

Auszug aus Hauptgutachten XVII (2006/2007)

Einleitung

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

3. Übergang von der Regulierung zur Wettbewerbsaufsicht bei Telekommunikationsmärkten

Inhaltsverzeichnis

3.	Übergang von der Regulierung zur Wettbewerbsaufsicht bei Telekommunikationsmärkten.....	60
3.1	Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit.....	60
3.2	Zwischenschritt beim Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht?.....	62

fung, die sich noch einige Monate hinziehen kann, entscheidet die EU-Kommission über die Einstellung der laufenden Kartellverfahren gegen E.ON. Sollte die EU-Kommission auf diese Verpflichtungszusage von E.ON eingehen, würde sie das Verfahren einstellen und die Zusage für bindend für die Unternehmen im Sinne von Artikel 9 Abs. 1 der Verordnung 1/2003 erklären. Für die Abgabe der Erzeugungskapazitäten wird E.ON ab dem Zeitpunkt der Entscheidung ein Zeitraum von sechs Monaten eingeräumt. Sofern es erforderlich ist, kann dieser Zeitraum um zusätzliche sechs Monate erweitert werden. Für die Veräußerung des Übertragungsnetzes werden dem deutschen Verbundunternehmen zwei Jahre eingeräumt.⁶⁶

56. Typischerweise unterliegen derartige Verpflichtungszusagen, die unter dem Eindruck eines drohenden Bußgeldes und einer langen Verfahrensdauer getätigt werden, keiner regelmäßigen gerichtlichen Überprüfung. Der dargestellte Verfahrensverlauf macht deutlich, dass die EU-Kommission infolge ihres gesetzlichen Initiativmonopols und ihrer zugleich bestehenden weitreichenden Exekutivfunktionen über eine „Doppelmacht“ im Wettbewerbsrecht verfügt.⁶⁷ Ziele, welche die EU-Kommission im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses aufgrund des Widerstands der Mitgliedstaaten nicht zu realisieren vermag, kann sie als ausführendes Organ einfacher durchsetzen, da ihr im Wettbewerbsrecht weitreichende Befugnisse und Sanktionsmöglichkeiten eingeräumt werden.

3 Übergang von der Regulierung zur Wettbewerbsaufsicht bei Telekommunikationsmärkten

57. Die sektorspezifische Regulierung der Telekommunikationsmärkte war von Beginn an auf Zeit angelegt.⁶⁸ Ihre Notwendigkeit entfällt, sobald ein Markt nachhaltig wettbewerbsorientiert ist. In ihrem letzten Sondergutachten zur Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten hat die Monopolkommission festgestellt, dass der Wettbewerb auf den Verbindungsmärkten im Festnetz inzwischen soweit gefestigt ist, dass auch nach einer Rückführung der Regulierung nicht mit einer Remonopolisierung zu rechnen ist.⁶⁹ An die Stelle der Regulierung nach dem TKG tritt die Wettbewerbsaufsicht nach dem GWB. Die institutionelle Zuständigkeit wechselt von der Bundesnetzagentur zum Bundeskartellamt. Dabei vollzieht sich der Übergang von Märkten in das allgemeine Wettbewerbsrecht im Wesentlichen auf zwei Wegen. Entweder erfüllt ein Markt die Kriterien des § 10 Abs. 2 TKG für die Regulierungsbedürftigkeit nicht oder

die Marktanalyse gemäß § 11 TKG kommt zu dem Ergebnis, dass auf dem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb besteht. In der Diskussion um den Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht stehen zwei Aspekte im Vordergrund. Erstens wird bemängelt, dass die Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit gemäß § 10 Abs. 2 TKG, der so genannte Drei-Kriterien-Test, lediglich kursorisch durchgeführt wird. Unzureichend geprüft werde insbesondere das Kriterium der Insuffizienz des Wettbewerbsrechts. In der Folge komme es zu einer Zementierung der Regulierung. Zweitens wird vorgebracht, dass das Wettbewerbsrecht bei der Verfolgung von missbräuchlichen Verhaltensweisen weniger effizient sei als die Ex-Post-Regulierung nach dem TKG und dass die Regulierungsbehörde für die Missbrauchsaufsicht im Bereich der Telekommunikation die sachnähere Behörde sei. Daher bedürfe es bei der Deregulierung eines Zwischenschritts. Dazu werden verschiedene Vorschläge diskutiert. Statt einen Markt unmittelbar in das allgemeine Wettbewerbsrecht zu entlassen, soll zunächst eine Missbrauchsaufsicht nach den Vorschriften des TKG durchgeführt werden, die auch auf Telekommunikationsmärkten Anwendung findet, für die die Regulierungsbedürftigkeit nicht vorliegt. Vorgeschlagen wird zudem, dass die Missbrauchsaufsicht institutionell bei der Regulierungsbehörde verbleibt, diese aber Wettbewerbsrecht anwendet. Relativ neu in der Diskussion ist der Vorschlag, dass die Anwendung von Telekommunikations- und Wettbewerbsrecht sowie die institutionelle Zuordnung der Aufsicht mithilfe einer sog. „ladder of remedies“ vorgenommen wird.

