle und detaillierte Daten, die nur Wettbewerbsbehörden auswerten können, bieten die meisten Vorteile, sind jedoch mit signifikantem Erhebungs- und Auswertungsaufwand verbunden.

1211. Eine höhere Markttransparenz kann jedoch auch negative Effekte induzieren, abhängig davon, wer auf welche Daten in welchem Umfang zugreifen kann. Die Möglichkeiten zu impliziten Absprachen unter den Herstellern auf den Beschaffungsmärkten werden begünstigt, wenn diese Zugriff auf (detaillierte) Marktdaten haben. Mehr Transparenz kann dadurch zur Behinderung des Wettbewerbs beitragen. Zudem dürften sich die Anreize zur vertikalen Integration auf der Seite der Händler verstärken, um der Informationssammlung so weit wie möglich zu entgehen, da Firmen im Allgemeinen keinen Anreiz haben, anderen Akteuren sensible Informationen zugänglich zu machen.

1212. Mit Transparenzstellen gibt es in anderen Märkten sehr wenig Erfahrung. Die Wirkung von mehr Transparenz ist daher schwer zu prognostizieren. Insgesamt dürfte es jedoch fraglich sein, ob mehr Markttransparenz die damit verbundenen Erhebungs- und Auswertungskosten sowie höhere Kollusionsanreize rechtfertigt.

6. Schlussfolgerungen und Empfehlungen

1213. Wichtige Entwicklungen im deutschen Lebensmitteleinzelhandel sind die weiter zunehmende Konzentration, die fortschreitende Zentralisierung der kooperativen Gruppen, ein anhaltender Wandel der Betriebsformen und dabei insbesondere die wachsende Bedeutung der Discounter sowie die Ausbreitung von Handelsmarken. In den Mittelpunkt der wettbewerbspolitischen Diskussionen im Lebensmitteleinzelhandel ist die vermeintlich zunehmende Nachfragemacht der führenden Handelsunternehmen gegenüber den Unternehmen der Ernährungsindustrie getreten.

6.1 Wettbewerb auf der Handelsstufe

1214. Die fünf führenden Unternehmen im Lebensmitteleinzelhandel hielten im Jahr 2010 zusammen einen Marktanteil von knapp 68 Prozent, die zehn führenden Unternehmen von etwa 84 Prozent. Damit hat die Konzentration zwar weiter zugenommen, dies aber nicht in dem Ausmaß, wie etwa vom Bundeskartellamt angenommen. Anders als dieses grenzt die Monopolkommission den sachlich relevanten Markt für den Lebensmitteleinzelhandel weiter ab und betrachtet LIDL und KAUFHILFE (Schwarz-Gruppe) als unabhängige Unternehmen. Die EDEKA-, die REWE- und die ALDI-Gruppe sind als wettbewerbliche Einheiten anzusehen.

1215. Treiber der Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel ist weiterhin vor allem das externe Unternehmenswachstum. Die ALDI-Gruppe wächst als einziges Unternehmen aus der Gruppe der führenden Handelsunternehmen im Inland weiterhin ausschließlich intern. Durch Zusammenschlüsse gewachsen sind in den vergangenen fünf Jahren vor allem die EDEKA- und die REWE-Gruppe sowie die Unternehmen der Schwarz-Gruppe.

1216. Trotz der zunehmenden Konzentration und lediglich geringer Aussichten, dass die verbliebenen kleineren Handelsunternehmen ihre Marktanteile wieder ausbauen können, stellt die Monopolkommission kein spürbares Nachlassen der Wettbewerbsintensität auf der Handelsstufe des Lebensmitteleinzelhandels fest. Deutschland nimmt, wenn die Marktverhältnisse im nationalen Maßstab betrachtet werden, bei der Konzentration in Europa längst keine Spitzenstellung ein. Soweit die Zunahme der Konzentration durch technologische Fortschritte (insbesondere in den Bereichen Informationstechnologie und Logistik) sowie Effizienzverbesserungen verursacht wird, ist sie aus ökonomischer Sicht unproblematisch. Für intensiven Wettbewerb sprechen das relativ günstige Preisniveau, die nach wie vor hohe Ladendichte und die niedrigen Margen der Handelsunternehmen. Mit dem Vordringen der Discounter und dem zunehmenden Anteil

von Handelsmarken hat die Bedeutung des Preiswettbewerbs im Lebensmitteleinzelhandel zugenommen. Für die These, der intensive Preiswettbewerb gehe zulasten der Produktqualität, gibt es nach den Erkenntnissen der Monopolkommission keine empirischen Belege. Nicht zuletzt sind die Marktzutrittschürden im Lebensmitteleinzelhandel eher niedrig. Dies gilt zwar nicht für Neugründungen, da hier erhebliche Betriebsgrößen erforderlich sind, jedoch für Marktzutritte durch Unternehmensübernahmen. In den vergangenen Jahren hat es immer wieder Zutritte großer ausländischer Handelsunternehmen gegeben. Dass diese überwiegend aus dem deutschen Markt wieder ausgetreten sind, ist nach Auffassung der Monopolkommission kein Indiz für Marktzutrittschranken, sondern lässt sich mit dem hier herrschenden intensiven Wettbewerb und den vergleichsweise geringen Margen erklären.

1217. Deutlich problematischer sind die Wettbewerbsverhältnisse zum Teil auf regionalen Märkten des Lebensmitteleinzelhandels. Hier verfügen einzelne Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen über marktbeherrschende Stellungen. Fusionen unter Beteiligung von führenden Handelsunternehmen können in aller Regel nur unter der Bedingung oder mit der Auflage genehmigt werden, dass in den betroffenen Regionen Filialen veräußert werden.

1218. Die Fusionskontrolle im Lebensmitteleinzelhandel funktioniert im Wesentlichen aufgrund der Möglichkeit, die Zusammenschlüsse unter Bedingungen und Auflagen zu genehmigen. In aller Regel betreffen diese die Veräußerung von Standorten der Fusionsbeteiligten auf den regionalen Märkten. Die dekonzentrativen Effekte solcher Auflagen bleiben allerdings begrenzt, wenn die zu veräußernden Ladengeschäfte vornehmlich von anderen Unternehmen aus der Spitzengruppe des Lebensmitteleinzelhandels übernommen werden. Die Monopolkommission empfiehlt, dass dieser Aspekt bei zukünftigen Entscheidungen über Bedingungen und Auflagen bei Handelsfusionen stärker als bisher beachtet wird.

1219. Bei der wettbewerblichen Beurteilung von Zusammenschlüssen im Lebensmitteleinzelhandel geht das Bundeskartellamt von einem abgestuften Wettbewerbsverhältnis zwischen den führenden Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels aus.¹²⁷ Danach steht ALDI wegen der nahezu ausschließlichen Listung von Handelsmarken nur in einem geringen Maße mit den Vollsortimentern 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 ausübt. Hinzu kommt, dass Discounter zwar eine deutlich eingeschränkte Sortimentsvielfalt haben, aber gleichwohl nahezu alle Warenbereiche abdecken und daher auch Wettbewerbsdruck auf die vollsortimentierten Vertriebsformen ausüben.

6.2 Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel

1220. Auf den nach Produktgruppen abgegrenzten Beschaffungsmärkten des Lebensmitteleinzelhandels stehen sich eine konzentrierte Nachfrage und überwiegend mittelständisch strukturierte Anbieter gegenüber. Die Monopolkommission teilt die Auffassung des Bundeskartellamtes, dass die Konzentration der Nachfrage auf den Beschaffungsmärkten durch die Beteiligung führender Handelsunternehmen an Einkaufskooperationen verstärkt wird. Damit wächst zugleich die Verhandlungsmacht der führenden Handelsunternehmen. Ob und unter welchen Voraussetzungen daraus Nachfragemacht entsteht, sind Fragen, denen das Bundeskartellamt gegenwärtig im Rahmen seiner Sektoruntersuchung zum Lebensmitteleinzelhandel nachgeht.

1221. Die Monopolkommission untersucht in ihrer Stellungnahme die Ursachen und Wirkungen von Nachfragemacht im Rahmen der ökonomischen Theorie und im Lichte der vorhandenen empirischen Befunde. Sie kommt dabei zu folgenden Ergebnissen:

- Nachfragemacht lässt sich adäquat im Rahmen der ökonomischen Verhandlungstheorie untersuchen. Danach ist Nachfragemacht gegeben, wenn ein Nachfrager Preise und eventuell andere Konditionen erzielen 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 Interaktion, die sich in der Quantität und Qualität von Ausweichmöglichkeiten („outside options“) manifestieren.
- Im deutschen Lebensmitteleinzelhandel sind viele Nachfragemacht begünstigende Faktoren tendenziell erfüllt. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob und wie Nachfragemacht auch tatsächlich ausgeübt wird. Vor dem Hintergrund insbesondere der empirischen Defizite begrüßt die Monopolkommission die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes ausdrücklich, da damit die Chance verbunden ist, für den deutschen Markt erstmals fundierte empirische Aussagen über das Vorliegen und die eventuelle Ausübung von Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel zu erhalten.
- Die Wettbewerbswirkungen von Nachfragemacht unterscheiden sich von denen, die durch Marktmacht in Absatzmärkten zu erwarten sind. Im Gegensatz zur Marktmacht, die Anbieter gegenüber Konsumenten ausüben, impliziert Nachfragemacht nicht, dass es zu höheren Preisen, geringerer Konsumentenrente und geringerer sozialer 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 Wohlfahrtswir-

¹²⁷ Vgl. BKartA, B2-333/07, S. 46 f.

kungen von Nachfragemacht gegebenenfalls eher positiv.

- Die in der ökonomischen Theorie diskutierten negativen Wettbewerbswirkungen von Nachfragemacht, wie der Wasserbett-, Verschleißungs- und Spiraleffekt sowie die anreizmindernden Investitions-, Innovations- und Qualitätseffekte, treten überwiegend nur unter speziellen Bedingungen ein und sind in der Realität nur selten nachweisbar. Die wenigen national und in anderen europäischen Ländern durchgeführten empirischen Untersuchungen zum Thema Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel können zwar teilweise die Existenz von Nachfragemacht nachweisen, Belege für damit verbundene negative Effekte wurden allerdings nicht gefunden. Auch im Hinblick auf die Wirkungen von Nachfragemacht sind von der Sektoruntersuchung des Bundeskartellamtes weitere Erkenntnisse zu erwarten.

1222. In den national und auf der Ebene der Europäischen Union geführten wettbewerbspolitischen Diskussionen werden eine Reihe von Instrumenten zur Kontrolle der Nachfragemacht diskutiert. Zum Teil geht es dabei um die Ausweitung des kartellrechtlichen Instrumentariums, zum Teil um die Einführung zusätzlicher Maßnahmen. Im geltenden Wettbewerbsrecht soll die Erweiterung des Schutzbereichs des § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB auf große Unternehmen und das Verbot des Verkaufs von Lebensmitteln unter Einstandspreisen gemäß § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 2 GWB dauerhaft beibehalten werden. Gefordert werden zudem Maßnahmen zur Verbesserung der Anwendbarkeit und Durchsetzbarkeit des Untereinstandspreisverbots sowie zur Lösung der sog. Ross-und-Reiter-Problematik.

1223. Die Monopolkommission lehnt die Ausweitung des Schutzbereichs des § 20 Absatz 3 Satz 2 GWB auf große Hersteller bereits deshalb ab, 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 Absatz 3 Satz 2 GWB Ende des Jahres 2012 auslaufen zu lassen. Die Monopolkommission begrüßt dieses Vorhaben.

1224. Die Monopolkommission spricht sich weiterhin gegen das Verbot von Verkäufen unter Einstandspreisen aus. Es gibt eine Reihe gerechtfertigter Argumente für Verkäufe 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 Ver-

brauchern 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. In der Praxis läuft das Untereinstandspreisverbot seit dem Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf im Fall Rossmann aus dem Jahr 2009 ohnehin ins Leere. Der Versuch, die Anwendbarkeit und rechtliche Durchsetzbarkeit von § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 GWB dadurch zu verbessern, dass der Begriff Untereinstandspreis im Gesetz konkretisiert wird, würde in der Sache nicht weiterhelfen.

1225. Die Monopolkommission lehnt es auch ab, bestimmte Einkaufspraktiken unabhängig davon, ob sie gegenüber abhängigen Lieferanten praktiziert werden, per se zu untersagen. Dagegen spricht, dass missbräuchliche Einkaufspraktiken gegenüber abhängigen Lieferanten nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ohnehin unzulässig sind und dass unabhängige Lieferanten nicht geschützt werden müssen, da sie einem Handelsunternehmen wirksam mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehungen drohen können, wenn es versuchen sollte, ungünstige Einkaufspraktiken oder Beschaffungskonditionen durchzusetzen. Der problematischere Aspekt wäre allerdings, dass die Unternehmen zu ineffizienten Umgehungsstrategien gezwungen würden. 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.

1226. Die Monopolkommission rät davon ab, die Ross-und-Reiter-Problematik dadurch abzumildern, dass in § 33 GWB ein weitreichender Auskunftsanspruch der Verbände gegenüber den Handelsunternehmen aufgenommen wird. Er erscheint nicht geeignet, abhängige Lieferanten vor negativen Reaktionen des Handels auf behördliche oder gerichtliche Verfahren nach § 20 Absatz 3 GWB zu schützen.

1227. Zusätzlich zu den Änderungen des Wettbewerbsrechts werden insbesondere auf der Ebene der Europäischen Union die Einführung eines Verhaltenskodex, die Einrichtung einer Schiedsstelle in Form eines Ombudsmannes sowie die Schaffung einer Transparenzstelle diskutiert.

1228. Ein Verhaltenskodex, der Vorgaben hinsichtlich der Gestaltung von vertraglichen Beziehungen zwischen Handel und Industrie beinhaltet, würde die Möglichkeit der Vertragsgestaltung und Vertragsanpassung zwischen Händlern und Herstellern einschränken und damit Effi-

zienen vermindern, wäre grundsätzlich aber auch geeignet, die Verhandlungsstärke marktmächtiger Handelsunternehmen zu reduzieren. Der Erfolg eines solchen Kodex hängt maßgeblich davon ab, wie er ausgestaltet und durchsetzbar ist. So dürfte ein unverbindlicher Verhaltenskodex weitgehend wirkungslos bleiben, während ein verpflichtender Kodex effektive Kontroll- und Sanktionsmechanismen verlangt. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die Frage nach optimalen Sanktionen im Falle der Nichteinhaltung des Verhaltenskodex abhängig vom gewählten Kontrollmechanismus 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 allerdings die Veröffentlichung der Verstöße gegen den Verhaltenskodex – unter Benennung der aktiven Unternehmen – einen gewissen Abschreckungseffekt auf Handelsunternehmen entfalten, die ihre Nachfragemacht missbrauchen.

1229. Die Kontrolle des Verhaltenskodex könnte über eine Schlichtungsstelle oder ein Compliance-Management-System in den Unternehmen erfolgen. Grundsätzlich bietet eine solche Stelle, etwa in Form eines Ombudsmannes, die Möglichkeit einer effizienten Lösung von Konflikten zwischen Herstellern und Händlern. Zu-

dem induziert ein Ombudsmann einen gewissen Abschreckungseffekt gegenüber Händlern, die ihre Nachfragemacht missbrauchen könnten. 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.

1230. Zur Verbesserung der Markttransparenz entlang der Wertschöpfungskette – von der Nahrungsmittelproduktion bis zum Endverbraucher – wird auf europäischer Ebene die Einrichtung einer Transparenzstelle vorgeschlagen, die die Entwicklung von Preisen und gegebenenfalls anderen Vertragskonditionen beobachten und analysieren könnte. Auch hier hängen die zu erwartenden Effekte entscheidend von der konkreten Ausgestaltung, 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. Sehr disaggregierte, aktuelle und detaillierte Daten, die nur Wettbewerbsbehörden auswerten können, bieten die meisten Vorteile, ihre Erhebung und Auswertung ist jedoch mit signifikantem Aufwand verbunden.

Kapitel VI

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

1. Überblick

1231. 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 einleiten und gestalten soll. Ausgehend von dieser inhärenten Spannung zwischen freien Marktkräften und Planungsrecht im weiteren Sinne werden im Folgenden vor allem die aktuellen Einschränkungen des Wettbewerbs im Einzelhandel, insbesondere im Lebensmitteleinzelhandel, durch den raumplanerischen und städtebaulichen Ordnungsrahmen analysiert. Die Leitfrage ist dabei, wie weit hier einerseits der Wettbewerb verzerrt wird und wie andererseits dem Wettbewerbsprinzip ohne Steuerungsverluste mehr Raum eingeräumt werden könnte. Dieser Untersuchung liegen, neben eigenen Recherchen der Monopolkommission, die Befragung insbesondere des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, der zuständigen Ministerien der Länder, eines breiten Spektrums von Marktteilnehmern sowie von Verbänden und Sachverständigen zugrunde.¹

1232. Schwerpunkt der Analyse der Monopolkommission ist das Planungsrecht im engeren Sinne, das die öffentlich-rechtlich zulässige Nutzung von Grundstücken mittels einer Genehmigungspflichtigkeit von Neubau, Erweiterung oder Nutzungsänderung eines Gebäudes (vom Nahversorgungsladen bis zum Einkaufszentrum und Factory-Outlet-Center) bestimmt. Das Raum- und Bauplanungsrecht sieht für Einzelhandelsstandorte besondere Regeln vor; vielfach werden in Bebauungsplänen Verkaufsflächenobergrenzen und/oder Sortimente detailliert vorgegeben. Diese Vorschriften haben einzeln und in ihrer Gesamtheit teils erhebliche Auswirkungen auf (lokale) Anpassungen und Neuansiedlungen von Einzelhandelsbetrieben, was wiederum auf den Wettbewerb im Einzelhandel generell zurückwirkt.

1.1 Übersicht über die untersuchte Regelungslandschaft

1233. Zunehmend sind immer detailliertere Versuche der öffentlichen Hand zu beobachten, Einzelhandelsvorhaben in bestehende und sich entwickelnde städtebauli-

che Strukturen einzupassen.² Das relevante Raum- und Bauplanungsrecht umfasst vier Regelwerke des Bundes, daneben kommen auf Landesebene Baugesetze, speziellere Landesplanungsgesetze und/oder Verordnungen des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung zur Anwendung. Auf regionaler und kommunaler³ Ebene schließlich sind Regional- und Bauleitplanung angesiedelt. Dieses Planungsrecht bezweckt die auf unterschiedlichen Ebenen in unterschiedlichen Verfahren politisch determinierte vorausschauende Einhegung der Nutzung von Grundstücken. Daneben werden in geringerem Ausmaß auch Einzelhandelsansiedlungen durch positive Fördermaßnahmen beeinflusst.

1234. Die bundesrechtlichen Vorschriften des Raumordnungsgesetzes, der Raumordnungsverordnung, des Baugesetzbuches und der Baunutzungsverordnung bestimmen im Verbund mit Bau- und Planungsgesetzen und -verordnungen der Länder (Landesbaugesetze, Landesentwicklungsprogramme, Landesentwicklungspläne etc.) den Rahmen der von den Gemeinden aufzustellenden Bauleitplanung (Flächennutzungs- bzw. Bebauungspläne). Dazwischen stehen Regionalpläne, die von regionalen Akteuren (etwa in Nordrhein-Westfalen Regionalräte der Regierungsbezirke, je nach Bundesland eigens geschaffene regionale Planungsgremien oder regionale Bürgervertretungs- bzw. Verwaltungsgremien) festgelegt werden. Große Bauvorhaben mit überregionaler Bedeutung bedürfen zuweilen eines Raumordnungsverfahrens oder Planfeststellungsbeschlusses. Daneben versuchen Länder und Gemeinden, mithilfe von Verwaltungsvorschriften Einfluss auf die Ausübung verbleibender politischer und Verwaltungsspielräume zu nehmen (z. B. Einzelhandelserlasse, Gemeinderatsbeschlüsse). Unterhalb dieser formellen Vorschriften wird zunehmend auf sog. Innenstadt-, Zentren-, Einzelhandels- bzw. Märtekonzeppte oder Masterpläne zurückgegriffen, die von den rechtlichen Vorgaben beeinflusst werden und auf die Regional- und Bauleitplanung sowie die Baugenehmigungspraxis zurückwirken. Soweit kein (qualifizierter) Bebauungsplan besteht, gelten die Festsetzungen abstrakterer Vorschriften und Pläne teils (un)mittelbar, teils ist prinzipiell diejenige Bebauung zulässig, die in der Umgebung des betroffenen Grundstücks üblich ist.

¹ Die Monopolkommission dankt dem Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, den für Wirtschaft und für Planungsrecht zuständigen Landesministerien bzw. Senatsverwaltungen der meisten Bundesländer, einer Reihe von Verbänden und Forschungsinstituten, einer Vielzahl von Einzelhandelsunternehmen sowie Einzelpersonen für die Beantwortung von Fragebögen und Einzelfragen. Eine erhebliche Anzahl weiterer Landesministerien, Organisationen und Unternehmen wurden befragt, haben aber keine Stellungnahme abgegeben.

² Vgl. etwa bereits den Bericht der Arbeitsgruppe „Strukturwandel im Lebensmitteleinzelhandel und § 11 Absatz 3 BauNVO“ von 2002; aus neuerer Zeit etwa Jarass, H. D. (Hrsg.), Einzelhandel und Planungsrecht, Berlin 2011; ausführlicher unten Abschnitt 1.5.

³ Im Folgenden ist entsprechend der Nomenklatur des Baugesetzbuches stets von Gemeinden als Trägern der Bauleitplanung die Rede, was begrifflich auch Städte mit einschließt. In Stadtstaaten können auch andere Ebenen zuständig sein, in Berlin etwa die Bezirke; das Land Hamburg gilt nach § 246 Absatz 5 BauGB auch als Gemeinde.

Die grundsätzlich höherrangigen rechtlichen Vorgaben leiten und beschränken die Planungshoheit der Gemeinde, die insbesondere auch das Nutzungsinteresse des Grundstückseigentümers berücksichtigen muss.

