

Auszug aus Hauptgutachten XVI (2004/2005)

# **Einleitung**

## **Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik**

---

### **1. Zur Sachverhaltsermittlung der Monopolkommission im Ministererlaubnisverfahren**

---

# **Inhaltsverzeichnis**

1. Zur Sachverhaltsermittlung der Monopolkommission im Ministererlaubnisverfahren.....	57
--	----

## Einleitung

### Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

#### 1. Zur Sachverhaltsermittlung der Monopolkommission im Ministererlaubnisverfahren

1. Im Verlauf der zuletzt entschiedenen Ministererlaubnisverfahren Holtzbrinck/Berliner Verlag<sup>1</sup> und Rhön-Klinikum AG/Landkreis Rhön-Grabfeld<sup>2</sup> war von Seiten der jeweiligen Verfahrensbevollmächtigten der Antragsteller sowohl in schriftlichen Eingaben an das Bundeswirtschaftsministerium als auch in den nach § 56 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gebotenen öffentlichen Verhandlungen Kritik an den Sachverhaltsermittlungen der Monopolkommission geäußert worden. Ähnliche Kritik hatte es auch in früheren Fällen gegeben, zuletzt im Ministererlaubnisverfahren Holtzbrinck/Berliner Verlag. Insbesondere wird bemängelt, dass die Monopolkommission den Verfahrensbeteiligten die Quellen ihrer Information nicht bekannt gibt. Die Monopolkommission sichert den von ihr schriftlich und mündlich Befragten Vertraulichkeit im Hinblick auf eine individuelle Zuordnung von Informationen und Aussagen zu und stellt dies auch bei der Sachverhaltswiedergabe in den Gutachten sicher. Dadurch komme es zu „Geheimverfahren“, in denen die Monopolkommission Informationen einholt, deren Quellen den Antragstellern nicht bekannt gegeben werden. Beanstandet wurde in diesem Zusammenhang auch, dass insoweit eine Sachverhaltsüberprüfung (und damit gegebenenfalls die Möglichkeit einer Richtigstellung) für die Verfahrensbeteiligten nicht möglich sei.

2. Die Monopolkommission hält diese Kritik für überzogen. Nach § 46 Abs. 3 GWB sind Mitglieder und Mitarbeiter der Monopolkommission zur Verschwiegenheit über vertraulich gegebene Informationen verpflichtet. Eine Angabe von Quellen in den Gutachten ist damit ausgeschlossen.

3. Aus dem Umstand, dass die Monopolkommission einer Verschwiegenheitspflicht unterliegt, ist nicht zu schließen, dass sie die betreffenden Informationen nicht nutzen darf. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass die Monopolkommission bestimmte Informationen nur erhalten kann, wenn die Informationsgeber davon ausgehen können, dass Vertraulichkeit besteht. Indem er dies durch die gesetzliche Verschwiegenheitspflicht abgesichert hat, hat er zum Ausdruck gebracht, dass die Monopolkommission auch solche Information benutzen soll.

Die vom Gesetzgeber getroffene Regelung ist in der Sache wohl begründet. Die Monopolkommission kann ihren gesetzlichen Auftrag, auch im Rahmen eines Verfahrens nach § 42 GWB, nur dann angemessen erfüllen, wenn sie sich gründlich und umfassend über alle relevanten Aspekte des Sachverhalts informiert. Zur Vorbereitung ihrer Gutachten holt die Kommission in Anhörungen und schriftlichen Befragungen Informationen von Betroffenen und Sachverständigen, in Verfahren nach § 42 GWB vor allem von den Verfahrensbeteiligten, den Beigeladenen, Wettbewerbern und Vertretern der Marktgegenseite ein. Während der Bundeswirtschaftsminister als Kartellbehörde im Erlaubnisverfahren über sanktionsbewehrte Befugnisse zur Beweiserhebung verfügt, ist die Monopolkommission auf die freiwillige Mitwirkung der von ihr Befragten angewiesen. Ihnen gegenüber ist die Zusicherung der vertraulichen Behandlung ihrer Auskünfte vielfach notwendig, um überhaupt die relevanten Informationen zu erhalten, ohne die der gesetzliche Auftrag nicht sachgerecht zu erfüllen wäre. Ohne Vertraulichkeit würde ein Wettbewerber oder Kunde immer auch nicht frei reden, müsste er doch gewärtigen, dass seine Äußerungen das Verhältnis zu anderen Verfahrensbeteiligten belasten. Der Schutz durch die Verpflichtung der Monopolkommission zur Vertraulichkeit kommt auch den Antragstellern zugute.