3.1 Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit

58. Nach § 10 TKG kommen für eine sektorspezifische Regulierung nur Märkte in Betracht, die (i) durch beträchtliche und anhaltende strukturelle oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, (ii) längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen (iii) die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken. Dieser sog. Drei-Kriterien-Test hat seine gemeinschaftsrechtliche Grundlage in den Erwägungsgründen der Märkteempfehlungen der Europäischen Kommission aus den Jahren 2003 und 2007 sowie in Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie.⁷⁰ Mit

⁶⁶ Vgl. E.ON AG (Hrsg.), E.ON nennt Einzelheiten zur Abgabe von Netz- und Kraftwerkskapazitäten, Pressemitteilung vom 14. Mai 2008, <http://www.eon.com/de/presse/news-show.do?id=8647&back=%2fde%2f421.jsp> [Stand: 15.05.2008].

⁶⁷ Vgl. hierzu auch Ehrlicke, U., Die Doppelmacht der Kommission in Wettbewerbsachen – ein Plädoyer für die Etablierung einer eigenständigen und unabhängigen EG-Wettbewerbsbehörde, *Wirtschaft und Wettbewerb* 58, 2008, S. 411.

⁶⁸ Vgl. Monopolkommission, *Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten?*, Sondergutachten 29, Baden-Baden 2000, Tz. 1.

⁶⁹ Vgl. Monopolkommission, *Sondergutachten 50*, a. a. O., Tz. 66 f., 243.

⁷⁰ Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. EG Nr. L 114 vom 8. Mai 2003 (Märkteempfehlung), S. 45; Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. EG Nr. L 344 vom 28. Dezember 2007 (überarbeitete Märkteempfehlung), S. 45; Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 33.

ihm formuliert der europäische Rechtsrahmen zugleich Kriterien für den Abbau sektorspezifischer Regulierung. Ist eines der drei Kriterien nicht erfüllt, fehlen die Voraussetzungen für die sektorspezifische Regulierung. Diese ist zurückzuführen oder erst gar nicht aufzunehmen.

59. Die Kriterien (i) und (ii) – Marktzutrittsschranken und fehlende Tendenz zu wirksamem Wettbewerb – sind struktureller Natur. Sie sind zunächst zu prüfen, wobei es im Grundsatz auf dieselben Kriterien ankommt wie bei der Prüfung der beträchtlichen Marktmacht nach § 11 Abs. 1 TKG sowie § 19 Abs. 2 GWB oder Artikel 82 EGV. Vergleichsweise schwierig zu beantworten ist allerdings die Frage, ob der relevante Markt langfristig zu wirksamem Wettbewerb tendiert. Anders als bei der Prüfung der Existenz von beträchtlicher Marktmacht oder von Marktbeherrschung ist hier eine Prognose über zukünftige Markt- und Wettbewerbsentwicklungen notwendig. Analytisch unklar bleibt, wie sich die Prüfung des zweiten Kriteriums von der Prüfung des Bestehens wirksamen Wettbewerbs gemäß § 11 TKG unterscheidet. Stellt die Bundesnetzagentur bei der Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit fest, dass ein Markt langfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendiert, kann die Prüfung, ob auf diesem Markt gegenwärtig wirksamer Wettbewerb besteht, kaum zu einem positiven Ergebnis führen. Sinn macht die Feststellung beträchtlicher Marktmacht gemäß § 11 TKG damit lediglich zur Identifizierung des oder der Regulierungskandidaten. Vorstellbar ist dagegen, dass ein Markt zwar langfristig zu wirksamem Wettbewerb tendiert, gegenwärtig aber noch durch das Bestehen von beträchtlicher Marktmacht gekennzeichnet ist. Dieser Markt unterliegt aber nicht der sektorspezifischen Regulierung, sondern wäre daraus zu entlassen. Missbräuchliche Verhaltensweisen eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht auf diesem Markt wären gegebenenfalls nach den Vorschriften des Wettbewerbsrechts durch die Kartellbehörde zu verfolgen. Die Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Kartellbehörde bei der Marktabgrenzung und der Feststellung von Marktbeherrschung zu demselben Ergebnis kommt wie die Regulierungsbehörde. Zwingend ist das nicht, weil die von der Europäischen Kommission abgegrenzten Telekommunikationsmärkte nicht durchgehend „Märkte“ im Sinne des Wettbewerbsrechts sind und der telekommunikationsrechtliche Begriff der „beträchtlichen Marktmacht“ und der wettbewerbsrechtliche Begriff der „Marktbeherrschung“ zwar angenähert, aber nicht identisch sind.⁷¹

60. Das dritte Kriterium des § 10 Abs. 2 TKG prüft die Leistungsfähigkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Es ist potenziell das wichtigste Kriterium für die Frage der Deregulierung, was aber weder in der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission noch in der praktischen Anwendung des Drei-Kriterien-Tests zum Ausdruck kommt. Erwägungsgrund 13 der Märkteempfehlung 2007 führt lediglich aus, dass wettbewerbsrecht-

