Deutscher Bundestag **Drucksache 17/2600**

17. Wahlperiode 22. 07. 2010

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

Achtzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2008/2009

Inhaltsverzeichnis

		Seite
Vorwort		15
Kurzfassung		19
Einleitung: Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik		49
1.	Mehr Effizienz bei der Bereitstellung von Trinkwasser!	49
1.1	Fragmentierte Trinkwasserversorgung in Deutschland	49
1.2	Technologische Rahmenbedingungen der Trinkwasserversorgung in Deutschland	49
1.3	Rechtliche Rahmenbedingungen der Trinkwasserversorgung in Deutschland	50
1.4	Wasserpreise Wetzlar	52
1.5	Anreizregulierung und Ausschreibungskonkurrenzen für die deutsche Wasserwirtschaft	52
2.	Wettbewerbsdefizite bei Apotheken im Einzelhandel mit Arzneimitteln	54
2.1	Markt- und Wettbewerbsentwicklungen auf dem Markt für Arzneimittel	55
2.2	Ökonomische Besonderheiten im Einzelhandel mit Arzneimitteln	56
2.3	Wettbewerbsrelevante Regulierung des Einzelhandels mit Arzneimitteln	58
2.4	Reformvorschläge der Monopolkommission	59
3.	Novellierung des Telekommunikationsgesetzes	61
3.1	Verbesserung der Rahmenbedingungen für Infrastrukturinvestitionen und Wettbewerb	61

Zugeleitet mit Schreiben des Bundeskanzleramtes vom 22. Juli 2010 gemäß § 44 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Seite

3.2 Optimierung der Regulierungsinstrumente 63
3.3 Verfahrensrechtliche Änderungen 64
3.4 Frequenzregulierung 65

4. Neue Kooperationswege mit dem Statistischen Bundesamt 65
4.1 Zugang zu amtlichen Mikrodaten 65
4.2 Unterschiedliche Auslegung des § 47 GWB 66
4.3 Einrichtung einer Verbindungsstelle zum Statistischen Bundesamt 67

Kapitel I

Konzentrationsstatistik vor der Modernisierung 69

1. Modernisierungsbedarf der Konzentrationsstatistik 69
1.1 Unternehmensdaten 70
1.1.1 Private Datenanbieter 70
1.1.2 Öffentliche Datenbestände 71
1.1.3 Kombinationen unterschiedlicher Datensätze 72
1.1.3.1 Verknüpfung von amtlichen Firmendaten 72
1.1.3.2 Verknüpfung von privaten und amtlichen Firmendaten 72
1.2 Perspektiven der Konzentrationsberichterstattung 72

2. Auswertungen auf der Basis des Unternehmensregisters 74
2.1 Empirische und methodische Grundlagen 75
2.2 Erläuterung der Datenbasen 75
2.2.1 Das Unternehmensregister des Statistischen Bundesamtes 75
2.2.2 Verknüpfung privater Verflechtungsdaten mit dem Unternehmensregister 78
2.2.3 Produktionsstatistik 79
2.3 Die Bedeutung von Unternehmensgruppen 79
2.4 Am EU-Binnenhandel teilnehmende Unternehmen 80
2.5 Ausländisch kontrollierte Unternehmen 82
2.6 Staatlich kontrollierte Unternehmen 84

3. Fazit 85

Kapitel II

Stand und Entwicklung der Konzentration von Großunternehmen (aggregierte Konzentration) 87

1. Gegenstand und Ziel der Untersuchung 87

2. Die 100 größten Unternehmen 2006 und 2008 90
2.1 Methodische Vorbemerkungen 90
2.2 Seit dem Berichtsjahr 2006 eingetretene Veränderungen 92
2.3 Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der „100 Größten“ 105

		Seite
2.3.1	Wertschöpfung	105
2.3.2	Beschäftigte	110
2.3.3	Sachanlagen	113
2.3.4	Cashflow	114
2.4	Rechtsformen der „100 Größten“	115
3.	Branchenspezifische Betrachtung	115
3.1	Aussagegehalt der branchenspezifischen Geschäftsvolumina	115
3.2	Industrie	117
3.3	Handel	123
3.4	Verkehr und Dienstleistungen	125
3.5	Kreditgewerbe	127
3.6	Versicherungsgewerbe	128
4.	Verflechtungen der „100 Größten“	131
4.1	Problemstellung	131
4.2	Anteilsbesitz an den „100 Größten“	132
4.2.1	Gegenstand und Datenquellen	132
4.2.2	Zusammenfassende Betrachtung aller Anteilseigner der „100 Größten“	143
4.2.3	Beteiligungen aus dem Kreis der „100 Größten“	145
4.3	Personelle Verflechtungen	153
4.3.1	Methodische Vorbemerkungen	153
4.3.2	Darstellung der personellen Verflechtungen zwischen den „100 Größten“	154
4.3.3	Personelle und Kapitalverflechtungen zwischen Unternehmen des gleichen Wirtschaftszweigs	163
4.3.4	Aufschlüsselung der Kontrollorgane nach Gruppen von Mandatsträgern	163
4.4	Kooperationen im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen	166
4.4.1	Methodische Vorbemerkungen	166
4.4.2	Verflechtungen der 20 größten Unternehmen über Gemeinschaftsunternehmen	166
5.	Die Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Unternehmenszusammenschlüssen und an den Freigabeentscheidungen	170
Kapitel III		
Internationale personelle Unternehmensverflechtungen		177
1.	Gegenstand und Ziel der Untersuchung	177
2.	Empirische und methodische Grundlagen	178
2.1	Erfassung von personellen Unternehmensverflechtungen	178
2.2	Datengrundlage	178

Seite

3. Internationale Bedeutung personeller Unternehmensverflechtungen 180
3.1 Personelle Verflechtungen in den OECD-Staaten 180
3.2 Personelle Verflechtungen nach Branchen 183
3.3 Nationale personelle Verflechtungen nach Branchen 185
3.4 Internationale personelle Verflechtungen nach Branchen 185
3.5 Renditen bei personell verflochtenen Unternehmen 188
4. Fazit 190

Kapitel IV

Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Fusionskontrolle 193

1. Allgemeines zur deutschen Kartellrechtspraxis 193
1.1 Kartellrecht in der Finanzkrise 193
1.1.1 Unzulässigkeit unbegründeter Ausnahmen 193
1.1.2 Zur Wirksamkeit der Wettbewerbspolitik in der Krise 193
1.1.3 Struktur des Bankenmarktes und Machtausübung 194
1.1.4 Fazit: Keine Konjunktur- und Finanzmarktstützung auf Kosten des Wettbewerbs! 194
1.2 Neues Instrument Sektoruntersuchung 195
1.2.1 Außenwerbung 195
1.2.2 Sektoruntersuchungen im Energiebereich 195
1.2.3 Fazit: Effizientes Instrument mit Ausbaupotenzial 197
1.3 Neue Handlungsformen des Bundeskartellamtes 198
1.3.1 Auferlegung positiver Maßnahmen gemäß § 32 Absatz 2 GWB . . 199
1.3.2 Verpflichtungszusagen gemäß § 32b GWB 199
1.3.2.1 Wettbewerbsförderung im Rundholzvertrieb 199
1.3.2.2 Gaspreismissbrauch 200
1.3.2.3 Fazit: Effizientes Verfahren mit schwacher Vorfeldwirkung 201
1.3.3 Kein Anlass zum Tätigwerden gemäß § 32c GWB 201
1.3.4 Entziehung der Vorteile einer Gruppenfreistellungsverordnung gemäß § 32d GWB 201
1.4 Competition Advocacy: Vorfeldwirkung und effektiver Staat 202
1.5 Erfassung und Bewertung von Nachfragemacht 204
2. Missbrauchsaufsicht nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 207
2.1 Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über staatliches Handeln . . 208
2.1.1 Grundlagen 208
2.1.2 Keine Rechtfertigung eines Boykotts durch unionsrechtswidrige Gesetze 209
2.1.3 Keine Mittelstandsförderung durch hoheitliche Kartelle 210
2.1.4 Kostendeckung und Förderungsauftrag bei staatlichen Forstdienstleistungen 211

		Seite
2.2	Preisbasierte Missbräuche – Grenzen der Missbrauchsaufsicht?	212
2.2.1	Preis-Kosten-Schere	213
2.2.2	Untereinstandspreisverbot und Werbekostenzuschüsse	215
2.2.3	Ausbeutungsmissbrauch durch überhöhte Gaspreise bei Haushalts- und Gewerbekunden	217
2.2.4	Ausbeutungsmissbrauch durch überhöhte Heizstrompreise?	218
2.2.5	Behinderungsmissbrauch durch diskriminierende Konzessionsabgaben	218
2.2.6	Einstellen eines langwierigen Missbrauchsverfahrens nach Marktveränderungen	220
3.	Zusammenschlusskontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	221
3.1	Statistischer Überblick	221
3.2	Verfahrensfragen und Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften	226
3.2.1	Anwendung in hoheitlich überlagerten Bereichen	226
3.2.1.1	Fusionskontrolle im Krankenhaussektor	226
3.2.1.2	Fusionskontrolle im Glücksspielmarkt	226
3.2.1.3	Effektive Reichweite der Fusionskontrolle	226
3.2.2	Zusammenschlüsse mit Auslandsberührung	227
3.2.2.1	Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle	228
3.2.2.2	Zusammenschlüsse mit Schwerpunkt im Ausland	229
3.2.3	Umsatzzusammenrechnung bei Anwendung der Bagatellmarktklausel	230
3.2.4	Geltung des Vollzugsverbots ex lege nach Anmeldung	231
3.2.5	Zuständigkeiten im einstweiligen Rechtsschutzverfahren	232
3.2.6	Entflechtungsvoraussetzungen bei vollzogenen unangemeldeten Zusammenschlüssen	233
3.3	Gemeinschaftsunternehmen als Koordinationsplattformen	234
3.3.1	Ökonomische Effekte von Gemeinschaftsunternehmen	234
3.3.2	Erfassung von Gemeinschaftsunternehmen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	235
3.3.2.1	Erfassung durch die Fusionskontrolle	236
3.3.2.2	Erfassung durch das Kartellverbot	236
3.3.3	Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes zu Gemeinschaftsunternehmen	236
3.3.3.1	Vertriebskooperation für Molkereiprodukte	237
3.3.3.2	Beteiligungsstruktur und Einkaufskooperation in Lebensmitteleinzelhandels-Gemeinschaftsunternehmen	238
3.3.3.3	Fazit: Minimierung des Gruppeneffekts durch Nebenbestimmungen	238
3.3.4	Vernetzung in Oligopolmärkten: Verbundeffizienzen und Koordinationsplattformen	239
3.4	Wettbewerblich erheblicher Einfluss als Zusammenschlusstatbestand	240
3.4.1	Wettbewerbserheblicher Einfluss eines strategischen Investors mit Branchenkenntnis	241
3.4.2	Minderheitsbeteiligungen, Überkreuzbeteiligungen und Kartellverbot	242

		Seite
3.5	Marktabgrenzung	243
3.5.1	Sachliche Marktabgrenzung	244
3.5.1.1	Marktabgrenzung in benachbarten dynamischen Märkten	245
3.5.1.2	Einheitliche Marktabgrenzung und abgestufter Wettbewerbsdruck im Lebensmitteleinzelhandel: EDEKA/Tengelmann	246
3.5.1.3	Getrennte Tankstellenmärkte für Benzin und Diesel	247
3.5.1.4	Eigenständiger Markt für Sauermilchkäse: Loose/Poelmeyer	248
3.5.1.5	Kostenlose Konkurrenz aus dem Internet: Bertelsmann/Brockhaus	250
3.5.2	Sachliche Marktabgrenzung in der Energiewirtschaft	250
3.5.2.1	Überblick: Verschiebung der Konzentrationstendenzen in der Energiewirtschaft	251
3.5.2.2	Stadtwerksverflechtungen und Stromkleinkunden: Integra/Thüga	251
3.5.2.3	Fernwärme: RWE/Exxon Mobil	253
3.5.3	Räumliche Marktabgrenzung	254
3.5.3.1	Clusterbetrachtung im Lebensmitteleinzelhandel	254
3.5.3.2	Erreichbarkeitsmodell in Tankstellenmärkten	255
3.6	Marktbeherrschung	255
3.6.1	Marktbeherrschung in Oligopolmärkten	256
3.6.1.1	Bundesgerichtshof und Europäischer Gerichtshof: Kriterien gemeinsamer Marktbeherrschung	256
3.6.1.2	Echte Vermutungswirkung des § 19 Absatz 3 Satz 2 GWB	257
3.6.1.3	Oligopol im Kraftstoffeinzelhandel	258
3.6.1.4	Oligopol im Zuckermarkt	258
3.6.1.5	Ausschreibungswettbewerb im Cabriodächer-Oligopol	260
3.6.1.6	Wettbewerbsdynamik und Oligopolverflechtungen	261
3.6.2	Marktbeherrschung in zweiseitigen Märkten	261
3.6.3	Bewertung potenziellen Wettbewerbs	262
3.6.3.1	Untersagung wegen Wegfalls potenziellen Wettbewerbs	263
3.6.3.2	Kein potenzieller Wettbewerb bei dauerhaften historisch gewachsenen Marktgrenzen	263
3.6.3.3	Freigabe unter Berücksichtigung erwarteten Marktzutritts	264
3.7	Spürbarkeit der Wettbewerbsverschlechterung?	265
3.7.1	Schutz des Restwettbewerbs ohne Spürbarkeitsschwelle	265
3.7.2	Mangelnde Spürbarkeit bei Tankstellenfusionen?	265
3.8	Abhilfemaßnahmen	266
3.8.1	Mustertexte für aufschiebende und auflösende Bedingungen sowie Auflagen	266
3.8.2	Verhaltensauflagen	268
3.8.2.1	Liefer- und Abnahmeverpflichtungen	268
3.8.2.2	Carve-Out mit Lizenzierungs- und Belieferungsverpflichtung	269
3.8.3	Auflösende Bedingungen und Zustandssicherung im Entflechtungsverfahren	270
4.	Europäische Fusionskontrolle	271
4.1	Einführung	271
4.2	Statistische Angaben	272
4.3	Marktabgrenzung	273
4.3.1	Keine Marktabgrenzung nach „Arbeitsgebieten“	273
4.3.2	Definition der Tankstellenmärkte	275
4.3.3	Marktabgrenzung im Energiesektor	277

Seite

4.4 Wettbewerbliche Beurteilung 278
4.4.1 Keine Wettbewerbsbeeinträchtigung trotz marktbeherrschender Stellung 279
4.4.2 Wettbewerbswirkungen der Fusion trotz bereits bestehender Beteiligung 280
4.4.3 Bagatellmarktschwelle in der europäischen Fusionskontrolle? . . . 281
4.4.4 Nicht horizontale Zusammenschlüsse 281
4.4.5 Nachfragemacht 285
4.4.6 Koordinierte Effekte 287
4.4.7 Effizienzen 289
4.4.8 Ermittlungsbefugnisse und Analysemethoden 293
4.5 Abhilfemaßnahmen 296
4.5.1 Veräußerungsverpflichtungen 296
4.5.2 Abbau von Marktzutrittsschranken im Energiesektor 298
4.5.3 Abbau von Marktzutrittsschranken im Passagierluftverkehr 299
4.5.4 Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen 300
4.5.5 Alternative Abhilfemaßnahmen 302
4.5.6 Fix-it-first- und Up-front-buyer-Lösungen 303
4.6 Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz 305
4.6.1 Bertelsmann und Sony/Impala 305
4.6.2 MyTravel/Kommission 308
4.6.3 Kommission/Schneider Electric 310
4.7 Legislative Entwicklungen 313
4.7.1 Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen 313
4.7.2 Bericht über die Zuständigkeitsverteilung im Rahmen der Fusionskontrollverordnung 314
4.7.2.1 Umsatzschwellen in Artikel 1 Absatz 2 und 3 FKVO. 314
4.7.2.2 Zwei-Drittel-Regel. 315
4.7.2.3 Verweisung vor der Anmeldung gemäß Artikel 4 Absatz 4 und 5 FKVO 315
4.7.2.4 Mechanismen zur Verweisung nach der Anmeldung gemäß Artikel 22 und 9 FKVO 316

Kapitel V

Arbeitsmarkt und Wettbewerb auf Produktmärkten 319

1. Problemstellung und Zielsetzung 319

2. Die kartellrechtliche Sonderordnung für Arbeitsmärkte 319

2.1 Ursachen 319

2.2 Rechtliche Grundlagen 320

3. Darstellung der Tariflandschaft in Deutschland 321

3.1 Die Organisation der Arbeitgeber 321

3.2 Die Organisation der Arbeitnehmer 321
3.2.1 Einheitsgewerkschaften 322

		Seite
3.2.2	Spartengewerkschaften	323
3.2.3	Christliche Gewerkschaften	324
3.3	Zunehmende Erosion des Flächentarifsystems	326
3.4	Organisationsgrad der Gewerkschaften und Tarifbindung auf dem deutschen Arbeitsmarkt im europäischen Vergleich	327
4.	(Re-)Stabilisierung des deutschen Flächentarifsystems durch deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung?	331
4.1	Allgemeinverbindlicherklärung gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz	331
4.2	Mindestlöhne gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz	333
4.3	Fortgeltung und Nachwirkung von Tarifverträgen	334
4.4	Öffnungsklauseln	334
4.5	Anforderungen an die Tariffähigkeit	335
4.6	Prinzip der Tarifeinheit	335
4.7	Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln	337
4.8	Fazit	338
5.	Volkswirtschaftliche Analyse und wettbewerbliche Problemfelder	338
5.1	Volkswirtschaftliche Analyse: Auswirkungen von Tarifkartellen auf nachgelagerte Produktmärkte	338
5.1.1	Historie: Produktmarktkartellierung über das Vehikel „Tarifvertrag“ bei fehlendem oder mangelndem Wettbewerb auf dem inländischen Produktmarkt bei geringer Nachfrageelastizität	338
5.1.2	Tariflicher Branchenmindestlohn im Falle differierender Produktivitätsniveaus der Unternehmen eines Marktes	339
5.1.3	Hump-shape-Hypothese	340
5.1.4	Ökonomische Theorien zu Spartengewerkschaften	341
5.1.5	Fazit	342
5.2	Wettbewerbliche Problemfelder: Allgemeinverbindlicherklärungen, Mindestlöhne und Spartengewerkschaften	343
5.2.1	Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz	343
5.2.2	Mindestlöhne gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz	347
5.2.3	Spartengewerkschaften	348
5.2.4	Fazit	350
6.	Handlungsempfehlungen	350
6.1	Allgemeinverbindlicherklärung gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz	350
6.2	Mindestlöhne gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz	351
6.3	Spartengewerkschaften	351
6.3.1	Zeitliche Koordination	352
6.3.2	Kooperationspflichten	352

Seite

6.3.3 Umfassendes Aussperrungsrecht 352
6.3.4 Schlichtungsverfahren 353
6.3.5 Missbrauchsaufsicht 353

Kapitel VI

Perspektiven für mehr Wettbewerb und Effizienz in der gesetzlichen Krankenversicherung 359

1. Einführung 359
1.1 Finanzierungsprobleme im deutschen Gesundheitswesen 359
1.2 Systemvergleiche und Unwirtschaftlichkeit 360
1.3 Nachhaltigkeitsproblematik bei der Finanzierung der Gesundheitsleistungen 362
2. Das Solidarprinzip in der gesetzlichen Krankenversicherung 364
3. Wettbewerbsfelder im deutschen Gesundheitswesen 365
3.1 Akteure und Märkte 365
3.2 Das Verhältnis zwischen Wettbewerb und Regulierung 366
4. Die Leistungsseite der gesetzlichen Krankenversicherung im Bereich der ärztlichen Versorgung 366
4.1 Ökonomische Anforderungen an die Steuerung des Leistungsangebots 367
4.1.1 Das Steuerungsproblem in der Versorgung 367
4.1.2 Mögliche Effizienzprobleme durch angebotsinduzierte Nachfrage 368
4.1.3 Effizienzeffekte von Vergütungsmechanismen 368
4.2 Normative Anforderungen an die Steuerung des Leistungsangebots 369
4.2.1 Vorgabe des einheitlichen Leistungskatalogs 369
4.2.2 Beitragssatzstabilität 369
4.3 Steuerung durch kollektive Versorgungsverträge 370
4.3.1 Kollektive Vertragsbeziehungen in der gesetzlichen Krankenversicherung 370
4.3.2 Kollektivvertragliches Vergütungssystem im ambulanten Sektor 370
4.3.2.1 Früheres System der Budgetierung 370
4.3.2.2 Morbiditätsorientierte Gesamtvergütung seit 2009 370
4.3.2.3 Honorarverteilungsregeln und Regelleistungsvolumen 372
4.3.2.4 Anreiz- und Effizienzwirkungen des neuen Vergütungssystems . . 372
4.3.2.5 Durch die institutionelle Ausgestaltung des Abrechnungssystems bedingte Informationsdefizite 374
4.3.3 Kollektivvertragliches Vergütungssystem im stationären Sektor 375
4.3.4 Geringe Kooperationsanreize im kollektivvertraglichen Bereich 375
4.4 Steuerung durch selektive Versorgungsverträge 376
4.4.1 Mehr Wettbewerb durch selektivvertragliches Kontrahieren 376
4.4.2 Selektivvertragliche Leistungsbereiche nach Sozialgesetzbuch V 377
4.4.3 Integrationsvertrag als Archetyp des Selektivvertrags 378

		Seite
4.4.4	Dualität von Kollektiv- und Selektivverträgen in der ärztlichen Versorgung durch Wahltarife	379
4.4.5	Budgetbereinigung als zentrale Wettbewerbshürde	380
4.4.5.1	Problem der Budgetbereinigung	381
4.4.5.2	Optionen für die Budgetbereinigung	381
4.4.5.3	Problematik bestehender Bereinigungsregeln	382
4.4.6	Bestandsaufnahme des Selektivvertrags am Beispiel der integrierten Versorgung	383
5.	Die Preisseite der gesetzlichen Krankenversicherung	387
5.1	Preiswettbewerb auf dem Versicherungsmarkt	387
5.1.1	Preiswettbewerb zwischen 1996 und 2008	387
5.1.2	Beitragssatzvereinheitlichung durch den Gesundheitsfonds und Preiswettbewerb durch Zusatzbeiträge	387
5.1.3	Beitragsdifferenzierung durch Wahltarife	388
5.2	Risikostrukturausgleich	389
5.2.1	Relevanz eines Ausgleichsmechanismus	389
5.2.2	Anwendung im deutschen Gesundheitssystem	390
5.3	Preispolitische Diskussionsfelder	391
5.3.1	Preiswettbewerb versus Qualitätswettbewerb	391
5.3.2	Einkommensunabhängige Pauschalbeiträge	392
6.	Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen durch die gesetzlichen Krankenkassen	394
6.1	Erfordernis einer kartellrechtlichen Kontrolle der gesetzlichen Krankenkassen	394
6.2	Hindernisse beim Schutz vor Wettbewerbsbeschränkungen	395
6.2.1	Einschränkung aufgrund der Auslegung des Unternehmensbegriffs im deutschen und europäischen Kartellrecht	396
6.2.2	Einschränkung der Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts durch § 69 SGB V	397
6.2.3	Unklarheit über Zuständigkeit und Rechtsweg bei der Kartellrechtsanwendung	399
6.3	Rechtliche Hürden für wettbewerbliches Handeln der Krankenkassen	400
7.	Das Konzept der Monopolkommission für eine solidarische Wettbewerbsordnung auf dem Krankenversicherungsmarkt	400
7.1	Vertragswettbewerb auf dem Leistungsmarkt der GKV	401
7.2	Preis- und Tarifwettbewerb auf dem Versicherungsmarkt der gesetzlichen Krankenversicherung	403
7.3	Kartellrechtliche Kontrolle des Kassenwettbewerbs	404
7.4	Weitere Anpassungen zur Effizienzverbesserung	405

Seite

Anhang

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 Monopolkommission erstellten Gutachten 430

Anhang D Gutachten der Monopolkommission 435

Verzeichnis der Abbildungen

Abbildung II.1 Entwicklung der Nettowertschöpfung im Zeitraum 1978 bis 2008 106

Abbildung II.2 Regionale Verteilung der „100 Größten“ nach dem Sitz der Konzernobergesellschaften und nach Wirtschaftsbereichen im Berichtsjahr 2008 110

Abbildung II.3 Entwicklung der Beschäftigung im Zeitraum 1978 bis 2008 112

Abbildung II.4 Vergleich der Entwicklung von Nettowertschöpfung und Beschäftigtenzahlen im Zeitraum 1978 bis 2008 113

Abbildung II.5 Entwicklung des Geschäftsvolumens der 50 größten sowie aller Industrieunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2008 122

Abbildung II.6 Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Handelsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2008 124

Abbildung II.7 Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2008 126

Abbildung II.8 Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Kreditinstitute im Zeitraum 1978 bis 2008 . . . 128

Abbildung II.9 Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Versicherungskonzerne im Zeitraum 1978 bis 2008 130

Abbildung II.10 Netzwerk der Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ im Jahr 2008 152

Abbildung II.11 Entwicklung der Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ im Zeitraum von 1978 bis 2008 152

Abbildung II.12 Personelle Unternehmensverflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder in den Kontrollorganen der „100 Größten“ im Jahr 2008 159

Abbildung II.13 Personelle Verflechtungen der „100 Größten“ in den Jahren 1978 bis 2008 161

Abbildung II.14 Entwicklung der Verflechtungen zwischen den 20 größten Unternehmen über Gemeinschaftsunternehmen im Zeitraum 1994 bis 2008 169

Seite

Abbildung III.1 Personelle Verflechtungen im Ländervergleich 181

Abbildung III.2 Verflechtungsnetzwerk nach der Anzahl der erfassten internationalen personellen Verbindungen 182

Abbildung III.3 Verflechtungsnetzwerk nach der gewichteten Anzahl der erfassten internationalen personellen Verbindungen 183

Abbildung III.4 Personelle Unternehmensverflechtungen nach Branchen 186

Abbildung III.5 Nationale personelle Verflechtungen nach Branchen 187

Abbildung III.6 Internationale personelle Verflechtungen nach Branchen 188

Abbildung III.7 Renditen bei personell verflochtenen Unternehmen nach Branchenzugehörigkeit 189

Abbildung IV.1 Anzahl der Fusionskontrollverfahren und der Untersagungsentscheidungen 222

Abbildung IV.2 Anzahl der Fusionskontrollanmeldungen und der Hauptprüfverfahren 224

Abbildung V.1 Mitgliederanteil der DGB-Gewerkschaften mit Stand vom 31. Dezember 2008 323

Abbildung V.2 Tarifbindung in der Europäischen Union 2005/2006 328

Abbildung V.3 Hump-shape-Hypothese 341

Abbildung VI.1 Beziehung zwischen Gesundheitsausgaben und Lebenserwartung in OECD-Ländern 361

Abbildung VI.2 Beziehungsdreieck von Märkten und Akteuren im Gesundheitswesen 365

Abbildung VI.3 Ermittlung der morbiditätsorientierten Gesamtvergütung seit 2009 371

Abbildung VI.4 Wettbewerbskonzept mit Selektivverträgen: Dualität der Versorgungsbereiche 380

Abbildung VI.5 Vertragsabschlüsse in der Integrationsversorgung zwischen 2004 und 2008 385

Abbildung VI.6 Wichtige Hürden bei der Anwendung des deutschen und europäischen Kartellrechts auf die gesetzlichen Krankenkassen 395

Abbildung VI.7 Beispiel für den Wettbewerb der Kassen auf dem Versicherungsmarkt: Plakat- und Online-Werbung der AOK im Frühjahr 2010 398

Verzeichnis der Tabellen

Tabelle I.1 Aktive Unternehmen, Beschäftigte und Umsatz im Unternehmensregister 2007 76

Tabelle I.2 Bedeutung der Unternehmensgruppen im Jahr 2007 in Deutschland nach Wirtschaftsabschnitten 80

Tabelle I.3 Bedeutung des EU-Binnenhandels und ausländischer Unternehmen 82

Tabelle I.4 Deutsche Unternehmen mit kontrollierendem ausländischem Eigentümer nach dem Herkunftsland des Eigentümers . . . 84

		Seite
Tabelle I.5	Anteil öffentlicher Fonds, Einrichtungen und Unternehmen an der Anzahl der Unternehmen, am Umsatz und an den Beschäftigten in ausgewählten Wirtschaftszweigen	85
Tabelle II.1	Die nach Wertschöpfung 100 größten Unternehmen 2006 und 2008	93
Tabelle II.2	Die inländische und die weltweite Wertschöpfung der zehn größten Unternehmen 2006 und 2008	108
Tabelle II.3:	Zehner-Ranggruppen der jeweils „100 Größten“ nach ihrem Anteil an der Wertschöpfung aller Unternehmen (bis 1992: alte Bundesländer) und nach Jahren	109
Tabelle II.4	Aufschlüsselung der 100 größten Unternehmen 2006 und 2008 nach Wirtschaftsbereichen	109
Tabelle II.5	Die nach Beschäftigten zehn größten Unternehmen 2008	111
Tabelle II.6	Die nach Sachanlagen zehn größten Unternehmen 2008 (ohne Kreditinstitute und Versicherungen)	114
Tabelle II.7	Die nach Cashflow zehn größten Unternehmen 2008 (ohne Kreditinstitute und Versicherungen)	115
Tabelle II.8	Rechtsformen der „100 Größten“ 2006 und 2008	116
Tabelle II.9	Die nach Umsatz 50 größten deutschen Industrieunternehmen 2006 und 2008	117
Tabelle II.10	Die nach Umsatz zehn größten deutschen Handelsunternehmen 2006 und 2008	123
Tabelle II.11	Die nach Umsatz zehn größten deutschen Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen 2006 und 2008	125
Tabelle II.12	Die nach Bilanzsumme zehn größten deutschen Kreditinstitute 2006 und 2008	127
Tabelle II.13	Die nach Beitragseinnahmen zehn größten deutschen Versicherungsunternehmen 2006 und 2008	129
Tabelle II.14	Die Anteilseigner der 100 größten Unternehmen 2006 und 2008 nach Gruppen	133
Tabelle II.15	Aufschlüsselung der 100 größten Unternehmen 2006 und 2008 nach Arten der Beteiligungsverhältnisse	145
Tabelle II.16	Kapitalverflechtungen aus dem Kreis der „100 Größten“ 2006 und 2008	145
Tabelle II.17	Gesamtübersicht der Beteiligungen ausgewählter Finanzdienstleister aus dem Kreis der „100 Größten“ in den Jahren 1996 bis 2008	149
Tabelle II.18	Übersicht der Anteilseigner mit mehr als zwei Kapitalbeteiligungen in den Jahren 2006 und 2008	150
Tabelle II.19	Die personellen Verflechtungen zwischen den 100 größten Unternehmen 2006 und 2008	154
Tabelle II.20	Häufigkeit der personellen Verflechtungen zwischen den 100 größten Unternehmen über Mandatsträger in den Kontrollorganen 1996, 2002, 2006 und 2008	161

		Seite
Tabelle II.21	Die personellen Verflechtungen zwischen den zehn größten Unternehmen 1978, 2006 und 2008 über Kontrollorgane	162
Tabelle II.22	Aufschlüsselung der Mandatsträger in den Kontrollorganen der 100 größten Unternehmen 2006 und 2008 nach Gruppen	165
Tabelle II.23	Die Verflechtungen zwischen den 20 größten Unternehmen 2006 und 2008 über Gemeinschaftsunternehmen	167
Tabelle II.24	Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlüssen und der Zahl der Freigabeentscheidungen	171
Tabelle II.25	Häufigkeit der Beteiligungen der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an Unternehmenszusammenschlüssen nach Ranggruppen	175
Tabelle III.1	Fallzahlen und Verteilung der in der Stichprobe erfassten Unternehmen nach Ländern	179
Tabelle III.2	Fallzahlen und Verteilung der in der Stichprobe erfassten Unternehmen nach Branchenzugehörigkeit	184
Tabelle IV.1	Übersicht über die Anzahl der angezeigten und vollzogenen Zusammenschlüsse und der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission	223
Tabelle IV.2	Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2006 bis 2009	225
Tabelle IV.3	Art des Zusammenschlusstatbestandes der beim Bundeskartellamt zwischen 2006 und 2009 angemeldeten Unternehmenszusammenschlüsse	225
Tabelle V.1	Tarifvertragssysteme in ausgewählten EU-Staaten	329
Tabelle V.2	Verbindliche branchenspezifische Mindestlöhne in Deutschland gemäß Arbeitnehmer-Entsendegesetz	346
Tabelle VI.1	Gesundheitsausgaben in Deutschland 1998 bis 2007	361
Tabelle VI.2	Medizintechnische Geräte pro Millionen Einwohner, 2007	362
Tabelle VI.3	Prognostizierte Entwicklung des Beitragssatzes zur gesetzlichen Krankenversicherung im Zeitraum von 2006 bis 2050	363
Tabelle VI.4	Integrationsverträge nach Indikationen	386

Vorwort

[1] Die Monopolkommission legt der Bundesregierung gemäß § 44 Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)[1] ihr Achtzehntes Hauptgutachten (Zweijahresgutachten) für den Berichtszeitraum 2008/2009 vor.[2] Das Gutachten trägt den Titel

Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen

Die Kommission bringt damit zum Ausdruck, dass die wettbewerbsbestimmenden Rahmenbedingungen in vielen Wirtschaftsbereichen verbesserungsfähig sind. Das gilt auch und in vielen Fällen ganz besonders für Sektoren und Märkte, in denen der Marktmechanismus aufgrund bestimmter Eigenheiten nur eingeschränkt wirken kann. In solchen Fällen ist zu prüfen, ob bestehende Rahmenbedingungen vermeidbare Fehlanreize für ineffizientes Verhalten der Marktteilnehmer auslösen bzw. unzulängliche Marktergebnisse zur Folge haben. Aus dieser Analyse ergeben sich Schlussfolgerungen für eine Organisations- und Anreizstruktur, die – auch unter Wohlfahrtsaspekten – bessere Ergebnisse erwarten lässt. Im vorliegenden Hauptgutachten betreffen derartige Überlegungen die Wasserwirtschaft, den Arbeitsmarkt (soweit Auswirkungen auf Produktmärkte abzuleiten sind) und die gesetzliche Krankenversicherung.

[2] In den Zweijahresgutachten geht die Monopolkommission regelmäßig in einem Einleitungskapitel auf aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik sowie ordnungspolitische Grundsatzfragen ein. Das Achtzehnte Hauptgutachten behandelt folgende Problemfelder:

– Die deutsche Wasserwirtschaft ist durch eine Reihe von Besonderheiten struktureller Art (Vielzahl kleiner Anbieter, starke Heterogenität von Preisen und Gebühren) und technologischer Art (insbesondere geringe Wertschöpfung bei hohen Transportkosten in einem natürlichen Leitungsmonopol) gekennzeichnet. Durch Einführung eines einheitlichen Regulierungsrahmens und einer Anreizregulierung lassen sich Effizienzpotentiale auf dem deutschen Wassermarkt realisieren.