In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass die Monopolkommission nur beratende Funktion hat. Im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens soll sie dem Bundeswirtschaftsminister eine Entscheidungsgrundlage liefern. Nach gängiger – wenngleich nicht rechtsverbindlicher – Praxis sind die Feststellungen und Empfehlungen der Monopolkommission regelmäßig Diskussionsgrundlage für die im Verfahren gebotene öffentliche mündliche Verhandlung.

4. Die Monopolkommission räumt ein, dass eine Sachverhaltsschilderung, die auf derart gewonnenen Informationen beruht, im Einzelfall unzutreffend sein kann. Dies bleibt freilich innerhalb des Ministererlaubnisverfahrens ohne Wirkungen. Wirkungen, die außerhalb dieses Verfahrens auf den Märkten der beteiligten Unternehmen allein durch die Veröffentlichung des Gutachtens entstehen mögen, können dadurch vermindert werden, dass die Monopolkommission einen Widerspruch gegen die Sachverhaltsdarstellung unter Umständen in der veröffentlichten Fassung des Gutachtens dokumentiert. Im Übrigen sind solche Wirkungen nach Auffassung der Monopolkommission von den Beteiligten hinzunehmen. Denn sie haben durch ihre Anträge behördliche oder gerichtliche Verfahren eingeleitet, die nach geltendem Recht potentiell öffentlich sind und die daher stets das Risiko der Verbreitung von Informationen aller Art mit sich bringen.

<sup>1</sup> Vergleiche Monopolkommission, Sondergutachten 38, Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG, Baden-Baden 2003, Tz. 8 ff.

<sup>2</sup> Vergleiche Monopolkommission, Sondergutachten 45, Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit dem Landkreis Rhön-Grabfeld, Baden-Baden 2006, Tz. 142, Fn. 30 a (erscheint in Kürze).

5. Soweit der von der Monopolkommission ermittelte Sachverhalt im Einzelfall den Tatsachen nicht entsprechen sollte, ergeben sich daraus im Ministererlaubnisverfahren selbst keine für die Beteiligten abträglichen Folgen. Der Bundeswirtschaftsminister oder die im weiteren Verfahren gegebenenfalls befassten Gerichte sind in keiner Weise an tatsächliche oder rechtliche Feststellungen der Monopolkommission gebunden. Die Antragsteller haben im Rahmen des Verfahrens (insbesondere bei der öffentlichen mündlichen Verhandlung) die Möglichkeit, Einwände gegen die von der Monopolkommission geäußerten Ergebnisse oder Rückfragen gegenüber dem Minister als der zuständigen Kartellbehörde vorzubringen, sofern Zweifel hinsichtlich der angemessenen Darstellung der im Sondergutachten referierten Sachverhalte oder Meinungen bestehen. Der Minister kann im Rahmen seiner Ermittlungsbefugnisse sowie der Auskunftspflichten der von ihm Befragten angezweifelte Sachverhalte hinterfragen und sich ein eigenes (eventuell abweichendes) Urteil bilden, das für die Erlaubnisentscheidung letzten Endes maßgeblich ist.