liche Eingriffe gewöhnlich dann nicht ausreichen, wenn umfassende Durchsetzungsmaßnahmen zur Behebung eines Marktversagens erforderlich sind oder wenn häufig und schnell eingegriffen werden muss.⁷² Auch in der Praxis der Regulierung bleibt der Begründungsaufwand bei der Prüfung des dritten Kriteriums regelmäßig gering. Die Prüfung erfolgt, so kritische Stimmen, lediglich kursorisch und formelhaft.⁷³ Die fehlende Eignung des Wettbewerbsrechts wird regelmäßig damit begründet, dass es lediglich punktuelle Eingriffe erlaube, während für die Behebung des Marktversagens in aller Regel wesentlich detailliertere Befugnisse zur Vornahme positiver Regelungen erforderlich seien. Außerdem ermögliche das TKG ein schnelleres Eingreifen, weil die Verfügungen der Bundesnetzagentur grundsätzlich sofort vollziehbar sind. Beide Begründungen beziehen sich auf strukturelle Unterschiede zwischen Wettbewerbsrecht und Regulierungsrecht, die immer bestehen. Reichen Sie zur Begründung von sektorspezifischer Regulierung bzw. zur Verneinung eines Deregulierungsbedarfs aus, läuft die Begrenzungswirkung des dritten Kriteriums des Drei-Kriterien-Tests ins Leere.⁷⁴ Es fehlen empirische Methoden zur Feststellung, unter welchen Bedingungen kartellrechtliche Eingriffe wirken bzw. nicht wirken. Anzumerken ist, dass auch das Bundeskartellamt, mit welchem die Bundesnetzagentur bei der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit Einvernehmen herzustellen hat, bisher wenig dazu beigetragen hat, diese Frage systematischer zu beantworten.

61. Ausgangspunkt einer systematischen Prüfung der Frage, ob das Wettbewerbsrecht nicht geeignet ist, einem bestimmten Marktversagen auf einem Telekommunikationsmarkt entgegenzuwirken, ist eine Analyse der Schwächen des Wettbewerbsrechts im Hinblick auf die typischen Problemlagen auf Telekommunikationsmärkten. Dabei zeigt sich, dass das Wettbewerbsrecht drei grundsätzliche Nachteile hat, die zugleich grundsätzliche Vorteile des Regulierungsrechts sind.

- Erstens greift Wettbewerbsrecht nur im Nachhinein, d. h. wenn es bereits zu einem Missbrauch gekommen ist. Dem steht aufseiten des TKG die Möglichkeit von Ex-ante-Eingriffen gegenüber. Wettbewerbsrecht ist demnach immer dann nicht geeignet, wenn durch einen absehbaren Missbrauch ein großer Schaden entsteht, etwa Unternehmen aus dem Markt gedrängt oder am Markteintritt gehindert werden, oder wenn sich Missbräuche häufen und immer wieder auftreten.
- Zweitens ist es vergleichsweise schwieriger auf der Grundlage des Wettbewerbsrechts missbrauchsfreie Preise festzusetzen. Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht greift dabei in aller Regel auf tatsächliche oder hypothetische Vergleichsmärkte zurück. Solche

⁷¹ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen, Baden-Baden 2006, Tz. 170 ff.

⁷² Vgl. Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 ..., a. a. O.

⁷³ Vgl. Möschel, W., Der 3-Kriterien-Test in der Telekommunikation, MultiMedia und Recht 10, 2007, S. 342 ff., hier: S. 345; Korehneke, S., Regulierung als transitorisches Phänomen? – Erfahrungen im Mobilfunk, ifo Schnelldienst 59, 2007, S. 12 ff., hier: S. 13.

⁷⁴ Vgl. Möschel, W., a. a. O.

Märkte finden sich im Bereich der Telekommunikation praktisch nie. Hinzu kommt, dass sich bei Netzindustrien wegen der dort anzutreffenden Skalenerträge und Verbundvorteile auch keine wettbewerblich relevanten Kosten als Preismaßstab anbieten. Insofern sind auch die in Ergänzung zum oder anstelle des Vergleichsmarktkonzeptes möglichen Kostenkontrollen für die Festlegung von „korrekten“ Preisen nicht geeignet. Das TKG bietet mit dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung und der Möglichkeit, auf analytische Kostenmodelle zurückzugreifen, deutlich bessere Möglichkeiten.

- Drittens bedarf es zur Durchsetzung bestimmter Verpflichtungen, etwa im Rahmen der Preisregulierung, umfangreicher Informationen und eines administrativen Apparates, mit dem die Umsetzung fortlaufend überprüft werden kann. Wettbewerbsbehörden verfügen im Allgemeinen nicht über die notwendige Ausstattung und Voraussetzungen für laufende Kontrollen.

62. Die Existenz grundsätzlicher Nachteile auf der einen Seite und grundsätzlicher Vorteile auf der anderen Seite bedeutet jedoch nicht, dass das Wettbewerbsrecht stets ungeeignet ist. Zu beachten ist zunächst, dass auch die Regulierung grundlegende Nachteile hat. Erstens ist sie in der Marktwirtschaft ein Fremdkörper, weil sie in einem sehr viel stärkeren Maße in die Verfügungsrechte der Unternehmen eingreift, Freiheitsrechte beschränkt und Effizianzanreize vermindert. Zweitens behebt Regulierung festgestelltes Marktversagen nicht. Sie baut Bottlenecks nicht ab, sondern erleichtert nur den Zugang zu ihnen, was wiederum den Anreiz für Wettbewerber verringert, selbst in die Umgehung oder Duplizierung von Bottlenecks zu investieren. Drittens ist Regulierung nicht fehlerfrei. Sie kann ebenso versagen wie Märkte und ihrerseits Ineffizienzen erzeugen.⁷⁵