– Besonderheiten beim Einzelhandel mit Arzneimitteln rechtfertigen aus ökonomischer Sicht eine Regulierung. Die Monopolkommission erinnert an ihre Reformvorschläge aus dem Jahr 2006 und bekräftigt diese.

– Die anstehende Novelle des Telekommunikationsgesetzes, zu der erste Vorschläge des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie vorliegen, dient vor allem der Anpassung des nationalen Rechts an den geänderten europäischen Rechtsrahmen für Telekommunikationsnetze und -dienste. Daneben sollen Probleme aufgegriffen werden, die sich bei der Anwendung des Telekommunikationsgesetzes ergeben haben.

– Der nunmehr vorhandene unmittelbare Zugang der Monopolkommission zu Daten des Statistischen Bundesamtes stellt eine herausragende Verbesserung der Analysemöglichkeiten dar. Aus Gründen der Kostenreduktion und der Erweiterung der Arbeitsergebnisse wäre es hilfreich, wenn für die Monopolkommission eine Verbindungsstelle beim Statistischen Bundesamt eingerichtet würde; bereits die Besetzung einer Mitarbeiterstelle wäre geeignet, erhebliche Verbesserungen der quantitativen Arbeiten herbeizuführen.

[3] Die Kapitel I, II und IV dieses Zweijahresgutachtens behandeln Fortschreibungen derjenigen Untersuchungsthemen, die der Gesetzgeber in § 44 Absatz 1 GWB namentlich vorgegeben hat. Demnach soll die Monopolkommission den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland beurteilen und die Anwendung der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle würdigen.

---

[1] In der Bekanntmachung der Neufassung vom 15. Juni 2005 (BGBl. I S. 2114). Ein Auszug aus dem Gesetz (§§ 44 bis 47 GWB) ist im Anhang dieses Gutachtens (Teil A) abgedruckt.

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

In Kapitel I werden Konzentration und Verflechtungen von Unternehmen auf der Grundlage der Erhebung von Daten durch das Statistische Bundesamt (Unternehmensregister, Produktionsstatistik) einerseits und von Verflechtungsdaten privater Datenbanken andererseits statistisch analysiert. Die Konzentration von Großunternehmen (aggregierte Konzentration) auf der Basis der Wertschöpfung, die gesamtwirtschaftliche Bedeutung sowie der Verflechtungsgrad der größten deutschen Konzerne werden in Kapitel II untersucht. In Kapitel IV würdigt die Monopolkommission die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts (und auch der Gerichte) zur Missbrauchsaufsicht und zur Fusionskontrolle[3] nach deutschem Recht sowie die Anwendung der Vorschriften zur europäischen Fusionskontrolle.

[4] Die Konzentrationsanalyse in Kapitel III und die beiden Sonderkapitel behandeln Untersuchungsthemen ohne Fortschreibungscharakter.

Kapitel III beleuchtet den Stand und die Bedeutung des personellen Verflechtungsgrads großer Unternehmen in den Staaten der OECD. Die wettbewerbspolitische Relevanz dieses Phänomens liegt vor allem in der Annahme, dass Unternehmensverflechtungen (auch solche personeller Art) geeignet sind, Unternehmensmacht nicht nur innerhalb eines Marktes, sondern auch marktübergreifend zu erhöhen.

Entwicklungen des Arbeitsmarktes können den Wettbewerb auf den nachgelagerten Produktmärkten merklich beeinflussen. Die Monopolkommission weist in Kapitel V auf wettbewerbliche Probleme hin, welche sich durch Interventionen der Politik sowie strukturelle Veränderungen des Marktes ergeben haben, und empfiehlt Lösungsvorschläge.

Nach Auffassung der Monopolkommission besteht auch vor dem Hintergrund des Solidarprinzips ein erhebliches Potenzial für effizienzverbessernde Strukturreformen des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung. Kapitel VI untersucht die bestehenden Probleme und stellt ein Konzept vor, mit dem sich durch eine konsequentere Nutzung von Markt und Wettbewerb als Steuerungsinstrumenten umfangreiche Ergebnisverbesserungen erzielen lassen.

[5] Im methodischen und statistischen Anlagenteil zu diesem Zweijahresgutachten sind die empirischen Ergebnisse der Konzentrationsuntersuchungen in tabellarischen Übersichten zusammengestellt. In einem ausführlicheren Tabellenteil werden die vom Statistischen Bundesamt aufbereiteten Daten zur wirtschaftlichen Konzentration dokumentiert, die der Konzentrationsberichterstattung in Kapitel I zugrunde liegen. Außerdem enthält der statistische Anhang weiterführende Übersichtstabellen zur Untersuchung der aggregierten Konzentration in Kapitel II. Die methodischen und statistischen Anlagen werden wiederum nicht in Buchform vorgestellt, sondern diesem Zweijahresgutachten in elektronischer Form auf einer CD-ROM beigelegt.

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

Der ehemalige Präsident des Bundeskartellamtes, Herr Dr. Bernhard Heitzer, sein Nachfolger im Amt, Herr Andreas Mundt, der Vizepräsident, Herr Dr. Peter Klocker, sowie die zuständigen Mitarbeiter, 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 Leiter der Gruppe IV A des Amtes,

---

[3] Eine Zusammenstellung aller Untersagungen durch das Bundeskartellamt seit Bestehen der Fusionskontrolle (1974) ist im Anhang dieses Gutachtens (Teil B) aufgeführt.

Herr Peter Schmidt, sowie die Herren Roland Sturm und Thorsten Tümmler haben in enger Zusammenarbeit mit der Geschäftsstelle der Monopolkommission das im Gutachten ausgewertete Datenmaterial aufbereitet. Herr Tim Hochgürtel und Frau Heike Habla vom Forschungsdatenzentrum des Amtes haben den Zugang zu den dortigen Arbeitsplatzrechnern koordiniert. Unterstützt wurde das Statistische Bundesamt maßgeblich durch die Vorarbeiten der statistischen Ämter der Länder.

[7] 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.

[8] Die Professoren Dr. Thomas Ackermann (München), Dr. Frank Bayreuther (Passau), Dr. Martin Franzen (München), Dr. Volker Rieble (München) und Dr. Gregor Thüsing (Bonn) haben sich zu Gesprächen über arbeits- und kartellrechliche Fragestellungen im Rahmen von Kapitel V zur Verfügung gestellt.

Der Vorsitzende der Monopolkommission und zwei Mitarbeiter der Geschäftsstelle haben zur Vorbereitung von Kapitel VI am 28. April 2010 in Duisburg ein Fachgespräch mit Herrn Prof. Dr. Dieter Cassel (Universität Duisburg-Essen) über mögliche Reformen der gesetzlichen Krankenversicherung geführt. Herr PD Dr. Jürgen Zerth (Univ. Bayreuth) hat in Zusammenarbeit mit Frau Dipl.-Vw. Stefanie Daum (Univ. Erlangen-Nürnberg) ein Gutachten im Auftrag der Monopolkommission erstellt.[4] Es trägt den Titel „Gestaltungsmöglichkeiten für einen Budgetausgleich zwischen Kollektiv- und Selektivvertrag“.

Die Ergebnisse des Gutachtens und der Fachdiskussionen stellen einen wichtigen Beitrag zur Meinungsbildung der Monopolkommission dar.

[9] Mitglieder und Mitarbeiter der Monopolkommission haben sich am 25. März 2010 in Wiesbaden mit dem Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung und seinen Mitarbeitern zu einem Gedankenaustausch getroffen. Die wichtigsten Themen waren der gegenwärtig in der Diskussion stehende Entwurf eines Entflechtungsgesetzes, der Wettbewerb im Gesundheitswesen sowie Fragen zu Arbeitsmarkt und Wettbewerb. Die Diskussionsbeiträge des Sachverständigenrates bedeuten eine hilfreiche Ergänzung der intern in den Sitzungen der Monopolkommission erarbeiteten Standpunkte.

[10] Seit der Fertigstellung des Siebzehnten Hauptgutachtens Mitte 2008 hat die Monopolkommission folgende Sondergutachten veröffentlicht:

– Sondergutachten 54, Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb (Sondergutachten gemäß § 62 Absatz 1 Energiewirtschaftsgesetz),

– Sondergutachten 55, Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung (Sondergutachten gemäß § 36 Allgemeines Eisenbahngesetz),

– Sondergutachten 56, Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten (Sondergutachten gemäß § 121 Absatz 2 Telekommunikationsgesetz),

– Sondergutachten 57, Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen (Sondergutachten gemäß § 44 Postgesetz in Verbindung mit § 81 Absatz 3 Telekommunikationsgesetz 1996),

– Sondergutachten 58, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung (Sondergutachten nach eigenem Ermessen gemäß § 44 Absatz 1 Satz 4 GWB).

[11] Für den kommenden Berichtszeitraum hat sich erneut eine Veränderung bei der Zusammensetzung der Monopolkommission ergeben. Das Kommissionsmitglied

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

Peter-Michael Preusker scheidet mit Ablauf seiner zweiten Amtsperiode am 30. Juni 2010 aus. An seine Stelle ist vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung Herr Dr. Thomas Nöcker berufen worden. Das Kommissionsmitglied Prof. Dr. Justus Haucap, dessen Amtszeit ebenfalls am 30. Juni 2010 endet, ist für eine weitere Amtszeit berufen worden. Die Amtszeiten der Kommissionsmitglieder Christiane zu Salm, Dr. Angelika Westerwelle und Prof. Dr. Daniel Zimmer enden am 30. Juni 2012.

[12] 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 Dr. Benjamin Balsmeier, Herr Marc Bataille, Herr Achim Buchwald, Herr Dr. Michael Coenen, Frau Dr. Ulrike Hösel, Herr Dr. Klaus Holthoff-Frank, Herr Dr. Andreas Liebe, Herr Kai Schmidt, Frau Dr. Juliane Scholl und Frau Dr. Andrea Schweinsberg an. An 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 Mitarbeitern für die geleistete Arbeit, die insbesondere in der Schlussphase der Gutachten weit über die Erfüllung der Dienstpflichten hinausgegangen ist.

Bonn, den 30. Juni 2010

Justus Haucap

Peter-Michael Preusker	Christiane zu Salm	Angelika Westerwelle	Daniel Zimmer

Kurzfassung

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

Mehr Effizienz bei der Bereitstellung von Trinkwasser!

1.* Die technologisch schwer zu rechtfertigende, teilweise extrem kleinteilige Struktur der deutschen Trinkwasserversorgung lässt vermuten, dass sich durch die Zusammenlegung von Wasserverteilnetzen und/oder Netzverwaltungen erhebliche Größenvorteile heben und weitere Kostendegressionspotenziale ausnutzen lassen. Die kommunalen Gebietskörperschaften üben weitgehenden eigentumsrechtlichen Einfluss auf die Wasserversorgung in ihrem Gebiet aus. In dem Nebeneinander aus privatrechtlicher Preissetzung einerseits und öffentlich-rechtlicher Gebührenfestlegung andererseits erkennt die Monopolkommission ein ernst zu nehmendes Problem der faktischen Ungleichbehandlung an sich gleicher Sachverhalte: Stets wird dasselbe homogene Gut Wasser von wirtschaftlich tätigen Betrieben, den Wasserversorgern, gegen ein Entgelt an Verbraucher abgegeben. Mit der Wahl der Rechtsform durch die zuständige Kommune oder den zuständigen Zweckverband ergeben sich nach der bislang geübten Praxis jedoch erhebliche Unterschiede in den Aufsichtszuständigkeiten. Die Gebührenhöhe wird von der jeweiligen Kommunalaufsicht genehmigt, die Preise der privaten Wasserbetriebe sind der Missbrauchsaufsicht nach dem Wettbewerbsrecht unterworfen. Für die Kommunalaufsicht eines Bundeslandes spielt das Konzept der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung keine oder allenfalls eine untergeordnete Rolle. Stattdessen regulieren Kommunalaufsichten zuallererst nach dem Äquivalenzprinzip und dem Kriterium der Sicherstellung einer nachhaltigen Haushaltsführung bei den Kommunen. In dem hierbei zugrunde gelegten Vollkostenstandard sieht die Monopolkommission die Gefahr einer Akzeptanz von ineffizient hohen Kosten in der Trinkwasserwirtschaft. Allerdings weist die Monopolkommission insbesondere die Verbraucher darauf hin, dass nach bestrittener, doch überzeugender Auffassung auch Gebühren in der Wasserwirtschaft der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht unterliegen.

2.* Die Monopolkommission stellt im Zusammenhang mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs „Wasserpreise Wetzlar“ vom 2. Februar 2010 fest, dass bei der Verfolgung eines Preishöhenmissbrauchs im Bereich der natürlichen Monopole in der deutschen Trinkwasserwirtschaft typischerweise eine Situation untersucht wird, die grundsätzlich nicht für eine kartellrechtliche Problematik spricht. Eine Kartellbehörde kann hier gegenüber einem Wasserversorger nicht durch eine einmalige Entscheidung dauerhaft Abhilfe schaffen, vielmehr müsste sie periodisch wiederkehrend Entgelte auf den Wassermärkten kontrollieren und vergleichen. Das jedoch ist sinnvollerweise Aufgabe einer sektorspezifischen Regulierung.

3.* Die Struktur der deutschen Wasserversorgung ist kurzfristig einer erneuten Überprüfung zu unterziehen. Hierbei muss es um die explizite Ausrichtung der Wasserversorgung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gehen. Im Ergebnis müssen die faktische Ungleichbehandlung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Wasserversorgern im Bundesgebiet abgestellt, Größenvorteile ausgenutzt und die Degression unspezifischer Gemeinkosten bestmöglich umgesetzt werden. Die Monopolkommission empfiehlt der Bundesregierung und den Bundesländern, die deutschen Trinkwasserversorger sodann einer einheitlichen und an der effizienten Bereitstellung von Trinkwasser orientierten sektorspezifischen Regulierung zu unterstellen.

4.* Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass in der Phase der Einführung eines einheitlichen Regulierungsrahmens für die deutsche Trinkwasserversorgung der Bundesnetzagentur zunächst die volle Handlungskompetenz übertragen werden sollte. Die technische Regulierung könnte sich dann auf reine Vorgaben zu Outputgrößen, mithin auf Vorgaben zur Wasserqualität zu beschränken. Die wirtschaftliche Regulierung sollte kurzfristig als Anreizregulierung für alle deutschen Wasserversorger nach einheitlichen Standards vorgenommen werden. Hierdurch könnten Wasserversorgern Anreize gesetzt werden, bei ineffizient hohen Gemeinkosten ihre Größe durch Fusion mit einem anderen Trinkwasseranbieter zu erhöhen und so die Degression der unspezifischen Gemeinkosten zu verbessern. Hierzu ist nicht notwendigerweise die physische Zusammenlegung von Netzen erforderlich. Auch ein verstärktes Outsourcing bestimmter Aufgaben auf hochspezialisierte, externe Unternehmen kann zu einer Erhöhung der Effizienz auf dem deutschen Wassermarkt beitragen.

5.* Die Monopolkommission regt vor allem gegenüber den Kommunen und Landschaftsverbänden an, vermehrt Ausschreibungswettbewerbe für die Wasserversorgung durchzuführen. Zur Erleichterung des Ausschreibungskonzeptes ist vorstellbar, eine Trennung des Leitungsnetzes vom Betrieb zu erwirken. Während das Leitungsnetz in kommunaler oder privater Hand weiterhin einer Anreizregulierung unterworfen würde, ließe sich der Betrieb in einen Ausschreibungswettbewerb um den Markt einbringen. Die Monopolkommission weist allerdings auch auf mögliche Probleme bei der Umsetzung von Ausschreibungskonzepten dadurch hin, dass insbesondere bei langen Konzessionslaufzeiten Hold-Up durch den Konzessionsinhaber droht.

Wettbewerbsdefizite bei Apotheken im Einzelhandel mit Arzneimitteln

6.* Die Monopolkommission hat sich bereits 2006 in ihrem Sechzehnten Hauptgutachten mit dem Wettbewerb

zwischen Apotheken und der Regulierung des Einzelhandels mit Arzneimitteln befasst und der damaligen Bundesregierung umfassende Reformvorschläge unterbreitet. Sie hat ihre Analyse und die Handlungsempfehlungen vor dem Hintergrund der Entwicklung in den vergangenen vier Jahren nun aktualisiert.

7.* Auf der Basis der erneuten Analyse erinnert die Monopolkommission an ihre Reformvorschläge aus dem Jahr 2006 und bekräftigt diese. In den Vordergrund rückt sie dabei die folgenden Maßnahmen, welche sie für eine wettbewerbliche Entwicklung des Einzelhandels mit Arzneimitteln als besonders förderlich erachtet. Die Monopolkommission spricht sich ganz bewusst nicht für eine vollständige Deregulierung des Einzelhandels mit Arzneimitteln aus. Sie empfiehlt, einen „sanften“ Preiswettbewerb auch bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zu ermöglichen durch (a) Wegfall der vorgeschriebenen Zuzahlung bei gesetzlich versicherten Patienten sowie der heute geltenden Packungspauschale von 8,10 Euro (abzüglich 2,30 Euro Rabatt für Verkäufe auf Kosten der gesetzlichen Krankenversicherung) bei (b) gleichzeitiger Übernahme eines durch die Apotheke selbst in Grenzen festzulegenden Entgelts für die Dienstleistung der Apotheke durch die Patienten.

8.* Durch diese Beteiligung der Patienten am Preis der Apothekenleistung kann wirksamer Preiswettbewerb zwischen den Apotheken induziert werden. Die momentanen Zuzahlungen von gesetzlich versicherten Patienten beteiligen diese zwar an den Kosten des Arzneimittels, haben aber wenig Steuerungswirkung. Es sollte berücksichtigt werden, dass (a) der Patient zwar wenig Einfluss auf die Auswahl des verschriebenen Arzneimittels hat, da diese üblicherweise (zu Recht) durch den Arzt erfolgt, (b) der Patient aber die Entscheidung über die besuchte Apotheke eigenständig trifft. Um einen Anreiz zum Besuch einer günstigen Apotheke zu geben, sollte der Patient deshalb nicht an den Gesamtkosten des Arzneimittels, sondern lediglich an den Kosten der Apothekenleistung beteiligt werden.

Eine solche Beteiligung der Patienten an den Kosten der Apothekenleistung schlägt die Monopolkommission nochmals vor. Die bisherige Zuzahlung sollte abgeschafft werden. Stattdessen könnte der Apotheker vom Patienten ein eigenständiges Entgelt erheben, dessen Höhe vom Apotheker variiert werden kann, wobei der Gesetzgeber Ober- und Untergrenzen festsetzen kann. Außerdem sollte das Fremd- und Mehrbesitzverbot bei Apotheken aufgehoben und das Betreiben von Apotheken durch Kapitalgesellschaften ermöglicht werden unter gleichzeitiger vorübergehender Verschärfung der Fusionskontrolle bei Apotheken zur Verhinderung der Herausbildung regionaler Monopolstellungen. Ein Mehrbesitz von Apotheken sollte auch oberhalb der aktuellen Grenze von vier Apotheken zugelassen werden. Damit wäre eine Kapitalbeteiligung von Nichtapothekern an Apothekenbetrieben möglich und es könnten Apothekenketten von grundsätzlich nicht beschränkter Größe gebildet werden.

9.* Ebenso spricht sich die Monopolkommission dafür aus, dass Apothekern eine selbstständige Berufsausübung auch in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft ermöglicht wird. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum Apotheken nicht in der Form einer Kapitalgesellschaft geführt werden sollten. Zur Sicherung möglicher Schadensersatzansprüche von Patienten ist an eine gesetzliche Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung zu denken. Davon unberührt ist die Regelung, dass jede Apotheke durch einen – möglicherweise angestellten – Apotheker verantwortlich geführt werden muss.

10.* Gegen eine Apothekenkette, die sich im Eigentum von Nichtapothekern befindet, wird manchmal eingewandt, in einem solchen Unternehmen bestehe die Gefahr, dass die berufliche Sorgfalt des Apothekers hinter den Gewinnmaximierungsinteressen der Eigentümer zurückstehen wird. Der Monopolkommission ist allerdings keine Evidenz dafür bekannt, dass Apotheker in geringerem Maße an wirtschaftlicher Prosperität und Wohlstand interessiert wären als andere Mitbürger, d. h. auch der „Apotheker in seiner Apotheke“ hat in der Regel ein Interesse an einem florierenden Geschäft. Zudem führt Profitstreben im Einzelhandel nicht automatisch zu Fehlverhalten, insbesondere dann nicht, wenn mit entsprechenden Sanktionen zu rechnen ist.

11.* Verhindert werden muss allerdings, dass es – insbesondere in der Übergangszeit – durch Bildung von Apothekenketten zu lokalen oder regionalen Monopolen kommt. Dem könnte aber durch eine temporäre Regelung abgeholfen werden, nach der eine fusionskontrollrechtliche Prüfung auf Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erfolgt und Zusammenschlüsse von Apothekenketten auch unterhalb der üblichen Aufgreifschwellen der Fusionskontrolle unterliegen. Diese Sonderregelungen könnten aufgehoben werden, wenn sich intensiver Wettbewerb zwischen Apothekenketten entwickelt hat.

12.* Bei einer räumlichen Integration von Apotheken in andere Geschäfte könnten Apotheken als räumlich unselbständiger Teil eines Drogeriemarktes oder Kaufhauses betrieben werden. Der Verkauf von verschreibungspflichtigen oder besonders beratungsbedürftigen Arzneimitteln sollte aber weiterhin nicht in Selbstbedienung, sondern nur über den Apothekentisch erfolgen, wodurch einem falschen Gebrauch vorgebeugt würde; zudem sollte der Zugang zu den eigentlichen Apothekenbetriebsräumen (Lager, Labor) nur berechtigten Personen gestattet sein. Darüber hinaus müsste auch bei diesen Apotheken ein Notdienst außerhalb der Ladenöffnungszeiten stattfinden. Das im Koalitionsvertrag vorgesehene vollständige Verbot von Pick-up-Stellen sollte nicht umgesetzt werden. Ein solches vollständiges Verbot von Pick-up-Stellen erscheint unverhältnismäßig. Pick-up-Stellen ermöglichen dem Versandhandel alternative Vertriebswege und erhöhen so auch den Wettbewerbsdruck für niedergelassene Apotheken.

13.* Die teilweise geäußerte Befürchtung, dass Versandapotheken als Partner Pick-up-Stellen auswählen, welche keine sachgemäße Lagerung der Arzneimittel gewährleisten oder unseriöse Geschäftspraktiken verfolgen, teilt die Monopolkommission nicht, da dies den Ge-

schäftsinteressen der Versandapotheken selbst zuwiderlaufen würde. Sollte der Gesetzgeber die geäußerte Befürchtung allerdings teilen, so ist aus Sicht der Monopolkommission eine Regulierung von Pick-up-Stellen bzw. die Vorgabe von Mindeststandards gegenüber einem vollständigen Verbot vorzugswürdig und auch dem Problem in der Eingriffstiefe eher angemessen. Eine Regulierung von Pick-up-Stellen könnte sich z. B. auf Anforderungen an die Lagerung von Arzneimitteln und die Schulung des Personals beziehen.

Novellierung des Telekommunikationsgesetzes

14.* Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat im März 2010 erste Vorschläge für eine Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vorgelegt. Die Novelle soll der Anpassung des nationalen Rechts an den geänderten europäischen Rechtsrahmen für Telekommunikationsnetze und -dienste dienen sowie Probleme ausräumen, die sich bei der Anwendung des Gesetzes ergeben haben. Die vorgesehenen Änderungen betreffen im Wesentlichen die Rahmenbedingungen für Infrastrukturinvestitionen und Wettbewerb, das Regulierungsinstrumentarium sowie Verfahrensfragen im Zusammenhang mit der Einrichtung eines Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK). Darüber hinaus werden Änderungen zu einer technologieneutralen Ausgestaltung und Flexibilisierung der Frequenznutzung vorgeschlagen und Maßnahmen zur Stärkung der Verbraucherrechte und zum Datenschutz diskutiert.

15.* Die Monopolkommission spricht sich gegen eine grundsätzliche Neuausrichtung der Regulierung aus, da sich der gegenwärtige Rechtsrahmen im Wesentlichen bewährt hat und dazu geeignet ist, den Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten weiter zu fördern sowie Investitionen in neue Infrastrukturen anzuregen. Um Konflikte mit der Europäischen Kommission und die daraus resultierenden Rechtsunsicherheiten für die Marktteilnehmer zu vermeiden, ist bei den zwingend gebotenen Änderungen des Telekommunikationsgesetzes die möglichst enge Orientierung an den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu empfehlen. Darüber hinaus sollte die TKG-Novellierung zeitnah erfolgen, da die Herstellung von Rechtssicherheit eine wichtige Voraussetzung für den von der Bundesregierung angestrebten und volkswirtschaftlich wünschenswerten schnellen Ausbau der mobilen Breitbandnetze in der Bundesrepublik Deutschland ist.

16.* Im Einzelnen steht die Monopolkommission einem Teil der vorgesehenen Änderungen kritisch gegenüber. Das gilt für die Verankerung einer Befugnis zur Definition regionaler Märkte, die unnötig erscheint, weil der Abgrenzung subnationaler Märkte das geltende Recht nicht entgegensteht, und die Verpflichtung zur Berücksichtigung spezifischer Neuerungsrisiken im Rahmen der Entgeltregulierung, für die der Regulierungsbehörde in aller Regel die notwendigen Informationen fehlen. Wenig sinnvoll ist auch die Einführung der funktionalen Trennung als zusätzliches Regulierungsinstrument. Sowohl die späte Marktphase als auch die günstige Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten sprechen gegen die Einführung eines solch restriktiven Instruments. Bei der gleichwohl gebotenen Umsetzung in nationales Recht sollte der Ausnahmecharakter dieses Instruments betont werden.

17.* Positiv zu bewerten ist die geplante gesetzliche Klarstellung, dass die Zugangsregulierung auch auf vorgelagerte Infrastrukturen, wie Leerrohre und die Verkabelung innerhalb von Häusern, anwendbar ist, die Umwandlung der obligatorischen Verpflichtung zur Gewährleistung der Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl in ein fakultatives Instrument der Regulierung sowie die Stärkung der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde durch die Änderung der Vorgaben zur Entlassung des Präsidenten der Behörde. Nicht in den Eckpunkten des Bundeswirtschaftsministeriums adressiert, nach Auffassung der Monopolkommission aber europarechtlich zwingend geboten ist das Verbot jeglicher Weisungen an die Bundesnetzagentur. Das gilt ausdrücklich auch für Weisungen des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie.

18.* Im Grundsatz positiv ist auch das Vorhaben, dem Horten von Frequenzen durch Bußgelder und die schnellere Widerrufbarkeit der Nutzungsrechte vorzubeugen. Zu bedenken ist aber, dass es durchaus gute Gründe geben kann, Frequenzen temporär nicht zu nutzen, etwa wegen der fehlenden Verfügbarkeit einer Technologie zur Frequenznutzung. Sinnvoll ist die Verbesserung der Rahmenbedingungen für den Verkauf, die Vermietung und die gemeinsame Nutzung von Frequenzen. Eine effiziente Frequenznutzung setzt voraus, dass Nutzungsrechte möglichst unbeschränkt an Dritte übertragen werden können. Denkbar wäre auch, die Veräußerung, Vermietung oder Mitnutzung vorzuschreiben, wenn Frequenzen vom Inhaber der Nutzungsrechte nicht oder nicht fristgerecht im Sinne des mit der Zuteilung verfolgten Zwecks genutzt werden.

Neue Kooperationswege mit dem Statistischen Bundesamt

19.* Bei der Erstellung der Konzentrationsstatistik arbeitet die Monopolkommission weiterhin eng mit dem Statistischen Bundesamt zusammen. Nach ersten positiven Erfahrungen mit der Verwendung des Unternehmensregisters als Datengrundlage für Auswertungen der Unternehmenskonzentration im letzten Hauptgutachten basiert auch die aktuelle Konzentrationsstatistik wieder auf dieser Datenbasis. Erstmalig hatte die Monopolkommission die Möglichkeit, mit faktisch anonymisierten amtlichen Mikrodaten zu arbeiten.

20.* Bis zum März dieses Jahres konnte die Monopolkommission in Bezug auf amtliche Daten lediglich an einer kontrollierten Datenfernverarbeitung teilzunehmen. Allein der damit verbundene Kontroll- und Koordinationsaufwand führte jedoch in der Summe zu zeitlichen Verzögerungen, die tiefer gehende wissenschaftliche Analysen verhinderten.

21.* Die Monopolkommission hat diese Situation zum Anlass genommen, erneut einen Zugang zu amtlichen

Mikrodaten über Arbeitsplatzrechner des Forschungsdatenzentrums (FDZ) der statistischen Ämter des Bundes und der Länder zu beantragen, welcher einen deutlich komfortableren Umgang mit öffentlichen Daten erlaubt. Ob die Monopolkommission einen derartigen Zugang erhalten kann, hängt entscheidend davon ab, ob sie in den Anwendungsbereich des § 16 Absatz 6 BStatG fällt. Dies war lange Zeit umstritten.

22.* Das Statistische Bundesamt vertrat in der Vergangenheit die Auffassung, ein Zugang der Monopolkommission zu amtlichen Daten sei abschließend in § 47 GWB geregelt, der insoweit eine Sonderregelung darstelle, welche die Anwendung der allgemeinen Zugangsregelung nach § 16 Absatz 6 BStatG ausschließe. Diese Rechtsauffassung überzeugt indes nicht. Im Fall einer Normenkonkurrenz kann das spezielle Gesetz das allgemeine Gesetz nur dann verdrängen, wenn beide Normen denselben Sachverhalt erfassen und Folgen anordnen, die sich gegenseitig ausschließen. Keine dieser beiden Voraussetzungen ist im hier betroffenen Fall erfüllt. Die Monopolkommission hatte bereits im Siebzehnten Hauptgutachten angeführt, dass ferner insbesondere die Gesetzesbegründung und der Sinn und Zweck des § 47 GWB gegen die Interpretation des Statistischen Bundesamtes sprechen.

23.* Im Dezember 2009 ist die Unterarbeitsgruppe Recht der statistischen Ämter des Bundes und der Länder zu der Auffassung gelangt, dass unter Berücksichtigung der nunmehr ausführlich ausgearbeiteten Rechtsauffassung der Monopolkommission einer Anwendung von § 16 Absatz 6 BStatG nichts mehr im Wege steht. Um hier endgültig Klarheit zu schaffen, könnte der Gesetzgeber bei einer Novellierung des § 47 GWB die im letzten Hauptgutachten vorgeschlagenen Änderungen berücksichtigen. Angesichts des derzeit laufenden Projekts zur Modernisierung der Konzentrationsberichterstattung könnte es jedoch sinnvoll sein, zuvor noch die Empfehlungen des Gutachters diesbezüglich abzuwarten.

24.* Der faktisch seit März 2010 vorhandene Zugang zu Arbeitsplatzrechnern im Forschungsdatenzentrum stellt für die Monopolkommission eine herausragende Verbesserung der Analysemöglichkeiten dar. Die höhere Arbeitseffizienz bei unmittelbarem Datenzugang schafft Freiräume für zusätzliche Untersuchungen und damit eine Verbesserung der Konzentrationsberichterstattung. Positiv anzumerken ist zudem, dass das FDZ am Standort der Monopolkommission in Bonn mit einer Abteilung vertreten ist.

25.* Trotz aller Vorteile, die mit einer Bearbeitung von amtlichen Mikrodaten im Forschungsdatenzentrum verbunden sind, ist darauf hinzuweisen, dass für umfangreiche Analysen weiterhin mit erheblichen finanziellen Aufwendungen zu rechnen ist, da Aufwendungen für Aufbereitungen der öffentlichen Daten zukünftig voraussichtlich nicht mehr weitestgehend vom FDZ übernommen, sondern dem Auftraggeber vollständig in Rechnung gestellt werden. Zudem ist es weiterhin kaum möglich, kurzfristig auf aktuelle Problemstellungen zu reagieren, weil die personellen und materiellen Ressourcen des FDZ häufig bereits über viele Monate für anderweitige wissenschaftliche Projekte ausgebucht sind. Dies kann zu der widersinnigen Situation führen, dass private Forschungsinteressen die Güte der im öffentlichen Interesse stehenden Politikberatung durch die Monopolkommission beeinträchtigen.

26.* Während der kurzen praktischen Zusammenarbeit in den letzten zwei Monaten vor Abgabe dieses Gutachtens offenbart sich bereits, dass die Anforderungen der Monopolkommission zu hohen außerordentlichen Belastungen des FDZ führen, die nicht im Rahmen der üblichen Geschäftsprozesse aufzufangen sind. Besonders der enorme Umfang der benötigten Daten und die hohen Aktualitätsanforderungen stellen für das Forschungsdatenzentrum eine große Herausforderung dar. Das hohe Engagement der Mitarbeiter des FDZ gleicht zwar häufig außerordentliche Zusatzbelastungen aus, mittelfristig ist den gestiegenen Anforderungen jedoch durch eine adäquate Anpassung der Ressourcen Rechnung zu tragen, damit ein reibungsloser Betrieb erhalten bleibt.

27.* Angesichts der gemäß § 47 Absatz 1 GWB auf amtlichen Daten beruhenden Konzentrationsberichterstattung und der zunehmenden Bedeutung empirischer Auswertungen für ökonomische Analysen, wäre es folglich äußerst sinnvoll, wenn für die Monopolkommission eine offizielle Verbindungsstelle zum Statistischen Bundesamt eingerichtet würde. Davon würde nicht nur die Konzentrationsstatistik profitieren, sondern auch alle anderen Tätigkeitsbereiche der Monopolkommission, da mithilfe einer derartigen Verbindungsstelle auch ohne Programmierkenntnisse spezifische, auf amtlichen Daten basierende Auswertungen erstellt werden könnten. Eine Mitarbeiterstelle wäre bereits geeignet, erhebliche Verbesserungen der quantitativen Arbeiten der Kommission herbeizuführen.

28.* Ferner zeichnet sich bereits jetzt ab, dass auf amtlichen Daten basierende Analysen einen zunehmend größeren Stellenwert innerhalb der wissenschaftlichen Politikberatung im Allgemeinen und für die Konzentrationsstatistik im Besonderen einnehmen werden. Eine Umsetzung allein der von der Monopolkommission bisher angefragten Aufbereitungen ist bereits jetzt nicht mehr im Rahmen der üblichen Arbeitsprozesse beim Forschungsdatenzentrum handhabbar. In der Konsequenz entstehen daraus extrem lange Wartezeiten für die Monopolkommission, bis überhaupt ein Datenzugang tatsächlich bereitgestellt wird. Schließlich hätte die Einrichtung einer Verbindungsstelle den großen Vorteil, die Reaktionszeit, auf aktuelle wettbewerbspolitische Fragestellungen mit evidenzbasierten Analysen zu reagieren, deutlich zu verringern. Organisatorisch könnte eine Verbindungsstelle analog zur Verbindungsstelle des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung als Stabsstelle des Präsidenten des Statistischen Bundesamtes eingerichtet werden oder alternativ als zusätzliche Position im FDZ des Statistischen Bundesamtes.