1.2 Zentralität und die belebte Innenstadt als planungsrechtliche Ziele

1235. Im Planungsrecht ist ein weiter Kanon an Zielen und Grundsätzen vorgegeben, die bei jeder Planungsentcheidung berücksichtigt und abgewogen werden müssen. Gewachsenes Leitbild des Raumordnungs- und Städtebaurechts und in Bezug auf planerische Einzelhandelssteuerung prominent bedeutsam ist die „Theorie zentraler Orte“, die ursprünglich auf der Grundlage von spontan entstandenen Siedlungsstrukturen die abgestufte Zentralität von Versorgungseinrichtungen feststellte.⁴ Nach dieser heute auch als normativ anerkannten Theorie soll die Regional- und Stadtplanung auf eine abgestufte Verteilung von Versorgungseinrichtungen wie des (Lebensmittel-)Einzelhandels hinwirken. Daraus folgt beispielsweise eine Einteilung der Orte in Unter-, Mittel- und Oberzentren, die jeweils den täglichen, periodischen, episodischen Bedarf der Bürger decken sollen. Verstärkt soll auch der Verödung der Innenstädte entgegengewirkt werden. Auf dieser Basis sind heute der Erhalt zentraler Versorgungsbereiche, vor allem von Innenstädten und Stadt(teil)zentren, und eine Sicherstellung der wohnungsnahen Grundversorgung die obersten Ziele der planerischen Lenkung von Einzelhandelsansiedlungen.⁵ Dabei spielen insbesondere die tatsächlichen Präferenzen der Einzelhandelskunden vielfach keine direkte, die Ansiedlungswünsche der (Lebensmittel-)Einzelhandelsbetreiber meist eine nur untergeordnete, wenn auch regelmäßig verfahrensauslösende Rolle.

1236. In jüngerer Zeit sind vermehrt Initiativen der für das Planungsrecht und die zugrunde liegende Sachverhaltsermittlung zuständigen Akteure zu beobachten, die tatsächlichen Situationen und die Präferenzen der Bürger zu erfassen und (transparent) in den Normsetzungsprozess einfließen zu lassen.⁶ Die Monopolkommission begrüßt diese Anstrengungen und ermutigt die Verantwortlichen, weiterhin an einer verbesserten Datenerfassung und

Ausrichtung der Regelwerke an den tatsächlichen Wünschen und Bedürfnissen der Bürger zu wirken.

1.3 Marktteilnehmer und Wettbewerbsspannungen

1237. In der Praxis sind vor allem zwei verbundene Ebenen erkennbar, auf denen Wettbewerbsprozesse im Handel durch planerische Vorgaben beeinflusst werden: der Wettbewerb zwischen Einzelhandelstypen und der Wettbewerb zwischen bestehenden und neu geplanten Einzelhandelsbetrieben.

1238. Die erstmalige Ansiedlung großflächiger Einzelhandelsbetriebe mit über 800 m² Verkaufsfläche wird vielfach unterschiedlich stark beschränkt. Dadurch können Distributionsformen, die auf größere Verkaufsflächen angewiesen sind, im sonstigen Stadtgebiet erhebliche Ansiedlungsnachteile haben. Nach Branchenäußerungen werden dadurch im Lebensmittelbereich grundsätzlich Discounter bevorteilt, da diese bereits unterhalb dieser Großflächigkeitsschwelle profitabel seien.⁷ Vollsortimenten mit gleicher Verkaufsfläche dagegen würden oftmals nicht die Profitabilitätsschwelle erreichen und jedenfalls ihre wettbewerblichen Vorteile (vor allem Sortimentsbreite und ansprechendere Präsentation) nicht ausspielen können.⁸ Die Profitabilität von Vollsortiment-Supermärkten leidet tendenziell unter dem Kaufkraftabzug durch in der Nähe sich etablierende Discounter. Die weitere Verbreitung von Discountern und Vollsortimentern wiederum kann kleineren, dezentralen Nahversorgungsläden die Kundenbasis entziehen.

1239. Andererseits genießen die vorhandenen Einzelhandelsbetriebe baurechtlichen Bestandsschutz und werden planungsrechtlich vielfach vor schädlichen Auswirkungen durch neue Einzelhandelsstandorte geschützt. Dies führt dazu, dass Markteintritte neuer Wettbewerber erschwert oder unmöglich gemacht werden können.

1.4 Planungsrelevante Entwicklungstendenzen des Einzelhandels

1240. Der Veränderungsdruck auf den (Lebensmittel-) Einzelhandel folgt zum einen aus gesellschaftlichen Trends, die auch aufeinander einwirken, zum anderen aus Entwicklungen der Branche selbst, die größtenteils wie-

⁴ Vgl. dazu Christaller, W., Die zentralen Orte in Süddeutschland, Jena 1933; Lösch, A., Die räumliche Ordnung der Wirtschaft, Jena 1944; Isbary, G., Zentrale Orte und Nahversorgungsbereiche, Bad Godesberg 1965; aus neuerer Zeit etwa Blotevogel, H. (Hrsg.), Fortentwicklung des Zentrale-Orte-Konzepts, Hannover 2002. Zu ähnlichen Ergebnissen kommt die Neue Geografische Ökonomik, die unter anderem von Transportkosten und Skaleneffekten ausgeht; vgl. etwa Fujita, M./Krugman, P./Venables, A. (Hrsg.), The Spatial Economy: Cities, Regions and International Trade, Cambridge, Mass. 1999.

⁵ Vgl. etwa BMVBS, Weißbuch Innenstadt, Berlin/Bonn 2011, besonders deutlich dort S. 21; BMVBS/ Deutsches Institut für Urbanistik (difu), Berliner Gespräche zum Städtebaurecht, Bd. I, II, Berlin 2010, <http://www.difu.de/publikationen/2010/berliner-gespraech-zum-staedtebaurecht.html>

⁶ Vgl. etwa BMVBS, Weißbuch Innenstadt, a.a.O., insbesondere die Stellungnahmen dazu, sowie die Ergebnisse der jährlichen Umfrage des Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung, BBSR (Hrsg.), Stadtansichten, Befunde der BBSR-Umfrage aus Groß- und Mittelstädten, BBSR-Berichte KOMPAKT 6/2011, und BBSR

Mittelstädten, BBSR-Berichte KOMPAKT 6/2011, und BBSR (Hrsg.), Lebensqualität in kleinen Städten und Landgemeinden, Aktuelle Befunde der BBSR-Umfrage, BBSR-Berichte KOMPAKT 5/2011; auf Länderebene z. B. Landesamt für Bauen und Verkehr Brandenburg, Analyse des Einzelhandelsbestandes 2010, 2011, sowie Gemeinsame Landesplanungsabteilung der Länder Berlin und Brandenburg (Hrsg.), Einzelhandelserfassung Brandenburg 2010/2011, 2011 [alle online verfügbar].

⁷ Discount-Lebensmitteleinzelhandels-Unternehmen haben mehrfach vorgetragen, dass sie für neue Ansiedlungen auch auf mehr als 800 m² angewiesen seien, sodass insoweit eine Wettbewerbsverzerrung jedenfalls vermindert sein könnte.

⁸ Zwischenzeitlich zu beobachtende „City“- und „Bio“-Konzepte von Vollsortiment-/Softdiscount-Lebensmitteleinzelhandelsanbietern (mit reduzierten Vollsortimenten auf geringeren Flächen) entschärfen möglicherweise jedoch diese Wettbewerbsverzerrungsproblematik in näherer Zukunft.

derum in sich und mit den gesellschaftlichen Entwicklungen zusammenhängen.⁹

1241. Auf soziodemografischer Seite lassen sich vor allem folgende interdependente Faktoren feststellen: Individualisierung, demografischer Wandel, Einkommens- und Kaufkraftsteigerung, zunehmender Motorisierungsgrad und daraus folgend Aktionsraumvergrößerung von Kunden, Landflucht und Zersiedelung. Folgende Einflüsse wirken auch aus diesen soziodemografischen Gründen auf den Handel ein: Zunahme des Versandhandels, schwindende Anzahl von inhabergeführten Läden¹⁰, Änderung von durchschnittlichen Verbraucherpräferenzen weg von Versorgungsnähe und hin zu längeren Öffnungszeiten, größerem Sortiment und aufwendigerer Präsentation. Auch dadurch bedingt wandeln sich die Vertriebskonzepte des (Lebensmittel-)Einzelhandels.

1242. Als eher handelspezifische Faktoren erscheinen der zunehmende Zwang zur Ausschöpfung von Skaleneffekten auch durch zunehmenden Wettbewerb, damit zusammenhängend Konzentrationsprozesse, der Trend zu immer größeren Verkaufsstätten, die wettbewerbsbedingte Gefährdung kleinerer Nahversorger, aber auch der oft mit „Textilisierung“ und „Filialisierung“ umschriebene Rückgang der Variationsbreite von Einzelhandelsangeboten. Während die Gesamtfläche des Einzelhandels wie auch die durchschnittliche Verkaufsfläche von Einzelhandelsbetrieben weiter steigt, stagniert die Flächenproduktivität. Die Marktanteile der Discounter nehmen weiter zu. Die Anzahl von Warenhäusern sinkt, diejenige innerstädtischer Einkaufszentren steigt. Die sukzessive Freigabe der Ladenschlusszeiten (1989, 1996, 2003 sowie seither in Länderverantwortung) folgt sowohl dem soziodemografischen Trend, als sie auch die Branchenveränderungen überwiegend weiter befördert.

1243. Das Planungsrecht versucht diesen Entwicklungen entgegenzuwirken, soweit sie politischen bzw. gesetzlichen Zielen zuwiderlaufen: einerseits vor allem der Vermeidung von Automobilverkehr, der Erhaltung lokaler Versorgung, der Sicherung belebter Innenstädte, (genereller: zentraler Orte) sowie andererseits einer Entwicklungsabstimmung in regionalem Umkreis. Die vermehrt zu beobachtenden „City“- und Biosupermärkte (zentral gelegene Verbrauchermärkte mit pointiertem und reduziertem Sortiment auf kleineren Verkaufsflächen) erscheinen als Gegenreaktionen des Lebensmitteleinzelhandelsmarktes, der so auf die planungsrechtlichen Vorgaben reagiert und sich den Restriktionen anpasst.¹¹ Dabei stellen sich je nach betroffenem Gebiet und dessen Besonderheiten (Besiedlungsdichte, gewachsene (Lebensmittel-) Einzelhandelsstrukturen, Verkehrssituation, demografischer Trend) sehr unterschiedliche Herausforderungen

sowohl für die (Lebensmittel-)Einzelhandelsunternehmen als auch für die Planungsverantwortlichen.

1.5 Rechtliche und internationale Entwicklungen

1244. Die planerische Steuerung von Einzelhandelsansiedlungen hat in letzter Zeit national wie international zunehmend an Bedeutung gewonnen. Auf Bundesebene wurden 2004 und 2007 einzelhandelsrelevante Vorschriften im Baugesetzbuch geändert. Der Koalitionsvertrag von 2009 zwischen CDU/CSU und FDP sieht die Überprüfung der Baunutzungsverordnung und die Stärkung der Innenentwicklung vor¹², wenn auch bei der letzten Änderung des Baugesetzbuches im Juli 2011¹³ auf eine Veränderung der einzelhandelsrelevanten Vorschriften verzichtet wurde. Aktuell werden in diesem Zusammenhang insbesondere Vorschläge diskutiert, die Zulässigkeit großflächigen Einzelhandels mit zentrenrelevantem Sortiment ganz auf Innenstädte zu beschränken, die „Großflächigkeitsschwelle“ auf 1.200 m² Verkaufsfläche oder mehr anzuheben,¹⁴ um dem Bedarf nach größeren Einzelhandelsstandorten zu entsprechen, oder aber auf 400 m² abzusenken, um stattdessen Nahverkaufsläden planerisch zu begünstigen.¹⁵ Der aktuelle Referentenentwurf zur Änderung des Bauplanungsrechts sieht mit Hinsicht auf die planerische Steuerung des Einzelhandels vor allem eine Stärkung der Befugnisse der Gemeinden zur Festsetzung zentraler Versorgungsbereiche vor.¹⁶

Die gesamte Materie weist nach den Antworten einiger Marktteilnehmer eine erhebliche Unsicherheit auf: So werden etwa die genauen Voraussetzungen und die Reichweite planerischer Festsetzungen für den Einzelhandel aktuell in einer Vielzahl von Gerichtsverfahren und -entscheidungen geklärt. Landesrechtliche Vorschriften zur Steuerung des großflächigen Einzelhandels befinden sich vielfach – auch in Reaktion auf Gerichtsentscheidungen – in der Überarbeitung. Die Vereinbarkeit vor allem landesrechtlicher Vorschriften mit europäischem Gemeinschaftsrecht ist stark umstritten.¹⁷

⁹ Vgl. dazu eingehender etwa EHI Retail Institute und KPMG, Trends im Handel 2020, 2012; HDE, Factbook Einzelhandel 2012, 2012; EHI Retail Institute, Handel Aktuell 2009/2010, 2009.

¹⁰ Insbesondere aufgrund der damit verbundenen Arbeitsbedingungen, Verdienst- und Aufstiegsmöglichkeiten.

¹¹ In Großbritannien etwa verfolgen die meisten der großen Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen heute bereits sehr differenzierte, abgestufte Vertriebsformate von kleinsten bis hin zu größten Betrieben.

¹² Vgl. Wachstum. Bildung. Zusammenhalt – Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP, Berlin, 26. Oktober 2009, S. 42.

¹³ Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden (BauGBua ÄndG) vom 22. Juli 2011, BGBl. I S. 1509.

¹⁴ So sollen nach einer neuen Auslegung des bayerischen Landesentwicklungsprogramms unter bestimmten Umständen auch Vorhaben mit 1.200m² Verkaufsfläche und mehr grundsätzlich zulässig sein; vgl. etwa Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie, Pressemitteilung Nr. 666/10 vom 27. Dezember 2010.

¹⁵ Vgl. stellvertretend die Diskussionen in den in Fn. 5 genannten Berichten.

¹⁶ Vgl. den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts vom 14. Februar 2012. Nach Planungen des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung wird der Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens bis Ende 2012 angestrebt.

¹⁷ Vgl. stellvertretend etwa EU-Kommission, Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2008/4946, Mahnschreiben vom 25. Juni 2009, sowie BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2010, 4 C 8.10, Abschnitt 1.4.3; zum Ganzen eingehender unten Tz. 1249.

1245. International lässt sich gleichermaßen eine verstärkte Beschäftigung mit den hier erörterten Problemen feststellen. Bereits 2008 waren die Wirkungen von planungsrechtlichen Beschränkungen als Markteintrittsbarrieren Gegenstand einer internationalen Vergleichsstudie der Organisation for Economic Co-operation and Development.¹⁸ In einer Vielzahl von Staaten wird oder wurde auf nationaler Ebene das Wechselverhältnis zwischen Planungsrecht und Einzelhandel untersucht. So hat etwa die Competition Commission des Vereinigten Königreichs in ihrer zweiten Sektoruntersuchung zum Lebensmitteleinzelhandel 2008 weitreichende Empfehlungen auch in Bezug auf planungsrechtliche Sachverhalte ausgesprochen,¹⁹ insbesondere die Begrenzung der lokalen Lebensmitteleinzelhandelskonzentration durch einen planungsrechtlichen Wettbewerbstest. Danach sollen die Planungsverantwortlichen bei Erweiterungen oder Neueröffnungen von Lebensmitteleinzelhandelsstandorten die Wettbewerbsauswirkungen abschätzen und Unternehmen, die lokal über 60 Prozent Marktanteile halten, weiteres Wachstum nicht gestatten.²⁰ Die australische Productivity Commission beschäftigt sich ebenfalls in einer umfangreichen Untersuchung eingehend mit den Implikationen des Planungsrechts für den Einzelhandel.²¹

2. Der Einzelhandel in der planungsrechtlichen Regelungslandschaft

1246. Seit 1968 in § 11 Absatz 3 BauNVO eine spezielle Vorschrift für Einkaufszentren eingefügt wurde, haben sich die planungsrechtlichen Anstrengungen zur gezielten Beschränkung der Ansiedlung von Einzelhandelsstandorten immer weiter verdichtet. Dabei wird immer mehr auf kleinteilige Vorgaben bis hin zur quadratecgenauen Verkaufsflächenbegrenzung und zu detaillierten Sortimentsvorgaben Rückgriff genommen, die jedenfalls de facto bestehende Einzelhandelsansiedlungen vor eintrittswilligen Wettbewerbern schützen. Zumindest bislang hat dabei die aktive Förderung oder Unterstützung einzelner gewünschter Einzelhandelsvorhaben vielfach eine entweder rein informelle oder nur geringfügige Bedeutung. Die Bedingungen und positiven Auswirkungen eines funktionierenden Wettbewerbs und die manifestierten Konsumentenpräferenzen spielen dabei soweit ersichtlich regelmäßig keine, jedenfalls keine maßgebliche Rolle. Dabei sind die Vorteile von Wettbewerbsdruck auf Preise und Leistungen auch im Einzelhandel unbe-

streitbar – dem unzufriedenen Kunden bleibt im Wettbewerb die „Abstimmung mit den Füßen“, während ihm bei (lokalen) Monopolbetrieben oftmals nur das „Anstehen in der Schlange“ und die oft fruchtlos bleibende „Beschwerde“ bleibt.²²

2.1 Planungsrecht im engeren Sinne und Einzelhandelssteuerung

1247. Das Planungsrecht wirkt direkt und indirekt auf die Bebaubarkeit von Grundstücken bzw. die Nutzbarkeit von Gebäuden ein. Dabei wird entweder die grundsätzlich zulässige Bebaubarkeit beschränkt oder das Planungsermessen der einen Bauleitplan aufstellenden Gemeinde gelenkt bzw. eingeschränkt.²³ Herausgehobene einzelhandelsbezogene Zielsetzungen sind dabei vor allem der Schutz zentraler Versorgungsbereiche einerseits und die Sicherung der verbrauchernahen Versorgung der Bevölkerung andererseits.

2.1.1 Raumplanerische Beschränkung des großflächigen Einzelhandels

1248. Auf abstrakter Ebene geben regionale oder interkommunale Abstimmungs- und Berücksichtigungsgebote zusätzliche Verfahrensschritte zur Berücksichtigung eventueller Auswirkungen von Projekten auf bestehende Einzelhandelsansiedlungen vor, so etwa nach vielen Landesentwicklungsgesetzen bzw. -programmen. Nach § 1 Nummer 19 RoV sollen für im Einzelfall raumbedeutsame und überörtlich bedeutsame Vorhaben zur Errichtung von Einkaufszentren, großflächigen Einzelhandelsbetrieben und sonstigen großflächigen Handelsbetrieben Raumordnungsverfahren durchgeführt werden. Viele Landesplanungs- bzw. Landesentwicklungsprogramme füllen diese Vorgaben mehr oder weniger konkretisiert aus. Dabei soll die Ansiedlung von (besonders) großflächigen Einzelhandelsbetrieben teilweise auf solche Gemeinden beschränkt werden, die auf einer bestimmten raumplanerischen Zentralitätsstufe stehen (in der Regel Mittel- oder Oberzentren) und/oder derartige Umsätze ihrer Bevölkerung nach zu tragen vermögen. Daneben sollen nach manchen Landesgesetzen großflächige Einzelhandelsvorhaben mit zentrenrelevanten Sortimenten nur in zentralen Versorgungsbereichen zulässig sein. Beides stellt in vielen Fällen eine erhebliche Markteintrittsbarriere für neue derartige Einzelhandelsbetriebe dar, wenn die Anzahl geeigneter Grundstücke nicht ausreicht bzw. aus planerischer Sicht der Markt insoweit bereits gesättigt ist und „schädliche Auswirkungen“ (im Sinne eines Wettbewerbs vor allem mit nicht unerheblichem Kaufkraftab-

¹⁸ OECD, Policy Roundtables, Land Use Restrictions as Barriers to Entry, 2008.

¹⁹ Vgl. Competition Commission, Groceries Market Investigation Final Report, 30 April 2008, insbesondere Annex 7.2: The Planning Framework and Grocery Retailing; ähnlich bereits Competition Commission, Supermarkets: A Report on the Supply of Groceries from Multiple Stores in the United Kingdom, October 2000, insbesondere Kapitel 12, Land and Planning Issues, sowie die Anhänge 12.2 bis 12.6.

²⁰ Vgl. Competition Commission, Remittal of the Competition Test by the Competition Appeal Tribunal, Decision, 2 October 2009.

²¹ Productivity Commission, Economic Structure and Performance of the Australian Retail Industry, Kapitel 8; Planning and zoning regulation, Melbourne 2011.

²² Soweit die Erfüllung von Kundenwünschen bei der Produktauswahl sowie (Service-)Qualität jedoch auch im Interesse des Lebensmitteleinzelhandelsunternehmens stehen (nicht zuletzt die Kundenzufriedenheit und Rückkehrquote von Kunden), kommt insbesondere bei inhaber-, aber auch bei sonst gut geführten Lebensmitteleinzelhandelsmärkten auch ein Anstoß und Reaktionen des internen Qualitätsmanagements in Betracht.

²³ Vgl. zum Ganzen mit Blick auf den Einzelhandel stellvertretend Kuschnerus, U., Der standortgerechte Einzelhandel, Bonn 2007.

zug)²⁴ solcher Vorhaben auf bereits vorhandene zentrale Versorgungsbereiche zu erwarten sind.

1249. Derartige Vorschriften können sich, abhängig von ihrer genauen Ausgestaltung, in erster Linie an der Planungshoheit der Gemeinden²⁵ und an den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben aus Artikel 49 ff. AEUV (Niederlassungsfreiheit), Artikel 56 ff. AEUV (Dienstleistungsfreiheit) und der Dienstleistungsrichtlinie²⁶ stoßen,²⁷ sind jedoch durchaus wirksam ausgestaltbar. So genügt, wenn der Kommune ein ausreichender Gestaltungsspielraum bleibt²⁸ bzw. derartige Einschränkungen der gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit nicht rein wirtschaftlich, sondern mit anerkannten Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden,²⁹ wie etwa dem Umweltschutz, der Raumordnung oder dem Verbraucherschutz. Auch unabhängig von ihrer rechtlichen Gültigkeit können derartige Vorschriften erhebliche Markteintrittsbarrieren für neue Wettbewerber darstellen, Innovationen im Einzelhandel verhindern und den Wettbewerb zugunsten bereits bestehender Einzelhandelsbetriebe verzerren.