63. Hinzu kommt, dass das wettbewerbsrechtliche Instrumentarium in den letzten Jahren nicht unerheblich verschärft bzw. dass die Befugnisse der Kartellbehörden mit der Konsequenz erweitert wurden, dass die Unterschiede zur Regulierung geringer geworden sind. Ins Gewicht fällt die generelle Zulässigkeit positiv gestaltender Maßnahmen, insbesondere bezüglich des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, ferner auch die Möglichkeit zum Erlass einstweiliger Maßnahmen. Seit der Siebten GWB-Novelle sind nach deutschem Recht auch Verstöße gegen Artikel 81 und 82 EGV unmittelbar bußgeldbewehrt. Dabei wurde der Bußgeldrahmen erheblich erweitert. Wesentliche Änderungen hat es auch bei der privaten Durchsetzung des Kartellrechts, insbesondere durch die Verstärkung der Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche, gegeben. Selbst die sofortige Vollziehung, auf die die Begründung der Regulierungsbedürftigkeit regelmäßig abstellt, ist im GWB vorgesehen. Zwar haben Beschwerden gegen Entscheidungen der Kartellbehörde aufschiebende Wirkung. Die

Behörde kann den sofortigen Vollzug der Verfügung jedoch anordnen.

64. Vor diesem Hintergrund sollte an die Begründung, dass Wettbewerbsrecht allein nicht ausreicht, einem Marktversagen entgegenzuwirken, nach Auffassung der Monopolkommission hohe Anforderungen gestellt werden. Dafür spricht auch, dass es sich hier um keine Abwägungsentscheidung handelt, da weder die Märkteempfehlung der Europäischen Kommission noch § 10 Abs. 2 TKG eine Prüfung der Eignung des Wettbewerbsrechts im Vergleich zu den Möglichkeiten des TKG verlangen, sondern einzig auf die Eignung des Wettbewerbsrechts abstellen. Damit ist es für eine Deregulierung nicht erforderlich, dass das Wettbewerbsrecht dem Regulierungsrecht überlegen ist, auch wenn ein solcher Test ökonomisch wünschenswert wäre. Es reicht, wenn die Mittel des Wettbewerbsrechts ausreichen, dem festgestellten Marktversagen entgegenzuwirken. Hilfreich wäre, wenn die Europäische Kommission eine Art Prüfkatalog für die Durchführung des Drei-Kriterien-Tests vorgeben würde, an dem sich die nationalen Regulierungsbehörden orientieren können, die den Test auf der nationalen Ebene durchführen.⁷⁶ Das ist nicht durchgehend der Fall, sollte nach Auffassung der Monopolkommission aber obligatorisch sein. Dafür spricht, dass insbesondere das dritte Kriterium von der Ausgestaltung der nationalen Wettbewerbsgesetze, der Amtspraxis der Kartellbehörden und der Kartellgerichte abhängt. Ein für die Europäische Gemeinschaft insgesamt durchgeführter Drei-Kriterien-Test kann zwar eine Vorauswahl der zu regulierenden Märkte treffen, trägt aber den nationalen Besonderheiten, insbesondere im Hinblick auf die Insuffizienz des Wettbewerbsrecht, zu wenig Rechnung.

3.2 Zwischenschritt beim Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht?

65. Bei der Diskussion um den Übergang von der sektorspezifischen Regulierung zum allgemeinen Wettbewerbsrecht steht die Frage im Raum, ob es dabei eines Zwischenschritts bedarf. Dazu werden verschiedene Vorschläge diskutiert. Ein Vorschlag lautet, statt einen Markt unmittelbar in das allgemeine Wettbewerbsrecht zu entlassen, zunächst eine Missbrauchsaufsicht nach den Vorschriften des TKG durchzuführen (gegebenenfalls in Verbindung mit einer zeitlichen Befristung), die auch auf Telekommunikationsmärkten Anwendung findet, für die die Regulierungsbedürftigkeit nicht vorliegt. Ein zweiter Vorschlag sieht vor, dass die Missbrauchsaufsicht institutionell bei der Regulierungsbehörde verbleibt, diese aber Wettbewerbsrecht anwendet. Relativ neu in der Diskussion ist der Vorschlag, dass die Anwendung von Telekommunikations- und Wettbewerbsrecht sowie die institutionelle Zuordnung der Aufsicht mithilfe einer sog. „ladder of remedies“ vorgenommen wird.

66. Die ersten beiden Vorschläge unterstellen, dass die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht weniger gut geeig-

⁷⁵ Vgl. Böni, F., Die Einbindung sektorspezifischen Wettbewerbsrechts in das allgemeine Kartellrecht, *Netzwirtschaften und Recht* 5, 2008, Beilage 1/2008, S. 1 ff., hier: S. 4.