I. Konzentrationsstatistik vor der Modernisierung

29.* Gemäß dem bestehenden gesetzlichen Auftrag in § 44 Absatz 1 Satz 1 GWB wurde in enger Zusammenarbeit mit dem Statistischen Bundesamt erneut eine „klassische“ Konzentrationsstatistik erstellt. Der Fokus der aktuellen Konzentrationsberichterstattung liegt indes in der Vorbereitung einer grundlegenden Modernisierung, da die wirtschaftspolitischen Interpretationsmöglichkeiten der „klassischen“ Berichterstattung weiterhin stark begrenzt sind. Hierfür sind in erster Linie zwei Problembereiche verantwortlich, die nicht einfach durch zusätzliche Investitionen in umfangreichere Datenmengen oder ausgeklügeltere Berechnungsmethoden behoben werden können, sondern eine grundlegende Neukonzipierung erfordern.

30.* Dies betrifft im Kern zunächst das Problem unzureichender empirischer Marktabgrenzungen, welches sich im Zuge der Globalisierung stetig verschärft. Die erstmalig vorgenommenen Auswertungen der Monopolkommission zur Bedeutung des EU-Binnenhandels bestätigen dies deutlich. Demnach beteiligten sich im Berichtsjahr 2007 schätzungsweise ca. 50 Prozent der über 3,5 Millionen im amtlichen Unternehmensregister erfassten Unternehmen am EU-Binnenhandel. Die hohe Bedeutung der wirtschaftlichen Globalisierung wird zudem dadurch bestätigt, dass im Jahr 2007 rund 12 Prozent der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in Deutschland in Unternehmen arbeiteten, die von einem ausländischen Eigentümer kontrolliert werden. Vor diesem Hintergrund scheint die Frage berechtigt, inwieweit die Erstellung der auf rein nationalen Angaben beruhenden „klassischen“ Konzentrationstabellen im Anlagenteil der Hauptgutachten noch eine ausreichende Berechtigung hat. Sofern die zugrunde liegende Marktabgrenzung wie bisher ausschließlich über die Klassifikation der Wirtschaftszweige vorgenommen wird, ist die Aussagekraft von Konzentrationsraten und dem HHI äußerst gering. Eine adäquate Marktabgrenzung für alle Branchen vorzunehmen, ist jedoch weder mit der Aufgabe der Monopolkommission vereinbar, noch wäre es mit den ihr zu Verfügung stehenden Ressourcen auch nur annähernd möglich.

31.* Der zweite maßgebliche Grund, eine Neukonzipierung der Konzentrationsstatistik anzustreben, liegt darin begründet, dass sich die Problemlage bei den zur Verfügung stehenden Unternehmensdaten im Vergleich zu früheren Jahren grundlegend verändert hat. Während noch bis zum Sechzehnten Hauptgutachten nahezu alle für die Monopolkommission verfügbaren und relevanten Unternehmensdatenbestände ausgewertet wurden, übersteigt das Angebot relevanter öffentlicher und privater Datenbestände bereits heute bei Weitem die finanziellen und personellen Analysekapazitäten der Monopolkommission. Zudem sind für eine Großzahl an Unternehmen zahlreiche zusätzliche Begleitmerkmale verfügbar, die vielfältige neuartige Analysen ermöglichen. Aufgrund der anhaltenden rasanten Entwicklungen im Datenbereich wächst das neu gewonnene Analysepotenzial zudem stetig an und verschiebt dementsprechend die Tätigkeitsschwerpunkte im Rahmen der Konzentrationsberichterstattung in grundlegend andere Arbeitsgebiete als noch im Jahr 2008 und davor.

32.* Beispielsweise wird die von der Monopolkommission in früheren Jahren durch eigene Berechnungen angestoßene Erfassung der kapitalmäßigen Verflechtungen deutscher Unternehmen in der amtlichen Statistik gemäß EU-Registerverordnung seit dem Jahr 2005 vom Statistischen Bundesamt selbst vorgenommen. Konkret werden im Rahmen von öffentlichen Ausschreibungen die relevanten Daten von privaten Anbietern erworben und mit den amtlichen Daten des Amtes verknüpft. Ein Erwerb und Zuspiel zusätzlicher Daten durch die Monopolkommission brächte außer immensen Kosten allenfalls marginale Verbesserungen mit sich, zumal allein die oben erläuterten, sehr viel gravierenderen Probleme einer unzureichenden Marktabgrenzung damit keineswegs auch nur ansatzweise gelöst würden. Im Ergebnis steht der äußerst geringe zu erwartende zusätzliche Erkenntnisgewinn einer Datenausweitung in einer völlig unverhältnismäßigen Relation zu den immensen erwartbaren Kosten. Die Evaluation des derzeit verfügbaren Spektrums an Wirtschaftsdaten hat darüber hinaus wirtschaftspolitisch deutlich relevantere, bis vor ein paar Jahren nicht analysierbare Schwerpunktsetzungen in den Fokus der Betrachtung gerückt.

33.* Angesichts der zahlreichen neu gewonnen Analysepotenziale sind die Opportunitätskosten einer klassischen Konzentrationsberichterstattung für die Monopolkommission im Vergleich zu früheren Gutachten enorm gestiegen. Solange das Problem unzureichender empirischer Marktabgrenzungen nicht für einen großen Teil der deutschen Unternehmenslandschaft mit einem vertretbaren Aufwand gelöst ist, werden durch die Erstellung der klassischen Konzentrationsstatistik finanzielle und personelle Ressourcen gebunden, die bei Einsatz in anderen Aufgabenbereichen einen deutlich höheren Erkenntnisgewinn erzielen könnten. Um die wettbewerbspolitische Aussagekraft der konzentrationsstatistischen Analysen zu steigern, überlegt die Monopolkommission daher, eine stärkere Fokussierung auf bestimmte einzelne Märkte oder spezifische wettbewerbspolitische Problemstellungen – wie z. B. M&A-Aktivitäten, öffentliche Subventionen, Staatsfonds, internationale Unternehmensverflechtungen, Unternehmensgründungen und -aufgaben, Auslandsverlagerungen oder national dominierende Großunternehmen – vorzunehmen. Eine Fokussierung auf bestimmte Themen oder Sektoren hätte den Vorteil, inhaltlich und methodisch tiefer gehende Analysen vorzunehmen, was in der Regel eine Voraussetzung ist, um wirtschaftspolitisch relevante Aussagen und Handlungsempfehlungen abgeben zu können. Grundsätzlich hält es die Monopolkommission für vorzugswürdig, eher zu einer bestimmten Fragestellung tiefer gehende Analysen zu präsentieren als sehr umfangreiche, aber weniger aussagekräftige Statistiken für eine sehr große Unternehmensanzahl zu erstellen.

34.* Aufgrund der enormen Vielfalt wettbewerbspolitisch relevanter Fragestellungen, die zukünftig analysierbar sind, müssen aus Kapazitätsgründen notwendigerweise Untersuchungen vieler interessanter

Themengebiete und Datensätze unterbleiben. Für die Zukunft stellt sich daher verstärkt die Frage, welche Daten beschafft und welche Analysen mit den knappen Mitteln durchgeführt werden sollen. Um die Nutzerorientierung bei der Themenauswahl zu stärken, sind interessierte Leser der Konzentrationsstatistik eingeladen, der Monopolkommission Vorschläge für zukünftige Schwerpunktsetzungen und Untersuchungen spezifischer Themengebiete zu unterbreiten.

35.* Sowohl die genannten Probleme einer adäquaten empirischen Abbildung von Märkten als auch die in den letzten Jahren erheblich gestiegenen Analysepotenziale öffentlicher und privater Datenstände sprechen für eine grundlegende Neuausrichtung der Konzentrationsstatistik. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat diese Situation zum Anlass genommen, dem Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) einen Gutachtenauftrag zu erteilen, der die Entwicklung einer neuen konzeptionellen Grundlage für die zukünftige Konzentrationsberichterstattung zum Ziel hat. Damit ist es gelungen, die für eine solch umfangreiche Aufgabe nötigen personellen und finanziellen Ressourcen sowie das nötige Expertenwissen zu akquirieren. Erste Ergebnisse des ZEW-Gutachtens sollen, wenn möglich, bereits im nächsten Hautgutachten der Monopolkommission Berücksichtigung finden.

36.* Parallel zu den konzeptionellen Arbeiten des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung strebt die Monopolkommission eine Ausweitung der empirischen Auswertungen auf der Basis der nunmehr zugänglichen amtlichen Firmendaten an. Inwieweit hier substanzielle Fortschritte erzielt werden können, hängt jedoch entscheidend von den Kapazitäten der statistischen Ämter des Bundes und der Länder ab, die von der Monopolkommission nicht beeinflusst werden können.

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

37.* Die Berichterstattung der Monopolkommission zur Beurteilung von Stand und Entwicklung der aggregierten Konzentration und zur Verflechtung von Großunternehmen basiert auf der Ermittlung der 100 größten Unternehmen aller Wirtschaftsbereiche nach dem Merkmal der inländischen Wertschöpfung. Die Monopolkommission analysiert ergänzend zu den inländischen Konzernbereichen die weltweite Wertschöpfung der Großunternehmen. Im Rahmen der Untersuchung zu den gemessen an ihrer inländischen Wertschöpfung 100 größten Unternehmen werden ferner Verflechtungsbeziehungen zwischen den Großunternehmen im Hinblick auf Anteilsbesitz, personelle Verbindungen und die Zusammenarbeit über Gemeinschaftsunternehmen ausgewertet. Die Betrachtung der „100 Größten“ wird ergänzt durch die Bestimmung der gemessen an den branchenspezifischen Geschäftsvolumina größten Unternehmen der Wirtschaftsbereiche Produzierendes Gewerbe, Handel, Verkehr und Dienstleistungen sowie des Kredit- und Versicherungsgewerbes. Der Berichtsteil schließt mit der Ermittlung der Beteiligung der „100 Größten“ an den durch das Bundeskartellamt berichteten Unternehmenszusammenschlüssen.

38.* Im Berichtsjahr 2008 wiesen die 100 größten Unternehmen eine inländische Wertschöpfung von rund 263 Mrd. Euro auf. Gegenüber 2006 war ein Rückgang um 6,3 Prozent zu verzeichnen. Die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße erhöhte sich in Deutschland im Berichtszeitraum um 6,6 Prozent. Entsprechend sank der Anteil der betrachteten Großunternehmen an der Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen auf 15,8 Prozent, nachdem er im Jahr 2006 vorübergehend auf 18,0 Prozent gestiegen war.

Die zehn größten Unternehmen erwirtschafteten einen Anteil von 39,3 Prozent an der Wertschöpfung aller untersuchten Großunternehmen, der erneut unter dem Wert der Vorperiode (41,0 Prozent) lag. Der Anteil der 20 größten Unternehmen an der Wertschöpfung der „100 Größten“ verminderte sich ebenfalls von 58,9 Prozent im Jahr 2006 auf 56,9 Prozent in 2008. Der Wertschöpfungsrückgang der Unternehmen auf den vorderen 20 Rangpositionen zeichnete für etwa 88 Prozent der absoluten Abnahme der Wertschöpfung der „100 Größten“ zwischen den Berichtsjahren 2006 und 2008 verantwortlich.

39.* Die Analyse der weltweiten Wertschöpfung gibt Anhaltspunkte über die infolge der Globalisierung zunehmende internationale Ausrichtung der Produktions- und Beschaffungsprozesse und die möglicherweise damit verbundene Ausgliederung von Geschäftsbereichen in das Ausland. Auf der Grundlage dieses Vorgehens lässt sich zudem das wirtschaftliche Gewicht der für diese Unternehmen zuständigen Entscheidungszentralen angemessen erfassen. Für die 49 Unternehmen aus dem Untersuchungskreis, deren Konzernobergesellschaft im Inland ansässig war, die in beiden Berichtsperioden 2006 und 2008 zum Kreis der „100 Größten“ zählten und die schwerpunktmäßig den Wirtschaftsbereichen Produzierendes Gewerbe, Handel, Verkehr und Dienstleistungen zugerechnet wurden, ergab sich für beide Jahre eine Inlandsrelation von rund 58,0 Prozent. Der Anteil der inländischen Wertschöpfung an der weltweiten Wertschöpfung der zehn größten Unternehmen erhöhte sich leicht um 1,8 Prozent auf 59,1 Prozent. Die Zunahme der Inlandsrelation lässt sich hierbei nicht auf die Ausweitung der inländischen Wertschöpfung zurückführen, sondern resultiert aus der überproportional gesunkenen durchschnittlichen Wertschöpfung der Gesamtkonzerne.

40.* Soweit die jeweiligen Daten für beide Berichtsjahre 2006 und 2008 vorlagen, wurde die Entwicklung der Großunternehmen auch hinsichtlich der Merkmale Anzahl der Beschäftigten, Sachanlagevermögen und Cashflow analysiert. In die ausbalancierte Untersuchung zu den Beschäftigtenzahlen wurden 90 Unternehmen einbezogen, die in beiden Berichtsjahren dem Untersuchungskreis angehörten. Ihr Anteil an der Anzahl der Beschäftigten aller Unternehmen verringerte sich gegenüber 2006 von 13,6 Prozent auf 12,7 Prozent. Die Bedeutung der Großunternehmen als Arbeitgeber hat sich somit erneut verringert. Die Wertschöpfung pro Arbeitnehmer sank aufgrund der relativ schwächeren Abnahme der Beschäf-

tigtenzahlen um 7,9 Prozent auf durchschnittlich 107 000 Euro in 2008. Die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße betrug 66 600 Euro.

Seit dem Berichtsjahr 2006 baut die Monopolkommission eine ergänzende Zeitreihe zu den 100 größten Unternehmen, gemessen an den inländischen Beschäftigtenzahlen, auf. Im Jahr 2008 beschäftigten die 100 größten Arbeitgeber in Deutschland nahezu unverändert 3,481 Millionen Mitarbeiter (2006: 3,523 Millionen).

41.* Neben der Wertschöpfung werden ergänzende branchenspezifische Merkmale zur Beurteilung der Unternehmensgröße herangezogen, um die Bedeutung von Großunternehmen in den einzelnen Wirtschaftszweigen näher zu beleuchten. Im Falle von Industrie-, Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen sowie Handelsunternehmen dient der Umsatz als Größenkriterium. Die Größe von Kreditinstituten wird bevorzugt anhand der Bilanzsumme beurteilt und die der Versicherungsunternehmen anhand ihrer Beitragseinnahmen. Die Wertschöpfung ist jedoch als überlegenes Größenkriterium zu betrachten, da sie im Gegensatz zu den genannten, das Geschäftsvolumen kennzeichnenden alternativen Merkmalen den branchenübergreifenden Vergleich von Unternehmen erlaubt und den Grad ihrer vertikalen Integration widerspiegelt.

Das Wachstum des Geschäftsvolumens der 50 größten Unternehmen des Produzierenden Gewerbes blieb hinter der allgemeinen Marktentwicklung zurück. Ebenso verringerte sich der Anteil des Geschäftsvolumens aller in den Wirtschaftsbereichen Handel, Verkehr und Dienstleistungen sowie im Kreditgewerbe tätigen Unternehmen, der auf die jeweils zehn größten Unternehmen der Branche entfällt. Einzig das Wachstum der Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungskonzerne lag über dem Branchendurchschnitt. Von den untersuchten Wirtschaftszweigen weist die Versicherungsbranche neben dem Kreditgewerbe unverändert die höchste Konzentration auf.

42.* Die Anteilseigner der Großunternehmen werden zum einen hinsichtlich der Anteilseignerstruktur der Unternehmen des Berichtskreises analysiert, zum anderen werden die Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ untersucht. Bei der Mehrzahl der Unternehmen aus dem Untersuchungskreis veränderten sich die Besitzverhältnisse nur unwesentlich. Hinsichtlich der Anteilseignergruppen, die jeweils die Eigenkapitalmehrheit der untersuchten Großunternehmen auf sich vereinen, ergaben sich die folgenden Änderungen. Die Zahl der mehrheitlich in ausländischem Einzelbesitz befindlichen Unternehmen verringerte sich gegenüber 2006 von 28 auf 27 Unternehmen. Die Anzahl der Unternehmen, die sich überwiegend in der Hand von Einzelpersonen, Familien oder Familienstiftungen befanden, erhöhte sich von 21 auf 23. Ebenso stieg die Zahl der Unternehmen, deren Anteilsmehrheit in Streubesitz lag, auf nunmehr 21 (2006: 20 Unternehmen). Unverändert befanden sich 12 Großunternehmen mehrheitlich im Besitz der öffentlichen Hand. In sieben (2006: 12) Fällen konnte das Eigenkapital nicht mehrheitlich einer Anteilseignerkategorie zugeordnet werden. Mit der Volkswagen AG und der Evonik Industries AG befanden sich im Untersuchungszeitraum zwei Unternehmen mehrheitlich im Besitz eines anderen Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“. In einem weiteren Fall (2006: zwei Fällen) summierten sich die Anteile der „100 Größten“ auf über 50 Prozent.

43.* Im Berichtszeitraum sank die Zahl der verflochtenen Unternehmen von 39 in 2006 auf 37. Betrachtet man die Entwicklung seit der Höchstzahl gegenseitiger Kapitalbeteiligungen im Berichtsjahr 1996, lässt sich eine fortschreitende Tendenz zur Kapitalentflechtung beobachten. Verglichen mit den verbliebenen 37 Unternehmen konnten im Berichtsjahr 1996 noch 62 Unternehmen im Beteiligungsnetzwerk gezählt werden. Dem gleichen Trend folgen die Gesamtzahl der Anteilseigner (1996: 39, 2008: 17) sowie die Anzahl der Beteiligungsunternehmen (1996: 51, 2008: 29). Die Zahl aller Beteiligungsfälle verringerte sich zwischen 1996 und 2008 von 143 auf 47. Im Wesentlichen wurde die Entwicklung durch den Rückzug der Finanzdienstleister im Untersuchungskreis aus dem Netzwerk bedingt. Die Gesamtzahl der Beteiligungen der Finanzdienstleister sank von 103 Beteiligungsfällen in 1996 auf 37 Beteiligungsfälle in 2008. Auch die Gesamtzahl der Beteiligungsfälle von Unternehmen, die nicht dem Banken- oder Versicherungsgewerbe zuzuordnen waren, reduzierte sich im Zeitraum von 1996 bis 2008 um 75,0 Prozent auf zehn Fälle. Der Grad der Interdependenz als Maß für den Anteil der durch Kapitalbeteiligungen kontrollierten Wertschöpfung an der Gesamtwertschöpfung der „100 Größten“ sank im gleichen Zeitraum von 13,3 Prozent auf 7,6 Prozent. Die meisten Beteiligungen an anderen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ wies mit einem Wert von elf (2006: 16) wie in den Vorjahren die Allianz SE auf. Die Deutsche Bank AG hielt zum Stichtag neun (2006: sechs) Beteiligungen. Der Rückgang der Kapitalverflechtungen lässt sich auf unterschiedliche exogene und endogene Erklärungsfaktoren wie die fortschreitende Globalisierung oder institutionelle Veränderungen im Inland zurückführen. Neben Entflechtungsvorgängen kann die Abnahme des Verflechtungsgrades zum Teil auch durch Zusammenschlüsse zwischen vormals eng verflochtenen Mitgliedern des Kreises der 100 größten Unternehmen erklärt werden.

44.* Bei der Untersuchung der personellen Verflechtungen werden ausschließlich diejenigen Unternehmensverbindungen berücksichtigt, bei denen eine oder mehrere Personen gleichzeitig den Geschäftsführungs- oder Kontrollorganen von mindestens zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ angehören. Im Jahr 2008 haben 33 Unternehmen (2006: 34) aus dem Kreis der „100 Größten“ Mitglieder ihrer Geschäftsführung in die Kontrollorgane von 43 Unternehmen (2006: 44) aus diesem Kreis entsendet. Die Gesamtzahl der Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder betrug 76 gegenüber 84 in 2006. Seit dem Berichtsjahr 1996 ist analog zu der Entwicklung der Kapitalverflechtungen eine stetige Auflösung des Netzwerks aus personellen Unternehmensverflechtungen festzustellen, wenngleich beide Verflechtungsformen nur schwach korreliert sind. Seit 1996 ist die Zahl von Unternehmensverflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder in den Kontrollgremien um 59,1 Prozent gesunken. Mit einem Rückgang von 35,3 Prozent re-

duzierte sich allerdings die Zahl der Verbindungen über Geschäftsführer mit externen Kontrollmandaten aus den Wirtschaftsbereichen Produzierendes Gewerbe, Handel sowie Verkehr und Dienstleistungen vergleichsweise wenig. Im Berichtjahr 2008 wurden 15 der 76 (19,7 Prozent) festgestellten personellen Verflechtungen über Geschäftsführer von einer parallelen Kapitalbeteiligung begleitet. Die Zahl der Unternehmensverbindungen über sonstige gemeinsame Träger von Kontrollmandaten nahm im Zwölfjahreszeitraum um 48,8 Prozent auf 215 Fälle ab. Der Verflechtungsgrad, gemessen an der theoretisch höchstmöglichen Anzahl an Verflechtungen halbierte sich von 8,5 Prozent in 1996 auf 4,3 Prozent in 2008.

45.* Die Analyse der Zusammensetzung der Kontrollorgane nach verschiedenen Gruppen von Mandatsträgern hat ergeben, dass der Anteil externer Geschäftsführer an den Arbeitgebervertretern in den Kontrollgremien der „100 Größten“ 9,2 Prozent (2006: 10,5 Prozent) betrug. 10,7 Prozent (2006: 10,8 Prozent) der Mandatsträger der Anteilseignerseite waren zudem Vertreter der öffentlichen Hand. Die Monopolkommission hat ferner erstmals die Vorsitzenden der erfassten Kontrollgremien aufgrund ihrer herausragenden Stellung tiefer gehend analysiert. 40,6 Prozent (2006: 36,5 Prozent) der Vorsitzenden des jeweiligen Kontrollgremiums haben zuvor mindestens ein weiteres Geschäftsführungs- bzw. Kontrollmandat in Unternehmen aus dem Untersuchungskreis ausgeübt. In 38,5 Prozent (2006: 37,5 Prozent) der Fälle hat der amtierende Vorsitzende des Kontrollgremiums zuvor ein Geschäftsführungsmandat im gleichen Unternehmen bekleidet.

46.* 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. Daher wird sie sich künftig verstärkt mit der empirischen Analyse personeller und kapitalmäßiger Verflechtungsbeziehungen auf Unternehmensebene auseinandersetzen.

47.* Die Anzahl der Verflechtungen unter den 20 größten Unternehmen über Gemeinschaftsunternehmen verringerte sich gegenüber 2006 erneut deutlich von 30 auf 19 derartige Unternehmensbeziehungen. Der Verflechtungsgrad als der Anteil der identifizierten Verbindungen an der Gesamtzahl möglicher Kontakte unter den 18 Unternehmen, die in beiden Jahren zu den 20 größten Unternehmen zählten, sank um 5,9 Prozentpunkte auf 9,8 Prozent. Insgesamt wurden 47 (2006: 58) Gemeinschaftsunternehmen gezählt. In einigen Fällen erfolgte der Kontakt zwischen zwei Unternehmen über mehrere Gemeinschaftsunternehmen.

48.* 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 betont die Monopolkommission die wettbewerbspolitische Bedeutung des externen Wachstums der betrachteten Großunternehmen. An den 2008/09 insgesamt angemeldeten 2.675 (2006/07: 4.071) Zusammenschlüssen waren Unternehmen aus dem Betrachtungskreis in 483 (2006/07: 602) Fällen beteiligt. Mit einem Anteil von 18,1 Prozent (2006/07: 14,8 Prozent) ergibt sich eine relativ zur Gesamtheit aller Unternehmen erhöhte Zusammenschlussaktivität der betrachteten Großunternehmen. Ebenso stieg der Anteil der „100 Größten“ an den 2.484 Freigabeentscheidungen im Berichtszeitraum 2008/09 auf 16,5 Prozent (2006/07: 14,0 Prozent).

49.* Zusammenfassend ergibt sich im Zeitablauf hinsichtlich des Anteils der Großunternehmen an der Gesamtwertschöpfung der Eindruck einer tendenziell abnehmenden Konzentration, die im Berichtsjahr 2006 vorübergehend unterbrochen wurde. Der Anteil an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße lag 2008 mit 15,8 Prozent deutlich unter dem langjährigen durchschnittlichen Anteil von 18,4 Prozent. Ebenso sank der Anteil der auf die „100 Größten“ entfallenden Beschäftigten im Verhältnis zur Gesamtwirtschaft seit 1994 stetig auf 13,3 Prozent. Hinsichtlich der verschiedenen untersuchten Größenmerkmale in einzelnen Wirtschaftsbereichen konnte eine Zunahme der Konzentration gegenüber der Vorperiode nur im Versicherungsgewerbe festgestellt werden.

Seit 1996 wird zudem eine fortschreitende Auflösung des Netzwerks aus wechselseitigen Beteiligungsverflechtungen und personellen Unternehmensverbindungen unter den „100 Größten“ beobachtet. Ebenso verringerte sich im Berichtszeitraum die Anzahl von Verflechtungsbeziehungen über Gemeinschaftsunternehmen. Gegenüber der Vorperiode war eine relative Zunahme hinsichtlich der Beteiligung der Großunternehmen an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlüssen und der Zahl der Freigabeentscheidungen festzustellen.

III. Internationale personelle Unternehmensverflechtungen

50.* Die Monopolkommission hat im Rahmen ihrer Konzentrationsberichterstattung ergänzend zu der in Kapitel II erfolgten Analyse der Konzentration und Verflechtung deutscher Großunternehmen erstmals den Stand und die Bedeutung personeller Verflechtungen zwischen Unternehmen in den Staaten der OECD ausgewertet. Infolge der fortschreitenden Globalisierung und des Zusammenwachsens der Märkte gewinnen Unternehmensverflechtungen über Landesgrenzen hinweg stetig an Bedeutung.

51.* Auf der Grundlage einer Stichprobe zu über 18 000 Unternehmen aus ausgewählten Mitgliedstaaten der OECD wurde zum einen die Intensität personeller Verflechtungen in und zwischen den einzelnen OECD-Staaten ermittelt, um die internationale Bedeutung personeller Verflechtungen zu veranschaulichen. Zum anderen wurden auf Branchenebene internationale und nationale Verflechtungen analysiert, um die Relevanz in unterschiedlichen Wirtschaftszweigen aufzuzeigen.

52.* Mit einem Anteil von über 98 Prozent ist der Großteil der Unternehmen in der Stichprobe an mindestens einem internationalen Börsenplatz gelistet. Zudem handelt

es sich bei den in der Stichprobe erfassten Unternehmen in der Regel um Konzernobergesellschaften, von denen rund 72 Prozent im Konzernverbund über 250 Mitarbeiter beschäftigen. Die Beschränkung auf vorwiegend börsennotierte Großunternehmen begründet sich aus den bestehenden weltweit strengeren Publizitätspflichten und der sich daraus ergebenden besseren Datenverfügbarkeit. Rückschlüsse auf die gesamte Unternehmenslandschaft können in den erfassten Staaten aufgrund der vorgenommenen Selektion nicht gezogen werden. In 624 Fällen und einem Anteil von 3,5 Prozent an der Stichprobe liegt der Sitz der Konzernzentrale in Deutschland.

53.* Zum Berichtsstand Januar 2008 wiesen alle der 22 in der Stichprobe vertretenen Mitgliedstaaten der OECD sowohl nationale als auch internationale Verflechtungen auf. Durchschnittlich sind 59,3 Prozent der Unternehmen mit mindestens einem weiteren Unternehmen aus dem Untersuchungskreis personell verflochten. Deutschland liegt mit einem Anteil von 54,6 Prozent im Mittelfeld knapp unter dem internationalen Durchschnitt. Mit einem Anteil von 49,8 Prozent weist rund die Hälfte der beobachteten deutschen Unternehmen eine Verbindung zu mindestens einem weiteren inländischen Unternehmen auf, während 21,3 Prozent der Unternehmen international verflochten sind. Den höchsten Grad der Verflechtung, gemessen an der Zahl der möglichen Kontakte im Netzwerk, weisen deutsche Unternehmen mit Unternehmen aus der Schweiz und den Niederlanden auf.

54.* Für 11 300 Unternehmen aus der Stichprobe konnten personelle Verflechtungen in den Branchen der gewerblichen Wirtschaft auf der Ebene zweistelliger Branchencodes ermittelt werden. Im Falle von Konzernen, deren Geschäftstätigkeit sich in der Regel über mehrere Branchen erstreckt, erfolgte die Branchenzuordnung nach dem entsprechenden Tätigkeitsschwerpunkt. Neben dem Gesamtanteil verflochtener Unternehmen erfolgte eine Unterscheidung personeller Verflechtungen innerhalb und außerhalb eines Wirtschaftszweiges. Die Ergebnisse zeigen, dass Interbranchenverflechtungen mit einem durchschnittlichen Anteil von 64,3 Prozent gegenüber der Intrabranchenverflechtung mit einem Anteil von 15,9 Prozent die dominierende Verflechtungsform darstellen. Dieser Befund spiegelt sich auch bei einer Unterscheidung von nationalen und internationalen Verflechtungen wider, wobei der Anteil internationaler personeller Verflechtungen auf einem deutlich niedrigeren Niveau liegt. Während im Mittel für 61,1 Prozent der Unternehmen mindestens eine nationale Interbranchenverflechtung besteht, weisen nur 19,5 Prozent der betrachteten Unternehmen internationale Interbranchenverflechtungen auf. Für internationale Intrabranchenverflechtungen ergeben sich durchschnittliche Anteilswerte von 13,7 bzw. 3,4 Prozent.

55.* Die deskriptiven Befunde für die erfassten Unternehmen deuten darauf hin, dass personelle Verflechtungen einen positiven Effekt auf die Wettbewerbsposition der beteiligten Unternehmen haben. In 24 der 29 erfassten Wirtschaftszweige weisen die personell verflochtenen Unternehmen eine gemessen am Median höhere Umsatzrendite auf als die nicht verflochtenen Unternehmen derselben Branche. Da die Unternehmensrenditen durch eine Reihe weiterer Faktoren beeinflusst werden und die Richtung der Kausalität im Rahmen der Untersuchung ungeklärt bleibt, kann der vorgenommene Renditenvergleich nur eingeschränkt als Hinweis auf wettbewerbsrelevante Effekte personeller Verflechtungen gedeutet werden. Dennoch legen die empirischen Befunde nahe, personelle Verflechtungen vertieft zu analysieren, um beispielsweise betriebswirtschaftliche Effekte von Wettbewerbseffekten zu trennen und Kausalverläufe zu entschlüsseln.

56.* Die deskriptive Analyse internationaler personeller Verflechtungen hat gezeigt, dass personelle Unternehmensverflechtungen kein deutsches Phänomen darstellen. Zwar sind personelle Verflechtungen in der Mehrzahl der Branchen stark durch nationale Verbindungen geprägt, im Zuge der fortschreitenden Globalisierung der Wirtschaft ist jedoch von einem Anstieg internationaler Verflechtungen auszugehen. Die Ergebnisse geben daher Anlass, personelle Verflechtungen im internationalen Kontext auch zukünftig zu thematisieren. Um personelle Verflechtungen aus einer Wettbewerbsperspektive zukünftig besser analysieren zu können, sollten idealerweise auf drei verschiedenen Ebenen Erweiterungen der empirischen Untersuchungen vorgenommen werden. Dies betrifft in erster Linie eine Verbesserung der Datenbasis, an die sich eine Ausweitung der Analysemethoden und die Beobachtung der zeitlichen Entwicklung personeller Verflechtungen aus einer internationalen Perspektive anschließen.

57.* Mithilfe einer verbesserten Datenbasis sind auch auf der Ebene der Analysemethoden Erweiterungen möglich, die belastbare Aussagen erlauben. So wäre es von Vorteil, zumindest für alle aktiven Unternehmen in ausgewählten Branchen personelle sowie parallele kapitalmäßige Verflechtungen gleichsam zu erfassen, um einer eher marktbasierten Untersuchung näherzukommen. Die im Rahmen der vorliegenden Erhebung gewonnenen Erkenntnisse über Verflechtungsbeziehungen könnten hierbei als Grundlage für weiterführende Branchenanalysen dienen. Zudem wären ergänzende personenbezogene Begleitmerkmale von Interesse, um die Funktion personeller Verbindungen zwischen Unternehmen besser qualifizieren zu können. Des Weiteren könnte der Einsatz von speziellen Netzwerkanalysen sinnvoll sein, um bedeutende Schlüsselverbindungen oder spezielle Verflechtungsformen wie Dreiecks- und Ringverflechtungen aufzudecken. Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung zukünftiger Analysen zu personellen Verflechtungen ist es in jedem Fall sinnvoll, der zeitlichen Entwicklung ein besonderes Augenmerk zu widmen, da Längsschnittbetrachtungen besonders geeignet sind, kausale Zusammenhänge aufzudecken und Entwicklungstendenzen zu beschreiben. Zukünftigen Studien bleibt es vorbehalten, durch Umsetzung einiger der genannten Punkte Ergebnisse zu liefern, die eine konkrete wettbewerbsbezogene Auswertung personeller Verflechtungen ermöglichen. Da im Zuge der fortschreitenden Globalisierung zudem mit einer Ausweitung personeller und kapitalmäßiger Verflechtungen über Ländergrenzen hinweg zu rechnen ist,

plant die Monopolkommission, dieses Thema weiter zu untersuchen und in Zukunft wieder aufzugreifen.

IV. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Fusionskontrolle

58.* Von kartellrechtspolitischer Bedeutung im Berichtszeitraum war die Schaffung eines wettbewerblichen Ausnahmebereichs durch § 17 Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz im Oktober 2008. Diese Ausnahme von allgemeinen kartellrechtlichen Vorschriften kann jedoch nicht weiter reichen als ihr Zweck und umfasst daher lediglich die Erwerbungen des Finanzmarktstabilisierungsfonds. Rückprivatisierungen von in der Krise zu Stabilisierungszwecken erworbenem staatlichen Eigentum unterliegen aus diesem Grund den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

59.* Bislang sind keine krisenbedingten Kartellierungen oder Marktmachtmissbräuche bekannt geworden. Auch Sanierungsfusionen hat das Bundeskartellamt bislang nicht freigeben müssen, obwohl Fusionsbeteiligte sich vermehrt auf diese Rechtsfigur berufen. Die krisenbedingt gesunkene Zahl von Anmeldungen ermöglicht den Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes eine verstärkte Aktivität in den Feldern der Kartellverfolgung und der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen. Die Freigabe der Zusammenschlüsse Deutsche Bank/Postbank, Commerzbank/Dresdner Bank und WGZ Bank/DZ Bank hat zwar die Konzentration im deutschen Bankensektor weiter erhöht, dennoch ist auf den betroffenen Märkten im engeren wirtschaftlichen Sinn weiter wesentlicher Wettbewerb vorhanden.