2.1.2 Schutz zentraler Versorgungsbereiche

1250. Baugesetzbuch und Baunutzungsverordnung beinhalten an verschiedenen Stellen Vorschriften, die dem Schutz zentraler Versorgungsbereiche³⁰ vor wettbewerblichen Auswirkungen geplanter neuer bzw. dem Ausbau bestehender Einzelhandelsansiedlungen dienen.³¹ So besteht nach § 2 Absatz 2 Satz 2 BauGB ein qualifiziertes Abstimmungsgebot mit benachbarten Gemeinden, sobald ein Vorhaben deren zentrale Versorgungsbereiche beeinträchtigen würde. Nach § 1 Absatz 6 Nummer 4 BauGB ist die Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche bei der Aufstellung von Bauleitplänen mit zu berücksichtigen. Im unbeplanten Innenbereich sind nach § 34 Absatz 3 BauGB Einzelhandelsansiedlungen

gen bzw. -erweiterungen nur dann zulässig, wenn von ihnen keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche ausgehen. Praktisch sehr bedeutsam ist auch § 11 Absatz 3 Satz 3 BauNVO, wonach schädliche Auswirkungen von „großflächigen Einzelhandelsbetrieben“ (mit Verkaufsflächen von mehr als 800 m²)³² auf zentrale Versorgungsbereiche widerleglich vermutet werden. Dies führt dazu, dass derartige Betriebe, wie nach § 11 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 BauNVO generell Einkaufszentren, grundsätzlich nur in Kerngebieten (etwa Innenstädten) und in eigens für (diese) Einzelhandelsbetriebe festgesetzten Sondergebieten zulässig sind. Vielfach wird durch ermessenslenkende Vorschriften auf Landesebene die Ansiedlung von (in erster Linie großflächigen) Einzelhandelsbetrieben weiter (indirekt) determiniert (oft zentral in sog. Einzelhandelserlässen zusammengefasst, die verwaltungsinterne Auslegungshilfen bzw. rein ermessenslenkende Vorschriften darstellen). Da die verkaufsflächenbasierte Vermutung des § 11 Absatz 3 Satz 3 BauNVO allein für einzelne Einzelhandelsbetriebe gilt, werden integrierte großflächige Betriebe im Vergleich zu Agglomerationen von mehreren nicht großflächigen Einzelhandelsbetrieben in der Ansiedlung benachteiligt.³³

1251. Berücksichtigungsfähig sind unter dem Kriterium der Schädigung zentraler Versorgungsbereiche durch ein Vorhaben allein dessen städtebauliche Auswirkungen.³⁴ Dabei unterscheiden sich die Erheblichkeitsschwellen³⁵ nach den unterschiedlichen Situationen und anwendbaren Normen. Derartige schädliche Auswirkungen lassen sich nicht nach einfachen oder vorgegebenen Kriterien bestimmen, es kommt in der Regel vielmehr auf eine Einzelfallbetrachtung mit raumökonomischer Prognose an. Der zu erwartende Kaufkraftabfluss (bzw. die zu erwartende Umsatzumverteilung oder Umverteilung von Kundenströmen) ist allerdings möglicherweise auch einzeln maßgeblich.³⁶ Faktisch jedenfalls ist er oft das entscheidende Kriterium, wenn auch durchaus die Berücksichtigung weiterer Kriterien zulässig und wünschenswert, vielfach auch geboten ist.³⁷ Eine genaue Schwelle für den erwarteten Prozentsatz der Umsatzumverteilung ist zwar

²⁴ Vgl. dazu eingehend Tz. 1255 f.

²⁵ Vgl. etwa LVerfG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 26. August 2009, VerfGH 18/08 „FOC Ochtrup“.

²⁶ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EU Nr. L 376 vom 27. Dezember 2006, S. 36.

²⁷ So etwa die Sicht der Europäischen Kommission im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2008/4946, Schreiben vom 26. Juni 2009.

²⁸ Vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2010, 4 C 8.10 „IKEA Rastatt“, dort insbes. Rn. 17 ff.

²⁹ Vgl. in einer eng verwandten Frage EuGH, Urteil vom 24. März 2011, Rs. C-400/08, Rn. 74 ff. „Einzelhandelsgenehmigung Katalonien“.

³⁰ Diese sind „räumlich abgrenzbare Bereiche einer Gemeinde, denen aufgrund vorhandener Einzelhandelsnutzungen – häufig ergänzt durch diverse Dienstleistungen und gastronomische Angebote – eine Versorgungsfunktion über den unmittelbaren Nahbereich hinaus zukommt. Sie können sich sowohl aus planerischen Festlegungen als auch aus den tatsächlichen Verhältnissen ergeben.“ So etwa BVerwG, Urteil vom 11. Oktober 2007, 4 C 7.07, 2. Leitsatz sowie Rn. 11, 13. Auch lokale Nahversorgungsbereiche können unter diesen Begriff fallen; vgl. BVerwG, Urteile vom 17. Dezember 2009, 4 C 1.08, 4 C 2.08.

³¹ Daneben setzt § 2 Nummer 3 Satz 3 ROG als einen Grundsatz der Raumplanung programmatisch: „Es sind die räumlichen Voraussetzungen für die Erhaltung der Innenstädte und örtlichen Zentren als zentrale Versorgungsbereiche zu schaffen.“

³² Diese Großflächigkeitsschwelle ist rein richterrechtlich ausgeprägt und beträgt heute 1.200 m² Grund- bzw. 800 m² Verkaufsfläche; vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Dezember 2005, 4 B 71.05.

³³ Landesrechtlich bestehen teilweise Vorschriften, die zu einer Zusammenrechnung der Grundfläche entsprechender Einzelhandelsbetriebe führen und insoweit Agglomerationen integrierten großflächigen Einzelhandelsbetrieben gleichsetzen. Derartige Agglomerationsregelungen können auch durch Plangeber zwingend zu berücksichtigen sein; vgl. BVerwG, Urteil vom 10. November 2011, 4 CN 9.10.

³⁴ Grundlegend BVerwG, Urteil vom 1. August 2002, 4 C 5.01, Rn. 20 ff.

³⁵ Vgl. besonders deutlich die Definition zu § 34 Absatz 3 BauGB bei BVerwG, Urteil vom 11. Oktober 2007, 4 C 7.07, Rn. 15: „... ein Vorhaben [lässt] schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche einer Standortgemeinde jedenfalls dann erwarten, wenn es deren Funktionsfähigkeit so nachhaltig stört, dass sie ihren Versorgungsauftrag generell oder hinsichtlich einzelner Branchen nicht mehr substantiell wahrnehmen können.“

³⁶ Vgl. BVerwG, Urteil vom 11. Oktober 2007, 4 C 7.07, Rn. 17 ff, insbesondere 21 f.

³⁷ In diese Richtung etwa Bunzel, A. u. a., Erhaltung und Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche, Difu-Arbeitshilfen, 2009, S. 60 ff.

weder allgemein anerkannt noch abstrakt festlegbar,³⁸ in praxi wird jedoch oftmals von einer 10-Prozent-Schwelle ausgegangen, ab der Umsatzumverteilungen schädliche Effekte haben können. Unabhängig von der genauen Schwelle ist zwar grundsätzlich die konkrete städtebauliche Auswirkung im zentralen Versorgungsbereich entscheidend. Faktisch wird jedoch regelmäßig auf die Wettbewerbseffekte auf einzelne, insbesondere Lebensmittel-, Einzelhandelsbetriebe als „Frequenzbringer“ und „Magnetbetriebe“ im betroffenen Versorgungsbereich abgestellt. So verdichtet sich der Schutz städtebaulicher Belange nicht selten zu faktischem Konkurrentenschutz,³⁹ denn die erwartete Umsatzumverteilung ist jedenfalls das zentrale Maß für den Wettbewerbsdruck, vor dem Bestandsbetriebe geschützt werden.

2.1.3 Verkaufsflächenobergrenzen, Sortimentsbeschränkungen, Ausschlussplanungen

1252. Auf Ebene der konkreten kommunalen Bauleitplanung schließlich sind zunehmend genaue Vorgaben zu (branchen- bzw. sortimentspezifischen) Verkaufsflächenobergrenzen, zulässigen Sortimenten bzw. Randsortimentanteilen und Ausschlussplanungen zu beobachten. Diese bestimmen für einzelne Baugebiete detailliert, was auf welchen Flächen verkauft bzw. nicht verkauft werden darf; die Möglichkeit derartiger Vorgaben ist auf § 1 Absatz 5 und 9 BauNVO gestützt bzw. positiviert in § 9 Absatz 2a BauGB.⁴⁰ Durch derartige Festsetzungen werden Markteintritte teilweise erheblich erschwert, teilweise unmöglich gemacht. Faktisch dürften solche Planbestimmungen oft konkurrentenschützende Wirkung haben, wohl nicht selten entsprechend der Intention des Plangebers. Insbesondere wenn Verkaufsflächenobergrenzen bereits ausgeschöpft sind oder die noch nicht ausgeschöpfte Fläche nicht ausreicht, um einen Einzelhandelsbetrieb dieser Branche profitabel zu führen, werden so absolute Markteintrittsbarrieren errichtet.⁴¹

2.1.4 Einzelhandels- und Zentrenkonzepte

1253. Zur systematischen Herleitung und Untermauerung einer Abgrenzung zentraler Versorgungsbereiche und zur Erhöhung der Rechtssicherheit von Planungsvor-

gaben zu deren Schutz greifen die Gemeinden verstärkt auf Einzelhandels- und Zentrenkonzepte zurück. Diese werden von Plangebern regelmäßig in Verfahren erstellt, die neben der Öffentlichkeit vor allem unmittelbar Betroffene einbinden. Grundlage sind dabei oft von spezialisierten Beratungsbüros erstellte städtebauliche Gutachten, die insbesondere auf der Grundlage der bestehenden Einzelhandelsstrukturen Kaufkraftflüsse schätzen.

1254. Derartige Konzepte oder Masterpläne sind nach § 1 Absatz 6 Nummer 11, § 2 Absatz 2 Satz 2 BauGB bei der Aufstellung von Bauleitplänen auch benachbarter Gemeinden zu berücksichtigen. Sie vermögen durch ihre Kohärenz die Schlüssigkeit einzelner gemeindlicher Planungsmaßnahmen zum Schutz zentraler Versorgungsbereiche zu unterlegen und können auch von unmittelbarer Bedeutung für Baugenehmigungsverfahren sein. Bei der Erstellung von Einzelhandels- und Zentrenkonzepten wird in erster Linie von der bestehenden Einzelhandelsstruktur ausgegangen;⁴² die bereits ansässigen Einzelhandelsbetreiber haben in Planaufstellungsverfahren vielfach ungleich höheren Einfluss als potenzielle Wettbewerber. Dies führt oft dazu, dass durch derartige Konzepte erhebliche Markteintrittsbarrieren geschaffen werden. Nicht selten ist jedoch, insbesondere bei der mittlerweile häufigen Überarbeitung und Fortschreibung bestehender Einzelhandels- und Zentrenkonzepte, vermehrt eine strategische Ausrichtung zu erkennen, die in ihrer Entwicklungstendenz explizit auch Raum für Wettbewerb lässt.

2.1.5 Synthese: Wettbewerbswirksame Prinzipien des Planungsrechts

1255. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass auf sämtlichen Ebenen der planungsrechtlichen Regelungskaskade eine deutliche Beschränkung der Ansiedlung bzw. Erweiterung von Einzelhandelsstandorten stattfindet, in der Regel konkretisiert durch gemeindliche Bebauungspläne und/oder Einzelhandels- und Zentrenkonzepte. Im Einzelnen lassen sich – nach Norm- und Ebene sowie Bundesländern unterschiedlich ausgeprägt – vier verschiedene einzelhandelsrelevante Grundprinzipien isolieren:

- Das Konzentrationsgebot: Einzelhandelsbetriebe sollen auf Stadt(teil)zentren oder zentrale Orte der Raumplanung beschränkt werden.

³⁸ Vgl. etwa statt vieler die Übersicht in OVG NRW, Urteil vom 6. Juni 2005, 10 D 145/04.NE, Rn. 175 ff.

³⁹ Dies ungeachtet des grundsätzlichen Postulats, dass Baurecht keinen Konkurrentenschutz vermittelt; vgl. zu dieser Frage etwa BVerwG, Beschluss vom 26. Februar 1997, 4 NB 5. 97, zuletzt BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2009, 4 C 1. 08, Rn. 10, sowie den anschaulichen Beschluss des OVG NRW vom 9. März 2007, 10 B 2675/06, Rn. 10 ff.

⁴⁰ Die genauen Grenzen und Inhalte des Zulässigen befinden sich in der gerichtlichen Klärung; hier jedoch kommt es auf diese vielfach noch stark umstrittenen Details größtenteils nicht an; vgl. etwa zum Stand von 2008 Bunzel, A. u. a., a. a. O.

⁴¹ Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Gefahr erkannt und etwa zur Vermeidung von „Windhundrennen“ die Festsetzung einer baugebietsbezogenen, vorhabenunabhängigen Verkaufsflächenobergrenze durch Urteil vom 3. April 2008, 4 CN 3.07, für grundsätzlich unzulässig erklärt; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 24. März 2010, BVerwG 4 CN 3.09, sowie Beschluss vom 11. November 2009, BVerwG 4 BN 63.09; auch schon BVerwG, Beschluss vom 10. August 1993, 4 NB 2.93.

⁴² Vor dem Hintergrund der faktischen Vielgestaltigkeit von Einzelhandels- und Zentrenkonzepten ist eine Generalisierung notwendig imperfekt; die primäre Orientierung am Ist-Bestand liegt auch im Wesen einer (Weiter-)Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche und liegt auch sämtlichen von der Monopolkommission im Einzelnen betrachteten Einzelhandels- und Zentrenkonzepten zugrunde. Vgl. zu einer eingehenderen Übersicht über Verfahren und Methodik z. B. die Ausführungsvorschriften zum Aufbau und Inhalt bezirklicher Einzelhandels- und Zentrenkonzepte der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung Berlin vom 22. Juli 2009 und die Ergebnisse bei Osterhage, F., Kommunale Einzelhandels- und Zentrenkonzepte/Zentrale Versorgungsbereiche, Eine Umfrage unter den Städten und Gemeinden des Landes NRW, Dortmund, April 2006. Einzelhandels- und Zentrenkonzepte sind in der Regel online verfügbar, nicht selten ist auch das Verfahren zu deren Verabschiedung internetgestützt.

- Das Kongruenzgebot: Einzelhandelsbetriebe sollen dort angesiedelt werden, wo die entsprechende Kaufkraft verfügbar ist bzw. wo diese sich zentral orientiert.
- Das Integrationsgebot: Einzelhandelsbetriebe sollen sich in bestehende oder übergreifend geplante integrierte Standorte einfügen, also nicht einzeln verstreut ansiedeln.
- Das Beeinträchtigungsverbot: Neue oder auszubauende Einzelhandelsstandorte sollen bestehende oder geplante Versorgungsbereiche nicht beeinträchtigen.

1256. Aus der Vielgestaltigkeit der landesrechtlichen Vorschriften und der auch für das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, die zuständigen Landesministerien und andere Sachverständige – im Einzelnen und teilweise auch im Ganzen – nicht voll zu erfassenden konkreten Anwendung der planungsrechtlichen Normenkaskade⁴³ ergibt sich, dass jede Analyse unvermeidlich generalisierend und gewissermaßen abstrakt bleiben muss. Auch im abstrakten Überblick lassen sich jedoch vielfache systembedingte wettbewerbliche Auswirkungen des Planungsrechts auf den Einzelhandel feststellen.

2.2 Grundsätzliche Wettbewerbseffekte planerischer Steuerung des Einzelhandels

1257. Planungsrechtliche Vorgaben steuern die Standorte und zunehmend die Sortimente von Einzelhandelsansiedlungen. Aufgrund des baurechtlichen Bestandsschutzes werden nur Markteintritte bzw. Erweiterungen limitiert. Dadurch werden in der Tendenz die lokale Marktmacht und damit die Preissetzungsspielräume geschützt sowie Anreize zur Bereitstellung eines ineffizient niedrigen Qualitätsniveaus (Öffnungszeiten, Wartezeiten, Präsentation etc.) bestehender Einzelhandelsbetriebe gesetzt und Anreize zur Innovation verringert (Monopoleffekt).⁴⁴ Auf der anderen Seite kann die planerisch erzwungene räumliche Nähe ansonsten mit größeren Abständen zu Konkurrenten ansiedelnder Wettbewerber⁴⁵ den Wettbewerbsdruck auf die einzelnen Betriebe erhöhen, da dann die Verbraucher leichter vergleichen und wechseln können (Dichteeffekt).⁴⁶ Ob und wie weit plane-

rische Beschränkungen Wettbewerb fördern oder beschränken, hängt also davon ab, ob in den Gebieten, in denen planerisch Einzelhandel zulässig ist, ausreichend geeignete Grundstücke zur Verfügung stehen. Da in der Regel kleinere Grundstücke leichter verfügbar sind, werden vielfach faktisch Distributionsformen begünstigt, die mit geringeren Verkaufsflächen operieren; dieser Effekt wird weiter verstärkt durch die planungsrechtliche Beschränkung großflächiger Einzelhandelsbetriebe mit mehr als 800 m² Verkaufsfläche.

1258. Planerisch sind bereits bestehende Einzelhandelsbetriebe auch durch das Beeinträchtigungsverbot vielfach geschützt. Die faktische Benachteiligung bislang in der Gemeinde noch nicht verteilter Unternehmen gegenüber gewichtigeren Interessen von bereits ansässigen Unternehmen bei der politischen Entscheidungsfindung⁴⁷ und der baurechtliche Bestandsschutz verstärken diese Tendenz. Insgesamt wirkt die planungsrechtliche Beschränkung von Markteintritten bzw. Erweiterungen damit jedenfalls veränderungsfeindlich auf vorhandene Strukturen (Verstetigungseffekt).

1259. Die Komplexität planerischer Verfahren, die oft erheblichen Verfahrenskosten (nicht zuletzt auch die der vielfach nötigen Auswirkungs-, Immissions- und Verkehrsanalysen) und die mit derartigen Verfahren verbundene Unsicherheit stellen nach Aussagen von Marktteilnehmern eine weitere, nach Erkenntnissen der Monopolkommission nicht zu unterschätzende faktische Barriere für den Markteintritt bzw. die Standorterweiterung insbesondere kleinerer Einzelhandelsunternehmen dar.

1260. Daneben wirken die planerischen Beschränkungen von Einzelhandelsnutzungen negativ auf die Verfügbarkeit entsprechender Grundstücke, was den Wert und die Mithöhe von für Einzelhandel geeigneten Grundstücken ganz erheblich steigern kann.⁴⁸ Derartige Knappheitspreiseffekte dürften nicht selten an der Verdrängung von Lebensmitteleinzelhandelsbetrieben aus Innenstädten mitwirken, die regelmäßig geringere Margen erwirtschaften als andere Einzelhandelsbetriebe und vielfach gestiegene Mieten nicht tragen können. Diese Mietsteigerungseffekte bewirken in jedem Falle eine Steigerung der Vertriebskosten, regelmäßig auch der Verkaufspreise für Lebensmittel; es lässt sich hier von einer regulatorischen Steuer sprechen.⁴⁹

1261. Für Großbritannien und die USA wurden darüber hinaus negative Auswirkungen auf den Produktivitätsfortschritt im Einzelhandel durch planungsrechtliche Be-

⁴³ Vgl. zu den weitgehend unverändert weiter bestehenden Unschärfen und Erfassungsproblemen statt vieler BMBau/Institut für Stadtforschung, Rechtsstatsachenuntersuchung zur Baugenehmigungspraxis, Bad Godesberg 1985.

⁴⁴ Vgl. stellvertretend Giertz, J., A Note on Zoning and Monopoly, Growth and Change 8(1), 1977, S. 50–52; Hamilton, B., Zoning and the Exercise of Monopoly Power, Journal of Urban Economics 5(1), 1978, S. 116–130.

⁴⁵ Vgl. etwa Davis, P., Spatial Competition in Retail Markets: Movie Theaters, Rand Journal of Economics 37(4), 2006, S. 964–982, gegenüber Hotelling, H., Stability in Competition, Economic Journal 39, 1929, S. 41 ff. Dieser Effekt kann sich oftmals auch schlicht aus der besseren/günstigeren Verfügbarkeit entsprechender Grundstücke ergeben.

⁴⁶ Vgl. Ridley, F./Sloan, F./Yan, S., Retail Zoning and Competition, January 2011 <http://faculty.fuqua.duke.edu/~dbr1/research/zoning-competition.pdf>

⁴⁷ In diese Richtung deuten mehrere Stellungnahmen von Marktteilnehmern. Vgl. etwa bereits Fischel, W., The Economics of Zoning Laws: A Property Rights Approach to American Land Use Controls, Baltimore 1987, S. 107 ff.

⁴⁸ Vgl. für eine eingehendere Analyse etwa Cheshire, P., Land Markets and Their Regulation: The Economic Impacts of Planning, in: Geyer, H., International Handbook of Urban Policy: Issues in the Developed World, Cheltenham 2009, S. 120 ff., insbesondere S. 137 ff., 143.

⁴⁹ Vgl. etwa Cheshire, P./Hilber, C., Office Space Supply Restrictions in Britain: The Political Economy of Market Revenge, Economic Journal 118, 2008, S. F185–F221.

schränkung der Größe und Dezentralität von Standorten gemessen.⁵⁰ Wieweit derartige Untersuchungen auf Deutschland übertragbar sind, vermag angesichts der in Vielem unterschiedlichen Situation (nicht zuletzt der bedeutenden Rolle der Lebensmitteleinzelhandels-Discounters) hier nicht entschieden zu werden. Gewisse negative Einflüsse von planungsrechtlichen Ansiedlungsbeschränkungen auf Produktivität und Preise im Einzelhandel sind allerdings jedenfalls auch in weiteren Ländern feststellbar.⁵¹

1262. Den negativen Auswirkungen von Monopol- und Verstärkungseffekt auf die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt stehen – neben dem wettbewerbsverstärkenden Dichteeffekt – die mit den planerischen Festsetzungen bezweckten positiven Effekte gegenüber, wie insbesondere erhebliche Netz- und Skaleneffekte, die eine (gestufte) räumliche Konzentration von Versorgungseinrichtungen in der Summe wünschenswert erscheinen lassen können. Auch soll das Bauplanungsrecht negativen externen Effekten entgegenwirken, etwa zusätzlichem Verkehr und den entsprechenden Immissionen. Insgesamt stellt das Bauplanungsrecht auch in seiner einzelhandelsrelevanten Anwendung ein Gebiet der (politischen) Abwägung verschiedenster, vielfach nicht genau zu quantifizierender Zielsetzungen dar,⁵² denen jedoch ein Mehr an Wettbewerb nicht zwangsläufig entgegenwirken muss, sondern im Gegenteil oftmals förderlich sein kann.

2.3 Beispiel: Mögliche Implikationen einer Veränderung der Großflächigkeitsschwelle

1263. Jede planerische Situation ist ihrem Wesen nach in hohem Grade schon faktisch partikulär. Die tatsächlichen Gegebenheiten, nicht zuletzt die gewachsenen (Lebensmittel-) Einzelhandelsstrukturen, formen gemeinsam mit den rechtlichen Vorgaben wie Baugenehmigungen und Bebauungsplänen den Entscheidungsspielraum der Akteure ebenso vor wie landes- und bundesrechtliche Normen. Dennoch kommt den letztgenannten Vorschriften in der Regel eine erhebliche Steuerungswirkung zu. Besonders deutlich wird dies am Beispiel der Großflächigkeitsschwelle des § 11 Absatz 3 Satz 3 BauNVO, wonach Supermärkte von mehr als 800 m² Verkaufsfläche nur stark

eingeschränkt genehmigungsfähig, unterhalb dieser Schwelle jedoch Neubau oder Erweiterungen deutlich einfacher möglich sind.⁵³ Das führt einerseits zu einer Vielzahl von neu errichteten Supermärkten mit einer Verkaufsfläche von genau 800 m², andererseits zu Klagen verschiedenster Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen, der Wettbewerb werde zu ihren Lasten verzerrt bzw. ihre Expansion und Anpassung an (veränderte) Kundenpräferenzen werde erschwert.⁵⁴

1264. Eine Veränderung dieser Situation erscheint denkbar durch eine vollständige Abschaffung, eine Anpassung dieser Großflächigkeitsschwelle sowie ihre Flexibilisierung unter Einbeziehung weiterer Kriterien in ihre Anwendung.