6. Die Monopolkommission sieht keinen Grund für eine Veränderung der gegenwärtigen Rechtslage. Falls eine Pflicht zur Offenlegung der Informationsquelle eingeführt werden sollte, würden viele dieser Quellen versiegen. Insbesondere wäre nicht mehr damit zu rechnen, dass Personen aus dem Umfeld marktmächtiger Unternehmen von sich aus ihr Wissen gegenüber der Monopolkommission preisgeben würden. Formalisierte Ermittlungsbefugnisse wären einerseits mit dem Grundkonzept der Monopolkommission als einer Beratungsinstanz unvereinbar. Andererseits böten sie auch keinen vollwertigen Ersatz für spontan überlassene Informationen, weil Ermittlungen stets gezielte Fragen voraussetzen.

## 2. Wettbewerb und Regulierung in der Energiewirtschaft: Reform des Energiewirtschaftsgesetzes

7. Am 7. Juli 2005 ist das Zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes in Kraft getreten. Es setzt die Elektrizitätsrichtlinie 2003/54/EG<sup>3</sup> und die Gasrichtlinie 2003/55/EG<sup>4</sup> vom 26. Juni 2003 in nationales Recht um. Den Kern des Gesetzes bildet das grundlegend überarbeitete und erheblich ausgeweitete Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG), dessen wesentliche materielle Neuregelungen die Umsetzung der Unbundling-Vorgaben der europäischen Richtlinien sowie die Einführung des regulierten Netzzugangs in der Energiewirtschaft betreffen. Neben der Einführung einer sektorspezifischen Regulierung besteht eine weitere wesentliche Neuerung darin, dass die Zuständigkeit für die Wettbewerbs- und Regulierungsaufsicht im Bereich der Strom- und Gasnetze der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post übertragen wird, die aus diesem Anlass zur Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunika-

tion, Post und Eisenbahnen umbenannt wurde. Ziel der Regulierung der Energieversorgungsnetze ist nach der Gesetzesbegründung der Bundesregierung die Ermöglichung wirksamen Wettbewerbs auf den dem Netzbereich vor- und nachgelagerten Märkten.

8. Die Einführung einer sektorspezifischen Regulierung im Bereich der leitungsgebundenen Energiewirtschaft wird von der Monopolkommission grundsätzlich begrüßt. Sie hat bereits in der Vergangenheit darauf hingewiesen, dass die stagnierende Wettbewerbsentwicklung in der Strom- und Gaswirtschaft maßgeblich auf den in vielerlei Hinsicht mangelhaften energiewirtschaftlichen Regulierungsrahmen zurückzuführen ist, und empfohlen, die Netze in der Energiewirtschaft einer Ex-ante-Preisregulierung zu unterstellen. Die Monopolkommission hatte außerdem empfohlen, die Zuständigkeit für die Netzregulierung der Regulierungsbehörde zu übertragen.

### 2.1 Wettbewerbsentwicklung in der Energiewirtschaft seit der Liberalisierung

9. Die Monopolkommission betrachtet die Wettbewerbsentwicklung auf den Strom- und Gasmärkten in Deutschland mit großer Sorge. In beiden Sektoren spielt Wettbewerb bisher nur eine äußerst geringe Rolle. Im Stromsektor ist der Wettbewerb nach einer dynamischen Anfangsphase in den ersten beiden Jahren nach der Marktöffnung mittlerweile nahezu vollständig zum Stillstand gekommen. Im Gasbereich hat sich Wettbewerb überhaupt noch nicht etablieren können. Er beschränkt sich bisher auf die Belieferung einiger weniger Großkunden. Die Belieferung von Haushaltskunden und Kunden mit kleinen Verbrauchsmengen wird im Gasbereich noch gar nicht im Wettbewerb angeboten. Zu der unbefriedigenden Wettbewerbsentwicklung haben nach Ansicht der Monopolkommission sowohl marktstrukturelle Fehlentwicklungen als auch die unzulängliche Ausgestaltung der Netzregulierung beigetragen.