60.* Insgesamt erinnert die Monopolkommission vor dem Hintergrund der Krise daran, dass funktionierende wettbewerbliche Strukturen der beste Garant für eine schnelle und reibungsarme Anpassung von Wirtschaftsstrukturen an veränderte Rahmenbedingungen sind. Auch in der Krise muss die Erhaltung zukunftsfähiger, selbsttragender und wettbewerblicher Strukturen im Zentrum der Wettbewerbspolitik stehen. Gerade in schwierigen Zeiten muss als Grundprinzip der Ordnungspolitik der Gleichlauf von Eigentum, Verantwortung und Haftung gewahrt bleiben, um ein Funktionieren gesellschaftlichen wie wirtschaftlichen Austauschs nachhaltig zu gewährleisten.

61.* Das mit der Siebten GWB-Novelle 2005 neu eingeführte Instrument der Sektoruntersuchung wird vom Bundeskartellamt ausgiebig genutzt. Im Berichtszeitraum wurden zwei Sektoruntersuchungen in den Märkten für Außenwerbung und für Gastransport abgeschlossen; in den Bereichen Milch, Kraftstoffe, Stromgroßhandel und Stromerzeugung sowie Fernwärme dauern die Untersuchungen noch an. Die im Rahmen der Sektoruntersuchung Außenwerbung angestoßenen Veränderungen insbesondere der Vergabe- und Vertragspraxis der Kommunen haben diesen Markt bereits wettbewerblicher gemacht. Die Sektoruntersuchung der Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen ermöglichte dem Bundeskartellamt die Gewinnung neuer Erkenntnisse sowie die Überprüfung von Hypothesen an der Realität und hat bereits Auswirkungen auf die kartellrechtliche Entscheidungspraxis gehabt. Die mit erheblichem personellen und datenverarbeitungstechnischen Aufwand geführte Untersuchung von Stromgroßhandel und Stromerzeugung analysiert sowohl Anreize als auch Möglichkeiten zur missbräuchlichen Ausnutzung von Erzeugermarktmacht auf dem Stromgroßhandelsmarkt. Um die Schwächen rein nachlaufender Missbrauchsaufsicht abzumildern, ist nunmehr entsprechend einer früheren Forderung der Monopolkommission die Implementierung einer unabhängigen Marktüberwachungsstelle vorgesehen, die für den börslichen und außerbörslichen Stromgroßhandel relevante Informationen zeitnah erheben und die Bietstrategien der Börsenteilnehmer auf marktkonformes Handeln und eventuelle Manipulationsversuche hin überprüfen soll. Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Sektoruntersuchung die Ermittlung der strukturellen Wettbewerbshindernisse auf einzelnen Märkten ermöglicht und eine wertvolle Bereicherung des Handlungsarsenals des Bundeskartellamtes darstellt.

62.* Erste Anwendungsfälle zeigen die praktische Umsetzung der ebenfalls 2005 neu eingeführten Handlungsformen des Bundeskartellamtes, vor allem des Instruments der Verpflichtungszusagen. Verhandelte Verpflichtungszusagen können Wettbewerbshindernisse mit geringem Aufwand aus der Welt schaffen sowie darüber hinaus Impulse für die Entstehung von Wettbewerb geben und haben bereits erhebliche Bedeutung in der Kartellamtspraxis erlangt. Zur Veranschaulichung von Funktionsweise, Vorzügen und Nachteilen dieses Instruments wurden zwei Verfahren untersucht: der Versuch, wettbewerbliche Strukturen beim Rundholzvertrieb zu schaffen, sowie Teilerstattungen bzw. Senkungen und Nichterhöhungen missbräuchlich überhöhter Gaspreise. Diese Analyse führt die Monopolkommission zu dem Schluss, dass eine Verfahrensbeendigung mit Verpflichtungszusagen vorrangig für solche Verfahren infrage kommt, 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 im Markt auch für am Verfahren Unbeteiligte klarzustellen.

63.* In der Praxis des Bundeskartellamtes wie in der anderer moderner Kartellbehörden gewinnt die mehr oder weniger informelle Wirksamkeitssteigerung des Wettbewerbsrechts und des Wettbewerbsgedankens immer stärker an Bedeutung. Unter dem Begriff „Competition Advocacy“ wird einerseits die Erweiterung der Vorfeldwirkung des Kartellrechts durch Öffentlichkeitsarbeit im weitesten Sinne, andererseits die offensive Vertretung des Wettbewerbsgedankens innerhalb der staatlichen Organisationsstrukturen verstanden. Das Spektrum marktbezogener Advocacy-Aktivitäten im klassischen Geltungsbereich des Kartellrechts umfasst etwa die Veröffentlichung von Leitlinien, Merkblättern, Prioritätenlisten, „Vorsitzendenschreiben“, Workshops, Konferenzvorträge, Interviews, (gezielte) Pressearbeit, Veröffentlichung allgemeiner Informationen wie etwa des Tätigkeitsberichts und

der Fallberichte. Die staatsbezogene Seite von „Competition Advocacy“ ist weniger etabliert, gewinnt aber mit einer Dynamisierung staatlicher Strukturen und staatlichen Handelns sowie der allgemeineren Einsicht in die Notwendigkeit, bis zu gewissem Grade auch innerhalb der staatlichen Verwaltung das Effizienzgebot zu beachten und die Vorteile von Wettbewerb in Grenzbereichen zwischen Staat und Gesellschaft zu nutzen, an Bedeutung. Hier sind vor allem Initiativ-Stellungnahmen zu Gesetzen und Gesetzgebungsprojekten, die Einbindung in Gesetzgebungsprozesse, der Auftritt als amicus curiae vor Gerichten sowie die Einbindung in Verwaltungsvorgänge anderer Behörden bedeutsam. Die Monopolkommission begrüßt die in diesem Bereich bereits erzielten Erfolge und Leistungen des Bundeskartellamtes. Sie empfiehlt dem Gesetzgeber, in die nächste GWB-Novelle die formelle Einbindung des Bundeskartellamtes in Gesetzgebungsverfahren aufzunehmen.

64.* Die Erfassung und Bewertung von Nachfragemacht war im Berichtszeitraum Gegenstand mehrerer Verfahren und nimmt auch in der Praxis anderer Kartellbehörden wie in der wissenschaftlichen Diskussion gegenwärtig an Bedeutung zu. Die Monopolkommission untersucht Nachfragemacht konzeptionell und anhand mehrerer Beispiele: Die Fusion im Fall EDEKA/Tengelmann wurde zur Verhinderung der Entstehung von Nachfragemacht nur unter der aufschiebenen Bedingung bzw. Auflage einer Nichtdurchführung der angestrebten Einkaufskooperation der beiden Handelsunternehmen freigegeben. Die Nachfragemacht der Automobilindustrie wurde im Rahmen der Freigabe der Fusion der Cabriodach-Hersteller Webasto und Edscha eingehend geprüft. Im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch wird die Marktmachtverteilung auf den verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette zudem ausführlich analysiert. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die – abstrakte – Bewertung von Nachfragemacht von den Grundannahmen einer Analyse stark abhängt. Die Monopolkommission erinnert vor diesem Hintergrund daran, dass das GWB grundsätzlich unabhängig von einer Weitergabe erlangter Vorteile vor Ausbeutung schützt, andererseits nicht den Schutz ineffizienter Strukturen bezwecken kann.

65.* Dargestellt und analysiert werden die Grundlagen und einige Anwendungsfälle der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über staatliches Handeln. Wieweit Staatshandeln dem Kartellrecht und der kartellbehördlichen Kontrolle unterliegt, ist in den Einzelheiten noch immer nicht völlig geklärt. Hier wirkt sich das Fehlen einer ausdrücklichen nationalen gesetzlichen Beihilfen- oder Monopolkontrolle wie in Artikel 106 ff. AEUV (ex-Artikel 86 ff. EGV) ebenso aus wie die praktisch noch immer zu geringe Bedeutung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Wettbewerbsfreiheit. Dennoch besteht über weitreichende Grundlagen Einigkeit.

Neben der Analyse der Wettbewerbsaufsicht in der Trinkwasserversorgung im Einleitungskapitel dieses Gutachtens werden an dieser Stelle drei Anwendungsfälle untersucht: die Bestätigung der Untersagung des Bundeskartellamtes in Sachen „Lottoblock“, die Schaffung von Wettbewerb im früher vielfach kartellhaft organisierten Holzvertrieb der Bundesländer sowie Preismissbrauchsverfahren gegen zwei Bundesländer wegen nicht kostendeckender Entgelte für nicht hoheitliche forstliche Dienstleistungen.

Neben der ausdrücklich festgelegten Anwendung des GWB auf staatliche Unternehmen gilt dies nach den Ergebnissen der Untersuchung für jede nicht genuin hoheitliche staatliche Tätigkeit. Dabei kommt es nicht auf die Handlungsform an, sondern auf den Kern des Handelns. Das gilt grundsätzlich auch in Bereichen, in denen den Staat eine gesetzliche Förderungspflicht trifft; die Erreichung des Förderziels kann zwar Einschränkungen des Wettbewerbs rechtfertigen. Doch je stärker der Wettbewerb beeinträchtigt würde, desto höher sind die Anforderungen an eine klare gesetzliche Grundlage für eine wettbewerbsschädliche Verwirklichung des Förderzwecks.

In jedem Fall setzt deutsches Verfassungsrecht wie europäisches Unionsrecht für ein hoheitlich eingerichtetes Monopol voraus, dass dieses tatsächlich dem es begründenden Anliegen gerecht wird und seinen Zweck in kohärenter und systematischer Weise verfolgt. Zu einer Kontrolle dieser Voraussetzungen im Einzelnen sind das Bundeskartellamt und die Gerichte auch verpflichtet. Zusammenfassend weist die Monopolkommission darauf hin, dass einerseits Restriktionen des freien Wettbewerbs durch Hoheitsträger engen Grenzen unterworfen sind, andererseits das Effizienzgebot und verfassungsmäßige Grundsätze staatliche Stellen zur weitestmöglichen Nutzung von Marktmechanismen verpflichten.

66.* Anders als bei verhaltensbasierten Missbräuchen setzt die Verfolgung preisbasierter Missbräuche oft die genaue Zurechnung von Kosten und die Identifizierung von Vergleichsmärkten voraus, was im Einzelnen fast immer Betroffene und Bundeskartellamt zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen über die Grenzen des Zulässigen kommen lässt. Aus diesen Gründen ist für die Verfolgung preisbasierter Missbräuche die Verfügbarkeit von Kostendaten und die (gesetzliche) Beweislastverteilung in vielen Fällen von entscheidender Bedeutung. Ein klarer Vergleichsmaßstab erleichtert die Einordnung gesetzter Preise als missbräuchlich auch bei preisbasierten Missbräuchen ganz erheblich. Vor diesem Hintergrund untersucht die Monopolkommission im Berichtszeitraum insbesondere vier Verfahren.

Die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere (Verkauf von Vorprodukten eines Marktbeherrschers an Wettbewerber im nachgelagerten Markt zu Preisen, zu denen diese kein zu den Endproduktpreisen des Marktbeherrschers konkurrenzfähiges Angebot erstellen können) im Telekommunikationssektor führte zu einer Verfahrenseinstellung unter Zugrundelegung der Kosten des Marktbeherrschers.

Die Aufhebung der Kartellamtsentscheidung gegen die Rossmann-Drogeriemarktkette durch das Oberlandesgericht Düsseldorf stellt wie zuvor schon die Monopolkommission heraus, dass für die Berechnung von Einstandspreisen die Zurechnung von Werbekostenzuschüssen nicht gleichmäßig über das gesamte vom bezuschussen-

den Hersteller bezogene Sortiment verteilt werden muss, sondern lediglich auf die tatsächlich beworbenen Artikel. Diese Respektierung unternehmerischer Entscheidungen macht das 2007 verschärfte Untereinstandspreisverbot faktisch nahezu wirkungslos, was allerdings lediglich die praktischen Grenzen derartiger Preisaufsicht verdeutlicht.

30 vom Bundeskartellamt zugunsten von Verbrauchern mit Verpflichtungszusagen abgeschlossene Verfahren wegen Ausbeutungsmissbräuchen durch überhöhte Gaspreise bei Haushalts- und Gewerbekunden stützten sich auf den 2007 eingeführten § 29 GWB (Preismissbrauchsaufsicht im Energiesektor). Hier konnte das Bundeskartellamt zwar in komplizierten Berechnungen eine Vergleichsgrundlage erstellen. Die Abhilfemassnahme wirkt jedoch faktisch wie ein Kundenbindungs- und Bonusprogramm und dürfte den Wettbewerb kaum beflügelt haben. Werden Preise aufgrund eines kartellbehördlichen Verfahrens abgesenkt, so sinken die Anreize zu Markteintritten. Sinnvoller scheint der Monopolkommission die in einem Fall abgegebene Zusage, das lokale Gasnetz für Wettbewerber transparent zu machen.

Weiter demonstrieren einige Verfahren, in denen Kommunen Gesetzesunklarheiten ausgenutzt hatten, um Wettbewerber der ihnen gehörenden Stadtwerke zu behindern, dass für die Konzessionsabgabenverordnung Novellierungsbedarf besteht.

Schließlich werden die Schwierigkeiten und faktischen Grenzen der Feststellung preisbasierten Missbrauchs durch ein Verfahren im Mobilfunksektor anschaulich illustriert. Dieses zog sich so lange hin, bis Marktveränderungen dazu geführt hatten, dass das ursprünglich problematische Verhalten nur noch geringe Marktwirkungen zeigte.

67.* Die Zahl der Anmeldungen von Zusammenschlüssen beim Bundeskartellamt ist ganz erheblich zurückgegangen; sie beträgt für den gesamten Berichtszeitraum wenig mehr als die Hälfte der vorherigen Periode, im direkten Vergleich des Jahres 2009 zu 2007 sogar weniger als die Hälfte. Dieser Rückgang ist allerdings nur zu einem Teil auf die konjunkturelle Situation zurückzuführen; eine erhebliche Wirkung hat daneben die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle für die Fusionskontrollpflicht. Hauptprüfverfahren wurden im Berichtszeitraum in 44 Fällen eröffnet, davon wurden 20 ohne und neun mit Nebenbestimmungen freigegeben, sieben untersagt und acht zurückgenommen.

68.* Die Anwendung der Fusionskontrollvorschriften auf Unternehmen der öffentlichen Hand ist erneut Gegenstand der Untersuchung der Monopolkommission. Unternehmen in Staatshand sind ausdrücklich dem Kartellrecht unterstellt. Angesichts der möglichen Auswirkungen auf den Wettbewerb kann dabei nicht die Betätigung der sich zusammenschließenden Einheiten in Handlungsformen des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts über die Fusionskontrollpflichtigkeit der Transaktion entscheiden. Anderenfalls hätten die staatlichen Akteure die Möglichkeit, ihnen gehörende Unternehmen nach Belieben der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle zu entziehen. Insoweit muss festgestellt werden, dass unternehmerische Strukturmaßnahmen dem GWB unterliegen, während allein genuin staatsorganisationsrechtliche Strukturmaßnahmen als inhaltlich hoheitliche Maßnahmen von der Fusionskontrolle ausgenommen sind.

Das gilt ausnahmslos auch für Krankenhäuser, wie der Bundesgerichtshof Anfang 2008 festgestellt hat. Das Oberlandesgericht Düsseldorf stellte weitergehend klar, dass auch die verbindliche Aufnahme der fusionierenden Krankenhäuser als einzelne Gesamtbetriebseinheit in den Krankenhausplan nach Krankenhausfinanzierungsgesetz die Anwendbarkeit der Zusammenschlusskontrolle nicht hindert. Demgegenüber nahm das Oberlandesgericht im Glücksspielmarkt ohne besondere Prüfung der zugrunde liegenden Vorschriften ein rechtmäßiges Monopol an und hob die Untersagung des Bundeskartellamtes für die Übernahme der Lotto Rheinland-Pfalz GmbH durch das Land Rheinland-Pfalz auf. Dabei hat das Oberlandesgericht die ihm aus Unionsrecht obliegende eigene Prüfungspflicht nicht erfüllt; stattdessen verweist der Beschluss auf Urteile anderer Gerichte zu diesen Vorschriften.

Insgesamt kann die Anwendung der Fusionskontrollvorschriften zwar in engen Ausnahmefällen durch verbindliche, den Wettbewerb ausschließende hoheitliche Anordnungen verdrängt sein. Die zugrunde liegenden Vorschriften und Entscheidungen sind aber an Vorgaben des Grundgesetzes und des Unionsrechts zu messen; sie unterliegen – auch bei der Verfolgung öffentlicher Zwecke – strengen Anforderungen in Bezug auf den mit der Monopolanordnung verfolgten Zweck sowie die Geeignetheit, Verhältnismäßigkeit und Kohärenz dieses Mittels. Zu einer Kontrolle dieser Voraussetzungen im Einzelnen sind das Bundeskartellamt und die Gerichte verpflichtet.

69.* Durch das Dritte Mittelstandsentlastungsgesetz wurde den Voraussetzungen der Fusionskontrollpflicht eine zweite Inlandsumsatzschwelle hinzugefügt. Danach ist neben den schon zuvor notwendigen Jahresumsatzerlösen sämtlicher beteiligter Unternehmen von weltweit mehr als 500 Mio. Euro sowie inländischen Jahresumsatzerlösen mindestens eines der beteiligten Unternehmen von mehr als 25 Mio. Euro nunmehr für die Anwendung der Fusionskontrollpflichten erforderlich, dass mindestens ein zweites Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 5 Mio. Euro aufweist. Die Änderung reduziert die durch die Anmeldeerfordernisse den Unternehmen auferlegten Pflichten und vermindert entsprechende Belastungen der Privatwirtschaft sowie Verwaltungskosten. Diese Einsparungen dürften im Regelfall die resultierenden Einschränkungen des Wettbewerbsschutzes aufwiegen. Ein Folgeproblem allerdings bedarf der zeitnahen Nachbesserung: Durch die zweite Inlandsumsatzschwelle sind für Unternehmen Anreize entstanden, zur Vermeidung der deutschen Fusionskontrolle größere Transaktionen mit Auslandsbezug so aufzuteilen, dass jeder einzelne (Teil-)Zusammenschluss nicht mehr durch das GWB erfasst wird. Zur Unterbindung dieser Umgehungspraxis rät die Monopolkommission dringend zur Anfügung einer gesetzlichen Vorschrift für die Zusam-

menrechnung der Umsätze von zwischen den gleichen Beteiligten innerhalb eines bestimmten Zeitraums getätigten Transaktionen.

70.* Ebenfalls im Zusammenhang mit internationalen Zusammenschlüssen hat das Oberlandesgericht Düsseldorf klargestellt, dass nach dem GWB auch solche Fusionen vollständig untersagt werden können, deren beteiligte Unternehmen nur einen Bruchteil ihrer Umsätze in Deutschland erzielen, wenn die im Ausland veranlasste Wettbewerbsbeschränkung aufgrund konkreter Umstände geeignet ist, den inländischen freien Wettbewerb „unmittelbar und spürbar“ zu beeinträchtigen. Dabei kommt es ausdrücklich nicht auf eine Erheblichkeit der Beeinträchtigung an.

71.* Die bereits wiederholt von der Monopolkommission diskutierte Bagatellmarktklausel hat auch in diesem Berichtszeitraum wieder für erhebliche Unsicherheiten gesorgt. Nicht selten hängt die Anwendung der Fusionskontrollvorschriften von der Frage einer Zusammenrechnung der von den Beteiligten eines Zusammenschlussverfahrens in getrennten, doch benachbarten Märkten getätigten Umsätze ab, was in mehreren Fällen zu teils sehr umfangreichen Rechtsstreitigkeiten geführt hat. Die Monopolkommission analysiert die anerkannten Fallgruppen einer solchen Zusammenrechnung und stellt in Übereinstimmung mit dem Bundesgerichtshof fest, dass deren Voraussetzungen auch nach Jahrzehnten weder in der Praxis des Bundeskartellamtes noch in der wissenschaftlichen Diskussion hinreichend geklärt sind. Um diese Unsicherheiten zu reduzieren und zukünftig nutzlose und aufwendige Rechtsstreitigkeiten darüber zu vermeiden, empfiehlt die Monopolkommission die Einführung einer gesetzlichen Zusammenrechnungsvorschrift.

72.* Das GWB verbietet den Vollzug von nicht freigegebenen fusionskontrollpflichtigen Zusammenschlüssen vor Ablauf der Fusionskontrollfristen und sanktioniert Verstöße durch die Nichtigkeit von entsprechenden Rechtsgeschäften und durch eine Bußgeldbewehrung. Der Bundesgerichtshof hat nunmehr klargestellt, dass dieses Vollzugsverbot unmittelbar aus dem Gesetz für alle angemeldeten Zusammenschlüsse gilt, also auch bei einem Streit über die formelle Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften und unabhängig vom Vorliegen der formellen und materiellen Voraussetzungen einer Untersagung.

73.* Weiter hat der Bundesgerichtshof die Zuständigkeiten für eine vorläufige Befreiung von Zusammenschlussparteien vom Vollzugsverbot geklärt: Danach hat ab Anfechtung einer Untersagungsverfügung das Beschwerdegericht über die Befreiung vom Vollzugsverbot zu befinden. Damit kehrt der Bundesgerichtshof wieder zu der vor der Sechsten GWB-Novelle geltenden Rechtslage zurück und stellt darüber hinaus klar, dass für eine Freistellung vom Vollzugsverbot nicht allein ernstliche Zweifel am Bestand der angegriffenen Untersagungsverfügung ausreichen. Es kommt vielmehr auf eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einem Schutz der Märkte vor strukturellen Wettbewerbsverschlechterungen und den konkreten schutzwürdigen Interessen betroffener Privater an. Dabei muss die Aufrechterhaltung des generellen Vollzugsverbots für die Beteiligten eine besondere Härte darstellen.

74.* Auf der Grundlage einer Gesetzesänderung im Rahmen der Siebten GWB-Novelle hat das Bundeskartellamt seine Behandlung unangemeldet vollzogener, aber anmeldepflichtiger Zusammenschlüsse umgestellt. Wurde die Anzeige solcher Zusammenschlüsse früher als nachträgliche Anmeldung behandelt und der Zusammenschluss im Fusionskontrollverfahren geprüft, erfolgt nunmehr eine Prüfung unmittelbar im Entflechtungsverfahren. Vor allem wegen der für die betroffenen Unternehmen damit verbundenen Nachteile ist diese neue Praxis nicht unumstritten. Keines der dagegen vorgebrachten Argumente vermag jedoch zu überzeugen. Um dem in der Literatur geführten Streit um diese Frage jeglichen Grund zu entziehen, empfiehlt die Monopolkommission dem Gesetzgeber dennoch, eine Klarstellung in das Gesetz einzufügen.

75.* Wie schon in früheren Hauptgutachten untersucht die Monopolkommission die ökonomischen Effekte und die rechtliche Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen sowie die entsprechende Praxis des Bundeskartellamtes. Aufgrund der Ambivalenz positiver und negativer ökonomischer Auswirkungen der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen lassen sich diese nicht mit einer allgemeinen Formel erfassen; vielmehr muss grundsätzlich jeder einzelne Fall geprüft werden. Allgemein lässt sich lediglich festhalten, dass die koordinierende Wirkung von Gemeinschaftsunternehmen auf das zur Erreichung der möglichen Effizienzen notwendige Mindestmaß beschränkt bleiben sollte. Rechtlich werden die konzentrativen Wirkungen von Gemeinschaftsunternehmen bei Erfüllung der Voraussetzungen durch die Fusionskontrolle, die kooperativen Wirkungen durch das Kartellverbot erfasst. Dabei sind Fusionskontrolle und Kartellverbot grundsätzlich nebeneinander anwendbar. Diese Doppelkontrolle führt dazu, dass Koordinationseffekte sowohl im Fusionskontrollverfahren mit- als auch nachträglich selbständig geprüft werden können. Eine abschließende einheitliche Prüfung in der Freigabeentscheidung ist schon deshalb nicht sinnvoll, weil vielfach die Koordinationswirkungen von Gemeinschaftsunternehmen erst im Verlauf von deren Umsetzung entstehen und oftmals schlecht voraussehbar sind.

Etwa ein Siebtel der Fusionskontrollverfahren des Bundeskartellamtes betreffen Gemeinschaftsunternehmen, in der Kartellsanktionspraxis spielen Gemeinschaftsunternehmen jedoch eine ungleich geringere Rolle. In Fusionskontroll-Freigabeentscheidungen werden gelegentlich das gesamte Vorhaben oder einzelne wettbewerbskritische Bestimmungen der angemeldeten Grundvereinbarung des geplanten Gemeinschaftsunternehmens untersagt. Die Auflösung von Verflechtungen über Gemeinschaftsunternehmen kommt in der Praxis bisweilen vor, ist aber sehr aufwendig.

Aus der Praxis des Bundeskartellamtes untersucht die Monopolkommission in diesem Zusammenhang die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Milch-

vertrieb sowie die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Discount-Lebensmitteleinzelhandel. Insbesondere das zweite Verfahren demonstriert anschaulich, wie das Bundeskartellamt durch Beeinflussung der Binnenstruktur des Gemeinschaftsunternehmens in der Fusionsfreigabe die Koordinationswirkungen des entstehenden Beziehungsgeflechts deutlich vermindern kann. Entscheidend ist insoweit, dass das Gemeinschaftsunternehmen möglichst nicht als „Informationsbrücke“ und Koordinationsplattform wirken kann.

Weitergehend könnte etwa eine Leitlinien-Mitteilung des Bundeskartellamtes zu den kartellrechtlichen Grenzen und Problemen von Gemeinschaftsunternehmen und Kooperationspraktiken dazu beitragen, Unternehmen die Kartellrechtsrelevanz ihrer strukturellen Kooperationen deutlicher aufzuzeigen, betroffene Manager für ihre daraus folgenden Pflichten und Haftungsrisiken zu sensibilisieren und die Vorfeldwirkung des Kartellverbots insoweit zu stärken.

Schließlich konstatiert die Monopolkommission, dass die Koordinationseffekte von Gemeinschaftsunternehmen insbesondere in Oligopolmärkten besonders wettbewerbsschädlich wirken. Denn dadurch werden Faktoren verstärkt, die die Wahrscheinlichkeit wettbewerbslosen Parallelverhaltens erheblich fördern können: gegenseitige Transparenz und Informationsaustausch, Möglichkeiten zur Sanktionierung abweichenden Verhaltens und die Gleichrichtung der Interessen der Muttergesellschaften. Solche Verflechtungen von Oligopolisten sind in der Praxis durchaus verbreitet. Vor diesem Hintergrund bedauert die Monopolkommision besonders, dass eigenständige Prüfungen von Gemeinschaftsunternehmen losgelöst von Fusionskontrollverfahren kaum zu beobachten sind. Sie regt an, in diesem Bereich dem Kartellverbot mehr Geltung zu verschaffen.

76.* Unter dem Kriterium „wettbewerblich erheblicher Einfluss“ werden von den Fusionskontrollvorschriften solche Unternehmensbeteiligungen erfasst, die unter 25 Prozent Stimmrechtsanteil liegen und über besondere Umstände dennoch signifikanten Einfluss auf die Unternehmenspolitik des Beteiligungsunternehmens vermitteln. Die Monopolkommission analysiert die durch zwanzigjährige Anwendung und Judikatur mittlerweile gefestigten Anwendungsvoraussetzungen dieses Auffangtatbestands und kommt zu dem Ergebnis, dass er auch unter Berücksichtigung der damit einhergehenden Unsicherheitskosten für Unternehmen einen unverzichtbaren Bestandteil der Fusionskontrolle darstellt. Im Berichtszeitraum waren zwei Anwendungen dieser Vorschrift von besonderer Bedeutung:

Das Bundeskartellamt hat, bestätigt vom Oberlandesgericht Düsseldorf, den Erwerb von 13,75 Prozent der Stimmrechtsanteile von A-TEC an der Norddeutschen Affinerie untersagt. Der Erwerb fusionskontrollrechtlich relevanten Einflusses folgte aus der von den Beteiligten vorgesehenen Entsendung dreier Vertreter in den Aufsichtsrat der Norddeutschen Affinerie sowie der Tatsache, dass sämtliche anderen Aktionäre der Norddeutschen Affinerie weder die vertiefte Branchenkenntnis im Kupferbereich der A-TEC aufwiesen noch wie diese langfristige strategische Interessen verfolgten. Daher war ein erheblicher faktischer Einfluss der A-TEC auf die Geschäfts- und Marktpolitik der Norddeutschen Affinerie zu erwarten.

In einem weiteren Fall ist eine nach dem Kriterium eines wettbewerblich erheblichen Einflusses erfasste Überkreuzbeteiligung zwischen TUI/TUIfly und Air Berlin, ursprünglich in Höhe von 19,9 Prozent angemeldet und aufgrund der Bedenken des Bundeskartellamtes zunächst auf 9,9 Prozent herabgesetzt worden. Damit waren zwar die Fusionskontrollvorschriften nicht mehr anwendbar, die Bedenken des Bundeskartellamtes bestanden aber auf der Grundlage des Kartellverbots weiter, sodass letztlich lediglich eine kartellrechtlich unbedenkliche einseitige Beteiligung von 9,9 Prozent vollzogen wurde.

Solche Minderheitsbeteiligungen unterhalb der Zusammenschlussschwelle werden zwar nicht regelmäßig in formellen Verfahren erfasst, können aber ebenso wie diese koordinierend wirken, insbesondere wenn die Verflechtung gegenseitig ist. Die Monopolkommission begrüßt das ausdrückliche Aufgreifen unterschwelliger Überkreuzbeteiligungen durch das Bundeskartellamt, das dem Kartellverbot in schwierigem Terrain zumindest im Sinne einer Signalwirkung wieder mehr Geltung verschafft.

77.* Die Verwendung ökonomischer Methoden für die Marktabgrenzung und teilweise auch für die direkte Einschätzung des Wettbewerbsdrucks nimmt in der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission, ausländischer Kartellbehörden sowie des Bundeskartellamtes immer stärker zu. Die Monopolkommission befürwortet grundsätzlich den Einsatz solcher quantitativer Instrumente in Einzelfällen oder bei Sektoruntersuchungen, wenn entsprechend verwertbare Daten vorliegen oder die Bedeutung des gegenständlichen Marktes den Erhebungsaufwand rechtfertigen. Allerdings ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt aufgrund praktischer Beschränkungen der Aussagekraft solcher Verfahren davon auszugehen, dass sie in den meisten Fällen lediglich als zusätzliche Informationsquelle, aufbauend auf einer konzeptionellen Analyse des Marktes, dienen können. In Einzelfällen, etwa bei vorliegenden verwertbaren Daten und klarer Fragestellung, haben entsprechende Untersuchungen bereits zusätzliche Informationen liefern können und dienten insbesondere zur Erhärtung der auf herkömmlichem Wege gewonnenen Erkenntnisse. Die Monopolkommission befürwortet ausdrücklich den Aufbau von Expertise in diesem Gebiet durch das Bundeskartellamt sowie die Durchführung entsprechender Untersuchungen in geeigneten Fällen. Denn die praktischen Grenzen der Anwendung quantitativer Techniken sind nur durch deren Anwendung und Verbesserung in praxi zu verschieben.

78.* In Bezug auf die in Kartellrechtsfällen oft zentral bedeutsame sachliche Marktabgrenzung untersucht die Monopolkommission fünf herausgehobene Zusammenschlussverfahren. Die untersagenden Entscheidungen des Bundeskartellamtes und des Oberlandesgerichts Düsseldorf in der Sache Assa Abloy/Simons Voss beruhen ins-

gesamt auf drei verschiedenen Marktabgrenzungen und sind ungewöhnlich umfangreich. Allerdings erscheint die Situation in diesem Fall auch ohne genaue Marktabgrenzung recht eindeutig. Der absolute Marktführer bei den hergebrachten Schließtechnologien, der über Vertragsnetzwerke und Vertriebsverträge die Absatzkette wesentlich dominiert, wollte den absoluten Marktführer in einem jedenfalls unmittelbar angrenzenden Markt übernehmen; hinzu kam die Konvergenz der beiden betroffenen Produkte. Bei einheitlicher Prüfung einer zu befürchtenden erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung hätte hier die genaue Marktabgrenzung offenbleiben können, da jedenfalls der Wegfall des von dem jeweils anderen ausgehenden potenziellen und Randwettbewerbs die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellungen auf den betroffenen (Einzel-) Märkten wahrscheinlich gemacht hätte. Angesichts des von den Beteiligten in dieser Sache betriebenen erheblichen Aufwands mag eine vertiefte Befassung mit den Einzelheiten der Marktabgrenzung angezeigt gewesen sein. Auch dürften im Regelfall zusätzliche Untersuchungen genauere Entscheidungen mit höherer Richtigkeitsgewähr ermöglichen. Gleichwohl gibt die Monopolkommission zu bedenken, dass in Fällen wie diesem, wo die langfristige Substituierbarkeit zweier Produkte außerordentlich hoch ist und die von den Zusammenschlussbeteiligten bereits ausgeschöpften und infolge des Zusammenschlusses weiter verstärkten Netzwerk- und Skaleneffekte eine entscheidende Rolle spielen, lange Marktabgrenzungserörterungen durch den Nachweis des Entfallens erheblichen potenziellen Wettbewerbs entbehrlich werden können.

79.* Im Zusammenschlussverfahren EDEKA/Tengelmann geht das Bundeskartellamt von einem einheitlichen sachlichen Markt im Lebensmitteleinzelhandel bei abgestuftem Wettbewerbsdruck der unterschiedlichen Vertriebsschienen (SB-Warenhäuser, Vollsortimenter, Soft-Discounter und Hard-Discounter) untereinander aus. Die Monopolkommission begrüßt die einheitliche Marktabgrenzung mit der differenzierten Untersuchung abgestufter Wettbewerbsverhältnisse. Weder die Annahme nach Vertriebslinien sachlich getrennter Märkte noch eine undifferenzierte Betrachtung des Wettbewerbsdrucks im einheitlichen Lebensmitteleinzelhandelsmarkt hätten die Marktverhältnisse ausreichend detailliert abzubilden vermocht. Die Entscheidung stellt nach Ansicht der Monopolkommission ein gutes Beispiel für die differenzierende Würdigung unterschiedlich stark wirkenden Wettbewerbs innerhalb eines einheitlichen Marktes dar.