- Eine schlichte Abschaffung würde die Steuerungsfähigkeit in der planungsrechtlichen Regelungskaskade näher an die Planungsverantwortlichen heranrücken und könnte, ebenso wie eine Absenkung etwa auf 400 m² Verkaufsfläche, die sich aus dieser unvermeidlich arbiträren Größenschwelle ergebenden Wettbewerbsverzerrungen zwischen weniger flächenintensiven Discountern und flächenaufwendigen Vollsortimentern minimieren. So ließe sich gleichzeitig das Ziel der Nahversorgung stärker unterstreichen.
- Eine Erhöhung etwa auf 1 500, 2 000 oder 2 500 m² hätte in Vielem wohl sehr ähnliche Effekte wie eine Absenkung oder eine gänzliche Abschaffung: Planungs-basierte wettbewerbliche Unterschiede zwischen Discountern, Vollsortimentern und SB-Warenhäusern würden so aus der Ebene des Gesetzesrechts auf die (meist gemeindliche) Ebene des Satzungsrechts verschoben und wären stärker situationsgebunden.
- Eine weniger schematische und stärker situationsabhängige Orientierung des Planungsermessens ließe sich schließlich mit Auslegungs- bzw. Annexregeln erreichen, die die Geltung der gesetzlichen Schädlichkeitsvermutung von über die Verkaufsfläche eines (Lebensmittel-) Einzelhandelsstandortes hinausgehenden, zusätzlichen Kriterien abhängig machten.⁵⁵ In Betracht kommen hier etwa die Einbeziehung der bestehenden Versorgungslage schon auf dieser Ebene bzw. von Agglomerationseffekten oder grundsätzliche Zielvorgaben für die (Lebensmittel-) Einzelhandelsversorgung von Gemeinden und/oder Stadtteilen.

1265. Jede Veränderung der gesetzlichen Großflächigkeitsschwelle könnte einerseits mögliche Wettbewerbsverzerrungen abbauen und situationsadäquatere Planungsentscheidungen erleichtern. Andererseits würden jedoch wohl die Ziele dieser Vermutungsregelung (insbesondere der Schutz zentraler Versorgungsbereiche und wohnortnaher Grundversorgung) gefährdet, da der gemeindliche Planbegründungsaufwand stiege. Diese

⁵⁰ Vgl. für Großbritannien etwa Haskel, J./Sadun, R., Regulation and UK Retailing Productivity: Evidence from Micro Data, CEPR Discussion Paper 7140, January 2009; Cheshire, P./Hilber, C./Kaplanis, I., Evaluating the Effects of Planning Policies on the Retail Sector: Or do Town Centre First Policies Deliver the Goods?, SERC Discussion Paper 66, January 2011; für die USA etwa Foster, L./Haltiwanger, J./Krizan, C., The Link between Aggregate and Micro Productivity Growth: Evidence from Retail Trade, NBER Working Paper 9120, Cambridge, Mass. 2002, sowie Hausman, J./Leibtag, E., Consumer Benefits from Increased Competition in Shopping Outlets: Measuring the effect of Wal-Mart, NBER Working Paper 11809, Cambridge, Mass. 2005.

⁵¹ Vgl. etwa im Vergleich für die USA, Südkorea und die Niederlande bereits Baily, M./Solow, R., International Productivity Comparisons Built from the Firm Level, Journal of Economic Perspectives 15(3) 2001, S. 151–172, sowie für Italien Schivardi, F./Viviano, E., Entry Barriers in Retail Trade, Economic Journal 121, 2011, S. 145–170.

⁵² Vgl. insbesondere die Grundsätze der Bauleitplanung (§ 1 Absatz 6 BauGB).

⁵³ Vgl. dazu eingehender Tz. 1250 ff.

⁵⁴ Vgl. zu diesen Branchenäußerungen und ihrer Einordnung Tz. 1236 und die entsprechenden Fußnoten.

⁵⁵ Vgl. etwa zu der Neuauslegung des bayerischen Landesentwicklungsprogramms oben Fn. 14.

Schwelle stellt ohnehin eine widerlegliche Vermutung dar, sodass sich in erster Linie die Begründungs-, Darlegungs- und Beweislasten von den Vorhabenträgern zu den Planungs- und Baugenehmigungsverantwortlichen verlagern dürften. Ob und welche Regelveränderungen an dieser Stelle in wettbewerbsfördernder Absicht angemessen und wünschenswert erscheinen, vermag die Monopolkommission auf Grundlage der ihr zur Verfügung stehenden Informationen nicht abschließend zu beurteilen. Sie ermutigt die für die Weiterentwicklung dieser Regeln Verantwortlichen jedoch, weiter transparent und ergebnisoffen über eine kontinuierliche Verbesserung des Regelwerkes nachzudenken. Nicht zuletzt (widerlegliche) Vermutungsregeln haben eine „weiche“ Steuerungswirkung, die Transaktions- und Verwaltungsaufwand gering halten kann.⁵⁶

2.4 Exkurs: Städtebauliche Verträge, Förderungspolitik und integrierte Zielverfolgung

1266. Die planungsrechtlichen Instrumente beschränken in der Regel nur die Ansiedlung neuer bzw. Erweiterung vorhandener Einzelhandelsstandorte bzw. kanalisieren diese auf planerisch gewünschte Orte, Größen und Sortimente. Insoweit wirkt das Planungsrecht in erster Linie negativ, ohne gewünschte Lösungen aktiv zu fördern. Das reicht zuweilen nicht aus, etwa bei der gewünschten Belebung einer Innenstadt durch bestimmte Einzelhandelsbetriebe als „Frequenzbringer“. Zudem wirkt das Planungsrecht nur auf die Bodennutzung, während vielfach die planungsrechtlich verfolgten Ziele mit anderen Mitteln besser, einfacher und schneller erreicht werden könnten. Derartige Aktivierungsdefizite werden teilweise durch Einbindung Privater mittels städtebaulicher Verträge und durch hoheitliche Fördermaßnahmen ausgeglichen. Auch hier können erhebliche Diskriminierungspotenziale entstehen.

2.4.1 Städtebauliche Verträge und Grundstücksveräußerungen mit Auflagen

1267. Mit in § 12 BauGB geregelten städtebaulichen Verträgen und Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand mit Bauverpflichtung werden private Investoren eingebunden, um öffentliche, typischerweise städtebauliche Zwecke zu verwirklichen.⁵⁷ Dabei kann der private Vertragspartner Aufgaben des Planungsträgers wie Erschließung, Ausgestaltung von öffentlichen Räumen etc. übernehmen. Der private Vertragspartner kann hier unter Umständen erhebliches Diskriminierungspotenzial erhalten, insbesondere bei der Entwicklung großer Einkaufszentren oder Versorgungszentren. In diesen

Fällen kommt dem privaten Projektentwickler regelmäßig großer Einfluss auf die Wettbewerbsbedingungen einzelner Händler zu, vor allem durch die Auswahl der einzelnen Einzelhandelsbetriebe. Die Wettbewerbsneutralität derartiger Verträge lässt sich, wie in der Praxis bereits nicht unüblich und in den meisten Fällen sinnvoll, durch Vorgaben hinsichtlich der Auswahl der Einzelhandelsbetriebe sichern. Bei funktionierendem umgebenden Wettbewerb hat auch bereits der Projektentwickler regelmäßig ein eigenes Interesse daran, durch funktionierenden Binnenwettbewerb die Attraktivität seines Objektes zu erhalten bzw. zu steigern.

2.4.2 Städtebauförderung, Immobilien- und Standortgemeinschaften und Innenstadtinitiativen

1268. Städtebauförderung ist ein klassisches, nicht zwingendes Mittel der Städteplanung und bedeutet die finanzielle oder ideelle Unterstützung von Vorhaben oder Initiativen, die städtebauliche Ziele unterstützen. Das kann etwa die Schaffung neuer Attraktionspunkte zur Belebung von Innenstädten oder Stadtteilzentren sein, die zielgerichtete Förderung einer Innenstadtsanierung, meistens jedoch die Aufwendung öffentlicher Mittel zur baulich vermittelten Erreichung städtebaulicher Ziele.

1269. Nach §§ 136 ff. BauGB können besondere Sanierungs-, Entwicklungs- und Fördergebiete festgelegt und gefördert werden. Daneben wird zunehmend kooperatives Innenstadt- bzw. Stadtteilmanagement durch Kommunen, Verwaltungen, Verbände, Einzelhändler, Immobilieneigentümer, gemeinnützige Vereine etc. unter dem Begriff Immobilien- und Standortgemeinschaften (ISG)⁵⁸, integriertes Zentrenmanagement oder Quartiermanagement gefördert. Dabei werden Attraktivität und Struktur der betreffenden Gewerbe- und Wohnraummärkte sowie teilweise die Einzelhandelslandschaft entsprechend öffentlich vorgegeben oder durch die Betroffenen bestimmten Leitbildern zu gestalten versucht. Die Mittel dafür sind etwa die Gestaltung öffentlicher Räume, die gemeinsame Veranstaltung von Festen, gemeinsames Leerstandsmanagement, die Förderung von nahe liegenden Parkhäusern etc. In dem Maße, in dem die Förderung der Innenstadt bzw. bestimmter Stadtteile bezweckt wird, liegt die Benachteiligung nicht zentral angesiedelter Einzelhandelsbetriebe auf der Hand. Andererseits kann jedoch so der Wettbewerb zwischen mehreren derartigen Gebieten belebt werden. Das Verhalten solcher Initiativen dürfte regelmäßig dem Kartellrecht unterliegen.⁵⁹

⁵⁶ Vgl. hierzu bereits BMVBS/Deutsches Institut für Urbanistik (difu), Berliner Gespräche zum Städtebaurecht, 2010, Band I: Bericht, dort S. 37 f., Band II: Dokumentation/Materialien, dort S. 113 ff.

⁵⁷ Die weitreichende Vergaberechtsfreiheit derartiger Verträge kann sich negativ auf den Fiskus sowie auf den Markt für Projektentwicklungen auswirken; für den Wettbewerb im Einzelhandel hat sie, soweit ersichtlich, kaum Konsequenzen. Vgl. § 99 Absatz 3 GWB; EuGH, Urteil vom 25. März 2010, Rs. C-451/08, gegenüber OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Juni 2007, Verg. 02/07 „Flughafen Ahlhorn“.

⁵⁸ In Hamburg geschieht dies seit 2005 auf Grundlage des Gesetzes zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungszentren vom 28. Dezember 2004 (zwischenzeitlich mehrfach geändert); in anderen Bundesländern bestehen mittlerweile entweder ähnliche Gesetze oder entsprechende informelle Förderprogramme.

⁵⁹ Immobilien- und Standortgemeinschaften und ähnliche Verbünde stellen regelmäßig Wirtschaftsvereinigungen im Sinne des § 20 Absatz 6 GWB dar, soweit sie als freiwillige Zusammenschlüsse die gemeinsamen unternehmerischen Interessen ihrer Mitglieder fördern; vgl. etwa Immenga, U./Mestmäcker E.-J. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Aufl., München 2007, § 20 Rn. 330 ff. Insbesondere können Wettbewerber unter Umständen die Aufnahme in die Vereinigung nach § 20 Absatz 6 GWB verlangen.

2.4.3 Förderpraxis und integrierte Zielverfolgung städtebaulicher Ziele

1270. Nur wenige der insoweit ausdrücklich befragten Bundesländer haben auf die Möglichkeiten hingewiesen, gewünschte Einzelhandelsansiedlungen mit öffentlichen Mitteln zu fördern, manche sprechen sich verhalten für einen integrierten Einsatz von planungsrechtlichen Restriktionen einerseits und positiven Anreizen zur Steigerung der Attraktivität planerisch bevorzugter Standorte andererseits aus.

1271. Für Einzelfälle ist der Monopolkommission darüber hinaus informell bekannt geworden, dass Kommunen (in)direkt Grundstücke bzw. Geschossflächen zur Errichtung politisch gewünschter Lebensmitteleinzelhandelsstandorte insbesondere in Innenstädten zur Verfügung gestellt haben.⁶⁰

1272. Bislang ist nicht erkennbar, dass sich eine integrierte Planungs- und Förderpolitik auf breiter Basis durchgesetzt hätte, die unter gegenseitiger Abstimmung verschiedener harter (rechtlich verbindlicher) und weicher (auf positive Impulse setzender) Maßnahmen versucht, die politisch gewollten und demokratisch legitimierten städtebaulichen Ziele anreizkompatibel umzusetzen.⁶¹ Derartige Ansätze und entsprechende Diskussionen unter den Akteuren sind jedoch bereits vielfältig feststellbar.⁶² Auch hier erscheint jedenfalls möglichste Wettbewerbsneutralität geboten, also die Vermeidung wettbewerbsfeindlicher bzw. wettbewerbsverzerrender Elemente bzw. deren Minimierung auf das zur Zielerreichung notwendige Mindestmaß.

1273. Der Schutz bestehender (Lebensmittel-)Einzelhandelsstrukturen mit wenig präzisen, rein planungsrechtlichen Mitteln kann einerseits erhebliche negative Auswirkungen weit über den unmittelbar betroffenen Umkreis hinaus haben.⁶³ Die Erhaltung und Förderung wohnortnaher Grundversorgung scheint sich andererseits besonders für den Einsatz einer „weichen“ Steuerung zu eignen, da situationsabhängig viele verschiedene (Betreiber-)Modelle in Betracht kommen. In dieser Hinsicht erscheint der Monopolkommission insbesondere der in Baden-Württemberg erarbeitete Leitfaden vorbildlich.⁶⁴ Eine situativ angepasste, möglichst wettbewerbsneutrale Förderung benötigter Nahversorgungsstandorte kann eine wettbewerbsfeindliche Ausschlussplanung überflüssig machen und so unmittelbar wettbewerbsermöglichend wirken.

⁶⁰ Dies kann inoffiziell, wie etwa über einen Mietvertrag mit einer von der Kommune kontrollierten Eigengesellschaft, oder offiziell über einen Grundstückskaufvertrag mit Auflagen oder städtebauliche Verträge erfolgen.

⁶¹ Vgl. bereits die Forderungen in Danielzyk, R./Koch, R. (Akademie für Raumforschung und Landesplanung), Pilotstudie zur Steuerungswirksamkeit des Zentrale-Orte-Konzepts, Hannover, August 2001, insbesondere S. 44 ff.

⁶² Vgl. etwa das Städtebauförderprogramm des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung „Städtebauförderung Innenstadt“ von 2008 sowie die Ausblicke in BMVBS, Weißbuch Innenstadt, a. a. O.

⁶³ Vgl. eingehender Abschnitt 2.2 in diesem Kapitel.

⁶⁴ Einzelhandelsverband Baden-Württemberg e. V./Wirtschaftsministerium Baden-Württemberg (Hrsg.), Der Nahversorgung eine Chance! Bewährte Konzepte aus Baden-Württemberg, Stuttgart 2010.

3. Synthese und Empfehlungen

1274. Die Standortentscheidungen von Einzelhandelsunternehmen unterliegen erheblichen planungsrechtlichen Beeinflussungen des Wettbewerbs, die teils beabsichtigt, teils als Nebenfolge in Kauf genommen, vielfach jedoch von Norm- und Plangebern nicht explizit wahrgenommen werden. Zwar ist die Grundspannung zwischen planerischer Beeinflussung zukünftiger Entwicklungen und wettbewerblicher spontaner Ordnung wohl nie völlig aufzulösen. Dennoch lassen sich vielfach die Vorzüge des Wettbewerbs auch planerisch berücksichtigen, ohne entscheidende planerische Steuerungsfähigkeit aufzugeben. Neben einer Sensibilisierung der Akteure kann auch eine verstärkte Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Schutzes sowohl der Wettbewerbsfreiheit als auch des gleichberechtigten Nutzungsinteresses des Grundstückseigentümers im Planungsprozess zur Offenhaltung lokaler Entwicklungsfreiräume für den Einzelhandel führen.

3.1 Vielfach faktische Wettbewerbsfeindlichkeit des Planungsrechts

1275. Die Untersuchung hat gezeigt, dass trotz der grundsätzlichen Wettbewerbsneutralität des Planungsrechts⁶⁵ eine Anzahl von planerischen Werkzeugen bestehen, die sich regelmäßig konkurrentenschützend auswirken. Insbesondere soweit der baurechtliche Bestandsschutz und die Bauleitplanung bestehende Einzelhandelsbetriebe vor „schädlichen Auswirkungen“ schützen, können wettbewerbssteigernde Markteintritte deutlich erschwert sein. Vor allem, wenn innerhalb zentraler Versorgungsbereiche keine geeigneten Grundstücke verfügbar sind, kann es zu „Closed Shop“-Situationen kommen, in denen die bestehenden Einzelhandelsunternehmen vor Wettbewerb durch neue und innovative Unternehmen geschützt sind. Insgesamt lässt sich auch eine deutliche Tendenz des Planungsrechts zur Förderung der Konzentration im Einzelhandel feststellen; dabei profitieren insbesondere diejenigen Unternehmen, die auch auf kleineren Grundstücken bzw. nicht großflächigen Verkaufsflächen profitabel arbeiten können.

3.2 Wettbewerbsfreundlichkeit planerischer Entscheidungen ohne Steuerungsverlust

3.2.1 Grundsatz

1276. Wettbewerb ist gesamtgesellschaftlich von erheblicher Bedeutung für das Funktionieren von Wirtschaft und Gesellschaft. Auch im Bereich des Einzelhandels bringt er regelmäßig erhebliche Vorteile für die Bürger als Verbraucher, aber auch für den Ort bzw. die Stadt als Lebensmittelpunkt mit sich. Wettbewerb fördert nicht zuletzt beschleunigte Anpassung an veränderte Rahmenbedingungen, verstärkte Kundenorientierung und verbesserte Preiswürdigkeit der Angebote. Die städtebaulich motivierte planerische Beschränkung der Neuerrichtung oder Erweiterung von Einzelhandelsbetrieben operiert oftmals mit erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen, die

⁶⁵ Vgl. etwa BVerwG, Beschluss vom 26. Februar 1997, 4 NB 5.97; zuletzt BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2009, 4 C 1.08, Rn. 10.

nicht selten über das zur Zielerreichung notwendige Maß hinausgehen. Demgegenüber lassen sich, wie in modernen Planungen vielfach bereits üblich, regelmäßig ausreichende Spielräume für die Akteure auf dem Einzelhandelsmarkt mit einplanen, die bei weitestgehend identischer Steuerungsfähigkeit der Planvorgaben die Vorzüge des Wettbewerbs für Stadt und Bürger nutzbar machen. Soweit städtebauliche Aufgaben an Dritte delegiert oder durch Fördermaßnahmen realisiert werden, können Vorgaben zur Erhaltung bzw. Stärkung des Wettbewerbs nicht nur die Interessen der Bürger fördern.

3.2.2 Wettbewerb und befürchtete Verödung von Einzelhandelsflächen

1277. Vielfach wird die Beschränkung von Neuansiedlungen des Einzelhandels begründet mit der als Konsequenz von Wettbewerb befürchteten Verödung von Einzelhandelsstandorten insbesondere in den Innenstädten. Dieses Argument geht zweifach fehl: Einerseits führt Wettbewerb zuerst zu einer Anreizsteigerung für den zentral ansässigen Einzelhandelsbetrieb, seine Attraktivität zu erhöhen, etwa durch ein verbessertes Sortiment, ansprechendere Präsentation, niedrigere Preise etc. Nur wenn dies nicht möglich ist, etwa infolge planerischer Beschränkungen einer dafür notwendigen Erweiterung, interner Ineffizienzen oder der Lagenachteile des Standortes, kann der wettbewerbsbedingte Umsatzrückgang die Aufgabe dieses Standortes verursachen. Bei dessen grundsätzlicher Eignung für einen tragfähigen (Lebensmittel-)Einzelhandelsbetrieb wird sich andererseits dort mit geringer zeitlicher Verzögerung wieder ein solcher Betrieb ansiedeln (unter Umständen mit einem moderneren, den aktuellen Konsumentenpräferenzen angepassten Vertriebskonzept). Sollte das nicht der Fall sein, so ist dies in der Regel ein klarer Indikator für die mangelnde Eignung des Standortes für den (Lebensmittel-)Einzelhandel bei den existierenden Konsumentenpräferenzen. Bestehende (Lebensmittel-)Einzelhandelsbetriebe an grundsätzlich ungeeigneten Standorten auch auf Kosten der Bürger vor (effizienteren) Wettbewerbern zu schützen, kann hingegen nicht Aufgabe des Planungsrechts sein. Durch planerischen Ausschluss einer Ansiedlung an attraktiveren Standorten zum Schutz weniger attraktiver Standorte dürfte insoweit oftmals den Interessen der Bürger entgegengewirkt werden.

3.3 Empfehlungen der Monopolkommission im Einzelnen

1278. Die Situationsgebundenheit jeder planerischen Entscheidung und die damit verbundene⁶⁶ Schwierigkeit, die Folgen einer Veränderung von Rechtsregeln und Verwaltungspraxis abzuschätzen, lässt bei aller unvermeidlichen Unschärfe gewisse Mustervorhersagen zu. Denn wenn auch die tatsächlichen Gegebenheiten, nicht zuletzt die gewachsenen (Lebensmittel-) Einzelhandelsstrukturen, gemeinsam mit den satzungs- und verwaltungsrecht-

lichen Vorgaben wie Baugenehmigungen und Bebauungsplänen den Entscheidungsspielraum der Akteure oftmals stärker vorformen als landes- und bundesrechtliche Planungsnormen, so kommt den letztgenannten Vorschriften doch in der Regel eine erhebliche, in der Tendenz eindeutige Steuerungswirkung zu.