10. Beim Netzzugang werden Wettbewerber durch diskriminierende Netzzugangsbedingungen und hohe Netzzugangsentgelte weiterhin behindert. Im Strombereich konnten explizit diskriminierende Netzzugangsbedingungen, die vor allem in der Anfangsphase nach der Marktöffnung den Durchleitungswettbewerb erschwerten, durch die Weiterentwicklung der Verbändevereinbarungen allmählich beseitigt werden. Das im internationalen Vergleich und gemessen an den Endkundenpreisen für Strom nach wie vor hohe Niveau der Netzzugangsentgelte und die damit einhergehenden geringen Gewinnmargen auf der Einzelhandelsebene beschränken jedoch weiterhin die Wirksamkeit aktuellen und potentiellen Wettbewerbs in der Elektrizitätswirtschaft. Die Bemühungen des Bundeskartellamtes, überhöhte Netznutzungsentgelte mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechts in den Griff zu bekommen, sind an materiellen und verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten gescheitert, wie durch die beiden Musterverfahren gegen die Thüringer Energie AG und die Stadtwerke Mainz we-

<sup>3</sup> ABl. EU Nr. L 176 vom 15. Juli 2003, S. 37.

<sup>4</sup> ABl. EU Nr. L 176 vom 15. Juli 2003, S. 57.

## **Bisherige Gutachten der Monopolkommission**

---

Alle Veröffentlichungen sind im Nomos-Verlag, Baden-Baden, erschienen.

### **Hauptgutachten**

- |                       |              |  |
|-----------------------|--------------|--|
| Hauptgutachten I:     | (1973/1975): | Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977.                              |
| Hauptgutachten II:    | (1976/1977): | Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978.                       |
| Hauptgutachten III:   | (1978/1979): | Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980.                                       |
| Hauptgutachten IV:    | (1980/1981): | Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982.                            |
| Hauptgutachten V:     | (1982/1983): | Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984.                           |
| Hauptgutachten VI:    | (1984/1985): | Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986. |
| Hauptgutachten VII:   | (1986/1987): | Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988.  |
| Hauptgutachten VIII:  | (1988/1989): | Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990.                          |
| Hauptgutachten IX:    | (1990/1991): | Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992.                                |
| Hauptgutachten X:     | (1992/1993): | Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994.                                       |
| Hauptgutachten XI:    | (1994/1995): | Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996.                               |
| Hauptgutachten XII:   | (1996/1997): | Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998.                                    |
| Hauptgutachten XIII:  | (1998/1999): | Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000.                                    |
| Hauptgutachten XIV:   | (2000/2001): | Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003.  |
| Hauptgutachten XV:    | (2002/2003): | Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005.                   |
| Hauptgutachten XVI:   | (2004/2005): | Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006.                           |
| Hauptgutachten XVII:  | (2006/2007): | Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008.  |
| Hauptgutachten XVIII: | (2008/2009): | Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010.  |
| Hauptgutachten XIX:   | (2010/2011): | Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012.                |

## Sondergutachten

- Sondergutachten 1: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.
- Sondergutachten 2: Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.
- Sondergutachten 3: Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.
- Sondergutachten 4: Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.
- Sondergutachten 5: Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.
- Sondergutachten 6: Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.
- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.

- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.
- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreis Krankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreis Krankenhaus Mellrichstadt). 2006.

- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 50: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 51: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2008.
- Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 53: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 54: Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009.
- Sondergutachten 55: Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2010.
- Sondergutachten 56: Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2010.
- Sondergutachten 57: Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2010.
- Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010.
- Sondergutachten 59: Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012.
- Sondergutachten 60: Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011.
- Sondergutachten 61: Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012.
- Sondergutachten 62: Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012.
- Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012.
- Sondergutachten 64: Bahn 2013: Reform zügig umsetzen. 2013.
- Sondergutachten 65: Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende. 2014.
- Sondergutachten 66: Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten. 2014.
- Sondergutachten 67: Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren. 2014.