80.* In Tankstellenmärkten geht das Bundeskartellamt entgegen seiner bisherigen Entscheidungspraxis und der aktuellen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission nunmehr von sachlich getrennten Märkten beim Tankstellenvertrieb von Otto- und von Dieselkraftstoff aus. Weitergehend ließen sich die Märkte wohl noch weiter nach dem sonstigen Sortiment der Tankstelle (Kleinsupermarkt, Bistro, Café, Werkstattbetrieb, Waschanlage etc.) aufgliedern; der Aufwand für die Erhebung der Wettbewerbsparameter dürfte dadurch jedoch erheblich steigen. Die Monopolkommission begrüßt zwar grundsätzlich die Steigerung der Differenziertheit von Marktabgrenzungen. In diesem Fall jedoch stellt sich die Frage, ob der Mehraufwand der Erhebung vor dem Hintergrund der tatsächlichen Wettbewerbssituation und deren praktischer Erfassbarkeit tatsächlich eine unterschiedliche Marktabgrenzung in Tankstellenfusionsfällen sinnvoll scheinen lässt.

81.* Die geplante Übernahme der Poelmeyer Holding durch die Käserei Loose hat das Bundeskartellamt unter Zugrundelegung eines eigenständigen sachlichen Marktes für Sauermilchkäse untersagt. Denn Sauermilchkäse ist, wie sich aus umfangreichen Erhebungen und insbesondere einer umfangreichen quantitativen Datenanalyse ergab, aus Verbrauchersicht aufgrund seiner besonderen Eigenschaften nicht mit anderen (Weich-)Käsesorten austauschbar; auch eine Produktionsumstellungsflexibilität ist nicht gegeben. Der die Kartellamtsentscheidung bestätigende Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf stellt entscheidend auf die eigene Lebenserfahrung der Mitglieder des erkennenden Senats ab, die ihnen die Feststellung ermögliche, dass Sauermilchkäse aufgrund der beschriebenen Besonderheiten aus Sicht des Endverbrauchers nicht mit anderen Weichkäsesorten austauschbar sei. Insoweit komme es auf die vom Bundeskartellamt durchgeführte, umfangreiche quantitative Datenanalyse nicht entscheidend an, zumal diese die bereits aufgrund eigener Sachkunde des Gerichts festgestellte Marktabgrenzung bestätige. Zudem stellte das Oberlandesgericht fest, dass das Bundeskartellamt über die durchgeführten Ermittlungen hinaus nicht gehalten gewesen sei, zusätzlich eine Verbraucherbefragung durchzuführen. Für eine Verbraucherbefragung bestehe nur in Ausnahmefällen Veranlassung, in denen durch andere Methoden keine belastbaren Aussagen zu einer funktionellen Austauschbarkeit zu erlangen sind. Auch sei das Bundeskartellamt nicht gehalten gewesen, die Ergebnisse der von den Beteiligten durchgeführten Verbraucherbefragungen ausschlaggebend zu berücksichtigen, da diese keine belastbaren Ergebnisse beinhalten, insbesondere weder eine repräsentative Personengruppe erfassen noch die Befragungsmethodik die Gewähr für ein objektives, unbeeinflusstes Befragungsergebnis bieten würden. Schließlich sei das Bundeskartellamt nicht an die in früheren Fällen vorgenommenen, eventuell abweichenden Marktabgrenzungen gebunden. Die Monopolkommission bedauert, dass das Oberlandesgericht sich nicht mit der vom Bundeskartellamt durchgeführten Regressionsanalyse auseinandergesetzt hat, zumal im vorliegenden Fall mit sog. Scannerdaten aus Kassensystemen von Handelsunternehmen eine besonders verlässlich erscheinende Datengrundlage bestand.

82.* Die Übernahme des Lexikongeschäfts von Brockhaus durch Bertelsmann wurde freigegeben, obwohl dadurch auf den beiden vorrangig betroffenen Märkten für Universal- und Themenlexika Marktanteile von mehr als 90 Prozent bzw. 60 bis 75 Prozent entstehen. Grund dafür ist zum einen, dass die betroffenen Märkte nach einem dramatischen Umsatzrückgang in den letzten Jahren Bagatellmärkte darstellen und so nicht mehr der Fusionskontrolle unterliegen. Zum anderen wurde erheblicher Wettbewerbsdruck seitens gratis online verfügbarer Le-

xika festgestellt. Deren Einbeziehung in die Marktabgrenzung gestaltet sich mangels Umsätzen oder anderer operabler Vergleichsgrößen schwierig, konnte hier aber offenbleiben.

83.* In der Energiewirtschaft sind anstelle der Integration von Stadtwerken durch die großen Versorger zunehmend Zusammenschlüsse und Kooperationen von kleineren Versorgern zu beobachten, insbesondere Einkaufs- und Vertriebskooperationen. Bei deren Würdigung sollten nach Auffassung der Monopolkommission die wettbewerblichen Wirkungen von Einkaufs- und Vertriebskooperationen unterschieden werden: Während Einkaufskooperationen weitgehend unkritisch scheinen, können Vertriebskooperationen zu einer Beschränkung potenziellen Wettbewerbs führen. Die Monopolkommission regt daher an, insoweit eine sehr genaue Abschätzung der Kooperationsmotive und -wirkungen vorzunehmen.

84.* Die Stadtwerketochter des E.ON-Konzerns, Thüga, wurde von einem Konsortium von Stadtwerken übernommen, die teilweise selbst zu den Beteiligungsunternehmen zählen. Der Freigabeentscheidung legt das Bundeskartellamt eine differenzierende Betrachtung der Stromkleinkunden zugrunde. In Abweichung von der bisherigen einheitlichen Marktbetrachtung für diese nicht leistungsgemessenen Letztverbraucher wird hier nunmehr zwischen der Belieferung von Stromkleinkunden zu allgemeinen Preisen (Grundversorgungsmarkt) und der Belieferung von Stromkleinkunden außerhalb von allgemeinen Preisen mit Haushaltsstrom (Sondervertragsmarkt) differenziert, was – verkürzt dargestellt – die Wechselwilligkeit sowie die Attraktivität der Kunden für bundesweite (Discount-)Anbieter abbilden soll. Weiter wird ein Markt für Heizstrom abgegrenzt.

85.* Im Zusammenschlussverfahren RWE/Exxon Mobil stellt das Bundeskartellamt zum ersten Mal Grundsätze zur Marktabgrenzung im Fernwärmesektor auf: Fernwärmeversorger sind sowohl auf ihren sachlichen als auch auf ihren räumlichen Märkten für die Versorgung von Endkunden und Weiterverteilern mit Fernwärme Monopolanbieter, da weder Durchleitungswettbewerb möglich, noch Fernwärme nach einer getroffenen Systementscheidung mit anderen Heizmitteln substituierbar ist. Dabei wird wegen unterschiedlicher Versorgungsbedingungen und Verwendungszwecke weiter zwischen Haushalts- und Industriekunden unterschieden.

86.* Die räumliche Marktabgrenzung war im Berichtszeitraum insbesondere im Lebensmitteleinzelhandel und im Tankstellenmarkt bedeutsam. Der Freigabe der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens zwischen EDEKA und Tengelmann lag – entsprechend der regelmäßigen Entscheidungspraxis – die Annahme von im Bundesgebiet insgesamt 345 Regionalmärkten mit einem Radius von 20 km bzw. mit einer Fahrtzeit von 20 Autominuten um das sie prägende, regionale Oberzentrum zugrunde. In diesem Verfahren erfolgte erstmals systematisch die zusätzliche Betrachtung der Marktverhältnisse auf den benachbarten Regionalmärkten, sodass auch sog. Cluster zusammenhängender Regionalmärkte mit erheblichen Marktanteilen der Beteiligten in die wettbewerbliche Würdigung einbezogen wurden. Auf diese Weise wird räumlicher Randwettbewerb, vor allem aber die Absicherung von Marktbeherrschung über erhebliche Marktpräsenz in räumlich angrenzenden Regionalmärkten mit erfasst. So lassen sich auch nach Auffassung der Monopolkommission Verstärkungseffekte, die von einem Zusammenwirken der Marktstärke von Zusammenschlussbeteiligten auf benachbarten, aber getrennten Regionalmärkten ausgehen, auch quantitativ und damit nachprüfbar würdigen.

87.* Die schon bisher übliche regionale Marktabgrenzung im Tankstellenmarkt wurde im Berichtszeitraum weiter verfeinert. Das Bundeskartellamt wendet nunmehr das sog. Erreichbarkeitsmodell des Bundesamtes für Bauwesen und Raumordnung an, das für Zwecke der Raumplanung entwickelt wurde. Grundlage sind die tatsächlichen Gegebenheiten der örtlichen Straßeninfrastruktur. Ausgehend von jeder vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Tankstelle hat das Bundeskartellamt auf diese Weise jeweils diejenigen Tankstellen ermittelt, die innerhalb einer bestimmten Fahrzeit erreicht werden können. Ausgehend von einer maximalen Fahrtzeit von 60 bzw. 30 Minuten berücksichtigt das Bundeskartellamt die Umsätze umliegender Tankstellen gewichtet nach der jeweils notwendigen Fahrzeit. Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich die verfeinerte Marktabgrenzung, weist aber auf so nicht erfasste erhebliche andere Wettbewerbsparameter hin.

88.* Die Marktbeherrschungskriterien in Oligopolmärkten analysiert die Monopolkommission anhand zweier Grundsatzurteile des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs sowie einiger Fusionskontrollentscheidungen. Entscheidend ist insoweit die Reaktionsverbundenheit zwischen den in einem Markt tätigen Unternehmen, die ohne nach dem Kartellverbot verbotene explizite Verhaltenskoordination auskommt. Solches Parallelverhalten infolge strategischer Interdependenz kann erhebliche Wohlfahrtsverluste mit sich bringen und die Dynamik der betroffenen Märkte stark einschränken. Auch aus diesen Gründen erleichtert das GWB die Feststellung kollektiver Marktbeherrschung mit einer Vermutungsregelung, die nach drei Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf eine echte Beweislastumkehr darstellt. Obwohl in Fusionskontrollverfahren nur sehr selten auf die Beweislast abgestellt werden muss, ist von einer erheblichen Signalwirkung dieser Entscheidungen des Oberlandesgerichts auszugehen.

89.* In mehreren Fusionskontrollverfahren stellte das Bundeskartellamt eine gemeinsame Marktbeherrschung der Unternehmen BP/Aral, ConocoPhillips/Jet, ExxonMobil/Esso, Shell und Total im Einzelhandel mit Kraftstoff über Tankstellen fest; diese – regional in Einzelheiten differenzierte – Einschätzung hat sich auch im Verlauf der Sektoruntersuchung Kraftstoffe bestätigt. Insbesondere auf den vorgelagerten Marktstufen finden sich Strukturmerkmale, die stark dämpfend auf den Binnen- und den Außenwettbewerb insgesamt und damit auch auf die Endverbrauchermärkte (Tankstellen) wirken, indem ei-

nerseits eine hohe Transparenz erzeugt sowie ein hohes Vergeltungspotenzial eröffnet und andererseits die überragende Marktstellung der marktbeherrschenden Unternehmen gefestigt wird. Als besonders bedeutsam erscheinen der Monopolkommission in diesem Markt die vielfältigen Verflechtungen der Oligopolisten sowie deren durchgängige vertikale Integration, die einerseits die bestehende Transparenz vergrößern und Sanktionspotenziale schaffen, andererseits über die daraus folgende Symmetrie und die multiplen Kontakte der gleichen Unternehmen auf einer Vielzahl unterschiedlicher Märkte den Anreiz zu wettbewerbslosem Parallelverhalten stark erhöhen. Vor diesem Hintergrund regt die Monopolkommission eine umfassendere wettbewerbliche und kartellrechtliche Analyse dieser Verflechtungen an.

90.* Verflechtungen fördern auch die Reaktionsverbundenheit im ohnehin wettbewerbsarmen Zuckermarkt. Auch angesichts der Marktanteile der Oligopolisten hätte das Bundeskartellamt im Zusammenschlussverfahren Nordzucker/Danisco ohne die erfolgte eingehende Prüfung der Marktbedingungen von der Oligopolmarktbeherrschungsvermutung ausgehen können; der Gegenbeweis bestehenden wesentlichen Wettbewerbs wäre den Beteiligten kaum gelungen. Allerdings sind die umfassenden Ausführungen in der bedingten Freigabeentscheidung insoweit von Bedeutung, als sie die Grundlage für weitere Missbrauchs- und Kartellverfahren in diesem wenig wettbewerblichen Markt darstellen können. Schließlich zeigt dieses Verfahren exemplarisch, wie Marktregulierungen mit anderen Zielen als Wettbewerb oftmals die Marktstrukturen in einer Weise beeinflussen, dass funktionierender Wettbewerb stark eingeschränkt wird. Vor diesem Hintergrund weist die Monopolkommission erneut auf die Ordnungskraft eines funktionierenden Wettbewerbs hin und fordert den europäischen wie den deutschen Gesetzgeber auf, wettbewerbsschädliche Regelungen soweit wie möglich zu vermeiden.

91.* In einem ersten Fusionskontrollverfahren im Markt für Cabrio-Dachsysteme hat das Bundeskartellamt die Übernahme von Edscha durch Webasto und damit die Reduktion des Oligopols von vier auf drei Marktteilnehmer zugelassen. Vor dem Hintergrund, dass sich aus den bestehenden Wettbewerbsverhältnissen keine Hinweise auf Kollusion innerhalb des Oligopols ergaben, sei zu erwarten, dass sich daran auch bei einer Verengung des Marktes auf drei Anbieter nichts ändere; es sei nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen, dass der Zusammenschluss zu einer Beschränkung der Wettbewerbsverhältnisse führen werde. Eine darüber hinausgehende Verengung des Oligopols durch einen weiteren Zusammenschluss wurde bereits in diesem Beschluss als nach derzeitigen Erkenntnissen wettbewerblich bedenklich beschrieben. Entsprechend dieser frühen Einschätzung wurde in der Folgezeit das angemeldete Zusammenschlussvorhaben zwischen Magna und Karmann untersagt. Hierdurch würde nicht nur die Zahl der Wettbewerber auf zwei schrumpfen. Die beiden verbleibenden Wettbewerber hätten auch aufgrund ähnlich starker Marktanteile und einer vergleichbaren Unternehmensgröße besondere Anreize zu stillschweigend kollusivem Verhalten. Bei dieser Analyse stützt sich das Bundeskartellamt auch auf die Erkenntnisse der experimentellen Industrieökonomik, nach denen die Effizienz von Dyopolen regelmäßig erheblich hinter der von Dreier-Oligopolen zurückbleibt. Der Monopolkommission erscheint jedoch auch unter Berücksichtigung dieser Forschungsergebnisse, der Einzelheiten der relevanten Ausschreibungsverfahren und der zuversichtlichen, überwiegend eine gewisse Konsolidation der Anbieterseite befürwortenden Nachfrager bereits die Reduktion eines Vierer- auf ein Dreier-Oligopol bedenklich. Denn in Märkten mit einem hohen Konzentrationsgrad genügt schon eine geringfügige Beeinträchtigung des verbliebenen oder potenziellen Wettbewerbs, um Wettbewerbsbedenken zu begründen.

92.* Zweiseitige Märkte stellen Plattformen dar, auf denen ein Anbieter zwei unterschiedliche Kundengruppen zusammenführt, etwa eine Zeitung Leser- und Anzeigenkunden, ein Kreditkartenunternehmen Akzeptanzstellen und Kreditkarteninhaber oder ein Auktionshaus Käufer und Einlieferer. Die besonderen Merkmale zweiseitiger Märkte haben erheblichen Einfluss auf Wahrscheinlichkeit und Erfolgsaussichten eines Marktzutritts. So können etwa selbst für ein überlegenes Produkt unüberwindliche Markteintrittsbarrieren bestehen, wenn das Nutzerverhalten faktisch zu einer Sättigung des Marktes führt. Im Berichtszeitraum demonstrierten insbesondere zwei Untersagungen die Funktionsweise einer durch Netzwerkeffekte zweiseitiger Märkte gefestigten Marktbeherrschung: ein Zusammenschlussvorhaben zweier Verlage für Kosmetikfachzeitschriften, die gleichzeitig Kosmetikmessen ausrichten, und die geplante Übernahme einer lokalen Tageszeitung durch einen Konzern, der selbst Tageszeitungen in angrenzenden Gebieten herausgibt.

93.* Dieser letzte Fall demonstriert wie ein anderes analysiertes Zusammenschlussvorhaben von Tageszeitungen, wie potenzieller Wettbewerb wirkt und kartellrechtlich zu bewerten ist. Die Umbrüche in der Medienlandschaft insbesondere durch das Internet führen zu einer erhöhten Anzahl von Zusammenschlüssen im Pressebereich. Dabei spielt die Berücksichtigung potenziellen Wettbewerbs regelmäßig eine entscheidende Rolle, meist, weil entweder eine marktbeherrschende Stellung durch Wegfall eines potenziellen Wettbewerbers verstärkt würde oder weil kein potenzieller Wettbewerb feststellbar ist. In einem weiteren Fall wurde ein Zusammenschluss auch deshalb freigegeben, weil aufgrund konkreter Umstände der Markteintritt eines Wettbewerbers zu erwarten war.

94.* Nach dem GWB ist ein Zusammenschluss zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch ihn eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Eine Abstufung nach dem Grad der Verschlechterung ist insoweit nicht vorgesehen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt – anders als für Kartellwirkungen – in der Fusionskontrolle keine spürbare Beeinträchtigung voraus, sondern fordert lediglich eine aufgrund konkreter Umstände feststellbare Verstärkungswirkung, die in Abhängigkeit von bestehendem Restwettbewerb sehr gering ausfallen kann. So kann bereits die Absicherung einer marktbeherrschenden Stellung ohne konkrete Markt-

anteilszuwächse eine fusionskontrollrechtliche Untersagung rechtfertigen. Im Berichtszeitraum erinnerte der Bundesgerichtshof ausdrücklich an die geringen Voraussetzungen an die Verstärkungswirkung, während die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes in dieser Hinsicht in einem Fall nicht ganz eindeutig war.

95.* Abhilfemaßnahmen sind diejenigen Modifikationen eines angemeldeten Zusammenschlusses, die zur Ausräumung von wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes als rechtlich verbindliche Nebenbestimmungen zu einer Fusionsfreigabe vorgenommen werden. Diese sind möglich als Bedingungen und Auflagen. Dem europäischen Vorbild folgend hat das Bundeskartellamt 2008 Mustertexte für Nebenbestimmungen veröffentlicht, die von den einzelnen Beschlussabteilungen in ihren Freigabeverfügungen zugrunde gelegt und für den Einzelfall angepasst werden. Daneben war im Berichtszeitraum erneut die Abgrenzung zwischen strukturell wirkenden Auflagen, Verhaltensauflagen und laufender Verhaltenskontrolle von Bedeutung. Schließlich wurden in einem Fall zur Sicherung des Status quo entflechtungsvorbereitende Maßnahmen beschlossen, nachdem die auflösend bedingte Freigabe weggefallen war, was auch ein Schlaglicht auf die Probleme auflösender Bedingungen wirft.

96.* Die europäische Fusionskontrolle war im Berichtszeitraum 2008/2009 aufgrund der globalen Finanzkrise besonderen Anforderungen ausgesetzt. Aufkommenden Forderungen nach einer Absenkung der fusionskontrollrechtlichen Prüfungsstandards erteilte die Europäische Kommission erfreulicherweise schon früh eine Absage. Bei der Untersuchung von Einzelfällen reagierte sie allerdings flexibel, z. B. im Hinblick auf die Freistellung vom Vollzugsverbot. In der Praxis der europäischen Fusionskontrolle sind – jedenfalls bisher – nur wenige unmittelbare Auswirkungen der Finanzkrise zu spüren. Zum einen sank die Zahl der Anmeldungen in den Jahren 2008/2009 (606) im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum (758) um etwa 20 Prozent. Zum Zweiten sind im Verhältnis zum letzten Berichtszeitraum deutlich mehr Anmeldungen zurückgenommen worden (21 statt 14). Ferner kam es in einigen Fällen zu sehr zügigen Entscheidungen der Europäischen Kommission, vornehmlich im Rahmen der ersten Verfahrensphase.

97.* Einen Schwerpunkt der Entscheidungspraxis in den Jahren 2008/2009 bilden vertikale Zusammenschlüsse, also Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Stufen der Lieferkette tätig sind. Die Europäische Kommission entschied diese Fälle auf der Grundlage ihrer Leitlinien zu nicht horizontalen Zusammenschlüssen, die sie Ende 2007 erlassen hat. Besondere Aufmerksamkeit verdient daneben die Entscheidung der Europäischen Kommission in dem Fall ABF/GBI. Hier äußerte die Wettbewerbsbehörde nach längerer Abstinenz erstmals wieder Wettbewerbsbedenken aufgrund koordinierter Effekte und gab den Zusammenschluss nur unter Bedingungen und Auflagen frei. In diesem Zusammenhang ist auch das Urteil Bertelsmann und Sony/Impala zu nennen, mit dem der Europäische Gerichtshof unter anderem die Voraussetzungen für die Feststellung koordinierter Effekte verdeutlichte. Auffällig ist ferner die Zunahme der Zusammenschlussverfahren, in denen die Fusionsparteien Effizienzgesichtspunkte geltend gemacht haben. Im Berichtszeitraum legte die Europäische Kommission außerdem ihre überarbeitete Mitteilung zu zulässigen Abhilfemaßnahmen vor, in der sie eine strengere Haltung gegenüber Zusagen einnimmt. Dieser Ansatz schlug sich auch in der konkreten Fallpraxis nieder. Schließlich hat sich die Rechtsprechung in den Verfahren MyTravel/Kommission sowie Kommission/Schneider Electric erneut mit Schadensersatzansprüchen in der Fusionskontrolle auseinandergesetzt. In legislativer Hinsicht ist neben den bereits erwähnten Leitlinien zu zulässigen Abhilfemaßnahmen auf den Bericht der Europäischen Kommission zur Zuständigkeitsverteilung hinzuweisen.

98.* Die Europäische Kommission hat in dem Verfahren Friesland/Campina eine Marktabgrenzung nach den aktuellen „Arbeitsgebieten" der Zusammenschlussbeteiligten abgelehnt. Auch nach Auffassung der Monopolkommission kommt es in erster Linie darauf an, ob die Wettbewerbsbedingungen innerhalb benachbarter Regionen homogen sind. Aktuelle Lieferbeziehungen sollten regelmäßig nur den Ausgangspunkt der räumlichen Marktdefinition bilden, entscheidend sind jedoch die tatsächlichen Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die aktuelle Ausdehnung der jeweiligen Arbeitsgebiete auch Spiegelbild des herrschenden Wettbewerbsdrucks oder von stillschweigender Kollusion sein kann.

99.* In dem Verfahren StatoilHydro/ConocoPhillips hat die Europäische Kommission aufgrund der qualitativen Analyse nationale Märkte für den Vertrieb von Benzin und Diesel an Tankstellen definiert, obgleich ihre ökonometrischen Untersuchungen auf der Betrachtung von lokalen bzw. regionalen Clustern um bestimmte Tankstellen basieren. Nach Ansicht der Monopolkommission können empirische Untersuchungen in Zusammenschlussverfahren durchaus sinnvoll sein. Die Wettbewerbsbehörden müssen jedoch darauf achten, Unstimmigkeiten zwischen qualitativer und quantitativer Analyse zu vermeiden. Die Marktabgrenzung hat zudem aufgrund der tatsächlichen ökonomischen Gegebenheiten zu erfolgen. Liegen aus ökonomischer Sicht lokale oder regionale Märkte vor, muss die Europäische Kommission dies feststellen und ausdrücklich begründen, warum die untersuchten Märkte einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes im Sinne des Artikel 2 Absatz 2 und 3 der Fusionskontrollverordnung (FKVO) darstellen, sodass ihre Zuständigkeit begründet ist.

100.* Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich die differenzierte Auseinandersetzung der Europäischen Kommission mit der Marktabgrenzung im Energiesektor. Sie unterstützt die vorsichtige Haltung der Europäischen Kommission in Bezug auf die behördliche Feststellung größerer als der traditionell abgegrenzten Märkte. Eine zu weite Marktabgrenzung birgt die Gefahr, dass die Marktmacht der Unternehmen auf ihren relevanten Märkten unterschätzt wird. Die Monopolkommission sieht eine zunehmende Konzentration der Energieerzeugung auf der

europäischen Ebene mit Besorgnis. Eine zu großzügige Anwendung der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften könnte zu einer Situation führen, die länderübergreifend der aktuellen Lage in Deutschland mit einer hohen Konzentration auf der Erzeugerebene bzw. einer Konzentration des Gasangebots auf wenige Unternehmen entspricht.

101.* In dem Verfahren Friesland/Campina hat die Europäische Kommission erstmals auf der Grundlage des SIEC-Tests eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung ausgeschlossen, obwohl sie zuvor die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung angenommen hatte. Sie begründete dieses Ergebnis damit, dass es sich bei den Zusammenschlussparteien um Genossenschaften handelt. Nach Ansicht der Monopolkommission bestehen Zweifel an der Feststellung der Europäischen Kommission, die Genossenschaften nähmen eine marktbeherrschende Stellung gegenüber ihren Lieferanten ein. Die personelle Identität von Lieferanten und Genossen, die maßgeblichen Einflussmöglichkeiten der Lieferanten auf die Geschäftsführung der Genossenschaft sowie die genossenschaftliche Zielsetzung sprechen dafür, bereits die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung gegenüber den Genossenschaftsmitgliedern zu verneinen. In diesem Sinn hat auch das Bundeskartellamt in einem ähnlich gelagerten Fall entschieden. Der Vergleich der beiden Entscheidungen verdeutlicht, dass auf der Grundlage des Marktbeherrschungstests kein anderes Ergebnis erzielt worden wäre.

102.* In dem Verfahren KLM/Martinair hielt der Erwerber bereits vor dem Zusammenschluss eine Beteiligung an Martinair. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Europäischen Kommission dennoch eine fundierte Prüfung vornimmt und negative Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens nicht pauschal ablehnt. Eine im Vorfeld bestehende Beteiligung kann sich unterschiedlich auswirken und muss jeweils anhand der konkreten Vertrags- und Marktverhältnisse eingeschätzt werden. In dem Fall Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex berücksichtigte die Europäische Kommission – jedenfalls inzident – eine Art Bagatellmarktgrenze bei der wettbewerblichen Analyse. Die Monopolkommission erinnert daran, dass die Fusionskontrollverordnung keine Bagatellmarktschwelle enthält, auf deren Grundlage von einer Prüfung kleiner Märkte abgesehen werden kann. Gemeinsame Marktanteile in Höhe von 70 bis 80 Prozent, wie auf einem der betroffenen Märkte festgestellt, sollten daher eine eingehende Untersuchung seitens der Europäischen Kommission auslösen.

103.* Ende 2007 veröffentlichte die Europäische Kommission Leitlinien zu nicht horizontalen, d. h. vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen. Die Monopolkommission bekräftigt ihre Überzeugung, dass in der Praxis vor allem auf Märkten mit heterogenen Gütern Schwierigkeiten bestehen können, zwischen horizontalen und nicht horizontalen Fusionen zu unterscheiden. Deshalb sollten auch bei der Untersuchung nicht horizontaler Zusammenschlüsse Marktstrukturkriterien beachtet werden. Die Monopolkommission unterstützt den Ansatz der Europäischen Kommission, positive und negative Anreize zur Marktabschottung zu untersuchen. Sie lehnt es jedoch ab, bereits zum Zeitpunkt des Fusionskontrollverfahrens zu berücksichtigen, inwieweit die Anreize zu Missbrauchspraktiken durch drohende Sanktionen effektiv beeinflusst bzw. vermindert werden. Auf der Grundlage der genannten Leitlinien hat sich die Europäische Kommission im Berichtszeitraum erkennbar häufiger und detaillierter mit den vertikalen Auswirkungen von Zusammenschlüssen befasst. In mehreren Fällen eröffnete sie die zweite Verfahrensphase, gab nach Abschluss der Prüfung allerdings sämtliche Vorhaben bedingungslos frei. Die wettbewerbliche Einschätzung in den Verfahren TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq hält die Monopolkommission teilweise für kritikwürdig.

104.* Der Großteil der angemeldeten Zusammenschlussvorhaben wirkte sich in erster Linie auf den Angebotswettbewerb aus. Vereinzelt, z. B. in den Fällen ABF/GBI und Rewe/Adeg, hat die Europäische Kommission allerdings auch zur Nachfragemacht auf Beschaffungsmärkten bzw. zur gegengewichtigen Nachfragemacht Stellung genommen. Von besonderem Interesse sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen der Europäischen Kommission, wonach das Bestehen von gegengewichtiger Nachfragemacht nur in Rechnung gestellt werden darf, sofern diese sämtliche Abnehmer vor negativen Auswirkungen eines Zusammenschlusses schützt. Es genügt also nicht, wenn einige starke Nachfrager sich gegen Preiserhöhungen oder Qualitätseinbußen seitens der neuen Unternehmenseinheit wehren können. Da starke Nachfrager eher selten Anreize zum Schutz ihrer kleineren Wettbewerber haben dürften, ist davon auszugehen, dass die Europäische Kommission das Bestehen von Nachfragemacht künftig nur dann als Gegengewicht zur Marktmacht beachtet, wenn der Abnehmermarkt monopolistisch strukturiert ist, sämtliche Abnehmer in der Lage sind, Nachfragemacht auszuüben oder keine Fähigkeit der Anbieter zur Preisdiskriminierung besteht.

105.* Die Europäische Kommission konzentrierte sich während des Berichtszeitraums – wie in den vergangenen Jahren – überwiegend auf die nicht koordinierten Effekte von Zusammenschlüssen. Nur vereinzelt äußert sie Wettbewerbsbedenken aufgrund von koordinierten Wirkungen. Lediglich in dem Verfahren ABF/GBI hat die Europäische Kommission ausschließlich koordinierte Effekte zum Anlass genommen, um eine vertiefte Prüfung vorzunehmen. Positiv ist zu werten, dass nach einer längeren Phase der Zurückhaltung wieder Fälle mit koordinierten Effekten aufgegriffen werden. Mit ursächlich hierfür dürfte die Entscheidung Bertelsmann und Sony/Impala des Europäischen Gerichtshofs gewesen sein, mit der die vom Gericht erster Instanz in seinem Airtours-Urteil aufgestellten Kriterien für den Nachweis koordinierter Effekte bestätigt und wichtige Fragen zum Beweismaßstab und zum Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission geklärt wurden.

106.* Bemerkenswert ist ferner, dass die Zusammenschlussparteien in sieben von insgesamt 17 Zweite-Phase-Fällen Effizienzgesichtspunkte geltend gemacht

haben. Die Europäische Kommission hat das Vorliegen berücksichtigungsfähgier Effizienzgewinne in keinem horizontalen Zusammenschluss, sondern nur bei zwei vertikalen Zusammenschlüssen bestätigt. In keinem Fall war der Effizienzeinwand entscheidungserheblich. Von besonderem Interesse ist die Verfügung Lufthansa/SN Airholding, in der eine Abwägung zwischen der Wettbewerbsbeeinträchtigung einerseits und den Effizienzen andererseits stattfindet.

107.* In den vertikalen Fällen TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq erklärt die Europäische Kommission ausdrücklich, dass die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen im Rahmen einer Gesamtanalyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses, die sowohl die wettbewerbsbeeinträchtigenden als auch die wettbewerbsfördernden Effekte umfasst, zu erfolgen hat. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Europäische Kommission in beiden Fällen auf mögliche Effizienzgewinne einging, obwohl sie zuvor bereits die Fähigkeit und/oder Anreize zur Marktabschottung verneint hatte. Die Monopolkommission hält eine zweistufige Prüfung – der möglichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen einerseits und der Effizienzgewinne andererseits – im Rahmen der Fusionskontrolle für vorteilhaft. Ob bestimmte Effizienzen die Wettbewerbsbeschränkungen eines Zusammenschlusses aufheben, lässt sich erst erkennen, nachdem das Ausmaß dieser Beschränkungen abgeschätzt wurde. Die Wettbewerbssituation nach dem Zusammenschluss beeinflusst außerdem die Frage, in welchem Umfang die Weitergabe von Effizienzvorteilen an die Verbraucher zu erwarten ist. Darüber hinaus müssen die Effizienzvorteile gerade den durch die Fusion ausgelösten Wettbewerbsbeeinträchtigungen begegnen. Schließlich stellt eine solche Vorgehensweise einen effizienten Ressourceneinsatz aufseiten der Wettbewerbsbehörde sicher. In Fällen, in denen schon keine Wettbewerbsbedenken auftreten, ist eine Befassung mit möglichen Effizienzgesichtspunkten daher zu unterlassen.

108.* Die Europäische Kommission gewinnt die für die Beurteilung von Zusammenschlüssen notwendigen Informationen üblicherweise aus der Anmeldung der Zusammenschlussparteien sowie aus Befragungen von Konkurrenten und Marktteilnehmern auf vor- und nachgelagerten Marktstufen. Während des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission zudem vermehrt Verbraucherbefragungen durchgeführt, z. B. in den Verfahren KLM/Martinair und StatoilHydro/ConocoPhillips. Zum Teil erscheint die Erforderlichkeit bzw. Zielgerichtetheit der durchgeführten Befragungen zweifelhaft. Eine wichtige Rolle spielten darüber hinaus interne Unterlagen der Fusionsbeteiligten. In den Fällen Thomson/Reuters und Arsenal/DSP gelang es der Europäischen Kommission mittels solcher Dokumente, die Argumente der Beteiligten im fusionskontrollrechtlichen Verfahren zu entkräften. Im Rahmen der Effizienzbeurteilung bemängelte die Europäische Kommission hingegen wiederholt das Fehlen interner Unterlagen aus der Zeit vor dem Zusammenschlussverfahren, in denen Bezug auf die geltend gemachten Effizienzgewinne genommen wurde. Dokumenten, die ausschließlich für die Zwecke des Fusionskontrollverfahrens erstellt wurden, misst die Wettbewerbsbehörde in diesem Zusammenhang geringeren Beweiswert bei. Zu beobachten ist schließlich, dass im Berichtszeitraum vermehrt ökonomische Studien und quantitative Analysen zum Einsatz kamen. Wie bislang werden solche Studien und Analysen überwiegend von den Zusammenschlussparteien oder der Europäischen Kommission in das fusionskontrollrechtliche Verfahren eingeführt. Dies erfolgte z. B. in den Fällen Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex, Arsenal/DSP, TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq. Vereinzelt legen aber auch Dritte, wie im Verfahren Rewe/Adeg, entsprechende Dokumente vor, um ihren Standpunkt zu untermauern.

109.* Die Europäische Kommission hat während des Verfahrens Friesland/Campina verschiedene ökonometrische Analysen, insbesondere eine Schätzung der Nachfrageelastizitäten, durchgeführt. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Vorgehen der Europäischen Kommission zu begrüßen. Die Wettbewerbsbehörde informierte die Parteien über die Berechnungsmethoden und Ergebnisse ihrer Analysen mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte und gab diesen somit ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme. Durch die Wahrung der in Artikel 18 Absatz 3 FKVO verankerten Verteidigungsrechte auch im Hinblick auf ihre quantitative Argumentation vermied die Kommission nicht nur diesbezügliche Verfahrensfehler. Die von den Parteien geäußerte Kritik gab ihr darüber hinaus Gelegenheit, ihre Vorgehensweise inhaltlich zu korrigieren, was die Wahrscheinlichkeit einer gerichtlichen Auseinandersetzung im Anschluss an die Kommissionsentscheidung deutlich senkt. Zudem sorgt die detaillierte Dokumentation des Verfahrensablaufs und der Analyseergebnisse für mehr Transparenz. Gleichzeitig zeigt der Vorgang, dass die beteiligten Unternehmen durchaus erfolgreich gegen die quantitativen Analyseergebnisse der Wettbewerbsbehörde argumentieren können.