1279. Das von in der Anwendung und Weiterentwicklung des Planungsrechts Verantwortlichen nicht selten vorgebrachte Argument einer „Eigengesetzlichkeit“ des Planungsrechts, die eine Berücksichtigung nicht bodenrechtlicher Gesichtspunkte verbiete, erkennt die Monopolkommission in gewissem Umfang an. Schließlich ist es gerade die Aufgabe von Rechtsregeln, für die Entscheidung von Sachverhalten relevante Gesichtspunkte aus der Vielzahl möglicher Aspekte herauszufiltern. Derartige Abschottungstendenzen sollten jedoch nicht ohne Notwendigkeit die Berücksichtigung teilweise schon planungsrechtlich relevanter und für die Verfolgung der planerischen Ziele klar mitbestimmender Sachverhalte ausschließen.

3.3.1 Einbeziehung des Wettbewerbsschutzes in das Planungsrecht

1280. Die Berücksichtigung der Bedingungen funktionierenden Wettbewerbs durch die Norm- und Plangeber sollte sich – auch⁶⁷ – aus einer verstärkten Einbeziehung des verfassungsrechtlichen Wettbewerbsschutzes ergeben. Insbesondere in Grenzfällen kann dieses Ziel auch mit privater Initiative durch eine verstärkte Durchsetzung des Diskriminierungsverbots zugunsten derjenigen Grundstückseigentümer verfolgt werden, die entgegen den Vorstellungen der Baugenehmigungsbehörde Einzelhandelsbetriebe ansiedeln wollen.

1281. Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit ist heute weitgehend anerkannt.⁶⁸ Zwar stellt die Wettbewerbsfreiheit keinen im Baurecht unmittelbar einstellbaren bodenrechtlichen Belang dar. Doch ist gerade in Bezug auf die festgestellte detaillierte Einzelhandelssteuerung eine teilweise Ausblendung wirtschaftlicher Folgen deutlich widersprüchlich. Denn ökonomische Aspekte und Gutachten sind bereits regelmäßig Grundlage von Planungsentscheidungen; dabei werden bislang die Auswirkungen im Wesentlichen auf statischer Basis abgeschätzt,⁶⁹ während ihnen tatsächlich dynamische Wettbewerbseffekte innerhalb derselben Wirkungs-

⁶⁶ Vgl. dazu etwa Hayek, F. A., Rechtsordnung und Handelsordnung, in: Streißler, E. (Hrsg.), Zur Einheit der Rechts- und Sozialwissenschaften, Karlsruhe 1967, S. 195 ff.

⁶⁷ So zwingt bereits § 1 Absatz 5 Nummer 8 a) BauGB zur planerischen Berücksichtigung der „Belange der Wirtschaft, auch ihrer mittelständischen Struktur im Interesse einer verbrauchernahen Versorgung der Bevölkerung“.

⁶⁸ Die Wettbewerbsfreiheit wird meist aus der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Artikel 2 Absatz 1 GG oder aus der Berufsfreiheit nach Artikel 12 Absatz 1 GG abgeleitet; vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Loseblatts Ausgabe (Stand 10/2011), Artikel 2 Absatz 1 GG Rn. 116 ff. mit weiteren Nachweisen. Die Frage der Herleitung und Rangstellung der Wettbewerbsfreiheit kann hier nicht abschließend behandelt werden, über den Schutz der Wettbewerbsfreiheit von Verfassung wegen besteht jedenfalls Einigkeit; vgl. nur die Analyse bei Scholz, R., Entflechtung und Verfassung, Baden-Baden 1981, S. 92 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁶⁹ Bei den oft berücksichtigten demografischen Prognosen und Entwicklungsvorstellungen der Gemeinde handelt es sich um lineare Fortschreibungen.

ebene entgegenstehen bzw. diese sogar überkompensieren können. Die Ausblendung von Wettbewerbseffekten bedeutet also schlicht das Ignorieren weiterer, vielfach der einfachen Analyse entgegengesetzter Faktoren. Eine derart weitgehende Marktsteuerung unter Ausblendung der teilweise direkt intendierten, oft aber jedenfalls bewusst in Kauf genommenen wirtschaftlichen Effekte wäre vor allem, ungeachtet der weitgehenden Eigengesetzlichkeit des Baurechts, unverhältnismäßig.

1282. Der bei der Erstellung von Einzelhandels- und Zentrenkonzepten heute verwendete raumökonomische, bislang oft statische und partialanalytische Ansatz sollte also um eine dynamische, industrieökonomische Komponente erweitert werden, die auch Wettbewerbseffekte mit einbezieht. Denn die ausschließlich oder primär auf statisch betrachtete Umsatzumverteilungen abstellende Analyse blendet wesentliche wirtschaftliche Faktoren aus; dabei können insbesondere die positiven Effekte des (Anbieter-)Wettbewerbs erheblich sein.

1283. Die Monopolkommission sieht zum jetzigen Zeitpunkt davon ab, nach britischem Vorbild die Integration eines Wettbewerbstests in Planungsverfahren zu fordern.⁷⁰ Danach wäre Einzelhandelsunternehmen eine Bau- bzw. Nutzungsgenehmigung zu versagen, die in dem lokalen Markt bereits mehr als einen bestimmten Marktanteil, beispielsweise 60 Prozent, halten. Denn unabhängig von deren systematischen und praktischen Problemen⁷¹ ist anhand mancher neuerer Planungen und Einzelhandels- und Märktekonzepte bereits eine deutliche Tendenz zu erkennen, der höchstgerichtlich geforderten Wettbewerbsneutralität⁷² des Planungsrechts auch durch Einplanung von Wettbewerbsspielräumen wieder zu mehr Substanz zu verhelfen.

1284. In für derartige Wettbewerbsspielräume oft entscheidenden Grenzfällen kann auch die Verfolgung von Nutzungsinteressen aufgrund privater Initiative wettbewerbsförderlich sein. Bedeutsam ist hier vor allem das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot.⁷³ Insbesondere die Abgrenzung zentraler Versorgungsbereiche und Sortimentsfestsetzungen müssen diskriminierungsfrei sein und dürfen tatsächlichen Nutzungsverhältnissen nicht zuwiderlaufen.⁷⁴

⁷⁰ Vgl. Tz. 1245.

⁷¹ So wird die Bau- und Nutzungsgenehmigung grundstücks-, nicht betreiberbezogen erteilt; dieses Problem wäre durch eine gesetzliche Sondervorschrift leicht zu beheben. Die praktischen Probleme mit einer Marktanteilsberechnung ließen sich durch eine Anwendung des in Fusionskontrollverfahren zur Marktabgrenzung in lokalen Lebensmitteleinzelhandelsmärkten bzw. Tankstellenmärkten verwendeten Ansatzes mit relativ geringem Aufwand lösen; vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Hauptgutachten 2008/2009, Baden-Baden 2010, Tz. 589 ff., sowie BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07 „EDEKA/Tengelmann“.

⁷² Vgl. die Nachweise oben in Fn. 64.

⁷³ Dieses wird im baurechtlichen Kontext regelmäßig in seiner speziellen Ausprägung der Lastengleichheit aus Artikel 3 Absatz 1 GG hergeleitet; vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. Dezember 2002, 1 BvR 1402/01.

⁷⁴ Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 4. Juli 2006, 8 C 10156/06.

3.3.2 Wettbewerbliche Spielräume bei der Abgrenzung zentraler Versorgungsbereiche

1285. Der Schutz eines zentralen Versorgungsbereichs hat vor allem dann wettbewerbsbehindernde Wirkungen, wenn in diesem Bereich keine geeigneten Grundstücke oder Immobilien für eintrittswillige Wettbewerber zur Verfügung stehen. Ohne erhebliche Minderung der Steuerungswirkung im Sinne des Konzentrationsgebots dürften sich hier oftmals Spielräume für wettbewerbliches Verhalten schaffen lassen, indem angrenzende, für den (Lebensmittel-)Einzelhandel geeignete Grundstücke mit in die Gebietsabgrenzung aufgenommen werden.⁷⁵

3.3.3 Wettbewerbsneutralität städtebaulicher Verträge und Fördermaßnahmen

1286. Soweit in städtebaulichen Verträgen bzw. in Grundstückskaufverträgen der öffentlichen Hand Einzelhandelsstandorte (mit) betroffen sind, könnte dem privaten Partner bereits die Berücksichtigung unterschiedlicher (Lebensmittel-)Einzelhandelsunternehmen vorgegeben werden, wie dies bereits heute vielfach zu beobachten ist. Auch städtebauliche Fördermaßnahmen wie Innenstadtinitiativen, ISG-Gesetze- bzw. -maßnahmen etc. sollten so ausgestaltet werden, dass Wettbewerbsverzerrungen möglichst vermieden werden.

3.3.4 Anreizkompatible Umsetzung planerischer Ziele

1287. Planungsrecht wirkt insbesondere bei der Einzelhandelssteuerung durch Einschränkung von Nutzungsmöglichkeiten. In der Diskussion ist vermehrt die Rede von Aktivierungsdefiziten. Diese einseitige Wirkungsweise hat oft erhebliche Kosten, da das planerische Ziel – insbesondere der Schutz zentraler Versorgungsbereiche – oft nur indirekt und entgegen den Interessen der (meisten) Betroffenen verwirklicht werden kann. Die so entstehenden erheblichen Regulierungskosten nicht nur auf privater Seite kommen jedoch oftmals den Planzielen spiegelbildlich nicht oder nur sehr indirekt zugute. Durch die gezielte Förderung der Ansiedlung gewünschter Betriebe ließe sich meist die Notwendigkeit planerischer Nutzungseinschränkungen reduzieren. Dabei müssten nicht immer oder ausschließlich öffentliche Gelder aufgewendet werden; Mehrkosten der Ansiedlung von Lebensmitteleinzelhandelsbetrieben als „Frequenzbringer“ in der Innenstadt könnten etwa von der betroffenen Immobilien- und Standortgemeinschaft jedenfalls mitgetragen werden. Insgesamt erscheint jedenfalls eine Öffnung des Planungsrechts und planerischer Vorgaben in Richtung auf positive Elemente der Planzielverfolgung wünschenswert, insbesondere der Einsatz möglichst wettbewerbsneutral ausgestalteter positiver Anreize.

1288. Soweit politisch vorgegebene, für den (Lebensmittel-)Einzelhandel relevante Zielvorgaben mit „wei-

⁷⁵ Dabei sind dem Ermessen des Plangebers bei der Abgrenzung faktisch ähnlich genutzter Grundstücke deutliche Grenzen gesetzt; vgl. BVerwG, Beschluss vom 12. Februar 2009, 4 B 5.09.

chen“, direkten Maßnahmen verfolgt werden, könnten vielfach wettbewerbsbehindernde bzw. -ausschließende planerische Maßnahmen verzichtbar oder nur in geringem Maße notwendig werden.

3.4 Fazit

1289. Die planerischen Beschränkungen des Wettbewerbs im Einzelhandel sind vielfältig, doch keinesfalls immer sachlich zwingend. Dabei dürfte sich Deutschland zwar in Bezug auf planerische Einzelhandelsrestriktionen etwa im Mittelfeld bewegen.⁷⁶ Dennoch besteht erheblicher Raum für eine verbesserte Berücksichtigung von

⁷⁶ Vgl. (ohne Beteiligung Deutschlands) OECD, Policy Roundtables, Land Use Restrictions as Barriers to Entry, 2008, dort etwa die Übersicht auf S. 7 ff. sowie die Länderberichte auf S. 107 ff. Das deutsche Kriterium eines nicht unerheblichen Kaufkraftabzugs dürfte allerdings faktisch in vielen Fällen einer in anderen Ländern vorgesehenen Bedarfsprüfung gleichkommen; vgl. Tz. 1248 f., 1250 f.

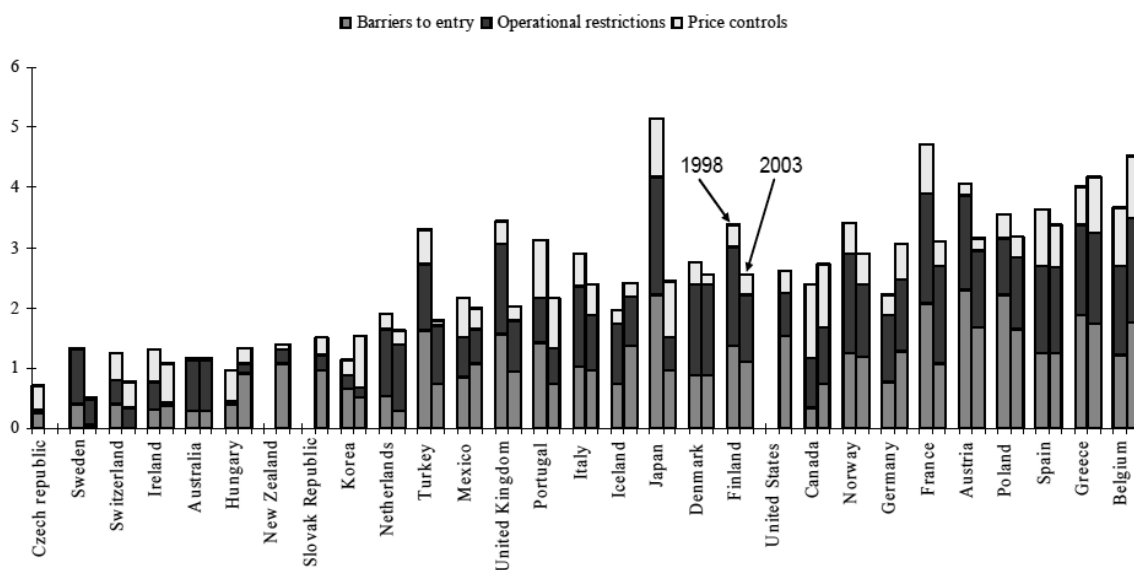
Wettbewerbseffekten in planerischen Entscheidungen. Faktisch und rechtlich besteht eine starke Tendenz zur Konservierung des Status quo, die dessen negative Aspekte weitgehend ausblendet. Dadurch wird nicht zuletzt die Konzentration des Lebensmitteleinzelhandels weiter befördert.

1290. Um die Vorteile des Wettbewerbs für die Bürger nutzbar zu machen, sollten die öffentlichen Akteure in Normen, Plänen, Zentrenkonzepten, aber auch Baugenehmigungsverfahren und Fördermaßnahmen ausreichende Spielräume für die weitere dynamische und wettbewerbliche Entwicklung des Einzelhandels vorsehen. Soweit bereits heute raumökonomische Erwägungen eine erhebliche Rolle einnehmen, sollte dieser oft statische und stark partialanalytische Ansatz um eine dynamische Komponente erweitert werden, die auch Wettbewerbseffekte mit einbezieht. Im Ausblick erscheint eine stärker integrierte und anreizkompatiblere Ausgestaltung der städtebaulichen Instrumente wünschenswert.

Abbildung VI.1

Internationaler Vergleich der rechtlichen Restriktionen im Einzelhandel (Stand: 2003)¹

(scale is 0-6 from least to most restrictive of competition)



¹ Aktuellere internationale Vergleiche standen nicht als Übersicht zur Verfügung; die konzeptionelle Untersuchung der Monopolkommission auf aktuellerer Basis hat gezeigt, dass sich an der Stellung Deutschlands im Mittelfeld hier wenig verändert haben dürfte.

Quelle: Conway, P./G. Nicoletti, Product Market Regulation in the Non-Manufacturing Sectors of OECD Countries: Measurement and Highlights, 7 December 2006, S. 53

Bonn, den 30. Juni 2012

Justus Haucap

Dagmar
Kollmann

Thomas
Nöcker

Angelika
Westerwelle

Daniel
Zimmer

Anhang

Inhaltsverzeichnis

Seite

Anhang A: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Auszug: §§ 44 bis 47) in der Bekanntmachung der Neufassung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114)	410
Anhang B: Untersagungen durch das Bundeskartellamt	412
Anhang C: Veröffentlichungen von im Auftrag der Monopol- kommission erstellten Gutachten	430
Anhang D: Gutachten der Monopolkommission	435

A. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Auszug: §§ 44 bis 47)

in der Bekanntmachung der Neufassung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114)

Achter Abschnitt
Monopolkommission

§ 44

Aufgaben

(1) ¹ Die Monopolkommission erstellt alle zwei Jahre ein Gutachten, in dem sie den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland beurteilt, die Anwendung der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle würdigt sowie zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung nimmt. ² Das Gutachten soll die Verhältnisse in den letzten beiden abgeschlossenen Kalenderjahren einbeziehen und bis zum 30. Juni des darauffolgenden Jahres abgeschlossen sein. ³ Die Bundesregierung kann die Monopolkommission mit der Erstattung zusätzlicher Gutachten beauftragen. ⁴ Darüber hinaus kann die Monopolkommission nach ihrem Ermessen Gutachten erstellen.

(2) ¹ Die Monopolkommission ist nur an den durch dieses Gesetz begründeten Auftrag gebunden und in ihrer Tätigkeit unabhängig. ² Vertritt eine Minderheit bei der Abfassung der Gutachten eine abweichende Auffassung, so kann sie diese in dem Gutachten zum Ausdruck bringen.

(3) ¹ Die Monopolkommission leitet ihre Gutachten der Bundesregierung zu. ² Die Bundesregierung legt Gutachten nach Absatz 1 Satz 1 den gesetzgebenden Körperschaften unverzüglich vor und nimmt zu ihnen in angemessener Frist Stellung. ³ Die Gutachten werden von der Monopolkommission veröffentlicht. ⁴ Bei Gutachten nach Absatz 1 Satz 1 erfolgt dies zu dem Zeitpunkt, zu dem sie von der Bundesregierung der gesetzgebenden Körperschaft vorgelegt werden.

§ 45

Mitglieder

(1) ¹ Die Monopolkommission besteht aus fünf Mitgliedern, die über besondere volkswirtschaftliche, betriebswirtschaftliche, sozialpolitische, technologische oder wirtschaftsrechtliche Kenntnisse und Erfahrungen verfügen müssen. ² Die Monopolkommission wählt aus ihrer Mitte einen Vorsitzenden.

(2) ¹ Die Mitglieder der Monopolkommission werden auf Vorschlag der Bundesregierung durch den Bundespräsidenten für die Dauer von vier Jahren berufen. ² Wiederberufungen sind zulässig. ³ Die Bundesregierung hört die Mitglieder der Kommission an, bevor sie neue Mitglieder

vorschlägt. ⁴ Die Mitglieder sind berechtigt, ihr Amt durch Erklärung gegenüber dem Bundespräsidenten niederzulegen. ⁵ Scheidet ein Mitglied vorzeitig aus, so wird ein neues Mitglied für die Dauer der Amtszeit des ausgeschiedenen Mitglieds berufen.

(3) ¹ Die Mitglieder der Monopolkommission dürfen weder der Regierung oder einer gesetzgebenden Körperschaft des Bundes oder eines Landes noch dem öffentlichen Dienst des Bundes, eines Landes oder einer sonstigen juristischen Person des öffentlichen Rechts, es sei denn als Hochschullehrer oder als Mitarbeiter eines wissenschaftlichen Instituts, angehören. ² Ferner dürfen sie weder einen Wirtschaftsverband noch eine Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerorganisation repräsentieren oder zu diesen in einem ständigen Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis stehen. ³ Sie dürfen auch nicht während des letzten Jahres vor der Berufung zum Mitglied der Monopolkommission eine derartige Stellung innegehabt haben.

§ 46

**Beschlüsse, Organisation, Rechte und Pflichten
der Mitglieder**

(1) Die Beschlüsse der Monopolkommission bedürfen der Zustimmung von mindestens drei Mitgliedern.

(2) ¹ Die Monopolkommission hat eine Geschäftsordnung und verfügt über eine Geschäftsstelle. ² Diese hat die Aufgabe, die Monopolkommission wissenschaftlich, administrativ und technisch zu unterstützen.

(2a) Die Monopolkommission kann Einsicht in die von der Kartellbehörde geführten Akten, einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und personenbezogener Daten nehmen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist.

(3) ¹ Die Mitglieder der Monopolkommission und die Angehörigen der Geschäftsstelle sind zur Verschwiegenheit über die Beratungen und die von der Monopolkommission als vertraulich bezeichneten Beratungsunterlagen verpflichtet. ² Die Pflicht zur Verschwiegenheit bezieht sich auch auf Informationen, die der Monopolkommission gegeben und als vertraulich bezeichnet werden oder die gemäß Absatz 2a erlangt worden sind.

(4) ¹ Die Mitglieder der Monopolkommission erhalten eine pauschale Entschädigung sowie Ersatz ihrer Reisekosten. ² Diese werden vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern festgesetzt. Die Kosten der Monopolkommission trägt der Bund.

§ 47**Übermittlung statistischer Daten**

(1) ¹ Für die Begutachtung der Entwicklung der Unternehmenskonzentration werden der Monopolkommission vom Statistischen Bundesamt aus Wirtschaftsstatistiken (Statistik im produzierenden Gewerbe, Handwerksstatistik, Außenhandelsstatistik, Steuerstatistik, Verkehrsstatistik, Statistik im Handel und Gastgewerbe, Dienstleistungsstatistik) und dem Statistikregister zusammengefasste Einzelangaben über die Vorhundertanteile der größten Unternehmen, Betriebe oder fachlichen Teile von Unternehmen des jeweiligen Wirtschaftsbereichs

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

übermittelt. ² Satz 1 gilt entsprechend für die Übermittlung von Angaben über die Vorhundertanteile der größten Unternehmensgruppen. ³ Für die Zuordnung der Angaben der Unternehmensgruppen übermittelt die Monopolkommission dem Statistischen Bundesamt Namen und Anschriften der Unternehmen, deren Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe sowie Kennzeichen zur Identifikation. ⁴ Die zusammengefassten Einzelangaben dürfen nicht weniger als drei Unternehmensgruppen, Unternehmen, Betriebe oder fachliche Teile von Unternehmen betreffen. ⁵ Durch Kombination oder zeitliche Nähe mit anderen übermittelten oder allgemein zugänglichen Angaben darf kein Rückschluss auf zusammengefasste Angaben von

weniger als drei Unternehmensgruppen, Unternehmen, Betrieben oder fachlichen Teile von Unternehmen möglich sein. ⁶ Für die Berechnung von summarischen Konzentrationsmaßen, insbesondere Herfindahl-Indizes und Gini-Koeffizienten, gilt dies entsprechend. ⁷ Die statistischen Ämter der Länder stellen die hierfür erforderlichen Einzelangaben dem Statistischen Bundesamt zur Verfügung.

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

(3) ¹ Die zusammengefassten Einzelangaben dürfen nur für die Zwecke verwendet werden, für die sie übermittelt wurden. ² Sie sind zu löschen, sobald der in Absatz 1 genannte Zweck erfüllt ist.

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

(5) ¹ Die Übermittlungen sind nach Maßgabe des § 16 Absatz 9 des Bundesstatistikgesetzes aufzuzeichnen. ² Die Aufzeichnungen sind mindestens fünf Jahre aufzubewahren.