⁷⁶ Vgl. auch Möschel, W., a. a. O., S. 346.

net ist, Missbräuche auf Telekommunikationsmärkten zu unterbinden, als das TKG bzw. dass die institutionelle Zuordnung der Aufsicht auf die Bundesnetzagentur für eine effizientere Durchsetzung des Rechts Sorge. Argumente dabei sind:

- Die Bundesnetzagentur ist die sachnähere Behörde, weil es in vielen Fällen der Missbrauchsaufsicht im Telekommunikationssektor einen engen Zusammenhang mit der Zugangsregulierung gibt. Insbesondere verfügt die Regulierungsbehörde über mehr und bessere Informationen über die Märkte, weil die Marktteilnehmer ihr gegenüber laufende und weitgehende Berichtspflichten haben, während das Bundeskartellamt Informationen zum Nachweis der Missbräuchlichkeit im Einzelfall erst erheben muss.
- Der Nachweis eines Missbrauchs ist bei bestimmten Fallkonstellationen (z. B. Preis-Kosten-Schere) nach dem TKG leichter als nach dem Kartellrecht, weil § 28 TKG Vermutungstatbestände für missbräuchliches Verhalten enthält. Das Kartellamt ist in ähnlichen Fällen mit erheblichen Beweislastproblemen konfrontiert.
- Das TKG bietet schnellere Eingriffsmöglichkeiten, weil regulierungsbehördliche Verfügungen sofort vollziehbar sind, der Informationsstand der Behörde im Ausgangspunkt besser ist und die Beweislastprobleme geringer sind. Hinzu kommt, dass die Missbrauchsaufsicht gemäß § 42 TKG fristgebunden ist, während §§ 19 und 20 GWB sowie Artikel 82 EGV keine Entscheidungsfristen vorgeben.
- Die Instrumente der telekommunikationsrechtlichen Missbrauchsaufsicht sind zum Teil restriktiver als die der wettbewerbsrechtlichen, weil sie Elemente der Ex-ante-Regulierung beinhalten. Gemäß § 38 Abs. 1 TKG sind der Bundesnetzagentur bei der nachträglichen Entgeltregulierung die geplanten Entgelte zwei Monate vor Inkrafttreten vorzulegen. Nach § 42 TKG kann die Regulierungsbehörde nicht lediglich existierenden Missbrauch ahnden, sondern bereits „drohenden Missbrauch“ verhindern.
- Schließlich wird als politökonomisches Argument vorgetragen, dass dem Regulierer der Ausstieg aus der Regulierung leichter fällt, wenn er zunächst Kompetenzen der Ex-post-Aufsicht behält. Auch das Vorsichtsprinzip des Regulierers spricht dafür, dass eine Deregulierung eher zögerlich stattfindet.

67. Die Monopolkommission lehnt den Vorschlag ab, im TKG eine von der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit unabhängige Missbrauchsaufsicht zu verankern. Zunächst ist festzuhalten, dass die geltende Rechtslage im Hinblick auf die Voraussetzungen für die Anwendung des TKG eindeutig ist. Gemäß § 9 TKG unterliegen der Marktregulierung nach den Vorschriften des zweiten Teils des Gesetzes, zu dem auch die §§ 38 und 42 TKG gehören, Märkte, auf denen die Voraussetzungen der Regulierungsbedürftigkeit gemäß § 10 TKG vorliegen und für die eine Marktanalyse gemäß § 11 TKG ergeben hat, dass ein oder mehrere Unternehmen auf diesem

Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen. Das Verwaltungsgericht Köln und das Bundesverwaltungsgericht haben dies im Fall Telegate bestätigt.⁷⁷ Gemäß § 2 Abs. 3 TKG bleibt das GWB in diesen Fällen zusätzlich anwendbar, soweit das TKG für einen Sachverhalt nicht ausdrücklich abschließende Regelungen trifft.⁷⁸ Europäisches Wettbewerbsrecht bleibt ohnehin unberührt, da dieses nicht durch nationales Recht verdrängt wird.⁷⁹ Auf Märkten, die nicht der Regulierung unterliegen oder die aus der Regulierung entlassen sind, ist allein nationales und europäisches Wettbewerbsrecht anwendbar. Sollen Märkte, für die die Regulierungsbedürftigkeit nicht festgestellt wurde, der Verhaltenskontrolle nach dem TKG unterstellt werden, ist eine Anpassung des TKG notwendig. Zweifelhaft wäre allerdings, ob eine Regelung, die darauf hinausläuft, die Vorschriften des TKG zur Missbrauchsaufsicht von der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit abzukoppeln, mit europäischem Recht vereinbar wäre. Dagegen spricht bereits, dass damit Mitwirkungsrechte der Europäischen Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden verletzt würden.⁸⁰

68. Das Argument, die Bundesnetzagentur sei die sachnähere Behörde für die Missbrauchsaufsicht auf Telekommunikationsmärkten, überzeugt nicht. Auch wenn es zutrifft, dass die Bundesnetzagentur über größere spezifische Marktkenntnisse im Bereich der Telekommunikation verfügt, hat das Bundeskartellamt aufgrund der Vielzahl der Fälle eine höhere Sachkunde in ökonomischen Fragen und ist wegen seiner langjährigen Amtspraxis die sachnähere Behörde für die Aufgabe der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen. Zutreffend ist allerdings, dass mit der Aufnahme von Vermutungstatbeständen in § 28 Abs. 2 TKG die Beweislastprobleme beim Nachweis bestimmter Missbräuche verringert worden sind. Für die Monopolkommission spricht das allein allerdings nicht dafür, zusätzliche Kompetenzen auf die Regulierungsbehörde zu übertragen. Erinnert sei in diesem Zusammenhang daran, dass die Aufnahme der Preis-Kosten-Schere als Vermutungstatbestand in § 28 Abs. 2 TKG auch vor dem Hintergrund der Erfahrung zu sehen ist, dass es nach dem TKG 1996 möglich war, dass die monatliche Miete für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung höher lag als das Endkundenentgelt der

⁷⁷ VG Köln, Urteil vom 21. Dezember 2005, 21 K 1200/05; BVerwG, Urteil vom 18. April 2007, 6 C 21.06.