110.* Das Gericht erster Instanz hat in dem Verfahren Omya/Kommission die Ermittlungsbefugnisse der Europäischen Kommission gestärkt. Auch nach Ansicht der Monopolkommission ist in diesem Zusammenhang auf eine Ex-ante-Betrachtung, also auf die Erkenntnislage der Europäischen Kommission zum Zeitpunkt des Informationsverlangens, abzustellen. Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass die Wettbewerbsbehörde sämtliche für ihre Entscheidungsfindung erforderlichen Informationen erhalten kann.

111.* Im Oktober 2008 hat die Europäische Kommission eine überarbeitete Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen vorgelegt. Die neue Mitteilung weist einen restriktiveren Ansatz gegenüber Zusagenangeboten auf, was z. B. in umfänglichen Informations- und Nachweispflichten der Zusammenschlussparteien zum Ausdruck kommt. Daneben wird die Vorzugswürdigkeit von strukturellen Abhilfemaßnahmen, insbesondere von Veräußerungsverpflichtungen betont. Schließlich unterstreicht die Europäische Kommission die Bedeutung von Up-front-buyer- und Fix-it-first-Lösungen und erklärt alternative Verpflichtungsangebote für notwendig, sofern die Durchführung der zunächst offerierten Zusage ungewiss ist. Soweit

ersichtlich, kommt diese strengere Einstellung der Europäischen Kommission auch in ihrer Entscheidungspraxis zum Ausdruck. Im Berichtszeitraum nahm die Europäische Kommission hauptsächlich Veräußerungszusagen entgegen, die allenfalls durch verhaltensorientierte Verpflichtungen ergänzt wurden. Zusagen, die ein Veräußerungsangebot enthalten, sind nach Auffassung der Monopolkommission grundsätzlich positiv zu bewerten. Derartige Zusagen sind struktureller Natur und daher am besten geeignet, die aus einem Zusammenschluss resultierenden strukturellen Wettbewerbsbedenken zu beseitigen. Sie werden in der Regel innerhalb kurzer Fristen umgesetzt und bedürfen danach keiner weiteren Kontrolltätigkeit seitens der Wettbewerbsbehörde. Trotz dieser grundsätzlich positiven Einstellung zu Veräußerungsverpflichtungen gaben nach Auffassung der Monopolkommission einige der angenommenen Zusagen während des Berichtszeitraums Anlass zu Zweifeln an ihrer Wirksamkeit, z. B. in den Fällen ABF/GBI und Thomson/Reuters.

112.* Die Monopolkommission hat sich in ihrem letzten Hauptgutachten ausführlich zu den Problemen geäußert, die mit den gängigen Verpflichtungen im Passagierluftverkehr verbunden sind. Sie begrüßt deshalb, dass die Europäische Kommission nunmehr z. B. in den Verfahren Lufthansa/Austrian Airlines und Lufthansa/SN Airholding selbst Mängel in der vergangenen Zusagenpraxis einräumt und bestrebt ist, diese Defizite zu beseitigen. Nach Ansicht der Monopolkommission verbleiben allerdings weiter erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit der angenommenen Zusagen, die sich auf die Übertragung von Großvaterrechten und die Möglichkeit von Codesharing-Abkommen beziehen. Positiver schätzt die Monopolkommission die Auswirkungen von entsprechenden Abhilfemaßnahmen nur dort ein, wo bereits ein aktiver Wettbewerber der Zusammenschlussparteien vorhanden ist, dessen Stellung gestärkt wird.

113.* Die Europäische Kommission hat während des Berichtszeitraums in aller Regel nur ergänzend auf verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen zurückgegriffen. Hier sind insbesondere Lieferpflichten des Veräußerers oder eines Dritten gegenüber dem künftigen Erwerber zu nennen. Für die Beurteilung solcher Lieferverpflichtungen kommt es nach Auffassung der Monopolkommission auf die konkrete Ausgestaltung im Einzelfall an. Problematisch sind in diesem Zusammenhang vor allem langfristige Lieferbeziehungen, die dauerhaft Abhängigkeiten des Erwerbers schaffen, dem Veräußerer langfristig Einblicke in Produktionsprozesse und Kosten seines Wettbewerbers ermöglichen und kontinuierlich Diskriminierungspotenzial – etwa bezüglich Lieferfristen und Qualität – bergen. In der Entscheidungspraxis gibt die Ausgestaltung der Lieferpflichten vereinzelt Anlass zu Kritik. Verhaltensorientierte Zusagen wurden ebenfalls im Verfahren KLM/Martinair angeboten, von der Europäischen Kommission jedoch zurückgewiesen. Die Ablehnung der vorgelegten Zusagenangebote, die eine sehr komplexe Regelung zur Begrenzung der Preishöhe enthalten, ist zu begrüßen.

114.* Des Weiteren hat die Europäische Kommission in einigen Verfahren auf alternative Zusagenangebote oder Up-front-buyer- und Fix-it-first-Lösungen bestanden. Sie hat zu Recht alternative Verpflichtungen gefordert, wenn die Erfüllung der zunächst angebotenen Zusagen von Dritten abhing und somit von der Europäischen Kommission nicht durchsetzbar war. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, dass die Europäische Kommission in Fällen, in denen die Erfüllung einer Zusage von dem Verhalten eines Dritten abhängt, zwingend den vorherigen Zusagenvollzug sicherstellen bzw. eine alternative Abhilfemaßnahme verlangen muss.

115.* In dem Verfahren Arsenal/DSP ging die letzte Fassung des Entscheidungsentwurfs mit geänderten Zusagen erst zwei Arbeitstage vor der Sitzung des Beratenden Ausschusses bei den nationalen Wettbewerbsbehörden ein. Wie die Monopolkommission bereits anlässlich vergleichbarer Fälle in der Vergangenheit festgestellt hat, ist unter diesen Voraussetzungen eine fundierte Prüfung seitens der nationalen Wettbewerbsbehörden kaum mehr möglich. Die Monopolkommission vertritt die Auffassung, dass der Zeitdruck im fusionskontrollrechtlichen Verfahren nicht einseitig zulasten der gesetzlich festgelegten Mitwirkungsrechte der Mitgliedstaaten gehen darf. Vielmehr ist die Europäische Kommission gehalten, Termine so zu setzen, dass die nationalen Behörden – vor dem Hintergrund der zum Teil sehr umfangreichen Zusagenpakete – angemessen beteiligt werden können.

116.* Drei Urteile des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz aus den Jahren 2008/2009 sind von besonderem Interesse, nämlich Bertelsmann und Sony/Impala, MyTravel/Kommission und Kommission/Schneider Electric. Mit dem Urteil Bertelsmann und Sony/Impala nimmt der Gerichtshof zu einer Reihe wichtiger Fragen der materiellen Fusionskontrolle sowie des Verfahrensrechts Stellung. Zu nennen sind in erster Linie die Ausführungen zur kollektiven Marktbeherrschung, zur Rechtsnatur und Funktion der Mitteilung der Beschwerdepunkte sowie zur Begründungspflicht und zum Beweismaßstab im Fusionskontrollverfahren. Die Ausführungen des Gerichtshofs zu den Beweisanforderungen im fusionskontrollrechtlichen Verfahren, insbesondere die Klarstellung, dass sowohl für Freigaben- und Untersagungsentscheidungen als auch für unterschiedliche Arten von Zusammenschlüssen dieselben Beweisanforderungen gelten, sind zu begrüßen. Auch die Feststellung, dass es sich bei der Vorschrift des Artikel 10 Absatz 6 FKVO um eine Ausnahmeregelung handelt, ist positiv zu bewerten. Der Gerichtshof erteilt damit Forderungen, das Instrument der Genehmigungsfiktion regelmäßig anzuwenden, um auf diesem Wege Drittklagen zu verhindern, eine deutliche Absage. In dem Verfahren Kommission/Schneider Electric weist der Gerichtshof die finanziellen Risiken eines vorzeitigen Zusammenschlussvollzugs den Parteien zu. Die Monopolkommission unterstützt diese Auffassung, da anderenfalls der Grundsatz der präventiven Fusionskontrolle gefährdet wäre. Sie begrüßt außerdem, dass mit dem nun vorliegenden Urteil für fusionswillige Unternehmen Klarheit über die möglichen Konsequenzen eines vorab vollzogenen Zusammenschlusses besteht.

117.* Die Mitteilung der Europäischen Kommission zu zulässigen Abhilfemaßnahmen stößt weitgehend auf Zustimmung der Monopolkommission. Sie unterstützt die positive Haltung der Europäischen Kommission zu Veräußerungszusagen und teilt ihre Skepsis in Bezug auf verhaltensorientierte Verpflichtungen. Die Monopolkommission bezweifelt jedoch, dass die Europäische Kommission die mit Zugangsverpflichtungen verbundenen Nachteile, insbesondere das Diskriminierungspotenzial der Zusammenschlussparteien, ausreichend berücksichtigt hat. Dass Zurückhaltung bei der Entgegennahme derartiger Zusagen geboten ist, zeigen eindrücklich die Ergebnisse der Studie aus dem Jahr 2005, wonach Zugangsverpflichtungen die am wenigsten erfolgreiche Art der Abhilfemaßnahme darstellen. Zustimmung verdient die Europäische Kommission, soweit sie die Bedeutung des künftigen Erwerbers für den Erfolg der Abhilfemaßnahme betont. Positiv bewertet die Monopolkommission außerdem die Absicht, in Zukunft verstärkt auf Up-front-buyer- und Fix-it-first-Zusagen zu bestehen. Sie hat bereits früher gefordert, die vorangehende Veräußerung von Vermögensteilen zur Bedingung des Zusammenschlussvollzugs zu machen. Beide genannten Lösungen gewährleisten, dass ein Zusammenschluss nur dann durchgeführt werden darf, wenn sich überhaupt ein wettbewerbsfähiger Erwerber für die zur Veräußerung stehenden Vermögensteile interessiert. In der Vergangenheit war dies nicht immer der Fall. Außerdem stellt sowohl die Up-front-buyer- als auch die Fix-it-first-Lösung sicher, dass die Fusionsparteien sich ernsthaft bemühen, einen geeigneten Erwerber zu finden und den Erwerbsprozess möglichst unkompliziert und zügig durchzuführen.

118.* Darüber hinaus bekräftigt die Monopolkommission ihre Forderung, dass die Europäische Kommission künftig regelmäßig über die Durchführung und Wirksamkeit der von ihr auferlegten Abhilfemaßnahmen berichten soll. Wie die Studie aus dem Jahr 2005 verdeutlicht, trägt eine solche Nachschau wesentlich dazu bei, Defizite aufzuspüren und notwendige Reformprozesse in Gang zu setzten. Diese Überlegung hat um so mehr Gewicht, als die Europäische Kommission in der jüngeren Vergangenheit weitgehend auf Untersagungen verzichtete und stattdessen darauf setzte, problematische Fälle mit teilweise umfangreichen Abhilfemaßnahmen zu lösen. Im Zusammenhang mit der nunmehr geltenden Mitteilung der Europäischen Kommission zu zulässigen Abhilfemaßnahmen ist darüber hinaus von besonderem Interesse, inwieweit die dort aufgestellten Grundsätze in der Entscheidungspraxis Berücksichtigung finden und die Wirksamkeit der auferlegten Verpflichtungen erhöhen. Aus künftigen Erfahrungsberichten ließe sich ferner ablesen, ob und in welchen Bereichen weiterer Reformbedarf besteht.

119.* Im Juli 2009 legte die Europäische Kommission einen Bericht über die Zuständigkeitsverteilung vor und stellte unter anderem Reformbedarf hinsichtlich der Zwei-Drittel-Regel in Artikel 1 Absatz 2 FKVO fest. Die Monopolkommission hat bereits vor dem Hintergrund des Zusammenschlusses E.ON/Ruhrgas eine Änderung dieser Bestimmung angeregt. Sie kritisierte vor allem, dass die Vorschrift an die in der Vergangenheit erzielten Umsätze anknüpft und damit einer rein statischen Betrachtungsweise folgt, ohne die absehbare europäische Dimension eines Zusammenschlusses zu berücksichtigen. Als problematisch wurde dies vor allem in Fällen angesehen, in denen bislang abgeschottete Märkte betroffen sind und die Internationalisierung der Unternehmenstätigkeit noch nicht oder gerade erst begonnen hat. Den Aspekt der Mehrfachanmeldung thematisiert die Europäische Kommission sowohl im Zusammenhang mit Artikel 1 Absatz 3 FKVO als auch mit Artikel 4 Absatz 5 FKVO. Sie favorisiert eine automatische Verweisung nach Brüssel in Fällen, in denen ansonsten mindestens drei nationale Wettbewerbsbehörden befasst wären und greift damit alte Pläne wieder auf. Die Monopolkommission spricht sich erneut gegen eine automatische Verweisung bei Mehrfachanmeldungen aus. Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass mit der zwischenzeitlichen Einführung von Artikel 4 Absatz 5 FKVO im Zuge der zweiten FKVO-Reform die Möglichkeit der Verweisung auf Initiative der beteiligten Unternehmen existiert. Diese Option entschärft die vorgetragenen Probleme mit Mehrfachanmeldungen deutlich.

120.* Eine Absage erteilt die Monopolkommission den im vorliegenden Bericht angedeuteten Bestrebungen der Europäischen Kommission, die nationalen Fusionskontrollrechte zu harmonisieren. Um das Ziel eines „level playing field“ zu erreichen, schlägt die Europäische Kommission die Anpassung der verschiedenen nationalen Regeln untereinander und im Verhältnis zur Fusionskontrollverordnung vor. Dieser Vorschlag bezieht sich in erster Linie auf Verfahrensfragen, umfasst aber auch materiell-rechtliche Aspekte. Nach Auffassung der Monopolkommission ist stattdessen eine Harmonisierung vonseiten der einzelnen Mitgliedstaaten vorzuziehen. In diesem Zusammenhang ist an die geplante Achte GWB-Novelle zu erinnern, bei der der deutsche Gesetzgeber unter anderem über eine Neujustierung der Aufgreifschwellen und über eine Anpassung der materiell-rechtlichen Kriterien der deutschen Fusionskontrolle entscheiden wird.

V. Arbeitsmarkt und Wettbewerb auf Produktmärkten

121.* Die Monopolkommission hat sich bereits in ihrem Zehnten Hauptgutachten 1992/1993 mit der Kartellstruktur auf den Märkten für abhängige Arbeit beschäftigt. Allerdings lag der Fokus damals auf den Beschäftigungswirkungen institutioneller Regelungen des Arbeitsmarktes. In dem hier vorgelegten Kapitel liegt indes das Hauptaugenmerk auf den wettbewerblichen Auswirkungen des deutschen Tarifsystems auf die nachgelagerten Produktmärkte. Dabei zieht die Monopolkommission die grundrechtlich verbürgte Koalitionsfreiheit nicht in Zweifel.

122.* Konkret werden zum einen die Auswirkungen von Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz sowie die Festsetzung von Mindestlöhnen gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz auf Produktmärkte untersucht. Bei den Allgemeinverbindlicherklärungen handelt es sich um ta-

rifvertragliche Regelungen, die auf ganze Branchen erstreckt werden; das Mindestarbeitsbedingungengesetz erlaubt die Festsetzung staatlicher Mindestlöhne in einem Wirtschaftszweig. Wettbewerbliche Probleme ergeben sich hierbei in Form der Schaffung bzw. Ausweitung branchenweiter Lohnkartelle, wodurch etablierten Unternehmen eines Marktes die Möglichkeit offeriert wird, Wettbewerber, insbesondere Newcomer, mittels Steigerung derer Personalkosten aus dem Markt zu drängen. Zum anderen untersucht die Monopolkommission das Phänomen der Spartengewerkschaften, welches wettbewerbspolitisch aufgrund grob unverhältnismäßiger Streikforderungen und Tarifabschlüsse zulasten Dritter von Bedeutung ist.

123.* In der deutschen Tariflandschaft werden drei Gewerkschaftstypen unterschieden: Einheitsgewerkschaften, Berufs- bzw. Spartengewerkschaften und christliche Gewerkschaften. Während auf der einen Seite große Einheitsgewerkschaften mit pluralistischer Mitgliederstruktur ihre Mitglieder verlieren, ist andererseits ein vermehrter Tarifwettbewerb durch erstarkende Sparten- und christliche Gewerkschaften zu beobachten. Diese setzen zunehmend eigene Tarifverträge durch, woraus sich eine Fragmentierung der deutschen Tariflandschaft ergibt.

124.* Der Nettoorganisationsgrad der Gewerkschaften (Anteil der anhängig beschäftigten Gewerkschaftsmitglieder an allen Arbeitnehmern) und auch die Tarifbindung der Beschäftigten (alle Arbeitnehmer, auf die der Tarifvertrag unabhängig von der Gewerkschaftszugehörigkeit Anwendung findet) sind in Deutschland insgesamt rückläufig. Dies resultiert jedoch nicht in erster Linie aus dem Verlust gewerkschaftlicher Organisationsmacht, der in ähnlicher Form auch in anderen Ländern zu beobachten ist. Der Unterschied ist in Deutschland vielmehr, dass es – anders als in den meisten EU-Ländern – bisher kaum eine wirkungsvolle politische Unterstützung zur Stabilisierung und Ausweitung der Flächentarifbindung gegeben hat. So bewirkt beispielsweise das noch in Schweden, Finnland und Dänemark vorkommende Genter System, bei dem die Gewerkschaften die Arbeitslosenversicherung verwalten, eine hohe Tarifbindung und einen vergleichsweise hohen gewerkschaftlichen Organisationsgrad von jeweils über 70 Prozent. Überdies ist außerhalb Skandinaviens eine hohe Verbreitung des Instruments der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen der wichtigste Erklärungsfaktor für eine hohe Tarifbindung.

125.* Das deutsche Tarifsystem ist durch zwei gegenläufige Entwicklungslinien gekennzeichnet. Einerseits kann ein Aufbrechen des Flächentarifsystems konstatiert werden. Am deutlichsten wird dies durch die in der Praxis aufkeimende Tarifpluralität. Aktuell hat sich der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Beschlüssen vom 23. Juni 2010 der vom Vierten Senat im Anfragebeschluss vom 27. Januar 2010 dargelegten Rechtsauffassung angeschlossen und den Grundsatz „ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ aufgegeben. Danach können nunmehr auch nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in einem Betrieb mehrere Tarifverträge für unterschiedliche Berufsgruppen anwendbar sein. Ein Aufbrechen des Tarifsystems zeigt sich auch anhand von Öffnungsklauseln, mit denen tariflich geregelte Arbeitsbedingungen flexibilisiert werden können. Dies bedingt zwar auf der einen Seite eine Stabilisierung der äußeren Struktur des Tarifsystems, ist aber auf der anderen Seite eine weitverbreitete Flexibilisierungsoption zur individuelleren Ausformung des Tarifsystems, um einem vom Markt ausgehenden Anpassungsdruck nachgeben zu können. Neben dem Aufbrechen des Tarifsystems zeigen sich andererseits gegenläufige Maßnahmen, die einer Stabilisierung und Restabilisierung des klassischen Flächentarifsystems dienlich sind. Hierzu zählen Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß Tarifvertragsgesetz und in jüngerer Zeit auch gemäß Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Mindestlöhne gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz, die Fortgeltung und Nachwirkung von Tarifverträgen, die strikten, von den Arbeitsgerichten entwickelten Anforderungen an die Tariffähigkeit, der vormals vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Grundsatz der Tarifeinheit oder das einstige kategorische Verbot tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln durch das Bundesarbeitsgericht. Besonders in jüngerer Zeit versucht der Gesetzgeber verstärkt, der zunehmenden Erosion des deutschen Flächentarifsystems mit neuen bzw. neu gefassten Gesetzen entgegenzuwirken (Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Mindestarbeitsbedingungengesetz). Damit kann er zwar höhere Tarifbindungen bzw. eine Bindung an staatliche Mindestlöhne forcieren, begibt sich aber in direkte Regelungskonkurrenz zu den Tarifvertragsparteien und schwächt insofern die Tarifautonomie.

126.* Betrachtet man Arbeits- und Produktmärkte aus wettbewerbsökonomischer Sicht, dann erscheinen folgende Voraussetzungen auf Produktmärkten problematisch, welche oftmals auch in Kombination auftreten: (1) fehlender oder mangelnder Wettbewerb auf dem inländischen Produktmarkt bei gleichzeitig geringer Preiselastizität der Nachfrage, (2) Missbrauchsmöglichkeit eines tariflichen Branchenmindestlohns im Falle differierender Produktivitätsniveaus der Unternehmen eines Marktes sowie (3) das Auftreten verhandlungsstarker Spartengewerkschaften. Zu (1): Fehlender oder mangelnder Wettbewerb sowie eine geringe Preiselastizität der Nachfrage auf dem Produktmarkt geben den Unternehmen Anreize, Produktpreise abzusprechen. Unternehmen, die auf monopolistisch geprägten Absatzmärkten agieren, realisieren überdies nicht nur höhere Kapitalerträge, sondern zahlen in der Regel auch Löhne über dem markträumenden Niveau. Wie weit die Löhne über dem markträumenden Niveau liegen, ist abhängig von der Höhe der Monopolrenten und der relativen Verhandlungsmacht der Tarifvertragsparteien. Zu (2): Handelt es sich um einen Markt, auf dem zwischen den Unternehmen große Produktivitätsunterschiede bestehen, dann kann ein von produktiveren Unternehmen mit der Arbeitnehmerschaft ausgehandelter tariflicher Mindestlohn als effektive Markteintrittsbarriere missbraucht werden. Weniger produktive Unternehmen, also in der Regel Newcomer, sind nicht in der Lage, den tariflich ausgehandelten Mindestlohn zu zahlen. Sie werden so durch die Verteuerung des Produktionsfaktors Arbeit in ihrer Wettbewerbsfähigkeit

geschwächt oder müssen den Markt verlassen. Zu (3): Mächtige Spartengewerkschaften haben den Vorteil, dass sich ihre Mitglieder im Wirtschaftsprozess oftmals an strategisch wichtigen Knotenpunkten befinden und sie dadurch im Streikfall große wirtschaftliche Schäden anrichten können; man denke etwa an die Streiks der Lokführer- oder Ärztegewerkschaften. Als problematisch erachtet die Monopolkommission hierbei die missbräuchliche Ausübung von Verhandlungs- und Arbeitskampfmacht zulasten Dritter (Konsumenten, verhandlungsschwache Gewerkschaften, aber auch Arbeitgeber und Arbeitslose).

127.* Im Rahmen der aktuellen Entwicklungen in der deutschen Tariflandschaft haben drei Themen wettbewerbspolitisch besondere Relevanz: Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Mindestlöhne gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz sowie Spartengewerkschaften. Die Instrumente „Allgemeinverbindlicherklärung“ und „staatlicher Mindestlohn“ stellen staatliche Eingriffe in die Koalitionsfreiheit dar. Das Phänomen der Spartengewerkschaften ist hingegen eine Folge der Neugestaltung der Rahmenbedingungen auf den Produktmärkten. Spartengewerkschaften konzentrieren sich in Deutschland auf Unternehmen des Verkehrs- und Gesundheitssektors (Luftverkehr, Bahn, Krankenhäuser), treten also folglich auf Produktmärkten auf, auf denen lange Zeit monopolartige Strukturen herrschten.

128.* Den immer stärker werdenden politischen Einfluss auf die Lohnfestlegung sieht die Monopolkommission vor dem Hintergrund des Tarifvorrangs generell mit Sorge. Sie weist insoweit darauf hin, dass die Allgemeinverbindlicherklärung gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz eine erhebliche staatliche Regelungskonkurrenz für die Koalitionen darstellt und somit zu einer Schwächung der Tarifautonomie führen kann. Die Monopolkommission spricht sich insbesondere aufgrund der Möglichkeit einer erheblichen Beschränkung des Produktmarktwettbewerbs sowie verfassungsrechtlicher Bedenken dagegen aus, dass bestehende Tarifverträge durch Rechtsverordnung verdrängt werden dürfen. Es ist kein Zufall, dass das Arbeitnehmer-Entsendegesetz und das Mindestarbeitsbedingungengesetz zeitgleich novelliert wurden, denn beide Gesetze standen von Beginn an im Zentrum der gesetzgeberischen Debatte, wenn es um das politische Ziel der Einführung von Mindestlöhnen ging. Mindestlöhne sind indes auch deshalb ökonomisch nicht unproblematisch, weil sie erhebliche negative Auswirkungen auf den nachgelagerten Produktmarkt haben können. Die Monopolkommission erachtet die Anwendung der Allgemeinverbindlicherklärung für besonders problematisch bei eingeschränktem oder nicht vorhandenem Wettbewerb auf betroffenen Produktmärkten, bei geringer Nachfrageelastizität sowie differierenden Produktivitätsniveaus der Unternehmen eines betroffenen Produktmarktes. Die Allgemeinverbindlicherklärung ist dazu geeignet, dass produktivere Unternehmen hohe Tarifabschlüsse strategisch dazu nutzen, weniger produktive Unternehmen mittels eines Branchenmindestlohns wettbewerblich zu behindern. Allgemeinverbindlicherklärungen können so eine größere Unternehmenskonzentration auf dem betroffenen Produktmarkt bedingen.

129.* Aufgrund der erheblichen wettbewerblichen Missbrauchsgefahr dieses Instruments befürwortet die Monopolkommission aus ordnungspolitischer Sicht eine starke Einschränkung der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen. Auf jeden Fall sollte eine Untersuchung absehbarer wettbewerblicher Folgen von Allgemeinverbindlicherklärungen vor deren Anordnung stattfinden. Insoweit befürwortet die Monopolkommission, wie bereits in ihren beiden Post-Sondergutachten aus den Jahren 2007 und 2009 sowie in ihrem 2010 veröffentlichten Sondergutachten zur Unternehmensentflechtung, die geplante Implementierung eines generellen Stellungnahmerechts des Bundeskartellamtes im Gesetzgebungsverfahren. Die Ausübung eines solchen Rechts durch eine fachlich unabhängige und ausschließlich dem Wettbewerbsschutz verpflichtete Behörde würde die möglichen Auswirkungen auf den Produktmarkt transparenter machen und die Entscheidungsgrundlage erheblich verbessern. Die Monopolkommission geht davon aus, dass sich die Berücksichtigung wettbewerblicher Aspekte im Gesetzgebungsprozess positiv auswirken wird. Sie verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass derzeit bereits einer ganzen Reihe nationaler Wettbewerbsbehörden (z. B. in Frankreich, Großbritannien, Italien und Spanien) die Aufgabe einer wettbewerblichen Folgenabschätzung gesetzlich übertragen ist.

130.* Problematisch vor dem Hintergrund der Tarifautonomie ist bei der Möglichkeit der Festsetzung von Mindestlöhnen nach Mindestarbeitsbedingungengesetz auch die Regelungskonkurrenz für die Tarifvertragsparteien. Dass es in einem Wirtschaftszweig eine geringe tarifliche Bindungsquote gibt, ist lediglich eine Ausprägung der Koalitionsfreiheit und nicht zwangsläufig reformbedürftig. Der Eingriff wird dadurch intensiviert, dass nicht nur die unterste Grenze der Entgelte in einem Wirtschaftszweig festgelegt wird, sondern dabei nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Regionen differenziert werden kann. Insofern fungiert der Mindestlohn nicht als generelle, einheitliche Existenzsicherung, sondern als „angemessener Lohn“ für die jeweilige Tätigkeit. Mittels eines Mindestlohns auf der Basis des Mindestarbeitsbedingungengesetzes wird eine Erhöhung der Arbeitskosten in dem jeweiligen Wirtschaftszweig bewirkt. Dies hat insbesondere für Newcomer eine Schwächung ihrer Wettbewerbsfähigkeit auf dem Produktmarkt zur Folge. Dieses Instrument zielt insofern, genau wie das Instrument der Allgemeinverbindlichkeit, auf eine Beschränkung des Lohn- und Produktwettbewerbs und ist aus wettbewerblicher Perspektive abzulehnen.

131.* Die Monopolkommission sieht keinerlei Notwendigkeit für ein solches Konkurrenzkonstrukt zur Regelungsautonomie der Tarifvertragsparteien. Insbesondere ist die Verdrängung bereits bestehender Tarifverträge vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich gewährten positiven und negativen Koalitionsfreiheit abzulehnen. Die Monopolkommission befürwortet daher eine Abschaffung der Möglichkeit, Mindestarbeitsentgelte nach dem

Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen festsetzen zu können.

132.* Erfolgreiche Spartengewerkschaften besitzen eine größere Verhandlungsmacht als eine große heterogene Einheitsgewerkschaft. Insofern ist es für verhandlungsstarke Berufsgruppen rational, separate Lohnverhandlungen mit dem Arbeitgeber bzw. dem Arbeitgeberverband zu führen. Das zu beobachtende vermehrte Aktivwerden von Spartengewerkschaften ist indes mit einer ganzen Reihe von Problemen verbunden. Angesprochen sei der komplementäre Tarifwettbewerb zulasten verhandlungsschwächerer Arbeitnehmergruppen. Der Sinn kollektiver Lohnverhandlungen liegt jedoch gerade darin, Verhandlungsschwächen bestimmter Arbeitnehmergruppen im Vergleich zur Arbeitgeberseite zu kompensieren. Überdies scheint es kein Zufall zu sein, dass sich Spartengewerkschaften vornehmlich auf Märkten des Verkehrs- und Gesundheitssektors konzentrieren, also auf Märkten, auf denen lange Zeit monopolartige Strukturen herrschten. Auf Märkten mit subventionierten Unternehmen (etwa SPNV-Unternehmen) oder einer generellen Versicherungspflicht, wie der Krankenversicherungspflicht im Gesundheitssektor, taucht überdies das Problem auf, dass sich höhere Löhne über höhere Subventionsforderungen oder höhere Krankenkassenbeiträge leicht überwälzen lassen. In derartigen Bereichen der Daseinsvorsorge können also höhere Löhne gleichsam automatisch einfach an schutzlose Dritte weitergereicht werden. Zu befürchten sind darüber hinaus als Ergebnisse von Tarifpluralität Überbietungswettbewerbe diverser Konkurrenzgewerkschaften in den Verhandlungen, ein Dominoeffekt auf andere gewerkschaftlich vertretene Berufsgruppen sowie im Falle eines stärkeren Gewerkschaftswettbewerbs auf eine mögliche Zunahme der Streiks.

133.* Wenngleich Tarifpluralität mit Problemen verbunden ist, stellt aus verfassungsrechtlicher Perspektive die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit einen höchst problematischen Eingriff in die durch Artikel 9 Absatz 3 Grundgesetz geschützte Koalitionsfreiheit dar. Aufgrund dieses grundrechtlichen Gebots konnte der richterrechtliche Grundsatz „ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ nicht aufrechterhalten werden und es erfolgte höchstrichterlich eine Abkehr hiervon. Dringliche Aufgabe des Gesetzgebers und der Arbeitsgerichtsbarkeit ist die Entwicklung von Instrumenten zur Einhegung der faktisch bereits wirksamen Tarifpluralität. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit muss mit den verfassungsrechtlich geschützten Interessen Dritter in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Die Monopolkommission kann nicht voraussehen, inwieweit sich die Problematik des Auftretens von Spartengewerkschaften zukünftig vermehrt zuspitzen wird. Sie äußert sich daher hinsichtlich möglicher Handlungsempfehlungen vorsichtig und hat für die Problematik der Spartengewerkschaften fünf verschiedene Vorschläge erörtert.

134.* Um die aus den ungleichen gewerkschaftlichen Machtverhältnissen resultierenden Nachteile zu verringern, besteht eine Option in verbindlichen, zeitlich synchronisierten Tarifverhandlungen. Diese Lösung belässt den Tarifparteien ihre inhaltliche Unabhängigkeit und fordert eine zeitliche Koordination. Somit wird das Verhandeln einer starken Spartengewerkschaft zulasten einer anderen Gewerkschaft erschwert und Streikaktivitäten werden gebündelt, sodass zeitlich versetzte fortlaufende Streikaktivitäten verschiedener Gewerkschaften unterbunden werden. Für eine zeitliche Koordination von Tarifverhandlungen müssten auch die Laufzeiten der Tarifverträge einheitlich bzw. müsste zumindest das Ende der Tarifverträge identisch sein. Zumindest müsste solange eine Friedenspflicht für die eine Gewerkschaft gelten, wie der Tarifvertrag der anderen Gewerkschaft noch Gültigkeit hat. Positiv ist an diesem Instrument, dass die Eingriffsintensität in die Tarifautonomie nicht sehr stark ist. Allerdings ist der Erfolg einer zeitlichen Koordination von Tarifverhandlungen einzelner Gewerkschaften letztlich ungewiss.

135.* Kooperationspflichten bedeuten einen stärkeren Eingriff in die Tarifautonomie als die zeitliche Koordination von Tarifverhandlungen. Im Falle verbindlicher Kooperationspflichten müssten sich alle beteiligten Gewerkschaften bereits im Vorfeld der Tarifverhandlungen bzw. während der Tarifverhandlungen untereinander auf gemeinsame Forderungen verständigen und am Ende auch einigen. Damit kann ebenfalls das Verhandeln einer starken Spartengewerkschaft zulasten einer anderen Gewerkschaft erschwert und Streikaktivitäten können gebündelt werden. Allerdings handelt es sich bei diesem Instrument um ein „Zwangskartell“, eine „Zwangstarifgemeinschaft“, sodass ein Verstoß gegen Artikel 9 Absatz 3 GG wahrscheinlich ist. Auch bei diesem Instrument ist das Ergebnis ungewiss. Fraglich ist auch, welche Folgen an den Fall geknüpft werden sollten, dass es zu keiner Einigung zwischen den Tarifpartnern kommt.