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

B. Untersagungen durch das Bundeskartellamt

Seit Beginn der Fusionskontrolle (Anfang 1974) bis Ende 2011 wurden 181 Untersagungen vom Bundeskartellamt ausgesprochen. Die weitere Verfahrensentwicklung dieser Fälle wurde bis Ende Juni 2012 erfasst:

121 Untersagungen sind rechtskräftig oder übereinstimmend für erledigt erklärt

1. Haendl/Holtzmann
Beschluss des BKartA vom 4. Februar 1974, B6-46/73, WuW/E BKartA 1475
2. Kaiser/Preussag Aluminium
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 23. Dezember 1974, B8-251/74, WuW/E BKartA 1571
Verfügung des BMWi vom 26. Juni 1975, WuW/E BWI 149
3. Lech-Elektrizitätswerke AG/Erdgas Schwaben¹
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 9. März 1976, B8-119/75, WuW/E BKartA 1647
Beschluss des KG vom 23. März 1977, Kart 11/76, WuW/E OLG 1895
Beschluss des BGH vom 12. Dezember 1978, KVR 6/77, WuW/E BGH 1533
4. GKN/Sachs
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof und Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 12. Mai 1976, B7-67/75, WuW/E BKartA 1625
Beschluss des KG vom 1. Dezember 1976, Kart 51/76, WuW/E OLG 1745
Beschluss des BGH vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, WuW/E BGH 1501
5. Alsen-Breitenburg/Zementwerk Klöckner-Werke AG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 22. Dezember 1976, B7-24/76, WuW/E BKartA 1667
Beschluss des KG vom 15. März 1978, Kart 1/77, WuW/E OLG 1989
Beschluss des BGH vom 23. Oktober 1979, KVR 3/78, WuW/E BGH 1655
6. RWE/Gesellschaft für Energiebeteiligung
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 16. September 1977, B8-37/77, AG 1978, S. 109
Beschluss des KG vom 15. März 1979, Kart 23/77, WuW/E OLG 2113
7. Bergedorfer Buchdruckerei (Springer)/Elbe-Wochenblatt
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 18. Januar 1978, B6-62/77, WuW/E BKartA 1700
Beschluss des KG vom 1. November 1978, Kart 4/78, WuW/E OLG 2109
Beschluss des BGH vom 18. Dezember 1979, KVR 2/79, WuW/E BGH 1685
Entflechtung: WuW/E BKartA 1888, WuW/E OLG 2753, WuW/E BGH 2031
8. Bertelsmann/Deutscher Verkehrsverlag
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 1978, B6-75/77, WuW/E BKartA 1709
9. Andrae-Noris Zahn/R. Holdermann
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 31. März 1978, B8-170/77, WuW/E BKartA 1747

¹ Die Statistik wurde der Zählweise des Bundeskartellamtes angepasst. Bis zum Achten Hauptgutachten wurde dieser Fall unter der Rubrik "vom Kartellamt zurückgenommen oder in sonstiger Weise erledigt" geführt.

10. AVEBE/KSH-Emslandstärke
(durch einstweilige Anordnung)
Beschluss des BKartA vom 3. Mai 1978, B6-187/77, WuW/E BKartA 1716
11. Springer Verlag/Münchener Zeitungsverlag
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 6. Juli 1978, B6-88/76, WuW/E BKartA 1733
Beschluss des KG vom 24. Oktober 1979, Kart 19/78, WuW/E OLG 2228
Beschluss des BGH vom 29. September 1981, KVR 2/80, WuW/E BGH 1854
12. Münchener Wochenblatt Verlags- und Werbegesellschaft mbH/3 Münchener Anzeigenblätter
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 22. November 1979, B6-12/79, AG 1980, S. 283
Beschluss des KG vom 7. November 1980, Kart 2/80, WuW/E OLG 2457
Beschluss des BGH vom 16. Februar 1982, KVR 1/81, WuW/E BGH 1905
13. Bayer AG/Röhm GmbH²
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 28. Januar 1980, B8-117/79, AG 1980, S. 196
14. Deutsche Uhrglasfabrik/Eurotech Mirrors International Ltd.
Beschluss des BKartA vom 27. Mai 1980, B7-163/79, WuW/E BKartA 1875
15. Springer Verlag (Ullstein GmbH)/Verlag Haupt & Koska GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1980, B6-125/79, AG 1981, S. 260
Beschluss des KG vom 3. Juli 1981, Kart 22/80, WuW/E OLG 2527
Beschluss des BGH vom 28. September 1982, KVR 8/81, WuW/E BGH 1954
16. Süddeutsche Zucker AG/KWS Kleinwanzlebener Saatzucht AG
Beschluss des BKartA vom 6. November 1980, B6-116/79, AG 1981, S. 288
17. Gruner & Jahr AG & Co./Zeitverlag Bucerius AG
(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 9. Januar 1981, B6-95/80, WuW/E BKartA 1863
Beschluss des KG vom 24. November 1982, Kart 11/81, AG 1983, S. 285
Beschluss des BGH vom 2. Oktober 1984, KVR 5/83, WuW/E BGH 2112
Beschluss des KG vom 7. Februar 1986, Kart 17/84, WuW/E OLG 3807
Beschluss des BGH vom 22. September 1987, KVR 5/86, WuW/E BGH 2433
18. Rewe-Zentral-Handelsgesellschaft mbH/Florimex Verwaltungsgesellschaft mbH
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 30. Januar 1981, B6-44/80, WuW/E BKartA 1876
Beschluss des KG vom 22. März 1983, Kart 17/81, WuW/E OLG 2862
19. VPM Rheinmetall Plastikmaschinen GmbH/Württembergische Metallwarenfabrik
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof und Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 4. März 1981, B7-35/80, WuW/E BKartA 1867
Beschluss des KG vom 9. September 1983, Kart 19/81, WuW/E OLG 3137
Beschluss des BGH vom 25. Juni 1985, KVR 3/84, WuW/E BGH 2150

² Vgl. vorige Fn.

20. Deutsche Lufthansa AG/f.i.r.s.t.-Reisebüro GmbH
(nach Rücknahme der Rechtsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 14. August 1981, B6-162/80, WuW/E BKartA 1908
Beschluss des KG vom 8. Dezember 1982, Kart 42/81, WuW/E OLG 2849
21. Nordwest-Zeitung Druck- und Pressehaus GmbH/Ammerland-Echo Verlags GmbH & Co. KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 1. September 1981, B6-8/81, WuW/E BKartA 1931
22. Burda GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik KG
(nach Rücknahme der Beschwerde und des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1981, B6-47/81, WuW/E BKartA 1921
23. Co op AG/Supermagazin GmbH
(nach Rücknahme der Beschwerde der Beigeladenen vom Bundesgerichtshof zurückgewiesen)
Beschluss des BKartA vom 23. März 1982, B9-2002/82, WuW/E BKartA 1970
Beschluss des KG vom 19. Januar 1983, Kart 18/82, WuW/E OLG 2970
Beschluss des BGH vom 10. April 1984, KVR 8/83, WuW/E BGH 2077
24. Schaper Zentralverwaltung/Discounthaus zum „bösen Wolf“, Theodor Wolf GmbH & Co. KG
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 17. Februar 1983, B9-2054/82, WuW/E BKartA 2022
Beschluss des KG vom 7. Dezember 1983, Kart 7/83, WuW/E OLG 3213
25. Deutag-Mischwerke GmbH & Co. KG/Oberbergische Asphaltmischwerke GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 21. Februar 1983, B1-34/82, WuW/E BKartA 2077
Beschluss des KG vom 28. Februar 1984, Kart 5/83, WuW/E OLG 3417
Beschluss des BGH vom 1. Oktober 1985, KVR 6/84, WuW/E BGH 2169
26. Stadtwerke Bremen AG + Gasversorgung Wesermünde GmbH/Gasversorgung Schwanewede GmbH
Beschluss des BKartA vom 28. Februar 1983, B8-183/82, WuW/E BKartA 2107
27. Süddeutscher Verlag GmbH/Donau-Kurier Verlagsgesellschaft A. Ganghofer'sche Buchhandlung, Courier Druckhaus KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 24. Oktober 1983, B6-7/83, WuW/E BKartA 2103
Beschluss des KG vom 11. Juli 1984, Kart 28/83, WuW/E OLG 3303
Beschluss des BGH vom 27. Mai 1986, KVR 7/84, WuW/E BGH 2276
28. Panorama Anzeigenblatt GmbH + Rhein-Erft GmbH/Anzeigenblätter
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 22. Dezember 1983, B6-96/82, AG 1984, S. 164
Beschluss des KG vom 4. März 1986 Kart 1/84, WuW/E OLG 3767
Beschluss des BGH vom 26. Mai 1987, KVR 3/86, WuW/E BGH 2425
29. Südkurier GmbH/Singener Wochenblatt GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 3. Mai 1984, B6-32/82, WuW/E BKartA 2140
Beschluss des KG vom 23. April 1986, Kart 8/84, WuW/E OLG 3875
Beschluss des BGH vom 10. November 1987, KVR 7/86, WuW/E BGH 2443
30. Siemens, Philips, AEG, SEL, kabelmetal/GfL Gesellschaft für Lichtwellenleiter GmbH & Co. KG
Beschluss des BKartA vom 8. Juni 1984, B7-18/82, WuW/E BKartA 2143

31. Touristik Union International GmbH & Co. KG/Air-Conti Flugreisen GmbH & Co. KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 19. Juli 1984, B6-89/83, WuW/E BKartA 2169
32. Pillsbury Company/Sonnen-Bassermann-Werke Sieburg & Pfortner GmbH & Co. KG
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 26. März 1985, B2-146/84, AG 1985, S. 281
Beschluss des KG vom 7. November 1985, Kart 6/85, WuW/E OLG 3759
33. Karstadt AG + Kaufhof AG/NUR-Touristik GmbH + ITS International Tourist Services Länderreisedienste GmbH
Beschluss des BKartA vom 23. September 1985, B6-26/85, AG 1986, S. 377
34. Kampffmeyer Mühlen GmbH/Georg Plange GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 8. November 1985, B2-10/85, WuW/E BKartA 2223
Beschluss des KG vom 16. Dezember 1987, Kart 73/85, WuW/E OLG 4167
Beschluss des BGH vom 7. März 1989, KVR 3/88, WuW/E BGH 2575
35. Linde AG/Agefko Kohlensäure-Industrie GmbH
Beschluss des BKartA vom 13. Dezember 1985, B3-54/85, WuW/E BKartA 2213
36. Weiss-Druck + Verlag GmbH & Co. KG/S-W Verlag GmbH & Co. für Lokalinformationen
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 16. Dezember 1985, B6-71/84, AG 1986, S. 371
Beschluss des KG vom 15. Januar 1988, Kart 1/86 WuW/E OLG 4095
37. Darmstädter Echo Verlag und Druckerei GmbH/Südhessische Post GmbH
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 12. Mai 1986, B6-16/85, AG 1986, S. 370
38. Hüls AG/Condea Chemie GmbH
Beschluss des BKartA vom 8. Dezember 1986, B3-58/86, WUW/E BKartA 2247
39. Hamburger Wochenblatt Verlag GmbH/Schlei-Verlag GmbH
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 14. Januar 1987, B6-108/86, WuW/E BKartA 2251
40. Lübecker Nachrichten GmbH/Stormarner Tageblatt Verlag und Druckerei GmbH & Co.
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 18. Februar 1988, B6-24/87, WuW/E BKartA 2290
Beschluss des KG vom 12. Juli 1990, Kart 4/88, WuW/E OLG 4547
Beschluss des BGH vom 15. Oktober 1991, KVR 3/90, WuW/E BGH 2743
41. Heidelberger Zement AG/Malik Baustoffe GmbH & Co.KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 27. Juli 1988, B1-107/87, WuW/E BKartA 2297
42. Wieland-Werke AG/Langenberg Kupfer- und Messingwerke KG
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 18. August 1988, B5-92/88, WuW/E BKartA 2304
43. Melitta Werke Bentz & Sohn/Kraft GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 14. April 1989, B3-137/88, WuW/E BKartA 2370
Beschluss des KG vom 23. Mai 1991, Kart 13/89, WuW/E OLG 4771
Beschluss des BGH vom 7. Juli 1992, KVR 14/91, WuW/E BGH 2783

44. DLT Deutsche Luftverkehrsgesellschaft mbH/Südavia Fluggesellschaft mbH
Beschluss des BKartA vom 23. Mai 1989, B5-256/88, WuW/E BKartA 2391
45. Westdeutscher Rundfunk Köln/Radio NRW GmbH
(Erledigungserklärung im Rechtsbeschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 18. Juli 1989, B6-71/88, WuW/E BKartA 2396
Beschluss des KG vom 26. Juni 1991, Kart 23/89, WuW/E OLG 4811
46. MAN B & W Diesel AG/Gebr. Sulzer AG
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 23. August 1989, B4-64/89, WuW/E BKartA 2405
Verfügung des BMWi vom 24. Januar 1990, WuW/E BMW 207
47. WMF Württembergische Metallwarenfabrik AG/Kistra Beteiligungsgesellschaft mbH
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 25. August 1989, B1-28/89, WuW/E BKartA 2414
Beschluss des KG vom 28. Juni 1991, Kart 25/89, WuW/E OLG 4865
48. Meistermarken-Werke GmbH/Martin Braun Backmittel und Essenzen KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 19. Oktober 1989, B2-62/89, WuW/E BKartA 2421
49. Tengelmann Handelsgesellschaft/Gottlieb Handelsgesellschaft mbH
Beschluss des BKartA vom 20. November 1989, B9-2056/89, WuW/E BKartA 2441
50. Axel Springer Verlag AG/A. Beig Druckerei und Verlag GmbH & Co.
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 25. April 1990, B6-59/86, WuW/E BKartA 2477
Beschluss des KG vom 13. Februar 1991, Kart 12/90, WuW/E OLG 4737
Beschluss des BGH vom 6. Oktober 1992, KVR 24/91, WuW/E BGH 2795
51. Mainpresse Richter Druck und Verlag GmbH/Bote vom Grabfeld GmbH
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 29. Mai 1990, B6-22/90
Beschluss des KG vom 14. November 1990, Kart 14/90, WuW/E OLG 4637
52. MAN AG + Daimler Benz AG/ENASA
(nach Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 13. Juli 1990, B5-271/89, WuW/E BKartA 2445
53. GfB Gesellschaft für Beteiligungsbesitz mbH & Co.KG/Zeitungsverlag Iserlohner Kreisanzeiger und Zeitung
(IKZ) Wichelhoven Verlags-GmbH & Co.KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 9. August 1990, B6-116/89, WuW/E BKartA 2471
Beschluss des KG vom 12. Juni 1991, Kart 16/90, WuW/E OLG 4835
Beschluss des BGH vom 19. Januar 1993, KVR 32/91, WuW/E BGH 2882
54. BayWa AG/WLZ Raiffeisen AG
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 27. Dezember 1991, B2-42/91, AG 1992, S. 130
Verfügung des BMWi vom 16. Juni 1992, WuW/E BMW 213
55. Wandsbek Kurier Verlag GmbH/Stadt-Anzeiger Werbe- und Verlagsgesellschaft mbH, Leipzig
Beschluss des BKartA vom 26. Februar 1992, B6-157/91, WuW/E BKartA 2515

56. Werner & Pfleiderer GmbH/Franz Daub und Söhne (GmbH & Co.)
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 13. Mai 1992, B4-173/91, AG 1992, S. 406
Beschluss des KG vom 15. Dezember 1993, Kart 15/92, WuW/E OLG 5271
Beschluss des BGH vom 24. Oktober 1995, KVR 17/94, WuW/E BGH 3026
57. Gillette Company/Wilkinson Sword Europe
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. Juli 1992, B5-42/90, AG 1992, S. 363
58. Zahnradfabrik Friedrichshafen AG/Allison Transmission Division
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 15. April 1993, B5-117/92, WuW/E BKartA 2521
59. Fresenius/Schiwa
(nach Rücknahme der Rechtsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. August 1993, B3-52/92, WuW/E BKartA 2591
Beschluss des KG vom 18. Oktober 1995, Kart 18/93, AG 1996, S. 268
60. Raiffeisen Hauptgenossenschaft Nord AG/Raiffeisen Haupt-Genossenschaft eG, Hannover
(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof – beiderseitige Erledigungserklärung)
Beschluss des BKartA vom 20. September 1993, B2-35/93, AG 1993, S. 571
Beschluss des KG vom 9. November 1994, Kart 20/93, WuW/E OLG 5364
Beschluss des BGH vom 19. Dezember 1995, KVR 6/95, WuW/E BGH 3037
61. ATG Automobiltransportlogistik GmbH, Eschborn/Menke Holding GmbH & Co.KG/
Silcock & Colling Ltd.
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 20. Juni 1994, B9-2013/94, WuW/E BKartA 2659
62. Narva Speziallampen GmbH (Philips GmbH)/Lindner Licht GmbH
(Beschwerde vom Kammergericht zurückgewiesen, da kein Feststellungsinteresse
nach Aufgabe des Vorhabens)
Beschluss des BKartA vom 11. August 1994, B7-56/94, WuW/E BKartA 2669
Beschluss des KG vom 6. September 1995, Kart 17/94, WuW/E OLG 5497
63. Hannover Braunschweigische Stromversorgungs-AG/Stadtwerke Garbsen GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 30. September 1994, B8-111/94, WuW/E BKartA 2701
Beschluss des KG vom 10. Januar 1996, Kart 23/94, WuW/E OLG 5621
Beschluss des BGH vom 15. Juli 1997, KVR 21/96, WuW/E DE-R 32
64. Hochtief AG/Philipp Holzmann AG³
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 24. Januar 1995, B1-252/94, WuW/E BKartA 2729
Beschluss des KG vom 18. März 1998, Kart 3/95, WuW/E DE-R 94
65. RWE Energie AG/Stromversorgung Aggertal GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 1995, B8-178/94, WuW/E BKartA 2713
Beschluss des KG vom 20. März 1996, Kart 4/95, WuW/E OLG 5601
Beschluss des BGH vom 15. Juli 1997, KVR 33/96, WuW/E DE-R 24
66. T & N plc/Kolbenschmidt AG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 6. Juli 1995, B5-25/95, WuW/E BKartA 2829

³ Hochtief hat das Vorhaben aufgegeben; Erledigungserklärung im Rechtsbeschwerdeverfahren.

67. Société d'Application, Routières S.A./Limburger Lackfabrik GmbH
Beschluss des BKartA vom 12. Dezember 1995, B3-50/95, WuW/E BKartA 2820
68. WMF Württembergische Metallwarenfabrik AG/Auerhahn Besteckfabrik GmbH⁴
(Erledigungserklärung im Rechtsbeschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 9. Februar 1996, B5-33/95, AG 1996, S. 282
Beschluss des KG vom 16. April 1997, Kart 2/96, WuW/E OLG 5879
69. Tukan Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG/Adolf Deil GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 23. Februar 1996, B6-51/95, AG 1996, S. 477
Beschluss des KG vom 12. März 1997, Kart 5/96, WuW/E OLG 5907
Beschluss des BGH vom 8. Dezember 1998, KVR 31/97, WuW/E DE-R 243
70. Veba Energiebeteiligungs-GmbH/Stadtwerke Bremen AG
Beschluss des BKartA vom 29. Mai 1996, B8-148/95, AG 1996, S. 378
71. Axel Springer Verlag/PSG Postdienst Service GmbH
Beschluss des BKartA vom 3. Januar 1997, B6-108/96, WuW/E BKartA 2909
72. Merck/KMF Laborchemie Handels GmbH
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 3. Juni 1997, B3-132/96, WuW/E BKartA 2905
73. Herlitz AG/Landré GmbH⁵
Beschluss des BKartA vom 6. Februar 1997, B10-54/96
Beschluss des KG vom 20. Oktober 1999, Kart 8/97
74. Potash Corporation of Saskatchewan (PCS)/Kali + Salz
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 27. Februar 1997, B3-103/96, WuW/E BKartA 2885
Verfügung des BMWi vom 22. Juli 1997, WuW/E BMW 225
75. Moksel/Südfleisch/Ost-Fleisch GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 21. August 1997, B2-13/97, WuW/E DE-V 9
Beschluss des KG vom 29. September 1999, Kart 23/97, WuW/E DE-R 439
Beschluss des BGH vom 8. Mai 2001, KVR 12/99, WuW/E DE-R 711
76. Axel Springer Verlag AG/Stilke Buch- und Zeitschriftenhandelsgesellschaft mH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 6. November 1997, B6-136/96, WuW/E DE-V 1
Beschluss des KG vom 28. Oktober 1998, Kart 26/97, WuW/E DE-R 270
Beschluss des BGH vom 21. November 2000, KVR 16/99, WuW/E DE-R 607
77. Verlag Dierichs GmbH & Co. KG/Werra Verlag Kluthe KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 27. Januar 1998, B6-152/96, WuW/E DE-V 19
Beschluss des KG vom 23. Dezember 1998, Kart 13/98, WuW/E DE-R 317, 369
Beschluss des BGH vom 6. März 2001, KVR 18/99, WuW/E DE-R 668

⁴ Das Verfahren wurde von beiden Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt, weil der Zusammenschluss nach neuer Rechtslage nicht mehr kontrollpflichtig ist.

⁵ Nachdem das Rechtsbeschwerdeverfahren von den Verfahrensbeteiligten sechs Monate lang nicht weiter betrieben wurde, hat der Bundesgerichtshof die Weglegung der Akten nach § 7 Aktenordnung verfügt. Beim Bundeskartellamt wurde das Verfahren auf dieser Basis 2005 zu den Akten gelegt.