⁷⁸ Da das TKG an keiner Stelle ausdrücklich eine abschließende Regelung trifft, ist davon auszugehen, dass das GWB immer parallel anwendbar ist. Vgl. Topel, J., Das Verhältnis von Regulierungsrecht und allgemeinem Wettbewerbsrecht nach dem europäischen Rechtsrahmen in der Telekommunikation und dem TKG, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 4, 2006, S. 27 ff., hier: S. 46 f.; anders Säcker, der davon ausgeht, dass der Gesetzgeber mit den Regelungen der §§ 28, 30 ff., 38 Abs. 2, 39 Abs. 2 und 42 TKG „beredt“ zum Ausdruck bringt, dass diese gegenüber §§ 19, 20 GWB abschließend seien. Vgl. Säcker, F.J. (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, Frankfurt a. M. 2006, § 2 Rn. 21.

⁷⁹ Vgl. Säcker, F. J., a. a. O., § 2 Abs. 3 Rn. 22.

⁸⁰ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung, Baden-Baden 2008, Tz. 138.

Deutschen Telekom AG für den analogen Teilnehmeranschluss.⁸¹ Dagegen hatte die Europäische Kommission bereits im Mai 2003 darin einen Verstoß gegen Artikel 82 EGV gesehen und eine Geldbuße in Höhe von 12,6 Mio. Euro gegen das Unternehmen verhängt.⁸²

69. Wenig schlüssig ist auch die These, das TKG verfüge über restriktivere Ex-post-Instrumente als das Kartellrecht und erlaube schnellere Eingriffe. Wie bereits oben ausgeführt, ist das wettbewerbsrechtliche Instrumentarium in den letzten Jahren verschärft und sind die Befugnisse der Kartellbehörden mit der Konsequenz erweitert worden, dass die Unterschiede zur Regulierung geringer geworden sind.⁸³ Auch die sofortige Vollziehung von Verfügungen ist im GWB vorgesehen. Zwar haben Beschwerden gegen Entscheidungen der Kartellbehörde aufschiebende Wirkung. Die Behörde kann den sofortigen Vollzug der Verfügung jedoch anordnen.

70. Auch wenn vorstellbar ist, dass der Regulierer eher aus der Ex-ante-Regulierung aussteigt, wenn er die Aufgaben der Ex-post-Regulierung nicht an eine andere Behörde verliert, bleibt das bürokratieökonomische Argument, dass auch die Regulierungsbehörde eine inhärente Neigung zur Aufrechterhaltung und Ausweitung ihrer Aufgaben hat. Hinzu kommt die potenzielle Gefahr des Regulatory Capture, die darin besteht, dass sich eine marktregulierende Behörde über kurz oder lang mit den besonderen Interessen der regulierten Unternehmen identifiziert. Diese Gefahr ist allerdings in einer netzübergreifenden Regulierungsbehörde geringer als in einer Behörde, die lediglich ein Netz reguliert.⁸⁴ Nicht zuletzt ist die Regulierungsbehörde tendenziell stärker der Gefahr politischer Einflussnahme ausgesetzt.⁸⁵ Dies gilt allein schon deshalb, weil wichtige Behördenentscheidungen in der sog. Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur gefällt werden, die aus dem Präsidenten und den beiden Vizepräsidenten besteht. Alle drei werden in einem politischen Verfahren ernannt und können aus „wichtigem Grund“ abberufen werden. Das Bundeskartellamt dagegen entscheidet in unabhängigen Beschlusskammern. Die Möglichkeiten des Präsidenten des Bundeskartellamtes, auf Entscheidungen der Beschlussabteilungen Einfluss auszuüben, sind begrenzt. Hinzu kommt, dass die Neigung politischer Instanzen, Einfluss auf die Entscheidungen der Bundesnetzagentur zu nehmen, ungleich größer ist als im Fall des Bundeskartellamtes, weil der Staat weiterhin Eigentümerinteressen bei der Deutschen Telekom AG vertritt.

⁸¹ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Baden-Baden 2002, Tz. 104 f.

⁸² Entscheidung der Kommission vom 21. Mai 2003, Deutsche Telekom AG, ABl. EG Nr. L 263 vom 14. Oktober 2003, S. 9. Das Gericht erster Instanz hat die Entscheidung im April 2008 bestätigt.

⁸³ Vgl. Tz. 63.

⁸⁴ Vgl. Monopolkommission, Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2003, Tz. 401 ff.

⁸⁵ Vgl. Monopolkommission, Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes, Sondergutachten 40, Baden-Baden 2004, Tz. 49 f.