136.* Eine weitere Lösungsmöglichkeit ist ein umfassendes Aussperrungsrecht. Hierbei wird dem Arbeitgeber die Möglichkeit gegeben, neben der Aussperrung von Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseitern auch in anderen Gewerkschaften organisierte Arbeitnehmer aussperren zu dürfen. Dies ermöglicht einen großen Druck derjenigen auf die streikende Gewerkschaft, die aufgrund der Aussperrung keinen Lohnanspruch haben, von dem Arbeitskampf in keiner Weise profitieren und von ihrer Gewerkschaft keine Streikunterstützung erhalten. Positiv erscheint an diesem Instrument der deutliche Druck durch anders oder nicht gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer auf die streikende Spartengewerkschaft. Grundsätzlich ist eine umfassende Aussperrung nach der (wenngleich umstrittenen) Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bereits möglich. So steht es dem Arbeitgeber unabhängig von der wirtschaftlichen Zumutbarkeit frei, ob er einen bestreikten Betrieb oder Betriebsteil vorübergehend stilllegt oder nicht. Kritisch einzuwenden ist indes, dass das Mittel der Aussperrung in der Praxis schon seit Längerem nicht mehr verwendet worden ist, da hiermit für den Arbeitgeber erhebliche finanzielle Risiken verbunden sind. Überdies wollen Arbeitgeber eine mögliche Solidarisierung verschiedener Gewerkschaften vermeiden. Ungeklärt ist auch, ob eine über den Kreis der

Streikenden hinausgehende Aussperrung mit der arbeitsrechtlichen Friedenspflicht konfligiert.

137.* Ein weiterer Vorschlag ist ein für die Gewerkschaften im Falle eines drohenden Streiks zwingend vorzuschaltendes Schlichtungsverfahren. Das mindert insbesondere die angesprochenen Probleme auf den Verkehrs- und Gesundheitsmärkten, auf denen nicht nur erhebliche Streikschäden auftreten, sondern Lohnzuwächse wie ein Automatismus durch höhere Subventionen und/oder Krankenkassenbeiträge aufgefangen werden können. Gestreikt werden darf gemäß dieser Handlungsempfehlung erst dann, wenn der Schlichtungsspruch gefallen und abgelehnt worden ist. Ein solches Schlichtungsverfahren erscheint besonders in Bereichen der Daseinsvorsorge sinnvoll, da hier eine außerordentliche Betroffenheit der Allgemeinheit herrscht, die aufgrund eines oft unvollständigen Wettbewerbs im öffentlichen Dienst häufig nicht auf andere Anbieter ausweichen kann. Umstritten ist allerdings, ob eine solche Änderung des Arbeitskampfrechts umsetzbar ist. Überdies dürfte auch die Beantwortung der Frage einer adäquaten Lohnforderung eine schwierige Aufgabe darstellen.

138.* Die Einhegung der durch Tarifpluralität entstandenen Machtpotenziale ist ferner durch eine Missbrauchsaufsicht denkbar. In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission darauf hin, dass bereits heute nach – allerdings bestrittener – Auffassung die kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften die Erhebung und Durchsetzung grob unverhältnismäßiger Streikforderungen und Tarifabschlüsse verbieten. Anders als für das verwandte, doch bislang ineffektive arbeitsrechtliche Prinzip der Arbeitskampfparität könnte für die Durchsetzung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots auch die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig sein. Vor dem Hintergrund, dass die Besetzung von Arbeitsgerichten teilweise im Einvernehmen mit Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden erfolgt, kann eine solche Zuweisung an die auch sonst für die Beurteilung von Wettbewerbsfragen zuständigen Gerichte als sachangemessen erscheinen.

VI. Perspektiven für mehr Wettbewerb und Effizienz in der gesetzlichen Krankenversicherung

139.* Die Monopolkommission hat das System der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) und die Bedingungen für den Wettbewerb zwischen gesetzlichen Krankenkassen untersucht. Festzustellen ist, dass einerseits bereits Grundlagen für ein aktives Wettbewerbsgeschehen in den vergangenen Jahren geschaffen wurden, andererseits jedoch an verschiedenen Stellen schwerwiegende Hindernisse für selbiges aufrechterhalten geblieben sind. Diese Hindernisse schränken die aktive Wettbewerbsentwicklung im System der gesetzlichen Krankenversicherung und ihre effizienzsteigernden Wirkungen jedoch ganz erheblich ein.

140.* Die Bedeutung von mehr Wettbewerb und Effizienz im System der gesetzlichen Krankenversicherung wird besonders deutlich vor dem Hintergrund der aktuellen und zukünftigen Entwicklungen im deutschen Gesundheitswesen. Insbesondere der medizinisch-technische Fortschritt führt zu nachhaltigen Kostensteigerungen im Gesundheitssektor. Gleichzeitig deutet eine Analyse von OECD-Indikatoren an, dass Deutschland vergleichsweise viel Geld in sein Gesundheitssystem investiert, ohne damit eine gleichermaßen hohe Ergebnisqualität zu erzielen. Eine stärkere Wettbewerbsorientierung im Gesundheitswesen kann hingegen dazu beitragen, dass Innovationen im Hinblick auf eine effiziente und hochwertige Versorgung mehr Raum erhalten. Auch kostensenkende Innovationen sollen auf das Gesundheitssystem wirken können, Kassen sollen mehr Leistungsanreize erhalten und Leistungserbringer stärker leistungsbezogen entlohnt werden. Der Wettbewerb ist deshalb ein geeignetes Instrument, um das deutsche Gesundheitswesen ganzheitlich leistungsfähiger zu machen.

141.* Wettbewerb und Solidarität im Gesundheitswesen schließen sich nicht gegenseitig aus. Das GKV-spezifische Solidarprinzip ist Grundlage eines Krankenversicherungssystems, das stets einen Ausgleich zwischen schwachen und starken Gruppen bzw. Individuen der Gesellschaft leisten soll. Auf der Basis dieses Ausgleichs sind jedoch alle Maßnahmen zu treffen, die notwendig sind, damit der Wettbewerb die gewünschten Wirkungen entfalten kann. Die von der Monopolkommission vorgeschlagenen Maßnahmen setzen dabei eine grundlegende Solidarität in der gesetzlichen Krankenversicherung stets voraus. Darauf aufbauend erfordert der Wettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung verschiedene konstitutive Elemente, die konsequent und zielgerichtet umzusetzen sind. Dazu gehört einerseits Regulierung, wo Fehlwirkungen des Koordinationsinstruments „Markt“ korrigiert werden können, und Freiheiten, wo der Wettbewerb erst dazu führen soll, innovative Lösungen für Probleme im Gesundheitswesen zu entwickeln.

142.* Im Gesundheitswesen sind verschiedene Märkte betroffen. Die Kassen müssen auf dem Versicherungsmarkt um Versicherte konkurrieren, während sie möglichst effizient die Leistungen auf dem Leistungsmarkt bei Ärzten, Krankenhäusern, Pharmaunternehmen und anderen Leistungserbringern einkaufen sollen, die die versicherten Patienten ihrerseits auf dem Behandlungsmarkt in Anspruch nehmen. Der Wettbewerb soll die Kassen und Leistungserbringer auf allen betroffenen Märkten anreizen, sich effizient zu verhalten. Versäumnisse bei den Wettbewerbsbedingungen auf einem Markt führen zu Effizienzverlusten auf allen betroffenen Märkten. Auf den von der Monopolkommission untersuchten Feldern – den Leistungen in der ärztlichen Versorgung, der Preisregulierung beim Krankenkassenbeitrag und dem wettbewerbsrechtlichen Rahmen – sollte der Gesetzgeber deshalb unbedingt gleichermaßen die notwendigen Bedingungen für einen wirksamen Wettbewerb im System der gesetzlichen Krankenversicherung schaffen.

143.* Auf der Leistungsseite bestehen nur wenige individuelle Anreize für Kassen und Leistungserbringer, die Versorgung in jedem Bereich effizient zu organisieren. Alle Kassen gewähren Leistungen nach Maßgabe des Sozialgesetzbuchs V in den in § 11 SGB V genannten

Leistungsbereichen. Im Bereich der ärztlichen Versorgung werden die Leistungen jedoch nicht durch die Kassen individuell eingekauft, sondern zu wesentlichen Teilen im Rahmen kollektiver Verträge zwischen allen Krankenkassen und allen Leistungserbringern. Kollektivverträge lassen den Krankenkassen nur wenig Raum zur Differenzierung. Auch ein aktiver Wettbewerb der Krankenkassen untereinander kann nur wenig Auswirkungen auf eine positive Entwicklung von Kosten und Qualität in der ärztlichen Versorgung haben, wenn alle Kassen ihre Leistungen nach einheitlichen Standards beziehen.

144.* Durch Kollektivverträge in der ambulanten Versorgung kaufen die Kassen insbesondere die Leistungen niedergelassener Ärzte ein. Da alle Ärzte mit Kassenzulassung gleichermaßen durch die Kollektivverträge kontrahiert werden, gelten für sie im Wesentlichen auch einheitliche Standards zur Bestimmung der Vergütung. Die Spitzenverbände der Krankenkassen und die kassenärztlichen Vereinigungen vereinbaren zu diesem Zweck eine Gesamtvergütung für alle Leistungen eines Kalenderjahres. Die Ausschüttung der Gesamtvergütung nach abgerechneten Leistungen erfolgt durch die kassenärztlichen Vereinigungen. Seit einer grundlegenden Reform der Vergütungsbestimmung schwankt die Gesamtvergütung nicht mehr ausschließlich mit externen bzw. politisch vorgegebenen Faktoren, sondern auch mit dem Behandlungsaufkommen. Damit ist das Risiko eines zunehmenden Behandlungsaufkommens von den Ärzten auf die Kassen übergegangen. Dies ist insoweit sachgerecht, als das Behandlungsaufkommen allein durch veränderte Morbidität und nicht durch Fehlabrechnungen oder Ineffizienzen verursacht wird, die durch die Leistungserbringer zu verantworten sind. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, in Konsequenz auch die Aufgabe der Abrechnung der erbrachten Leistungen von den kassenärztlichen Vereinigungen auf die Krankenkassen zu verlagern. Die Kassen sollten zudem das Recht erhalten, die Patienten über die abgerechneten Leistungen zu informieren. Auf diese Weise erhalten die Kassen wichtige Instrumente, um selbst auch die sachliche Korrektheit der Abrechnungen sicherzustellen.

145.* Der Schlüssel zu mehr Wettbewerb in der ärztlichen Versorgung findet sich in selektivvertraglichen Leistungsbereichen. Mittels Selektivverträgen können Kassen einzelne Leistungserbringer oder Gruppen solcher unter Vertrag nehmen. Selektivverträge lassen den Kassen weitreichende Freiheiten, sowohl die Leistungserbringung als auch die Vergütung der Leistungen effizient zu organisieren. Die dadurch entstehende Heterogenität bei der Organisation des hoheitlichen Versorgungsauftrags führt dazu, dass sich die Kassen, die hierbei die besten Ideen entwickeln, am Markt durchsetzen können. Selektivverträge setzen gleichfalls Anreize aufseiten der Leistungserbringer, da diese nicht mehr einheitlich entlohnt werden, sondern im Wettbewerb um lukrative Verträge stehen. Bereits heute kennt das Sozialgesetzbuch V verschiedene Bereiche, in denen einzelne Kassen selektiv Verträge mit Leistungserbringern schließen können. Ein besonders vielversprechender Bereich ist der der integrierten Versorgung. Dabei schließt die Kasse Verträge mit regionalen Netzwerken von Ärzten, Krankenhäusern und anderen Leistungserbringern, die entweder zur Behandlung spezifischer Indikationen oder zur Vollversorgung eines Patienten zusammenarbeiten. Durch die pauschale Vergütung der Versorgungsleistungen haben die Leistungserbringer starke Anreize, eine optimal abgestimmte Versorgung des Patienten sicherzustellen. Im Innovationspotenzial von Integrationsverträgen liegt eine vielversprechende Chance, die Versorgung qualitativ zu verbessern und/oder Kosten zu senken.

146.* Für die Entwicklung verschiedener selektivvertraglicher Leistungsbereiche tun sich heute jedoch vor allem zwei schwerwiegende Hürden auf. Ein Problem betrifft die zugelassene Vertragsstruktur. In vielen Versorgungsformen, beispielsweise im Bereich der hausarztzentrierten Versorgung, ist eine Zusammenarbeit der Vertragspartner auf beiden Seiten ausdrücklich vorgesehen. Während eine begrenzte Kooperation – z. B. im Bereich der integrierten Versorgung – durchaus nutzenstiftend sein kann, kann eine unkontrollierte Zusammenarbeit hingegen zu einer Vermachtung beider Marktseiten führen. Auf diese Weise kann der Wettbewerb sowohl vonseiten der Kassen als auch vonseiten der Leistungserbringer unterlaufen werden und damit an Effektivität verlieren. Kooperationen in selektivvertraglichen Leistungsbereichen sind deshalb nicht pauschal zuzulassen, sondern nur, soweit sie den Wettbewerbszielen in der Versorgung nicht entgegenstehen. Die Monopolkommission fordert deshalb, die gesetzliche Möglichkeit einer Kooperation der Vertragspartner zu streichen und damit klarzustellen, dass – wie in anderen Branchen – jede Form der Kooperation von Vertragspartnern nur im Rahmen der geltenden kartellrechtlichen Regelungen zulässig ist.

147.* Ein zweites ganz grundsätzliches Problem für den Wettbewerb durch Selektivverträge ist das des Budgetausgleichs. Kassen sollen dann auf individuelle Versorgungskontrakte zurückgreifen, wenn sich auf diese Weise eine effizientere, weil günstigere oder hochwertigere Versorgungsalternative gegenüber der Regelversorgung bietet. Dem steht jedoch die Systematik der Kollektivverträge entgegen, nach der die Kassen zur ambulanten Versorgung ihrer Patienten jährlich ein Gesamtbudget an die kassenärztlichen Vereinigungen abführen müssen. Dieses Gesamtbudget muss um solche Leistungen bereinigt werden, die nach dem Abschluss eines Selektivvertrags einzelvertraglich kontrahiert werden. Erst seit dem Jahr 2009 erfolgt theoretisch eine exakte Bereinigung des Kollektivbudgets. Wie hoch die Bereinigung für einen beliebigen Kollektivvertrag ausfällt, ist jedoch einzeln zu verhandeln. Die Kassen können sich dadurch nie sicher sein, wie hoch die Kosten der Regelversorgung sind, die sie einsparen, wenn sie die Versorgung künftig im Rahmen von Selektivverträgen organisieren. Diese bremsende Wirkung auf die Entwicklung der integrierten Versorgung wird auch aus den zuletzt abgeschlossenen Verträgen ersichtlich. Nach dem Auslaufen einer Anschubfinanzierung ist der Abschluss neuer Integrationsverträge erheblich zurückgegangen.

148.* Die Monopolkommission schlägt vor, die Bedingungen zur Budgetbereinigung zu standardisieren, um den Krankenkassen kalkulierbare Voraussetzungen für den Abschluss von Selektivverträgen in der ärztlichen Versorgung zu bieten. Dazu sollten von einer staatlichen Stelle standardisierte Abschläge vom Kollektivbudget berechnet werden, die dem Behandlungsbedarf nach den Maßstäben zur Berechnung der kollektiven Gesamtvergütung entsprechen, der durch einen Selektivvertrag wegfällt. Die standardisierten Abschläge sind morbiditätsorientiert pro Patient festzulegen. Die Zahl der an der selektivvertraglichen Versorgung teilnehmenden Patienten ist zunächst zu schätzen. Die morbiditätsorientierte Gesamtvergütung sollte dann ex ante stets um den geschätzten reduzierten Behandlungsbedarf bereinigt werden. Ex post werden die tatsächlichen Werte bestimmt und der saldierte Betrag mit einer zukünftigen Gesamtvergütung verrechnet.

149.* Wirksamer Wettbewerb zwischen den Kassen setzt nach Auffassung der Monopolkommission voraus, dass die Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung die relative Leistungsfähigkeit von Kassen und Versorgungstarifen auch am Beitrag für den Versicherungsschutz erkennen können. Die Monopolkommission ist deshalb der Ansicht, dass der Preis ein unverzichtbarer Wettbewerbsparameter ist, der den Kassen für das Angebot ihrer Versicherungsleistung vollumfänglich zur Verfügung stehen muss. Der Beitragsatz muss den Versicherten deshalb einen möglichst transparenten und einfachen Überblick über den Versicherungspreis zwischen verschiedenen Kassen und zwischen verschiedenen Tarifen ermöglichen. Das heutige Beitragssystem ist dazu jedoch nur bedingt geeignet. Der Versicherungspreis einer Kasse für die Regelversorgung ergibt sich heute aus einem einkommensabhängigen und einheitlichen Beitragssatz und einem kassenindividuellen Zusatzbeitrag bzw. einer Prämienzahlung. Der einkommensindividuelle Beitragssatz fließt zunächst an einen Fonds als Sammelstelle und wird dann in Form von morbiditätsgewichteten Auszahlungen pro Versicherten an die Krankenkassen ausgeschüttet. Aufseiten der Mitglieder drücken sich Beitragsunterschiede zwischen den Kassen nicht durch den allgemeinen Beitragssatz, sondern allein durch Unterschiede in den Zusatzbeiträgen bzw. Prämien aus. Dieser kassenindividuelle Beitragsbestandteil wird jedoch durch eine Überforderungsklausel gemäß § 242 Absatz 1 Satz 2 und 3 SGB V beschränkt. Übersteigt der mögliche Zusatzbeitrag einen Betrag von 8 Euro pro Monat, so muss die Kasse prüfen, ob dieser Beitrag 1 Prozent der beitragspflichtigen Einnahmen eines Mitglieds überschreitet, da dieser Anteil die gesetzliche Höchstgrenze darstellt. Die Klausel in ihrer heutigen Form begrenzt den preispolitischen Handlungsspielraum der Kassen und entfaltet zudem wettbewerbsschädliche Wirkungen, da den Kassen Anreize gegeben werden, möglichst solche Mitglieder zu werben, die über ein hohes beitragspflichtiges Einkommen verfügen.

Daneben erfasst der Zusatzbeitrag bzw. die Prämie einer Kasse nicht grundsätzlich solche Beitragsunterschiede, die durch Wahl spezieller Tarife ausgelöst werden. Wird der Preis für die Versorgung bei einer Kasse in einem Tarif in verschiedene Bestandteile aufgeteilt, senkt dies die Preistransparenz für den Versicherten. Bietet eine Kasse z. B. neben der Regelversorgung auch andere, selektiv kontrahierte Versorgungsformen gemäß § 53 Absatz 3 SGB V an, dann hat sie die Möglichkeit, dafür eine Prämienzahlung oder Zuzahlungsermäßigungen vorzusehen. Diese sind wiederum gemäß § 53 Absatz 8 Satz 3 SGB V nach dem Einkommen der Versicherten zu gewichten.

150.* Vorschläge, die heutige Form der Beitragserhebung zu verändern, zielen häufig darauf ab, die im Wesentlichen einkommensabhängigen Beiträge durch einen einkommensunabhängigen Zusatzbeitrag pro Versicherten zu ersetzen. Da auf diese Weise der solidarische Einkommensausgleich bei der Beitragserhebung wegfiele, wird vorgeschlagen, diesen durch einen Steuertransfer zu ersetzen. Für diesen Vorschlag gibt es im Wesentlichen zwei Argumente. So ist es allokationstheoretisch sachgerecht, einen sozialen Einkommensausgleich nicht allein aus den beitragspflichtigen Einkommen der gesetzlich Krankenversicherten zu finanzieren. Vielmehr ist die gesundheitliche Absicherung von Einkommensschwachen eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe, die durch alle Mitglieder der Gesellschaft und unabhängig von der Art ihres Einkommens zu leisten ist. Ein Sozialausgleich ist deshalb, ökonomisch sachgerecht, aus dem Steuer-Transfer-System zu finanzieren. Ein zweites wettbewerbliches Argument für eine einkommensunabhängige Beitragserhebung ergibt sich aus den transparenten Preissignalen die mit in Euro angegebenen Preisen für die Versicherungsleistung verbunden werden. Dabei wird davon ausgegangen, dass Europreise die Deutlichkeit von Beitragsunterschieden verbessern und damit den Wettbewerbsdruck auf die Kassen erhöhen.

151.* Die Monopolkommission sieht in der Erhebung einkommensunabhängiger Beiträge ökonomische Vorteile gegeben. Allerdings erfordert die Umstellung auf vollständig einkommensunabhängige Beiträge zum einen erhebliche Steuertransfers für den Sozialausgleich, zum anderen ist der Verwaltungsaufwand dafür zu berücksichtigen. Die Monopolkommission schlägt deshalb vor, sich zunächst auf die wettbewerblichen Vorteile eines einkommensunabhängigen Beitragsanteils zu konzentrieren. Der heutige Zusatzbeitrag kann ebenso die wettbewerblichen Vorteile von Pauschalbeiträgen generieren. Dazu sind jedoch die Hindernisse aufzulösen, die sich aus der heutigen Regulierung der Beitragserhebung ergeben.

152.* Die Monopolkommission schlägt vor, die Zusatzbeiträge so zu gestalten, dass die Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung bei der Wahl ihrer Krankenkasse und eines Versorgungstarifs nur noch einen einzigen Preis in Form des Zusatzbeitrags vergleichen müssen. Dazu sollte der zusätzliche Arbeitnehmeranteil am allgemeinen Beitragssatz von 0,9 Prozentpunkten entfallen, um auf diese Weise den Wettbewerb über Zusatzbeiträge anzukurbeln und die intransparente Preisdifferenzierung zwischen unterschiedlichen Prämien, Zusatzbeiträgen und fehlenden Prämien oder Beiträgen aufzulösen. Die Überforderungsklausel, nach der ein Zu-

satzbeitrag über 8 Euro 1 Prozent der beitragspflichtigen Einnahmen eines Mitglieds nicht überschreiten darf, ist durch ein wettbewerbskonformes solidarisches Ausgleichssystem mit reduzierten Beiträgen zu ersetzen. Für jedes Mitglied einer Kasse, das zu dem reduzierten Beitrag versichert ist, sollte der Unterschiedsbetrag zum vollen Beitragssatz aus Steuermitteln aufgestockt werden. Für die freiwillige Teilnahme des Mitglieds einer Kasse an einem Wahltarif nach § 53 Absatz 3 SGB V sollten die Kassen die Möglichkeit erhalten, abweichende Zusatzbeiträge zu verlangen. § 53 Absatz 8 Satz 3 SGB V, der die Höhe der Beitragsveränderung bei Wahltarifen an die absolute Beitragshöhe eines Mitglieds koppelt, ist nicht mit ökonomischen Effizienzerwägungen begründbar und sollte nach Auffassung der Monopolkommission vollständig entfallen.

153.* Als Rahmen für eine neue wettbewerbliche Ordnung in der gesetzlichen Krankenversicherung sind die Wettbewerbsprozesse zudem vor Beschränkungen zu schützen. In anderen Märkten wird dieser Schutz durch das Wettbewerbsrecht gewährleistet. Im GKV-Bereich ist ein vergleichbarer Schutz des Wettbewerbs jedoch nicht ausreichend gegeben. Dafür sind insbesondere drei Faktoren verantwortlich. Zum einen besteht sowohl nach europäischer als auch nach deutscher Rechtsprechung Unklarheit darüber, inwieweit Krankenkassen unternehmerisch am Markt auftreten. Die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen ist jedoch Voraussetzung für die Anwendung des Wettbewerbsrechts. Ein zweites Problem betrifft die Bereichsausnahme des § 69 SGB V, nach der Teile der Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern von der Anwendung des deutschen Wettbewerbsrechts ausgenommen werden. Drittens enthält das Sozialgesetzbuch V verschiedene Kooperationspflichten, die wettbewerblichen Aktivitäten der Krankenkassen entgegenstehen. Herauszustellen ist die Pflicht zur engen Zusammenarbeit gemäß § 4 Absatz 3 SGB V. Die Aufsichtsbehörden legen diese Pflichten so aus, dass es den Krankenkassen z. B. untersagt ist, sich zur Abgabe von Kündigungserklärungen bevollmächtigen zu lassen. Formalitäten eines Anbieterwechsels dürfen den Mitgliedern der Kassen somit nicht durch die Wettbewerber abgenommen werden, wie dies auf anderen Märkten der Fall ist.

154.* Die Monopolkommission schlägt vor, die Vorgaben an ein Leitbild anzupassen, wonach ein wettbewerbliches Verhältnis der Kassen so lange die Regel ist, wie der besondere Versorgungsauftrag der Kassen keine spezifischen Ausnahmen gebietet. Dazu sollte in § 4 SGB V zwischen Absatz 1 und 2 ein neuer Absatz aufgenommen werden, der wie folgt lauten könnte:

„Das Handeln der Krankenkassen ist unternehmerisches Handeln im Sinne des GWB. 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 Schiedsamtsregelung gilt.“

Gleichzeitig sind § 69 SGB V und § 87 Absatz 1 Satz 3 GWB zu streichen. Die allgemeine Kooperationspflicht nach § 4 Absatz 3 SGB V sollte ebenfalls gestrichen werden. Sofern die Kassen besondere Kooperationserfordernisse im Zusammenhang mit besonderen Pflichten ihres Versorgungsauftrags geltend machen können, sind diese Ausnahmen im Einzelnen im SGB V zu regeln.

155.* Die Monopolkommission hält es weiterhin für wünschenswert, das Gesundheitssystem um ein Element einer zwingenden Beteiligung von Patienten an den von ihnen verursachten Kosten zu ergänzen. Dies erscheint notwendig, um eine kostenorientierte marktkonforme Entscheidungsfindung bei den Patienten zu ermöglichen. Demgegenüber treffen Patienten heute ihre Entscheidungen über die Inanspruchnahme von Behandlungsleistungen weitgehend unabhängig von Kostenerwägungen. Die Wahltarife nach § 53 Absatz 1 und 2 SGB V, die darauf abzielen, durch die Einführung von Eigenbeteiligungen eine Steuerungswirkung im Bezug auf das Nachfrageverhalten der Patienten zu erreichen, sind dazu jedoch ungeeignet. Eigenbeteiligungen, die ausschließlich im Rahmen von Wahltarifen erhoben werden, haben eine Selbstselektionswirkung zur Folge, da insbesondere solche Patienten in diese Tarife optieren, deren Bedarf oder Neigung, die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung in Anspruch zu nehmen, ohnehin gering ist. Die Monopolkommission schlägt vor, diese Wahltarife zu streichen. Sofern eine geeignete Steuerungswirkung auf das Nachfrageverhalten der Patienten erzielt werden soll, sind hingegen allgemein verpflichtende Eigenbeteiligungen, in Form eines relativen Anteils an der Arztrechnung, ein geeignetes Instrument. Für die Rechnungsstellung sollten die Krankenkassen verantwortlich sein. Die Monopolkommission weist ausdrücklich darauf hin, dass im Falle der Einführung von verpflichtenden Eigenbeteiligungen auch soziale Ausgleichssysteme notwendig werden, die den Anforderungen des Solidarprinzips für diesen Fall Rechnung tragen.

Einleitung

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

1. Mehr Effizienz bei der Bereitstellung von Trinkwasser!

1.1 Fragmentierte Trinkwasserversorgung in Deutschland

1. Die deutsche Trinkwasserversorgung ist im europäischen Vergleich stark fragmentiert. Im Jahr 2001 gab es in Deutschland 6 560 Betriebe für die öffentliche Wasserversorgung.[1] Auf 1 Million Einwohner entfallen in Deutschland demnach 81 Wasserversorger. In den Niederlanden sind es lediglich 4,4, in England und Wales 0,7 und in Frankreich 0,13.[2] Die Struktur der deutschen Trinkwasserversorgung hat sich historisch herausgebildet. Sie obliegt im Wesentlichen den kommunalen Gebietskörperschaften, die durch Satzungsrecht Anschluss- und Benutzungszwänge verhängen sowie ausschließliche Wegenutzungsrechte durch Konzessionsverträge vergeben. In der Regel üben die kommunalen Gebietskörperschaften zudem direkten oder indirekten eigentumsrechtlichen Einfluss auf die Wasserversorgung in ihrem Gebiet aus. Zwar waren 2003 etwa zwei Drittel der Wasserbetriebe öffentlich-rechtlich organisiert und es wurde ein Drittel der Wasserbetriebe in privater Rechtsform geführt, reine Privatbetriebe ohne Eigentümeranteile der öffentlichen Hand waren jedoch lediglich weniger als 4 Prozent der Wasserversorger gemessen am Wasseraufkommen.[3] Privatrechtlich geführte Trinkwasserversorger bieten in ihrem Gebiet ihre Leistung zu Preisen an, öffentlich-rechtliche Trinkwasserversorger erheben Gebühren.

2. Im Bundesgebiet zeigen sich für den Verbraucher erhebliche Unterschiede in den Kosten der Trinkwasserversorgung. Zwar ist ein Vergleich nicht immer angemessen und eindeutig auszuführen, da die komplexen Preis- und Gebührenstrukturen in der Wasserwirtschaft verbunden mit den heterogenen Verbrauchsgewohnheiten der Konsumenten zur besseren Vergleichbarkeit die Bildung von Verbrauchskategorien erfordert. Unabhängig davon, ob diese in jedem Fall zutreffend und in einer für Vergleiche günstigen typischen Weise abgegrenzt werden können, ist nicht zu bezweifeln, dass die Verbrauchskosten für Trinkwasser in Deutschland gewaltigen Spreizungen unterworfen sind. Das Online-Portal Verivox ermittelte im Jahr 2008 für die angenommene Tagesverbrauchsmenge einer Kleinfamilie von 375 Litern einen maximalen Kostenunterschied für Trinkwasser in Höhe von über 270 Prozent des niedrigsten Wertes. So lagen bei jährlichen Durchschnittsentgelten von 327 Euro der höchste ermittelte Wert in Bergisch Gladbach bei 434 Euro und der niedrigste in Ingolstadt bei 159 Euro.[4]

3. Aus ökonomischer Sicht bestehen erhebliche Zweifel daran, ob sich die aufgerufenen Wasserpreise und -gebühren stets an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren. Insbesondere lässt die technologisch schwer zu rechtfertigende, extrem kleinteilige Struktur der Trinkwasserversorgung vermuten, dass sich durch die Zusammenlegung von Wasserverteilnetzen und/oder die Zusammenlegung von Netzverwaltungen erhebliche Größenvorteile heben und weitere Kostendegressionspotenziale ausnutzen lassen. Weiterhin lässt das Nebeneinander von Gebühren und Preisen Ungleichmäßigkeiten in den Anreizstrukturen auf dem deutschen Trinkwassermarkt vermuten. Aus diesen Gründen untersucht die Monopolkommission, in welchen Schritten und in welcher Tiefe eine wettbewerbsorientierte Öffnung der deutschen Trinkwasserversorgung gelingen und inwiefern diese dann zu einer Erhöhung der Effizienz der Trinkwasserversorgung in Deutschland beitragen kann.

1.2 Technologische Rahmenbedingungen der Trinkwasserversorgung in Deutschland

4. Trinkwasser ist ein Lebensmittel, daher werden besondere Anforderungen an seine Qualität und seine Verfügbarkeit gestellt. So formuliert etwa die EG-Wasserrahmenrichtlinie in ihrem ersten Erwägungsgrundsatz: „Wasser ist keine übliche Handelsware, sondern ein ererbtes Gut, das geschützt, verteidigt und entsprechend behandelt werden muss.“[5] Im juristischen Schrifttum wird ihm gelegentlich der Status eines Gutes gegeben, das zu den Aufgaben staatlicher Daseinsvorsorge zählt.[6] Die Monopolkommission hat sich mit dem Begriff der Daseinsvorsorge bereits in anderen Zusammenhängen wiederholt kritisch auseinandergesetzt.[7] Sofern dieser im Zusammenhang mit der Trinkwasserversorgung implizieren

---

[1] Vgl. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Wasserwirtschaft in Deutschland, Berlin 2006, S. 61.

[2] Vgl. Cassel, D., Rüttgers, C., Gemeinsame Netznutzung: ein Konzept für mehr Wettbewerb in der Wasserwirtschaft, Wirtschaftsdienst 89, 2009, S. 345–352, 346.

[3] Die tatsächliche Zahl kann jedoch noch geringer liegen, da sich der Anteil von unter 4 Prozent auf die Wasserstatistik, eine verzerrte Stichprobe aus lediglich 1 266 Versorgungsbetrieben, bezieht; vgl. Bardt, H., Wettbewerb im Wassermarkt, Köln 2006, S. 7.

[4] Vgl. Verivox, Kostenübersicht von Strom, Gas und Trinkwasser (Kleinfamilie), http://www.vxcp.de/Tabelle_Strom_Gas_Wasser_Verivox_Kleinfamilien.pdf [Stand: 26. Mai 2010]

[5] Richtlinie 200/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. EG Nr. 327 vom 22. Dezember 2000, S. 1.

[6] Vgl. z.B. Lotze, A., Reinhardt, M., Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht bei Wasserpreisen, Neue Juristische Wochenschrift 62, 2009, S. 3273–3278.

[7] Vgl. etwa Monopolkommission, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Hauptgutachten 2006/2007, Baden-Baden 2008, Tz. 933 f., 994 ff.

soll, dass es sich bei Trinkwasser um kein marktfähiges Gut handelt und dieses daher allein auf dem Wege einer ausschließlich staatlichen Grundversorgung bereitgestellt werden kann, tritt die Monopolkommission dieser Einschätzung entgegen. Sie beachtet jedoch die bei einem essenziellen Lebensmittel besonders hohen Anforderungen an die Qualität beim Verbraucher und die Versorgungssicherheit. Es sollte daher keine marktliche oder nicht marktliche Organisation der deutschen Trinkwasserwirtschaft akzeptiert werden, deren Ergebnisse hinter den heute geltenden hohen Standards der Trinkwasserverordnung[8], erlassen auf der Grundlage des Infektionsschutzgesetzes sowie des Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetzes zur Umsetzung der EG-Trinkwasserrichtlinie[9], zurückfallen werden.

5. Die Monopolkommission geht davon aus, dass der Trinkwassergewinnung im Vergleich zur Trinkwasserdistribution nur eine geringe Wertschöpfung zukommt. Es müsste sich ansonsten generell lohnen, an anderen Orten gewonnenes Trinkwasser über weite Distanzen an die Verbraucher zu liefern. Das verfügbare Wasserdargebot beträgt in Deutschland ca. 188 Mrd. m^3, von dem jedoch nur etwa 20 Prozent für die öffentliche Wasserversorgung von Haushalten, Landwirtschaft und Industrie genutzt werden. Etwa 80 Prozent des Wasserdargebots bleiben ungenutzt.[10] Eine gewisse Heterogenität im Angebot ist aufgrund von topografischen und geologischen Gegebenheiten sowie der Bevölkerungsverteilung und dem regional unterschiedlichen Wasseraufkommen zwangsläufig. Zwar existieren in Deutschland insbesondere aufgrund der Verbrauchskonzentration in Ballungsräumen einige Wassermangelregionen, die über Fernleitungen versorgt werden, jedoch lässt sich aus dieser Tatsache nicht generell ableiten, dass der weite Transport von Trinkwasser über Land wirtschaftlich wäre.[11] Insbesondere lassen sich durch den Transport keine großen Einsparungen erzielen, wenn die Wasseraufbereitungskosten an den unterschiedlichen Entnahmeorten von Grund- und Bodenwasser ähnlich sind und beim Transport gleichzeitig Höhenunterschiede überwunden werden müssen. Gemessen an seinem Wert sind die Transportkosten für Trinkwasser dann hoch. Aus ökonomischer Sicht scheinen fließrichtungsspezifische Transportkosten daher das Haupthindernis für einen mit der Telekommunikation oder der leitungsgebundenen Energie vergleichbaren Durchleitungswettbewerb zu sein.