- 78./79.** Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften- und Beteiligungs KG/
Zeitungsverlag Iserlohn Iserlohner Kreisanzeiger und Zeitung (IKZ) Wichelhoven Verlags-GmbH & Co. KG⁶
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 27. Februar 1998, B6-154/96, WuW/E DE-V 40
Beschluss des KG vom 16. Dezember 1998, Kart 14/98, WuW/E DE-R 336
Beschluss des BGH vom 21. November 2000, KVR 21/99, WuW/E DE-R 613
- 80.** Bertelsmann AG/Premiere Medien GmbH & Co. KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 1. Oktober 1998, B6-72/98, WuW/E DE-V 53
- 81.** PTB Pay-TV Beteiligungs GmbH (Kirch-Gruppe)/Premiere Medien
GmbH & Co. KG⁷
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 1. Oktober 1998, B6-78/98, WuW/E DE-V 53
- 82.** Thüringische Landeszeitung Verlag/R&B Werbe- und Verlagsgesellschaft mbH
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. November 1998, B6-35/98
- 83.** Betonschwellenwerk Coswig GmbH & Co. KG/Pfleiderer AG/Waiss & Freitag AG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 21. April 1999, B1-275/98, WuW/E DE-V 145
- 84.** Henkel KGaA/Luhns GmbH
Beschluss des BKartA vom 20. September 1999, B3-20/99
- 85.** Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften
und Beteiligungs KG/OTZ Ostthüringer Zeitung Verlag GmbH & Co. KG
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf und Ablehnung der Nichtzulassungsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 12. Januar 2000, B6-118/98
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 31. Januar 2001, Kart 5/00, WuW/E DE-R 647
(Auflösungs-)Beschluss des BKartA vom 27. November 2003, B6-51/02, WuW/E DE-V 885
- 86.** Melitta Bentz KG/Airflo Europe N.V./Schultink
(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 21. Juni 2000, B1-280/99, WuW/E DE-R 275
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30. April 2003, Kart 9/00 (V), WuW/E DE-R 1112
Beschluss des BGH vom 5. Oktober 2004, KVR 14/03, WuW/E DE-R 1355
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 14. Juni 2006, VI-Kart 9/00 (V)
- 87.** Sanacorp/Andreae-Noris Zahn/DG-Bank
(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 18. September 2001, B3-59/01
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30. Oktober 2002, Kart 40/01 (V), WuW/E DE-R 1033
Beschluss des BGH vom 13. Juli 2004, KVR 2/03, WuW/E DE-R 1301
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 29. September 2006, Kart 40/01 (V), WuW/E DE-R 1987
- 88.** Deutsche Post AG/trans-o-flex Schnell-Lieferdienst GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 21. November 2001, B9-100/01, WuW/E DE-V 501
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 13. August 2003, Kart 52/01 (V), WuW/E DE-R 1149
Beschluss des BGH vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03, WuW/E DE R 1419

⁶ Im vorliegenden Fall geht es formal um zwei Untersagungen. Mit Wirkung zum 1. Oktober 1992 und zum 1. Juli 1994 hatte die WAZ Anteilserwerbe an der IKZ durch eine dritte natürliche Person finanziert.

⁷ Das Verfahren wurde als einheitlicher Vorgang mit Bertelsmann/Premiere (Nr. 76) behandelt.

89. Liberty/KDG
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 2002, B7-168/01, WuW/E DE-V 558
90. Brunata/Viterra
Beschluss des BKartA vom 3. Juli 2002, B10-177/01, WuW/E DE-V 618
91. Holtzbrinck/Berliner Verlag
(nach Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 10. Dezember 2002, B6-98/02, WuW/E DE-V 695
92. K. Nehlsen, Rethmann Entsorgung,swb/Bremerhavener Entsorgungsgesellschaft
Beschluss des BKartA vom 17. Dezember 2002, B10-104/02, WuW/E DE-V 759
93. E.ON Energie AG/Stadtwerke Eschwege
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 12. September 2003, B8-21/03, WuW/E DE-V 823
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 6. Juni 2007, VI-2 Kart 7/04 (V), WuW/E DE-R 2093
Beschluss des BGH vom 11. November 2008, KVR 18/08, WuW/E DE-R 2451
94. E.ON Hanse/Stadtwerke Lübeck
Beschluss des BKartA vom 20. November 2003, B8-84/03, WuW/E DE-V 837
95. Holtzbrinck/Berliner Verlag II
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 2. Februar 2004, B6-120/03, WuW/E DE-V 871
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 10. April 2004, VI-Kart 7/04 (V), WuW/E DE-R 1361
96. Synthes-Stratec/Mathys
(nach beidseitigen Erledigungserklärungen vom 26. Oktober 2004)
Beschluss des BKartA vom 24. März 2004, B4-167/03, WuW/E DE-V 931
97. Lausitzer Rundschau/Wochenkurier Verlagsgesellschaft
(nach Zurückweisung der Beschwerde durch das Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 2. April 2004, B6-81/03, WuW/E DE-V 977
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 24. November 2004, VI-2 Kart 10/04 (V), WuW/E DE-R 1390
98. Agrana/Atys
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 21. April 2004, B2-160/03; WuW/E DE-V 923
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 17. November 2004, VI-Kart 13/04 (V), WuW/E DE-R 1435
99. Deutsche Bahn/KVS Saarlouis
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 9. Juni 2004, B9-16/04, WuW/E DE-V 937
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 4. Mai 2005, VI-Kart 19/04 (V), WuW/E DE-R 1495
Beschluss des BGH vom 11. Juli 2006, KVR 28/05, WuW/E DE-R 1797
100. Mainova AG/Aschaffenburgener Versorgungs AG
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 22. Juli 2004, B8-27/04, WuW/E DE-V 983
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 23. November 2005, Kart 14/04 (V), WuW/E DE-R 1639
101. G+J/RBA
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 3. August 2004, B6-45/04, WuW/E DE-V 955
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Juni 2005, VI-Kart 25/04 (V), WuW/E DE-R 1501
Beschluss des BGH vom 16. Januar 2007, KVR 12/06, WuW/E DE-R 1925

- 102.** DuMont Schauberg/Bonner Zeitungsdruckerei
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 8. September 2004, B6-27/04, WuW/E DE-V 968
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 6. Juli 2005, VI-Kart 26/04 (V), WuW/E DE-R 1581
- 103.** Leggett & Platt/AGRO
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 29. September 2004, B5-170/03, WuW/E DE-V 1048
- 104.** Rethmann/Tönsmeier
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf und Ablehnung der Nichtzulassungsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 16. November 2004, B10-74/04, WuW/E DE-V 995
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 2. November 2005, VI-Kart 30/04 (V), WuW/E DE-R 1625
- 105.** Rhön-Klinikum AG/Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt, Mellrichstadt
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis und Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 10. März 2005, B10-123/04, WuW/E DE-V 1987
Verfügung des BMWi vom 22. Mai 2006

Beschluss des OLG Düsseldorf vom 11. April 2007, VI-Kart 6/05 (V), WuW/E DE-R 1958
Beschluss des BGH vom 16. Januar 2008, KVR 26/07
- 106.** S-W Verlag/Wochenspiegel (Mayen/Cochem/Zell)
Beschluss des BKartA vom 1. März 2005, B6-103/04, WuW/E DE-V 1135
- 107.** Rhön-Klinikum/Krankenhaus Eisenhüttenstadt
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. März 2005, B10-109/04
- 108.** Volksfreund-Druckerei/TW Wochenspiegel
Beschluss des BKartA vom 31. Mai 2005, B6-106/04, WuW/E DE-V 1072
- 109.** RUAG Deutschland GmbH/MEN Metallwerk Eisenhütte GmbH
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 30. Juni 2005, B4-50/05, WuW/E DE-V 1081
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 3. Januar 2006, VI-Kart 14/05 (V), WuW/E DE-R 1654
- 110.** Axel Springer/ProSiebenSat 1 Media
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 19. Januar 2006, B6-103/05, WuW/E DE-V 1163
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 29. September 2006, VI-Kart 7/06 (V), WuW/E DE-R 1839
Beschluss des BGH vom 25. September 2007, KVR 30/06, WuW/E DE-R 2221
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 3. Dezember 2008, VI-Kart 7/06 (V), WuW/E DE-R 2593
Beschluss des BGH vom 8. Juni 2010, KVR 4/09, WuW/E DE-R 3067
- 111.** Süddeutscher Verlag/„Südost-Kurier“
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 26. Januar 2006, B6-138/05, WuW/E DE-V 1191
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 14. März 2007, VI-Kart 8/06 (V), WuW/E DE-R 1973
- 112.** Coherent/Excel Technology
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 25. Oktober 2006, B7-97/06, WuW/DE-V 1325
- 113.** RWE Energy/Saar Ferngas
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 12. März 2007, B8-62/06, WuW/E DE-V 1357

114. LBK/Mariahilf
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf und Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des Bundeskartellamtes vom 6. Juni 2007, B3-6/07, WuW/E DE-V 1407
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 8. Oktober 2008, VI-Kart 10/07 (V)
115. Cargotec/CVS Ferrari
(nach Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 24. August 2007, B5-51/07, WuW/E DE-V 1442
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 7. Mai 2008, VI Kart 13/07 (V)
116. A-TEC Industries AG/Norddeutsche Affinerie AG
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 27. Februar 2008, B5-198/07, WuW/E DE-V 1553
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 12. November 2008, VI-Kart 5/08 (V), WuW/E DE-R 2462
117. Loose/Poelmeyer u. a.
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 2. Juli 2008, B2-359/07, WuW/E DE-V 1591
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 27. Mai 2009, VI-Kart 10/08
118. Intermedia/Health & Beauty
Beschluss des BKartA vom 29. August 2008, B6-52/08, WuW/E DE-V 1643
119. Assa Abloy AB/SimonsVoss AG
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 5. November 2008, B5-25/08, WuW/E DE-V 1652
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 21. Oktober 2009, VI-Kart 14/08, WuW/E DE-R 2885
120. Gesundheit Nordhessen/Gesundheitsholding Werra-Meißner-Kreis
Beschluss des BKartA vom 18. Juni 2009, B3-215/08, WuW/E DE-V 1734
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Oktober 2010, VI-Kart 6/09 (V)
Beschluss des BGH vom 8. November 2011, KVZ 14/11
121. Magna Car Top Systems GmbH/Karmann GmbH
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 21. Mai 2010, B9-13/10

17 Beschlüsse wurden vom Bundeskartellamt zurückgenommen

1. Bitumenverkaufsgesellschaft
(nach Änderung, im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 29. Mai 1974, B8-95/73, WuW/E BKartA 1517
2. Mannesmann AG/Brüninghaus Hydraulik GmbH
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 18. Mai 1977, B7-86/76, WuW/E BKartA 1685
Beschluss des KG vom 18. Mai 1979, Kart 13/77, WuW/E OLG 2120
Beschluss des BGH vom 24. Juni 1980, KVR 5/79, WuW/E BGH 1711
3. Klöckner-Werke AG/Becorit Grubenausbau GmbH
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 15. Dezember 1978, B7-20/78, WuW/E BKartA 1831
Beschluss des KG vom 28. August 1979, Kart 4/79, WuW/E OLG 2182
Beschluss des BGH vom 2. Dezember 1980, KVR 1/80, WuW/E BGH 1749

4. Mobil Oil AG/Wilh. Mertl
Beschluss des BKartA vom 8. Dezember 1980, B8-128/80, AG 1981, S. 290
5. Deutsche Total GmbH/Mineralölhandel Speier
Beschluss des BKartA vom 17. August 1981, B8-66/81, TB BKartA 1981/82, S. 41
6. Philip Morris Inc./Rothmans Tobacco Holding Ltd.
(nach Änderung des Zusammenschlusses erneute Untersagung)
Beschluss des BKartA vom 24. Februar 1982, B6-49/81, WuW/E BKartA 1943
Beschluss des KG vom 1. Juli 1983, Kart 16/82, WuW/E OLG 3051
Beschluss des BKartA vom 9. Juli 1985, B6-71/85, WuW/E BKartA 2204
Beschluss des BGH vom 29. Oktober 1985, KVR 1/84, WuW/E BGH 2211
7. Metro Vermögensverwaltung GmbH & Co. KG/Kaufhof AG
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 20. Juni 1983, B9-2056/82, WuW/E BKartA 2060
Beschluss des KG vom 16. Oktober 1984, Kart 14/83, WuW/E OLG 3367
Beschluss des BGH vom 11. März 1986, KVR 2/85, WuW/E BGH 2231
8. Klöckner-Werke AG/Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG
(nach Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis; Beschwerde eingelegt, aber zurückgenommen nach Erklärung des Bundeskartellamtes, aus dem Untersagungsbeschluss keine Rechte mehr geltend zu machen)
Beschluss des BKartA vom 10. Oktober 1984, B7-106/83, WuW/E BKartA 2178
9. Badenwerk AG/Energie- und Wasserwerke Rhein-Neckar AG – Gasversorgung
Beschluss des BKartA vom 13. Mai 1985, B8-236/84, AG 1985, S. 337
10. Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG – BGE Beteiligungsges. für Energieunternehmen/Ruhrkohle AG
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis wegen Formfehlers;
Beschwerde eingelegt; Untersagung zurückgenommen)
Beschluss des BKartA vom 19. Juni 1985, B8-31/85, AG 1986, S. 335
Verfügung des BMWi vom 20. Februar 1986, WuW/E BMW 185
11. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlagsges. mbH & Co./Borbecker Nachrichten + Werdener Nachrichten
Wilhelm Wimmer GmbH & Co.KG⁸
(nach Erledigungserklärung im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 19. Mai 1987, B6-88/86, AG 1987, S. 354
12. Messer Griesheim GmbH/Buse Gase GmbH
(nach Änderung, im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 2. August 1988, B3-35/88, WuW/E BKartA 2319
13. Nordfleisch e.G. Raiffeisen Vieh- und Fleischzentrale Schleswig-Holstein/
Centralgenossenschaft Vieh und Fleisch e.G.
(nach Änderung, im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 30. November 1989, B2-75/89, WuW/E BKartA 2428
14. Axel Springer Verlag AG/Erich Lezinsky Verlag und Buchdruckerei GmbH
(nach Erledigungserklärung im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 14. Mai 1990, B6-56/89, WuW/E BKartA 2497

⁸ Das ursprüngliche Vorhaben wurde umstrukturiert. Vgl. Monopolkommission, Die Wettbewerbsordnung erweitern, Hauptgutachten 1986/1987, Baden-Baden 1988, Tz. 372.

15. Bayerische Asphalt-Mischwerke GmbH & Co. Kommanditgesellschaft für Straßenbaustoffe/
H + W Asphalt-Mischwerke GmbH
(nach Erledigungserklärung im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 1. Oktober 1990, B1-104/88, WuW/E BKartA 2488
16. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften und
Beteiligungs KG/Ostthüringer Nachrichten Verlag GmbH & Co.KG
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 25. Oktober 1990, B6-103/90, WuW/E BKartA 2483
17. Gebr. Gerstenberg GmbH & Co./Druckerei und Verlag E. Jungfer GmbH & Co. KG –
Sarstedter Kurier-Kreisanzeiger
(Rücknahme der Beschwerde, Erledigungserklärung durch das Bundeskartellamt)
Beschluss des BKartA vom 17. Januar 1994, B6-153/92, WuW/E BKartA 2641

31 Verfügungen wurden rechtskräftig aufgehoben

1. Johnson/Hahn
Beschluss des BKartA vom 18. November 1974, B8-259/74, WuW/E BKartA 1561
Beschluss des KG vom 16. Februar 1976, Kart 4/75, WuW/E OLG 1712
2. Teerbau/Makadam
(nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Kammergericht aufgehoben)
Beschluss des BKartA vom 24. Mai 1978, B6-108/77, WuW/E BKartA 1753
Beschluss des KG vom 10. Januar 1979, Kart 17/78, WuW/E OLG 2093
Beschluss des BGH vom 12. Februar 1980, KVR 4/79, WuW/E BGH 1763
Beschluss des KG vom 9. Dezember 1981, Kart 13/80, WuW/E OLG 2633
3. RWE/Stadt Leverkusen
Beschluss des BKartA vom 30. Juni 1978, B8-78/77, WuW/E BKartA 1727
Beschluss des KG vom 19. September 1979, Kart 20/78, WuW/E OLG 2202
4. Deutscher TransportbetonVertrieb GmbH, Ratingen/
Transportbeton-Vertrieb Sauerland GmbH
(nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Kammergericht aufgehoben)
Beschluss des BKartA vom 21. September 1978, B6-184/77, WuW/E BKartA 1771
Beschluss des KG vom 24. Oktober 1979, Kart 25/78, WuW/E OLG 2265
Beschluss des BGH vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, WuW/E BGH 1810
Beschluss des KG vom 12. März 1982, Kart 33/81, WuW/E OLG 2655
5. Deutscher TransportbetonVertrieb GmbH, Ratingen/
Verkaufsbüro Siegerländer Transportbeton GmbH & Co. KG
(nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Kammergericht aufgehoben)
Beschluss des BKartA vom 21. September 1978, B6-172/77, WuW/E BKartA 1779
Beschluss des KG vom 24. Oktober 1979, Kart 24/78, WuW/E OLG 2259
Beschluss des BGH vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, WuW/E BGH 1810
Beschluss des KG vom 12. März 1982, Kart 33/81, WuW/E OLG 2655
6. Tonolli International B.V./Blei- und Silberhütte Braubach GmbH
Beschluss des BKartA vom 30. März 1979, B8-137/78, WuW/E BKartA 1799
Beschluss des KG vom 16. Januar 1980, Kart 14/79, WuW/E OLG 2234
Beschluss des BGH vom 22. Juni 1981, KVR 5/80, WuW/E BGH 1824
7. Braun Melsungen AG/Almo-Erzeugnisse Erwin Busch GmbH
Beschluss des BKartA vom 24. Juni 1980, B8-45/79, WuW/E BKartA 1853
Beschluss des KG vom 26. Mai 1981, Kart 14/80, WuW/E OLG 2539
Beschluss des BGH vom 29. Juni 1982, KVR 7/81, WuW/E BGH 1949

8. Hastra Hannover-Braunschweigische Stromversorgungs-AG (Veba)/Stadt Wolfenbüttel GmbH
Beschluss des BKartA vom 29. Juli 1980, B8-132/79, WuW/E BKartA 1857
Beschluss des KG vom 16. Juni 1981, Kart 15/80, WuW/E OLG 2507
9. Bayer AG/Firestone France S.A.
Beschluss des BKartA vom 23. September 1980, B8-45/80, WuW/E BKartA 1837
Beschluss des KG vom 26. November 1980, Kart 17/80, WuW/E OLG 2411
10. Deutsche Texaco AG/Zerssen & Co.
Beschluss des BKartA vom 28. Oktober 1980, B8-50/80, WuW/E BKartA 1840
Beschluss des KG vom 2. Juli 1982, Kart 21/80, WuW/E OLG 2663
Beschluss des BGH vom 4. Oktober 1983, KVR 3/82, WuW/E BGH 2025
11. Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG/Gelsenwasser AG
Beschluss des BKartA vom 5. Dezember 1980, B8-136/80, AG 1981, S. 314
Beschluss des KG vom 14. April 1982, Kart 23/80, WuW/E OLG 2677
Beschluss des BGH vom 19. April 1983, KVR 1/82, WuW/E BGH 2013
12. Maschinenfabrik Buckau R. Wolf AG (Krupp)/Total-Kidde Gaslöschanlagen
Beschluss des BKartA vom 31. März 1981, B7-92/80, WuW/E BKartA 1882
Beschluss des KG vom 30. März 1983, Kart 25/81, WuW/E OLG 2887
13. Hussel Holding AG/Mara Kosmetik Parfümerie- und Drogerie GmbH
Beschluss des BKartA vom 29. Juni 1981, B8-159/80, WuW/E BKartA 1897
Beschluss des KG vom 24. April 1985, Kart 34/81, WuW/E OLG 3577
Beschluss des BGH vom 18. November 1986, KVR 9/85, WuW/E BGH 2337
14. Verlagsgruppe Georg v. Holtzbrinck GmbH/Rowohlt Verlag GmbH
Beschluss des BKartA vom 19. Oktober 1981, B6-76/81, AG 1982, S. 79
Beschluss des KG vom 13. Oktober 1982, Kart 51/81, WuW/E OLG 2825
15. Co op Schleswig-Holstein e.G./Deutscher Supermarkt Handels-GmbH
Beschluss des BKartA vom 23. August 1983, B9-2037/82, WuW/E BKartA 2114
Beschluss des KG vom 22. Mai 1985, Kart 21/83, WuW/E OLG 3591
Beschluss des BGH vom 24. März 1987, KVR 10/85, WuW/E BGH 2389
16. Thüringer Gas AG/Stadtwerke Westerland
Beschluss des BKartA vom 9. September 1983, B8-79/83, WuW/E BKartA 2110
Beschluss des KG vom 18. Februar 1985, Kart 24/83, WuW/E OLG 3469
17. Energie-Versorgung Schwaben AG/Technische Werke der Stadt Stuttgart AG
Beschluss des BKartA vom 23. März 1984, B8-91/83, WuW/E BKartA 2157
Beschluss des KG vom 28. Dezember 1984, Kart 6/84, WuW/E OLG 3443
18. Co op AG/H. Wandmaker GmbH
Beschluss des BKartA vom 14. August 1984, B9-2006/84, WuW/E BKartA 2161
Beschluss des KG vom 5. November 1986, Kart 15/84, WuW/E OLG 3917
19. Axel Springer Verlag + Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. KG/
Kieler Zeitung, Verlags- und Druckerei KG GmbH & Co
Beschluss des BKartA vom 29. April 1987, B6-111/86, WuW/E BKartA 2259
Beschluss des KG vom 4. Dezember 1987, Kart 32/87, WuW/E OLG 4075
Beschluss des BGH vom 19. Dezember 1989, KVR 2/88, WuW/E BGH 2620
20. Flensburger Zeitungsverlag GmbH/Schleswig-Holsteinische Landeszeitung Heinz Müller KG
Beschluss des BKartA vom 20. Mai 1988, B6-30/87, WuW/E BKartA 2292
Beschluss des KG vom 1. März 1989, Kart 14/88, WuW/E OLG 4379