71. Die Monopolkommission lehnt es ebenfalls ab, dass die Bundesnetzagentur als Wettbewerbsbehörde tätig wird und im Rahmen der Missbrauchsaufsicht auf Telekommunikationsmärkten Kartellrecht anwendet. Möglich wäre dies prinzipiell durch eine Änderung von § 48 Abs. 1 GWB, der festlegt, wer Kartellbehörde ist. Diese Idee begründet sich allein auf der Vorstellung, dass die Bundesnetzagentur als sachnähere Behörde kompetenter ist, die Missbrauchsaufsicht auf Telekommunikationsmärkten auszuüben, als das Bundeskartellamt. Zu begründen wäre dies etwa damit, dass die Regulierungsbehörde aufgrund ihrer regelmäßigen Marktbeobachtung über mehr und bessere Informationen und gegebenenfalls über mehr personelle Ressourcen verfügt. Dagegen spricht allerdings, dass die parallele Anwendung von Wettbewerbsrecht durch verschiedene Behörden Probleme im Hinblick auf die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung aufwerfen würde.⁸⁶ Im Übrigen würde sich eine sektorspezifische Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen kaum auf den Bereich der Telekommunikation begrenzen lassen. Eine Gleichbehandlung anderer Netzindustrien wie der Energiewirtschaft, der Post und der Bahn läge in der Natur der Sache. Auf diese Weise würde die Bundesnetzagentur zu einem „Nebenkartellamt“, was mit einem Bedeutungsverlust des Bundeskartellamtes einhergehen würde. Die Monopolkommission lehrt dies entschieden ab.

72. Der Vorschlag einer „ladder of remedies“ entspringt einem stärker ökonomisch fundierten Ansatz der Zuordnung von Regulierungskompetenzen und -instrumenten von Holzngel und Vogelsang.⁸⁷ Dabei durchläuft ein Telekommunikationsmarkt bis zur endgültigen Deregulierung eine Stufenentwicklung von der Ex-ante-Regulierung über die Ex-post-Regulierung durch die Bundesnetzagentur bis zur Missbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde. Bei der Zuordnung eines Marktes zu einer Stufe gibt es zwei eindeutige Fälle und eine Grauzone, in der die Zuordnung nicht eindeutig ist. Die beiden eindeutigen Situationen sind erstens der Fall, wenn Marktversagen die Regel ist. Hier zeichnet sich der vorgelagerte Markt durch die Existenz eines monopolistischen Bottlenecks aus, während auf dem nachgelagerten Markt beträchtliche Marktmacht besteht. Ein solcher Markt ist eindeutig regulierungsbedürftig im Sinne des Drei-Kriterien-Tests. Erforderlich ist eine Ex-ante-Regulierung durch die Bundesnetzagentur. Die zweite eindeutige Situation ist, dass eine ungestörte Marktlage die Regel ist und Störungen des Marktes nur ausnahmsweise auftreten. Hier existiert auf dem vorgelagerten Markt kein Bottleneck, auf dem nachgelagerten Markt in der Regel

⁸⁶ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung, Sondergutachten 50, Baden-Baden 2008, Tz. 149.

⁸⁷ Vgl. Holzngel, B., Vogelsang, I., Weiterentwicklung der TK-Regulierung im Lichte neuer Herausforderungen und ökonomischer Erkenntnisse, in: Haucap, J., Kühling, J. (Hrsg.), Effiziente Regeln für Telekommunikationsmärkte in der Zukunft: Kartellrecht, Netzneutralität und Preis-Kosten-Scheren, Baden-Baden, erscheint 2008.

auch keine beträchtliche Marktmacht. Die Regulierungsbedürftigkeit ist eindeutig nicht gegeben. Gegebenenfalls auftretende Wettbewerbsprobleme können mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts durch die Kartellbehörde gelöst werden. Zwischen diesen beiden Polen gibt es eine Grauzone von Situationen, in denen die Vorteilhaftigkeit der anzuwendenden Rechtsmaterie und die institutionelle Zuordnung stark vom Einzelfall bestimmt wird. Dabei gibt es eine Spanne von Fällen, in denen trotz eindeutiger Regulierungsbedürftigkeit neben der Ex-ante-Regulierung auch eine Ex-post-Regulierung nach dem TKG in Frage kommt, über Fälle, in denen keine Regulierungsbedürftigkeit mehr festzustellen ist, es aber weiterhin Zugangsprobleme mit der Notwendigkeit von Preisfestsetzungen gibt, bis zu Situationen, in denen zwar eine Preismissbrauchsaufsicht in Frage kommt, diese aber mit den kartellrechtlichen Mitteln durchaus zu bewältigen ist, etwa weil für den relevanten Markt Vergleichsmärkte existieren. In den Fällen der Grauzone, in denen die Regulierungsbedürftigkeit im Sinne des TKG zu verneinen ist, sollen die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt einvernehmlich über die Zuständigkeit entscheiden. Vergleichbar wäre dies etwa der Praxis bei der Fusionskontrolle in den USA, bei der sich die Federal Trade Commission und das Department of Justice die Fälle aufteilen.