21. Linde AG/Lansing GmbH
Beschluss des BKartA vom 3. März 1989, B4-123/88, WuW/E BKartA 2363
Beschluss des KG vom 22. März 1990, Kart 6/89, WuW/E OLG 4537
Beschluss des BGH vom 10. Dezember 1991, KVR 2/90, WuW/E BGH 2731
22. Kaufhof AG/Saturn Elektro-Handelsgesellschaft mbH - Hansa-Foto Handelsgesellschaft
Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1989, B9-2050/88, WuW/E BKartA 2437
Beschluss des KG vom 26. Oktober 1990, Kart 29/89, WuW/E OLG 4657
Beschluss des BGH vom 28. April 1992, KVR 9/91, WuW/E BGH 2771
23. Radio Ton-Regional/Lokalradio Services
(nach Rückverweisung durch den BGH erneut vom OLG Düsseldorf aufgehoben)
Beschluss des BKartA vom 23. April 2004, B6-56/03, WuW/E DE-V 1011
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 6. Oktober 2004, VI-Kart 14/04 (V), WuW/E DE-R 1413
Beschluss des BGH vom 7. November 2006, KVR 39/05, WuW/E DE-R 1890
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30. April 2008, VI Kart 14/04 (V)
24. G+J/Lizenz für National Geographic
Beschluss des BKartA vom 2. August 2004, B6-26/04, WuW/E DE-V 947
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Juni 2005, VI-Kart 24/04 (V), WuW/E DE-R 1504
Beschluss des BGH vom 10. Oktober 2006, KVR 32/05, WuW/E DE-R 1979
25. MSV Medien Spezial Vertrieb GmbH & Co. KG/Presse Vertrieb Nord KG
Beschluss des BKartA vom 27. Oktober 2005, B6-86/05, WuW/E DE-V 1135
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 28. Juni 2006, VI-Kart 18/05 (V), WuW/E DE-R 1805
26. DuPont/Pedex
Beschluss des BKartA vom 15. März 2006, B3-136/05, WuW/E DE-V 1247
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22. Dezember 2006, VI-Kart 10/06 (V), WuW/E DE-R 1881
27. Sulzer/Kelmix
Beschluss des BKartA vom 14. Februar 2007, B5-10/07, WuW/E DE-V 1163
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 5. März 2007, VI-Kart 3/07 (V), WuW/E DE-R 1931
Beschluss des BGH vom 25. September 2007, KVR 19/07, WuW/E DE-R 2133
28. Phonak/GN ReSound
(nach Verfahren zum einstweiligen Rechtsschutz und (Fortsetzungsfeststellungs-)Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Aufhebung des Untersagungsbeschlusses durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 11. April 2007, B3-578/06, WuW/DE-V 1365
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 8. August 2007, VI-Kart 8/07 (V), WuW/E DE-R 2069
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 26. November 2008, VI-Kart 8/07 (V), WuW/E DE-R 2477
Beschluss des BGH vom 20. April 2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905
29. Faber/BAG/AML
(nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Oberlandesgericht Düsseldorf aufgehoben)
Beschluss des BKartA vom 15. November 2007, B1-190/07, WuW/E DE-V 1507
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 26. Februar 2008, VI-Kart 18-07
Beschluss des BGH vom 14. Oktober 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2507
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 29. April 2009, VI-Kart 18/07 (V), WuW/E DE-R 2622
30. LRP/Lotto Rheinland-Pfalz
Beschluss des BKartA vom 29. November 2007, B6-158/07, WuW/E DE-V 1517
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 17. September 2008, VI-Kart 19/07 (V), WuW/E DE-R 2304
31. Neue Pressegesellschaft/Zeitungsv Verlag Schwäbisch Hall
Beschluss des BKartA vom 21. April 2009, B6-150/08, WuW/E DE-V 1071
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22. Dezember 2010, VI Kart 4/09 (V), WuW/E DE-R 3173

Acht⁹ Untersagungsfälle wurden vom Bundesminister für Wirtschaft vollständig oder unter Auflagen genehmigt

1. Veba/Gelsenberg
Beschluss des BKartA vom 7. Januar 1974, B8-33/73, WuW/E BKartA 1457
Verfügung des BMWi vom 1. Februar 1974, WuW/E BMW 147
2. Babcock/Artos
Beschluss des BKartA vom 25. März 1976, B7-127/75, WuW/E BKartA 1653
Verfügung des BMWi vom 17. Oktober 1976, WuW/E BMW 155 (Erlaubnis mit Auflagen)
3. Rheinstahl (Thyssen)/Hüller
Beschluss des BKartA vom 17. Dezember 1976, B7-36/76, WuW/E BKartA 1657
Verfügung des BMWi vom 1. August 1977, WuW/E BMW 159 (Teilerlaubnis)
Beschluss des KG vom 7. Februar 1978, Kart 2/77, WuW/E OLG 1921
Beschluss des KG vom 7. Februar 1978, Kart 15/77, WuW/E OLG 1937
4. BP/Veba
Beschluss des BKartA vom 27. September 1978, B8-92/78, WuW/E BKartA 1719
Verfügung des BMWi vom 5. März 1979, WuW/E BMW 165 (Erlaubnis mit Auflagen)
5. IBH Holding/Wibau Maschinenfabrik Hartmann AG
Beschluss des BKartA vom 3. Juli 1981, B7-44/80, WuW/E BKartA 1892
Verfügung des BMWi vom 9. Dezember 1981, WuW/E BMW 177
6. Daimler-Benz AG/Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH
Beschluss des BKartA vom 17. April 1989, B7-137/88, WuW/E BKartA 2335
Verfügung des BMWi vom 6. September 1989, WuW/E BMW 191 (Erlaubnis mit Auflagen)
7. E.ON/Ruhrgas¹⁰
Beschluss des BKartA vom 17. Januar 2002, B8-109/01 (E.ON/Gelsenberg),
WuW/E DE-V 511
Beschluss des BKartA vom 26. Februar 2002, B8-149/01 (E.ON/Bergemann),
WuW/E DE-V 533
Verfügung des BMWi vom 5. Juli 2002, WuW/E DE-V 573
Verfügung des BMWi vom 18. September 2002 (modifiziert), WuW/E DE-V 643 (Erlaubnis mit Auflagen)
8. Universitätsklinikum Greifswald/Kreiskrankenhaus Wolgast¹¹
Beschluss des BKartA vom 11. Dezember 2006, B3-1002/06
Verfügung des BMWi vom 17. April 2008, WuW/E DE-V 1691
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 7. Mai 2008, VI Kart 1/07 (V)

In sechs Fällen wurde die Ministererlaubnis versagt

(Diese Fälle werden unter den rechtskräftigen bzw. zurückgenommenen Untersagungen des Bundeskartellamtes aufgeführt.)

1. Kaiser/Preussag Aluminium
Beschluss des BKartA vom 23. Dezember 1974, B8-251/74, WuW/E BKartA 1571
Verfügung des BMWi vom 26. Juni 1975, WuW/E BMW 149)

⁹ Vgl. nächste Fn.

¹⁰ Die beiden Fälle E.ON/Gelsenberg und E.ON/Bergemann wurden zu einem Ministererlaubnisverfahren (E.ON/Ruhrgas) zusammengefasst. In der Gesamtzahl der bisher untersagten Zusammenschlüsse von 181 sind sie jedoch weiterhin als zwei Untersagungen enthalten.

¹¹ Obgleich der Zusammenschluss durch die Erteilung der Ministererlaubnis freigegeben wurde, hat das Bundeskartellamt Rechtsbeschwerde gegen die Aufhebung der Untersagungsverfügung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf eingereicht, da in diesem Fall in einzelnen Rechtsfragen grundsätzlicher Klärungsbedarf bestand. Die Ministererlaubnis ist im Laufe des Rechtsbeschwerdeverfahrens bestandskräftig geworden. Daraufhin haben die Beschwerdeführerin und das Bundeskartellamt die Beschwerde übereinstimmend für erledigt erklärt.

2. Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG - BGE Beteiligungsges. für Energieunternehmen/Ruhrkohle AG
Beschluss des BKartA vom 19. Juni 1985, B8-31/85, AG 1986, S. 335
Verfügung des BMWi vom 20. Februar 1986, WuW/E BWM 185
3. MAN B&W Diesel AG/Gebr. Sulzer AG
Beschluss des BKartA vom 23. August 1989, B4-64/89, WuW/E BKartA 2405
Verfügung des BMWi vom 24. Januar 1990, WuW/E BWM 207
4. BayWa AG/WLZ Raiffeisen AG
Beschluss des BKartA vom 27. Dezember 1991, B2-42/91, AG 1992, S. 130
Verfügung des BMWi vom 16. Juni 1992, WuW/E BWM 213
5. Potash Corporation of Saskatchewan (PCS)/Kali + Salz
Beschluss des BKartA vom 27. Februar 1997, B3-103/96, WuW/E BKartA 2885
Verfügung des BMWi vom 22. Juli 1997, WuW/E BWM 225
6. Rhön-Klinikum AG/Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt, Mellrichstadt¹²
Beschluss des BKartA vom 10. März 2005, B10-123/04, WuW/E DE-V 1987
Verfügung des BMWi vom 22. Mai 2006

In sieben Fällen wurden die Anträge auf Ministererlaubnis zurückgenommen

(Diese Fälle werden unter den rechtskräftigen bzw. zurückgenommenen Untersagungen des Bundeskartellamtes aufgeführt.)

1. GKN/Sachs
Beschluss des BKartA vom 12. Mai 1976, B7-67/75, WuW/E BKartA 1625
Beschluss des KG vom 1. Dezember 1976, Kart 51/76, WuW/E OLG 1745
Beschluss des BGH vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, WuW/E BGH 1501
2. VPM Rheinmetall Plastikmaschinen GmbH/Württembergische Metallwarenfabrik
Beschluss des BKartA vom 4. März 1981, B7-35/80, WuW/E BKartA 1867
Beschluss des KG vom 9. September 1983, Kart 19/81, WuW/E OLG 3137
Beschluss des BGH vom 25. Juni 1985, KVR 3/84, WuW/E BGH 2150
3. Burda GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik KG
Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1981, B6-47/81, WuW/E BKartA 1921
4. Klöckner-Werke AG/Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG
Beschluss des BKartA vom 10. Oktober 1984, B7-106/83, WuW/E BKartA 2178
5. MAN AG + Daimler Benz AG/ENASA
Beschluss des BKartA vom 13. Juli 1990, B5-271/89, WuW/E BKartA 2445
6. Holtzbrinck/Berliner Verlag
Beschluss des BKartA vom 10. Dezember 2002, B6-98/02, WuW/E DE-V 695
7. LBK Hamburg/Mariahilf
Beschluss des Bundeskartellamtes vom 6. Juni 2007, B3-6/07, WuW/E DE-V 1407

¹² Die Ministererlaubnis war vom Landkreis Rhön-Grabfeld beantragt worden; unabhängig davon hat die Rhön-Klinikum AG Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt, die zurückgewiesen wurde. Die anschließende Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof hatte ebenfalls keinen Erfolg. Der Fall wird daher bei den rechtskräftigen Untersagungen unter der Nr. 105 aufgeführt.

Gegen zwei Untersagungen läuft ein Beschwerdeverfahren beim Kammergericht bzw. beim Oberlandesgericht Düsseldorf

1. ProSiebenSat1 Media AG/RTL Interactive GmbH
Beschluss des BKartA vom 17. März 2011
2. Tönnies Holding GmbH & Co. KG/Heinz Tummel GmbH & Co. KG
Beschluss des BKartA vom 16. November 2011

In einem Fall ist Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof anhängig

Total Deutschland GmbH/OMV Deutschland GmbH
Beschluss des BKartA vom 29. April 2009, B8-175/08, WuW/E DE-V 1719
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 4. August 2010, IV-2 Kart 6/09 (V), WuW/E DE-R 3000

C. Veröffentlichungen von im Auftrag der Monopolkommission erstellten Gutachten

BAUM, Clemens/MÖLLER, Hans-Hermann:

Die Messung der Unternehmenskonzentration und ihre statistischen Voraussetzungen in der Bundesrepublik Deutschland.
Meisenheim a. Glan: Hain 1976.

(Wirtschaftswissenschaftliche Schriften. H. 11.)

MARFELS, Christian:

Erfassung und Darstellung industrieller Konzentration.
Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1977.

(Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 52.)

MÖNIG, Walter u. a.:

Konzentration und Wettbewerb in der Energiewirtschaft.
München: Oldenbourg 1977.

(Aktuelle Fragen der Energiewirtschaft. Bd. 10.)

MÖSCHEL, Wernhard:

Das Trennsystem in der U.S.-amerikanischen Bankwirtschaft.
Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1978.

(Studien zum Bank- und Börsenrecht. Bd. 3.)

OBERHAUSER, Alois:

Unternehmenskonzentration und Wirksamkeit der Stabilitätspolitik.
Tübingen: Mohr 1979.

(Wirtschaft und Gesellschaft. 13.)

PISCHNER, Rainer:

Möglichkeiten und Grenzen der Messung von Einflüssen der Unternehmenskonzentration auf industrielle Kennziffern.
Berlin: Duncker & Humblot 1979.

(DIW-Beiträge zur Strukturforschung. H. 56.)

MÖSCHEL, Wernhard:

Konglomerate Zusammenschlüsse im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika.
In: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Jg. 44, 1980,

S. 203-256.

ALBACH, Horst:

Finanzkraft und Marktbeherrschung.
Tübingen: Mohr 1981.

DIRRHEIMER, Manfred/WAGNER, Karin/HÜBNER, Thomas:

Vertikale Integration in der Mineralöl- und Chemischen Industrie.
Meisenheim a. Glan: Hain 1981.

(Sozialwissenschaft und Praxis. Bd. 28.)

KNIEPS, Günter/MÜLLER, Jürgen/WEIZSÄCKER, Carl Christian von:

Die Rolle des Wettbewerbs im Fernmeldebereich.
Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1981.

(Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 69.)

SCHOLZ, Rupert:

Entflechtung und Verfassung.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1981.

(Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 68.)

PIETZKE, Rudolf:

Patentschutz, Wettbewerbsbeschränkungen und Konzentration im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika.

Köln u. a.: Heymanns 1983.

(Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz. Bd. 58.)

MÖSCHEL, Wernhard:

Konglomerate Zusammenschlüsse in den Vereinigten Staaten seit 1979.

In: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Jg. 48, 1984,

S. 552–577.

SANDROCK, Otto:

Vertikale Konzentrationen im USamerikanischen Antitrustrecht unter besonderer Berücksichtigung der Reagan-Administration.

Heidelberg: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft 1984.

(Schriftenreihe Recht der Internationalen Wirtschaft. Bd. 25.)

DONGES, Juergen B./SCHATZ, Klaus-Werner:

Staatliche Interventionen in der Bundesrepublik Deutschland.

Kiel: Institut für Weltwirtschaft 1986.

(Kieler Diskussionsbeiträge. 119/120.)

PFAB, Reinhard/TONNEMACHER, Jan/SEETZEN, Jürgen:

Technische Entwicklung und der Strukturwandel der Massenmedien.

Berlin: Heinrich-Hertz-Institut für Nachrichtentechnik 1986.

(Wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Arbeitsberichte des Heinrich-Hertz-Instituts für Nachrichtentechnik. 1986/8.)

RÖPER, Horst:

Stand der Verflechtung von privatem Rundfunk und Presse 1986.

In: Media Perspektiven 5/1986, S. 281–303.

FINSINGER, Jörg:

Verbraucherschutz auf Versicherungsmärkten.

München: Florentz 1988.

(Law and Economics. Bd. 9.)

HÜBNER, Ulrich:

Rechtliche Rahmenbedingungen des Wettbewerbs in der Versicherungswirtschaft.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1988.

(Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 96.)

KÜBLER, Friedrich/SCHMIDT, Reinhard H.:

Gesellschaftsrecht und Konzentration.

Berlin: Duncker & Humblot 1988.

(Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts. Bd. 3.)

ULLRICH, Hanns:

Kooperative Forschung und Kartellrecht.

Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft 1988.

(Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht. H. 61.)

BASEDOW, Jürgen:

Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten.

Heidelberg: Müller 1989.

(Augsburger Rechtsstudien. Bd. 5.)

BÜHNER, Rolf:

Die fusionskontrollrechtliche Bedeutung der Finanzkraft.

In: Wirtschaft und Wettbewerb, Jg. 39, 1989, S. 277–284.

FWU Forschungsgesellschaft für Wettbewerb und Unternehmensorganisation M.b.H. (Hrsg.):

Versicherungsmärkte im Wettbewerb.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1989.

HAMM, Walter:

Deregulierung im Verkehr als Aufgabe.

München: Minerva Publ. 1989.

(Studien des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz. 36.)

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim u. a.:

Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die deutsche Rundfunkordnung.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1990.

(Law and Economics of International Telecommunications. Vol. 15.)

ESCH, Bastiaan van der:

Die Artikel 5, 3f, 85/86 und 90 EWGV als Grundlage der wettbewerbsrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten.

In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Bd. 155, 1991, S. 274–299.

BACH, Albrecht:

Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht.

Tübingen: Mohr 1992.

(Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen. Bd. 72.)

BLETSCHACHER, Georg/KLODT, Henning:

Strategische Handelspolitik und Industriepolitik.

Tübingen: Mohr 1992.

(Kieler Studien. 244.)

BURKERT, Thomas O. J.:

Die Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften aus wettbewerbsrechtlicher Sicht.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1992.

(Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 122.)

SEUFERT, Wolfgang:

Die Entwicklung des Wettbewerbs auf den Hörfunk- und Fernsehmärkten der Bundesrepublik Deutschland.

Berlin: Duncker & Humblot 1992.

(Beiträge zur Strukturforschung. H. 133.)

Täger, Uwe Christian u. a.:

Entwicklungsstand und -perspektiven des Handels mit Konsumgütern.

Berlin/München: Duncker & Humblot 1994.

(Struktur und Wachstum. Reihe Absatzwirtschaft. H. 14.)

REUTER, Dieter:

Möglichkeiten und Grenzen einer Auflösung des Tarifkartells.

In: Zeitschrift für Arbeitsrecht, Jg. 26, 1995, S. 1–94.

ENGEL, Christoph:

Medienordnungsrecht.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1996.

(Law and Economics of International Telecommunications. Bd. 28.)

KÖHLER, Helmut:
Zur Reform des GWB.
In: Wettbewerb in Recht und Praxis, Jg. 42, 1996, S. 835-848.

BASEDOW, Jürgen:
Weltkartellrecht.
Tübingen: Mohr 1998.
(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht. Bd. 63.)

FREDEBEUL-KREIN, Markus/SCHÜRFELD, Angela:
Marktzutrittsregulierungen im Handwerk und bei technischen Dienstleistungen.
Köln: Institut für Wirtschaftspolitik 1998.
(Untersuchungen zur Wirtschaftspolitik. 112.)

MEYER, Dirk:
Wettbewerbliche Neuorientierung der Freien Wohlfahrtspflege.
Berlin: Duncker & Humblot 1999.
(Volkswirtschaftliche Schriften. H. 486.)

STUMPF, Ulrich/SCHWARZ-SCHILLING, Cara (unter Mitarb. von Wolfgang Kiesewetter):
Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten.
Bad Honnef: wik 1999.
(Diskussionbeiträge des Wirtschaftswissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste. Nr. 197.)

KLEINERT, Jörn/KLODT, Henning:
Megafusionen.
Tübingen: Mohr 2000.
(Kieler Studien. 302.)

STREIT, Manfred E./KIWITT, Daniel:
Zur Theorie des Systemwettbewerbs.
In: Manfred Streit/Michael Wohlgemuth (Hrsg.): Systemwettbewerb als Herausforderung an Politik und Theorie, Contributiones Jenenses. Bd. 7, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1999, S. 13–48.

WOLL, Artur:
Reform der Hochschulausbildung durch Wettbewerb.
Berlin: Duncker & Humblot 2001.
(Abhandlungen zu Bildungsforschung und Bildungsrecht. Bd. 10.)

ABERLE, Gerd/EISENKOPF, Alexander:
Schienenverkehr und Netzzugang.
Hamburg: Deutscher Verkehrs-Verlag 2002.
(Giessener Studien für Transportwirtschaft und Kommunikation. Bd. 18.)

ENGEL, Christoph:
Verhandelter Netzzugang.
Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2002.
(Common Goods: Law, Politics and Economics. Vol. 7.)

VEELKEN, Winfried:
Die Abgrenzung zwischen Strukturaufgabe und laufender Verhaltenskontrolle in den Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts und bei der Ministererlaubnis.
In: Wettbewerb in Recht und Praxis, Jg. 49, 2003, S. 692–724.

GERKE, Wolfgang/SCHWINTOWSKI, Hans-Peter:
Alterssicherung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht.
Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2004.
(Versicherungswissenschaftliche Studien. Bd. 27.)

VOGELSANG, Ingo:

Resale und konsistente Entgeltregulierung.

Bad Honnef: wik Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste 2005.

(wik Diskussionsbeiträge. Nr. 269.)

EHRICKE, Ulrich:

Die EG-rechtliche Beurteilung der Rundfunkfinanzierung.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2006.

ENGEL, Christoph:

Paketvermittelte Telefonie.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2006.

(Law and Economics of International Telecommunications. Bd. 55.)

EISENKOPF, Alexander/KNORR, Andreas (Hrsg.):

Neue Entwicklungen in der Eisenbahnpolitik.

Berlin: Duncker & Humblot 2008.

(Schriftenreihe der Hochschule Speyer. Bd. 189.)

HÖFFLER, Felix:

Engpassmanagement und Anreize zum Netzausbau im leitungsgebundenen Energiesektor.

Baden-Baden 2009.

(Common Goods: Law, Politics, and Economics. Vol. 20.)

LADEMANN, Rainer P.:

Marktstrategien und Wettbewerb im Lebensmittelhandel.

Göttingen 2012 [erscheint demnächst].

Die hier aufgeführten Veröffentlichungen stimmen größtenteils nicht mit der im Auftrag der Monopolkommission erstellten Fassung überein. Es handelt sich überwiegend um überarbeitete, gekürzte bzw. erweiterte oder zusammenfassende Darstellungen. In Einzelfällen sind Teile der für die Monopolkommission erstellten Untersuchungen in umfangreichere Veröffentlichungen eingeflossen.

D. Gutachten der Monopolkommission

Hauptgutachten I:	(1973/1975):	Mehr Wettbewerb ist möglich. 2. Aufl. 1977.
Hauptgutachten II:	(1976/1977):	Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978.
Hauptgutachten III:	(1978/1979):	Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980.
Hauptgutachten IV:	(1980/1981):	Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982.
Hauptgutachten V:	(1982/1983):	Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984.
Hauptgutachten VI:	(1984/1985):	Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986.
Hauptgutachten VII:	(1986/1987):	Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988.
Hauptgutachten VIII:	(1988/1989):	Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990.
Hauptgutachten IX:	(1990/1991):	Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992.
Hauptgutachten X:	(1992/1993):	Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994.
Hauptgutachten XI:	(1994/1995):	Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996.
Hauptgutachten XII:	(1996/1997):	Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998.
Hauptgutachten XIII:	(1998/1999):	Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000.
Hauptgutachten XIV:	(2000/2001):	Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003.
Hauptgutachten XV:	(2002/2003):	Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005.
Hauptgutachten XVI:	(2004/2005):	Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006.
Hauptgutachten XVII:	(2006/2007):	Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008.
Hauptgutachten XVIII:	(2008/2009):	Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010.
Sondergutachten 1:	Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 2. Aufl. 1977.	
Sondergutachten 2:	Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.	
Sondergutachten 3:	Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.	
Sondergutachten 4:	Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.	
Sondergutachten 5:	Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.	
Sondergutachten 6:	Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.	

- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1989.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.
- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.
- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 1999.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002

- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreiskrankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreiskrankenhaus Mellrichstadt). 2006.
- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2006.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2007.
- Sondergutachten 50: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2007.
- Sondergutachten 51: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2007.
- Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2007.
- Sondergutachten 53: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 54: Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009.
- Sondergutachten 55: Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2009.
- Sondergutachten 56: Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2009.
- Sondergutachten 57: Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2009.
- Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010.
- Sondergutachten 59: Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012.

- Sondergutachten 60: Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011.
- Sondergutachten 61: Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012.
- Sondergutachten 62: Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012.
- Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012.

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

Die Sondergutachten 4 bis 6, 10 und 12, 15 und 16, 41 und 42, 46 und 48 sowie 52 und 53 wurden jeweils in einem Band zusammengefasst. Das Sondergutachten 17 liegt auch in einer englischen und in einer französischen Fassung vor, die Sondergutachten 28 und 32 in einer englischen Fassung.