73. Nach Auffassung der Monopolkommission kann die vorgeschlagene „ladder of remedies“ ein geeigneter Ansatz sein, die Auswahl des Regulierungsinstrumentariums zu verbessern. Insbesondere liefert er Anhaltspunkte dafür, um zu entscheiden, ob auf einem Markt die Ex-ante-Regulierung notwendig ist oder bereits zur Ex-post-Regulierung übergegangen werden kann. Ex-ante-Regulierung ist immer dann unausweichlich, wenn ein langfristiges Wettbewerbsproblem in Form eines stabilen Bottlenecks vorhanden ist und Missbräuche des Bottleneckinhabers mit hoher Wahrscheinlichkeit und wiederholt auftreten und zu irreversiblen Schäden, etwa Marktaustritten oder zur Verhinderung von Marktzutritten, führen. In solchen Fällen muss gegebenenfalls die gesamte Palette an Ex-ante-Instrumenten – Zugangsverpflichtung, kostenorientierte Entgeltregulierung und Gleichbehandlungsverpflichtung – zum Einsatz kommen. Fraglich ist die Notwendigkeit von Ex-ante-Regulierung auf Märkten, auf denen zwar die Regulierungsbedürftigkeit gegeben ist, aber kein Bottleneck besteht. Das ist dann der Fall, wenn entweder auf dem Vorleistungsmarkt alternative Anbieter tätig sind oder auf dem nachgelagerten Markt wirksamer Wettbewerb existiert. Hier gilt es für den Regulierer, zwischen dem langsam voranschreitenden Wettbewerb durch die Umgehung des Bottlenecks und durch Zugangsverpflichtungen abzuwägen. Ex-ante-Instrumente sollten durch den Regulierer auferlegt werden „können“. Gegebenenfalls können Ex-ante- und Ex post-Verpflichtungen kombiniert werden, etwa eine Transparenzverpflichtung mit der nachträglichen Entgeltregulierung. Ist die Regulierungsbedürftigkeit nicht gegeben, kann nach dem Konzept der „ladder of remedies“ eine Regulierung durch die Regulierungsbehörde mit Ex-post-Instrumenten angebracht sein, wenn weiterhin Zugangsprobleme bestehen

und die Notwendigkeit vorhanden ist, Preise positiv festzusetzen, es aber für eine Preisfeststellung keine geeigneten wettbewerblichen Vergleichsmärkte gibt.

74. Weniger überzeugend ist der Vorschlag, dass sich das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur einvernehmlich auf eine Zuständigkeit bei Missbrauchsfällen einigen, in denen die Regulierungsbedürftigkeit für einen Markt zwar abgelehnt wird, die Eignung des Kartellrechts zur Problemlösung aber streitig ist. Das ist nach dem Konzept der „ladder of remedies“ etwa dann der Fall, wenn die Notwendigkeit von positiven Preissetzungen besteht und keine wettbewerblichen Vergleichsmärkte existieren. Nach Auffassung der Monopolkommission würde dies dazu führen, dass die beiden Behörden bei gleich oder ähnlich gelagerten Fällen zu divergierenden Entscheidungen kommen. Das ist bereits deshalb nicht ausgeschlossen, weil das TKG neben der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs eine Reihe anderer Ziele verfolgt, während das GWB einzig auf den Schutz des Wettbewerbs abzielt. Hinzu kommt, dass die Gefahr divergierender Entscheidungen durch die Spaltung des Rechtsweges zwischen Verwaltungs- und Kartellgerichtsbarkeit noch zusätzlich verschärft wird. Die Monopolkommission plädiert stattdessen dafür, die Zuständigkeit für die Ex-post-Regulierung bei Zweifeln im Hinblick auf die Eignung des Kartellrechts zur Missbrauchsverhinderung bei der Regulierungsbehörde zu belassen. Damit dies nicht dazu führt, dass die Deregulierung in unnötiger Weise hinausgezögert wird, sollte – wie bereits weiter oben ausgeführt – an die Begründung, dass Wettbewerbsrecht allein nicht ausreicht, einem Marktversagen entgegenzuwirken, hohe Anforderungen gestellt werden.

75. Festzuhalten ist, dass die Monopolkommission keine Notwendigkeit sieht, bei dem Übergang von der sektorspezifischen Regulierung der Telekommunikationsmärkte in das allgemeine Wettbewerbsrecht einen Zwischenschritt zu etablieren. Das TKG dahingehend zu ändern, dass eine von der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit unabhängige Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur möglich wird, ist in der Sache nicht hinreichend begründet und wäre kaum mit europäischem Recht vereinbar. Die Monopolkommission lehnt es ebenfalls ab, dass die Bundesnetzagentur als Wettbewerbsbehörde tätig wird und im Rahmen der Missbrauchsaufsicht auf Telekommunikationsmärkten Kartellrecht anwendet. Dagegen spricht, dass die parallele Anwendung von Wettbewerbsrecht durch verschiedene Behörden Probleme im Hinblick auf die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung aufwerfen würde. Ähnliche Probleme treten auf, wenn sich das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur in Fällen, in denen die optimale Zuordnung zu einer Rechtsmaterie und der zugehörigen Behörde nicht eindeutig ist, einvernehmlich auf eine Zuständigkeit einigen sollen. Positiv sieht die Monopolkommission dagegen den Vorschlag, bei der Frage nach dem „Wie“ der Regulierung auf das stärker ökonomisch orientierte Konzept der „ladder of remedies“ abzustellen.

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.