6. Weiterhin ist der Trinkwassertransport an ein stationäres Leitungsnetz gebunden. Im Bereich der Distribution sind die technologischen Bedingungen dann derart, dass jeder Wasserversorger typischerweise ein natürlicher Monopolist in seinem Gebiet ist, dessen Preissetzungspotenzial in keinem Fall durch potenzielle Konkurrenz beschränkt wird. Parallele Leitungsnetze kommen aus wirtschaftlichen Gründen nicht infrage. Durchleitungswettbewerb verfügt wegen der Transportkostenproblematik nur über ein sehr geringes Potenzial zur Erhöhung des Preisdrucks auf die etablierten Trinkwasseranbieter. Typisch sind hohe Fixkosten und nur geringe verbrauchsabhängige Kostenbestandteile. Der Bau von Brunnen und Aufbereitungsanlagen, insbesondere aber die aufwendige Distribution von Trinkwasser über stationäre Leitungssysteme erfordert einen hohen, langfristig gebundenen Investitionsbedarf und führen zu einem hohen Anteil an Abschreibungen und Kapitalkosten an den Gesamtkosten der Wasserversorgung.[12]

7. Aus technologisch-ökonomischen Erwägungen scheint in der Wasserwirtschaft eine Entgeltregulierung daher unerlässlich. Die geringe Preiselastizität der Nachfrage führt bei monopolistisch überhöhten Entgelten zwar zu einem geringen Gesamtwohlfahrtsverlust, weil Wasserversorger und mithin letztlich der Staat als ihr Eigentümer durch höhere Preise und Gebühren für Trinkwasser ihre Produzentenrente zulasten der Konsumentenrente steigern, ohne dass signifikante Nachfragerückgänge, mithin negative allokative Konsequenzen, zu befürchten sind.[13] Jedoch ergeben sich unter Beachtung des Konsumentenwohlfahrtsstandards erhebliche verteilungspolitische Wirkungen, die eine an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientierte Regulierung geboten erscheinen lassen. Zudem sind bei nicht hinlänglich regulierten Monopolen sowohl in statischer als auch in dynamischer Hinsicht erhebliche produktive Ineffizienzen beobachtbar.

1.3 Rechtliche Rahmenbedingungen der Trinkwasserversorgung in Deutschland

8. Die öffentliche Wasserversorgung obliegt in Deutschland den Kommunen und kommunalen Zweckverbänden. Die Kommunen sind frei in der Organisation der Wasserversorgung und in der Wahl einer Rechtsform für die Wasserbetriebe. Der überwiegende Teil der Wasserversorgung erfolgt durch kommunale Regie- und Eigenbetriebe, aber auch durch Eigengesellschaften und Partnerschaften von privaten Geldgebern mit der öffentlichen Hand. Die vollständige Privatisierung eines Wasserbetriebs ist möglich, jedoch selten. Häufiger anzutreffen sind Wasserbetriebe in privater Rechtsform, aber öffentlichem Eigentum.

9. Die öffentlich-rechtlichen Wasserversorger erheben Gebühren nach den Vorgaben des jeweiligen Kommunalabgaberechts eines Bundeslandes. Hierbei sind Ziele der öffentlich-rechtlichen Wasserversorger in erster Linie

---

[8] Verordnung über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch (TrinkwV) vom 21. Mai 2001, BGBl. I S. 959.

[9] Richtlinie 98/83/EG des Rates vom 3. November 1998 über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch (Trinkwasserrichtlinie), ABl. EG Nr. L 330 vom 5. Dezember 1998, S. 32.

[10] Vgl. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, a. a. O., S. 11.

[11] Fernwasserleitungen gibt es vor allem in Bayern, Baden-Württemberg, Niedersachsen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen, im Ruhrgebiet und im Raum Frankfurt/Main; vgl. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, a. a. O., S. 60.

[12] Vgl. Bardt, H., a. a. O., S. 9.

[13] Die teils großen Nachfragerückgänge in der Vergangenheit lassen sich wohl überwiegend nicht auf gestiegene Wasserpreise, sondern vielmehr auf das gestiegene Umweltbewusstsein der Bevölkerung zurückführen.

Kostendeckung und Versorgungssicherheit im Rahmen der Daseinsvorsorge durch die öffentliche Hand. Wassergebühren werden dann im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses durch Bescheid aufgrund einer Abgabensatzung erhoben. Preise hingegen werden von privaten Wasserversorgern im Rahmen eines privatrechtlich ausgestalteten Leistungsverhältnisses auf vertraglicher Basis gemäß der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV)[14] verlangt. Gegenwärtig sind in der Bundesrepublik Deutschland nach Schätzungen nur etwa 20 Prozent der Wasserversorgungsunternehmen privatrechtlich organisiert und fordern für ihre Leistungen Preise. Hingegen erheben etwa 80 Prozent der deutschen Wasserversorger öffentlich-rechtliche Gebühren.

10. Die Monopolkommission erkennt in dem Nebeneinander aus privatrechtlicher Preissetzung einerseits und öffentlich-rechtlicher Gebührenfestlegung andererseits ein ernst zu nehmendes Problem der „faktischen" Ungleichbehandlung an sich gleicher Sachverhalte: Stets wird dasselbe – hinlängliche und durchsetzbare Vorschriften über die Angebotsqualität vorausgesetzt – homogene Gut Wasser von wirtschaftlich tätigen Betrieben, den Wasserversorgern, gegen ein Entgelt an Verbraucher abgegeben. Mit der Wahl der Rechtsform durch die zuständige Kommune oder den zuständigen Zweckverband ergeben sich in der Praxis Unterschiede in den Aufsichtszuständigkeiten. Zwar unterliegen nach bestrittener, doch überzeugender Auffassung auch Gebühren für in (potenziellem) Wettbewerb zu Privaten erbrachte Leistungen dem Kartellrecht.[15] Doch wird bislang effektiv keine Missbrauchsaufsicht über Wassergebühren ausgeübt. Deshalb unterliegt aktuell die Gebührenhöhe faktisch lediglich der jeweiligen Kommunalaufsicht, während Preise der privaten Wasserbetriebe der Missbrauchsaufsicht nach dem Wettbewerbsrecht unterworfen sind. Anders als bei den Wettbewerbsbehörden, den Landesregulierern und der Bundesnetzagentur spielt für die Kommunalaufsicht eines Bundeslandes die Effizienz der Leistungsbereitstellung eine allenfalls untergeordnete Rolle. Stattdessen prüfen Kommunalaufsichten zuoberst nach dem Äquivalenzprinzip[16] und dem Kriterium der Sicherstellung einer nachhaltigen Haushaltsführung bei den Kommunen. In dem hierbei zugrunde gelegten Vollkostenstandard sieht die Monopolkommission die Gefahr einer Akzeptanz von ineffizient hohen Kosten in der Trinkwasserwirtschaft.

11. Aus ökonomischer Perspektive bieten sich in der Trinkwasserwirtschaft aufgrund der Charakteristik eines natürlichen Monopols und der Transportkostenproblematik nur geringe Möglichkeiten zu einer wettbewerblichen Leistungsbereitstellung. In rechtlicher Hinsicht gelten für die Wasserversorgung nach § 131 Absatz 6 GWB zudem die §§ 103, 103a und 105 GWB 1990 fort. § 103 Absatz 1 GWB 1990 sichert durch einen kartellrechtlichen Ausnahmebereich die gebietsmonopolistische Aufteilung der Trinkwasserwirtschaft rechtlich ab. Hiernach sind Konzessions- und Demarkationsabsprachen zulässig und sollen den Wettbewerb im Markt verhindern, machen jedoch für die jeweils lokalen Monopole zugleich auch in der Trinkwasserwirtschaft eine Preishöhenmissbrauchsaufsicht erforderlich. Seltene Konzessionen an private Wasserversorger werden hoheitlich ganz überwiegend ohne Ausschreibung vergeben. Weil die deutschen Wasserversorger üblicherweise nicht über die Grenzen von Bundesländern hinweg tätig sind, liegt die Zuständigkeit in solchen Fällen dann in der Regel zunächst bei der jeweiligen Kartellbehörde des Bundeslandes, kann jedoch im Wege der Organleihe auch dem Bundeskartellamt übertragen werden.

12. Entgegen verbreiteter Auffassung kann das GWB auch auf Gebühren in der Wasserwirtschaft angewendet werden. Denn die Begründungen einer Ausnahme mit der Hoheitlichkeit staatlicher Aufsichtszuständigkeiten oder den Spezifika des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs sind bei genauerer, unvoreingenommener Betrachtung wenig überzeugend.

Wird wegen der damit verbundenen Gebührenerhebung zum einen die in öffentlich-rechtlicher Form erbrachte Trinkwasserversorgung insgesamt als ein hoheitlicher Akt interpretiert, so wären die sich ergebenden Wassergebühren anders als die Wasserpreise von privaten Versorgern der Anwendung des Kartellrechts entzogen. Diese rechtsdogmatische Begründung ist in erster Linie pragmatisch, denn anderenfalls ergäbe sich im konkreten Falle die politische Schwierigkeit, dass das Wirtschaftsministerium eines Bundeslandes, dem die Kartellaufsicht obliegt, gegen nachgeordnete Behörden des Innenministeriums desselben Bundeslandes, dem die Kommunalaufsicht obliegt, vorzugehen hätte. Es mag daher aus kurzfristig pragmatischen Gründen nahe liegen, die Gebührengenehmigung durch die Kommunalaufsicht als einen hoheitlichen Akt zu werten, der sich einer kartellrechtlichen Prüfung entzieht.

Die Anwendbarkeit des GWB auf die Gebühren in der Wasserwirtschaft wird von manchen zum anderen auch mit dem Argument infrage gestellt, dass die Trinkwasserversorgung nicht im Wettbewerb erbracht wird und daher eine unternehmerische Tätigkeit bezweifelt werden könne.[17] Nach bestrittener, doch überzeugender Auslegung, die sich an Wortlaut, Geschichte und Telos des GWB und des Grundgesetzes orientiert, gilt der funktionale Unternehmensbegriff des GWB jedoch wegen sachlicher Identität auch für solche Wasserversorger, die öffentlich-rechtlich organisiert sind.[18] Die dem Geist des GWB widersprechenden Anreize für die Kommunen aus

---

[14] AVBWasserV vom 20. Juni 1980, BGBl. I S. 750, in der Fassung der Verordnung vom 13. Januar 2010, BGBl. I S. 10.

[15] Vgl. Kapitel IV, Abschnitt 2.2.1.

[16] Nach diesem verwaltungs-gebührenrechtlichen Grundsatz müssen Gebühren in einem angemessenen Verhältnis zu den mit dem Verwaltungsaufwand zusammenhängenden Kosten stehen und dürfen diese im Regelfall nicht wesentlich überschreiten; dabei ist auch der wirtschaftliche oder sonstige Nutzen der Amtshandlung für den Gebührenschuldner zu berücksichtigen.

[17] Vgl. etwa die Übersicht bei Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., München 2007, § 130 insbesondere Rn. 9, 14, 39 f.

[18] Vgl. allgemein zur Missbrauchsaufsicht über staatliches Handeln und zum Unternehmensbegriff des GWB auch die Erörterung in Kapitel IV, Abschnitt 2.1.

einer solchen hiervon abweichenden Auslegung wirken sich bereits heute aus: Durch eine einfache Rekommunalisierung der bisher privatrechtlichen Eigenbetriebe können die Kommunen versuchen, sich der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht zu entziehen.

1.4 Wasserpreise Wetzlar

13. Nachdem bereits das Oberlandesgericht Frankfurt am 18. November 2008 die Missbrauchsverfügungen der hessischen Landeskartellbehörde gegen die enwag GmbH, die in der Stadt Wetzlar Kunden mit Trinkwasser beliefert, wegen Preishöhenmissbrauch bestätigte,[19] hat nun auch der Bundesgerichtshof am 2. Februar 2010 letztinstanzlich die Vorgehensweise des Landes Hessen in den wesentlichen Punkten gebilligt und damit einen Maßstab für zukünftige Missbrauchsverfahren in der Wasserwirtschaft gesetzt.[20]

14. Aus Sicht der Monopolkommission ergeben sich aus dem Urteil die folgenden Konsequenzen für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über privatrechtlich organisierte Wasserversorger: Das in dem Verfahren angewandte Vergleichsmarktkonzept nach § 103 Absatz 5 Satz 2 Nummer 2 GWB 1990 stellt einerseits für die Kartellbehörden keine übermäßig hohen Anforderungen an die Gleichartigkeit der herangezogenen Vergleichsunternehmen und legt andererseits den betroffenen Unternehmen eine erhebliche Beweislast für ihr Verteidigungsvorbringen auf.[21] Zwei Wasserversorger sind demnach gleichartig, wenn zwischen ihnen hinsichtlich der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen keine wesentlichen Unterschiede bestehen, die aus Sicht der Abnehmer von Trinkwasser gemäß der Zielsetzung einer möglichst sicheren und preisgünstigen Versorgung von vornherein eine deutlich unterschiedliche Gestaltung der Preise rechtfertigen. Dem Tatbestandsmerkmal der Gleichartigkeit kommt nur die Funktion zu, eine grobe Sichtung unter den als Vergleichsunternehmen in Betracht kommenden Versorgungsunternehmen zu ermöglichen. Entscheidend sind dann die Gebietsstruktur in Bezug auf hydrogeologische Gegebenheiten, die Beschaffenheit des Leitungsnetzes und die Nachfragestruktur.

15. Die Entscheidung bewirkt eine verschärfte kartellrechtliche Kontrolle von Wasserpreisen durch Verlagerung der Beweislast. Während die Kartellbehörde nurmehr die Beweislast für die grobe Vergleichbarkeit der Wasserversorger trifft, muss der betroffene Wasserversorger belegen, dass Preisunterschiede auf ihm nicht zurechenbaren, abweichenden Umständen beruhen. Systematisch ergibt sich hieraus bereits, dass mit geringeren Anforderungen an die Vergleichbarkeit zugleich die Anforderungen an die Wasserversorger zunehmen, mit denen diese einen Missbrauchsvorwurf durch strukturbedingte Kosten entkräften können.

16. Die nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in § 103 Absatz 5 Satz 2 Nummer 2 GWB 1990 vorgesehene Beweislastumkehr stellt daher hohe Darlegungs- und Nachweispflichten an die Wasserversorger und im Ergebnis wohl eine leicht höhere Hürde für Wasserversorger dar als diejenige des § 29 GWB für Energieversorger.[22] Mit dem § 29 GWB teilt der § 103 GWB 1990 seine gesetzgeberische Zielsetzung. Wegen der erhöhten Missbrauchsgefahr aufgrund der besonderen Marktstellung von Unternehmen der leitungsgebundenen Versorgung sollte den zuständigen Behörden ein besonders wirksames Instrument zur Aufsicht an die Hand gegeben werden. Hierbei wirkt die Verlagerung der Beweislast auf die Unternehmen als Instrument, um Behörden die Feststellung von Preismissbräuchen zu erleichtern.[23] Qualitativ jedoch ist die Anwendung des § 103 GWB 1990 aus Sicht der Monopolkommission für die Wasserwirtschaft weit weniger problematisch als die des § 29 GWB, da durch die faktische Monopolsituation jedes einzelnen Wasserversorgers bei der Verfügung nicht auf die im Wettbewerb entstandenen Preise von Konkurrenzunternehmen abgestellt wird, sondern lediglich auf die Preise von ebenfalls monopolistischen Vergleichsunternehmen. Daher sind in der Wasserwirtschaft durch Verfügungen nach § 103 GWB 1990 keine abträglichen Wettbewerbswirkungen durch einen Verlust von Anreizen zum Markteintritt zu befürchten. Hingegen lässt sich durchaus ein positiver Effekt insofern erwarten, als die Unternehmen nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs nun gezwungen sind, zusätzliche Anstrengungen auf eine transparente und an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung orientierte Preisgestaltung zu verwenden.

17. Am bedeutendsten aber ist der Monopolkommission im Zusammenhang mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs die Feststellung, dass auf dem deutschen Wassermarkt typischerweise ein Preishöhenmissbrauch im Bereich eines natürlichen Monopols untersucht wird. Im Kern wird hierbei eine Situation beschrieben, die gerade nicht für eine kartellrechtliche Problematik spricht. Denn eine Kartellbehörde kann gegenüber einem Wasserversorger nicht durch eine einmalige Entscheidung dauerhaft Abhilfe schaffen, vielmehr müsste sie periodisch wiederkehrend die Entgelte auf den Wassermärkten kontrollieren und vergleichen. Das jedoch ist sinnvollerweise Aufgabe einer sektorspezifischen Regulierung.

1.5 Anreizregulierung und Ausschreibungskonkurrenzen für die deutsche Wasserwirtschaft

18. Die Monopolkommission erachtet aus den oben dargelegten Gründen die Struktur der Trinkwasserversorgung in Deutschland als ineffizient. Allerdings geht sie

[19] OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 18. November 2008, 11 W 23/07 (Kart) „Wasserpreise Wetzlar“.

[20] BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010, KVR 66/08 „Wasserpreise Wetzlar“.

[21] Vgl. ebenda, Rn. 29 f., 37 ff., 62 ff.

[22] Dort heißt es: „Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, dürfen bei der Feststellung eines Missbrauchs im Sinne des Satzes 1 nicht berücksichtigt werden.“ Nach § 103 GWB 1990 ist das Unternehmen nun beweispflichtig dafür, dass sämtliche Effizienzpotenziale ausgeschöpft wurden.

[23] Vgl. BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010, KVR 66/08 „Wasserpreise Wetzlar“, Rn. 23.

nicht davon aus, dass in der Wasserwirtschaft anders als im Bereich der Versorgung mit Strom und Telekommunikation ein Durchleitungswettbewerb zu generell verbesserten Ergebnissen führen kann.[24] Der Grund dafür liegt in der spezifischen Technologie der Wasserversorgung. Ihre im Verhältnis zu den hohen Transportkosten geringe wirtschaftliche Wertigkeit und in Deutschland bestehende große Verfügbarkeit macht die Trinkwasserlieferung über große Distanzen, insbesondere wenn Höhenunterschiede überwunden werden müssen, schnell unwirtschaftlich. Allenfalls in Fließrichtung des Wassers ergeben sich Potenziale für eine wettbewerbliche Versorgung. Einsparungspotenziale resultieren gleichwohl zwar nicht notwendigerweise aus der Zusammenlegung von Wasserversorgungsnetzen, jedoch aus der Zusammenlegung der Wasseradministrationen und der Vermeidung unwirtschaftlich gedoppelter Strukturen.

19. Die Struktur der deutschen Wasserversorgung ist daher kurzfristig einer erneuten Überprüfung zu unterziehen. Hierbei muss es um die explizite Ausrichtung der Wasserversorgung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gehen. Im Ergebnis müssen die faktische Ungleichbehandlung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Wasserversorgern im Bundesgebiet abgestellt, Größenvorteile ausgenutzt und die Degression unspezifischer Gemeinkosten bestmöglich umgesetzt werden. In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission insbesondere betroffene Verbraucher und Verbraucherschutzverbände auf die Möglichkeit eines Rechtsschutzes auch gegen missbräuchlich überhöhte Gebühren in der Wasserwirtschaft hin.

20. Die Monopolkommission empfiehlt der Bundesregierung und den Bundesländern, die deutschen Trinkwasserversorger sodann einer einheitlichen und an der effizienten Bereitstellung von Trinkwasser orientierten sektorspezifischen Regulierung zu unterstellen. Regulierungshandeln kann dabei, sofern es sich innerhalb geringfügiger Ermessensspielräume an einheitlichen Standards orientiert, prinzipiell auch von den jeweils zuständigen Bundesländern ausgeübt werden. Die Monopolkommission ist jedoch der Auffassung, dass in der Phase der Einführung eines einheitlichen Regulierungsrahmens für die deutsche Trinkwasserversorgung der Bundesnetzagentur zunächst die volle Handlungskompetenz übertragen werden muss. Wichtiger Grund hierfür ist, dass die Bundesnetzagentur als eine unabhängige Behörde von politischer Einflussnahme weniger berührt ist als zumindest einige der Regulierungsinstitutionen auf der Ebene der Bundesländer. Entscheidend für die Bundeskompetenz auf diesem Gebiet[25] aber ist die Notwendigkeit, die Daten möglichst vieler Wasserversorger zu Vergleichen heranziehen zu können, sowie die bereits bei der Bundesnetzagentur bestehende Methodenkompetenz und die ganz erheblichen Skalenvorteile einer einheitlichen Regulierung. Erst nach der Etablierung des einheitlichen sektorspezifischen Regulierungsrahmens ist sinnvoll vorstellbar, dass Handlungskompetenzen auch wieder an die Bundesländer abgetreten werden. Soweit landespolitische Widerstände eine aus Effizienzgesichtspunkten nahezu unverzichtbare bundeseinheitliche Lösung unmöglich machen sollten, bliebe als zweitbeste Lösung die bereits im Energierecht praktizierte Möglichkeit einer Organleihe von Bundesländern an die Bundesnetzagentur.[26] In einem solchen Falle jedoch müssten zur Sicherung der für eine effektive Ermöglichung einer Anreizregulierung notwendigen Datenbasis einheitliche Datenerhebungs- und -weiterleitungspflichten der Landesregulierungsbehörden vorgesehen werden.

21. Die technische Regulierung stellt in der Trinkwasserwirtschaft keine besondere ökonomische Herausforderung an die zuständigen Regulierungsbehörden. Da Durchleitungswettbewerb keine tragfähige Option für die zukünftige, an der effizienten Leistungsbereitstellung orientierte Marktorganisation sein kann, ist die technische Regulierung neutral im Hinblick auf kritische wettbewerbspolitische Konsequenzen. Denn anders als beispielsweise im Bereich der Telekommunikation, im Stromsektor oder bei der Bahn ist in der Trinkwasserwirtschaft der diskriminierungsfreie Zugang zu Netzen eines Wettbewerbers nicht sinnvoll und daher auch nicht durch eine geeignete technische Regulierung sicherzustellen. Die Monopolkommission geht davon aus, dass wegen zwingender technologischer Gegebenheiten die Trinkwasserversorgung auch zukünftig weitgehend über lokale Monopolisten erfolgen wird. Zur Beförderung eines innovativen Angebotsverhaltens empfiehlt die Monopolkommission, die technische Regulierung auf reine Vorgaben zu Outputgrößen, mithin auf Vorgaben zur Wasserqualität, zu beschränken. Bereits heute ist die entscheidende technische, an qualitativen Kriterien ausgerichtete Regulierung von der wirtschaftlichen Regulierung getrennt und wird durch die Gesundheitsämter ausgeübt.[27]

22. Zur Vermeidung einer Vollkostenkontrolle und zur Stärkung der wirtschaftlichen Anreize zur Vermeidung von Ineffizienzen sollte die wirtschaftliche Regulierung des Trinkwassermarktes auf dem Wege einer Anreizregulierung erfolgen.[28] Zur Bestimmung der Erlösobergrenzen müssen geeignete Benchmarking-Methoden eine Vergleichbarkeit sämtlicher Trinkwasserversorger in Deutschland herstellen. In den Erlösobergrenzen sind als dauerhaft nicht zu beeinflussende Kostenbestandteile insbesondere jene Kosten zu berücksichtigen, die sich aus unvermeidbaren strukturellen Unterschieden bei der Aufbereitung von Wasser in der gebotenen Qualität und aus unvermeidbaren strukturellen Unterschieden bei den Dis-

[24] Diese Auffassung findet sich im Schrifttum gelegentlich; vgl. z.B. Cassel, D. Rüttgers, C., a. a. O.

[25] Nach Artikel 74 Absatz 1 Nummer 11 (Recht der Wirtschaft), 16 (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung) sowie 17 (Sicherung der Ernährung), teilweise in Verbindung mit Artikel 72 Absatz 2, 2. Alt. GG.

[26] Vgl. dazu Monopolkommission, Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Sondergutachten 49, Baden-Baden 2008, Tz. 46.

[27] § 18 Absatz 1 in Verbindung mit § 3 Nummer 2 a TrinkwVO.

[28] Vgl. hierzu auch Hirschhausen, C. von u a., Fallende Preise in der Wasserwirtschaft – Hessen auf dem Vormarsch, DIW-Wochenbericht 76, 2009, S. 150–155.

tributionskosten ergeben (Topografie, Geologie, Bevölkerungsdichte etc.). Nicht jedoch sind Unterschiede bei den unspezifischen Gemeinkosten als nicht zu beeinflussende Kostenbestandteile zulässig. Durch die beschriebenen Vorkehrungen bei der Anreizregulierung kann sich anschließend der deutsche Trinkwassermarkt neu ordnen. Insbesondere sind Wasserversorgungsunternehmen Anreize gesetzt, bei ineffizient hohen unspezifischen Gemeinkosten ihre Größe durch Fusion mit einem anderen Trinkwasseranbieter zu erhöhen und so die Degression der unspezifischen Gemeinkosten zu verbessern. Die Abgrenzung einer Gebietskörperschaft und insbesondere auch Landesgrenzen stellen hierbei keine Hindernisse dar. Zudem sollten Fusionen im Trinkwassermarkt keinen kartellrechtlichen Bedenken ausgesetzt sein, da sich die bereits bestehende natürliche Monopolstellung eines lokalen Anbieters durch die Fusion mit seinem Nachbarn nicht verschärft.

23. Grenzen für weitere Zusammenschlüsse ziehen ausschließlich wirtschaftliche Kriterien. Möglich ist, dass Reibungsverluste und Ineffizienzen mit zunehmender Organisationsgröße anwachsen. Auch reduzieren sich die Innovationsmöglichkeiten im Systemwettbewerb, wenn die Zahl der Vergleichsunternehmen durch Fusionen allzu stark zurückgeht. Diese negativen Wirkungen erachtet die Monopolkommission jedoch im Vergleich zu den positiven Größeneffekten einer Konsolidierung der deutschen Wasserwirtschaft jedenfalls in Anbetracht der heutigen Situation als sehr gering. Eine effektive Anreizregulierung böte hier eine Gewähr dafür, dass signifikante Abweichungen von den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im deutschen Trinkwassermarkt zulasten der Verbraucher vermieden werden. Inwieweit die kommunale Selbstverwaltungsgarantie aus Artikel 28 Absatz 2 GG für (teilweise ehrenamtlich betriebene) Kleinversorgungswerke eine Ausnahme von der Regulierung gebietet, kann hier nicht abschließend beurteilt werden.

24. Zur Ausschöpfung der Größendegression auf den deutschen Wassermärkten ist zudem nicht notwendigerweise eine physische Zusammenlegung von Netzen erforderlich. Sie kann zwar in Einzelfällen weitere Größenvorteile ausschöpfen helfen, in erster Linie jedoch geht es bei der Fusion von Wasserversorgungsbetrieben um eine Verbesserung der Umlage unspezifischer Gemeinkosten auf eine möglichst große Zahl von Verbrauchern und Verbräuchen. Dies wird bereits erreicht, wenn durch die Zusammenlegung von Netzverwaltungen Redundanzen offensichtlich und Rationalisierungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden. Auch das Outsourcing bestimmter Aufgaben, etwa der Rechnungsstellung oder des Messwesens an externe, hochspezialisierte Unternehmen kann zu einer Erhöhung der Effizienz auf dem deutschen Wassermarkt führen.

25. Die Monopolkommission regt vor allem gegenüber Kommunen und Landschaftsverbänden an, vermehrt Ausschreibungswettbewerbe für die Wasserversorgung durchzuführen. Ausschreibungskonkurrenzen in der Wasserwirtschaft stehen allerdings vor der besonderen Herausforderung, dass geeignete Mechanismen gefunden werden müssen, um optimale Investitionen in Ausbau und Instandhaltung der Netzinfrastruktur sicherzustellen. Bei einer Anreizregulierung für die Trinkwasserwirtschaft sollte sich diese Fragestellung durch geeignete Regelungen zu Investitionsbudgets und dem Qualitätselement auffangen lassen. Gegebenenfalls lassen sich Investitionsanreize in der Anreizregulierung auch durch ein explizites Bonus-/Malus-System für Investoren setzen. Bei der Ausschreibung von Konzessionen, insbesondere wenn diese mit einer langen Vertragslaufzeit verbunden sind, müssen hingegen größere Schwierigkeiten überwunden werden. Zur Erleichterung des Ausschreibungskonzepts wäre beispielsweise vorstellbar, eine Trennung des Leitungsnetzes vom Betrieb zu erwirken. Während das Leitungsnetz in kommunaler oder privater Hand weiterhin einer Anreizregulierung unterworfen würde, ließe sich der Betrieb in einen Ausschreibungswettbewerb um den Markt einbringen.[29] Problematisch ist bei langen Konzessionslaufzeiten möglicher Hold-Up dadurch, dass sich der Konzessionsinhaber nach erfolgter Ausschreibung in einem bilateralen Monopol mit dem Konzessionsgeber befindet und in diesem tendenziell starke Anreize zur Nachverhandlung besitzt.

2. Wettbewerbsdefizite bei Apotheken im Einzelhandel mit Arzneimitteln

26. In ihrem Sechzehnten Hauptgutachten[30] hat sich die Monopolkommission bereits mit dem Wettbewerb zwischen Apotheken und der Regulierung des Einzelhandels mit Arzneimitteln befasst. Die nachfolgenden Ausführungen aktualisieren die Analyse und die Handlungsempfehlungen vor dem Hintergrund der Entwicklung in den vergangenen vier Jahren.

Auf der Basis der Analyse des Sechzehnten Hauptgutachtens hat die Monopolkommission 2006 der Bundesregierung folgende Handlungsempfehlungen gegeben:

- Überprüfung des Umfangs der Apothekenpflicht unter Berücksichtigung internationaler Erfahrungen (Tz. 164*, Tz. 1157 ff.),
- Aufhebung des Selbstbedienungsverbots bei nicht verschreibungspflichtigen, aber apothekenpflichtigen Produkten (Tz. 164*, Tz. 1163),
- Ermöglichung des Zugangs zum Beruf des Apothekers über ein Fachhochschulstudium (Tz. 165*, Tz. 1165),
- Keine Aufhebung der Preisregelung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (Tz. 166*, Tz 1166 f.),
- Ermöglichung eines „sanften“ Preiswettbewerbs auch bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln durch (a) Wegfall der vorgeschriebenen Zuzahlung bei Arzneimitteln bei gesetzlich versicherten Patienten bei (b) gleichzeitiger Übernahme einer durch die Apotheke

[29] Vgl. für die ausführliche Erörterung eines solchen Konzepts Besche, B., Wasser und Wettbewerb, Frankfurt a. M. 2004.

[30] Vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Hauptgutachten 2004/2005, Baden-Baden 2006, Kapitel VI, Abschnitt 3.

selbst in Grenzen festzulegenden Pauschale für die Dienstleistung der Apotheke durch die Patienten (Tz. 168*, Tz. 1170 ff.),

– Aufhebung des Fremd- und Mehrbesitzverbots bei Apotheken bei gleichzeitiger temporärer Verschärfung der Fusionskontrolle bei Apotheken zur Verhinderung der Herausbildung regionaler Monopolstellungen (Tz. 169*, Tz. 1174 ff.),

– Ermöglichung der räumlichen Integration der Apotheke in andere Einzelhandelsgeschäfte (Tz. 170*, Tz. 1178 f.),

– Abschaffung der berufsspezifischen Werberegeln (Tz. 171*, Tz. 1180 f.).

27. Die damalige Bundesregierung hat in ihrer Stellungnahme nicht die Auffassung der Monopolkommission geteilt, dass die Regulierungsmaßnahmen für Apotheken zu restriktiv sind, und hat die Handlungsempfehlungen der Monopolkommission verworfen.[31] Die Monopolkommission möchte ihre Empfehlungen der neuen Bundesregierung in Erinnerung rufen und die Analyse vor dem Hintergrund jüngerer Entwicklungen aktualisieren.

Die neuerliche Analyse beschränkt sich dabei auf sog. „öffentliche Apotheken“, also Apotheken, die Arzneimittel an den Endverbraucher abgeben. Nicht behandelt werden Krankenhausapotheken, die als wirtschaftlich unselbstständiger Teil eines Krankenhauses geführt werden, sowie Bundeswehrapotheken. Im Folgenden werden zunächst Markt- und Wettbewerbsentwicklungen im Einzelhandel mit Arzneimitteln beschrieben, bevor die Besonderheiten des Marktes und des Ordnungsrahmens charakterisiert werden und darauf aufbauend Reformvorschläge präsentiert werden.

2.1 Markt- und Wettbewerbsentwicklungen auf dem Markt für Arzneimittel

28. Die gesetzlichen Regelungen[32] sehen drei Kategorien von Arzneimitteln vor, und zwar

– freiverkäufliche Arzneimittel,

– apothekenpflichtige, aber nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel,

– apothekenpflichtige, verschreibungspflichtige Arzneimittel.

Neben Arzneimitteln verkaufen Apotheken zudem Produkte des sog. „apothekenüblichen Ergänzungssortiments“ sowie Krankenpflegeartikel.

29. Das Gros des Umsatzes in Apotheken entfällt auf verschreibungspflichtige Arzneimittel. Im Jahr 2009 waren dies bundesweit 30,8 Mrd. Euro (ohne Mehrwertsteuer), das entspricht nicht ganz 80 Prozent des Gesamtumsatzes in Apotheken in Höhe von 39,2 Mrd. Euro im Jahr 2009. Die verbleibenden 8,4 Mrd. Euro wurden durch Umsätze mit apothekenpflichtigen, aber nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (4,4 Mrd. Euro), freiverkäuflichen Arzneimittel (0,3 Mrd. Euro), Produkten aus dem apothekenüblichen Ergänzungssortiment (2,0 Mrd. Euro) und Krankenpflegeartikeln (1,7 Mrd. Euro) erzielt.[33]

Bemerkenswert ist auch, dass die Ausgaben für Arzneimittel seit 1997 mit 4 Prozent per annum auch im Vergleich zu den Gesundheitsausgaben insgesamt (+3 Prozent p. a.) überproportional gestiegen sind. Ebenso sind die Umsätze in Apotheken mit +4,5 Prozent per annum schneller gestiegen als im Vergleich zum Einzelhandel insgesamt mit +1 Prozent.[34]

30. Besonders stark wächst, ausgehend von einem niedrigen Niveau, seit 2004 der Versandhandel mit Arzneimitteln. Der Versandhandel mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln erhielt mit der Zwölften Novelle des Arzneimittelgesetzes im Jahr 2004 eine rechtliche Basis, indem das seit der Achten AMG-Novelle von 1998 geltende generelle Verbot in ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt umgewandelt wurde. Während der Umsatz im Markt für rezeptfreie Arzneimittel im Jahr 2009 insgesamt mit einem Zuwachs von +0,9 Prozent fast stagnierte, konnten die Versandapotheken ihr Geschäft mit rezeptfreien Medikamenten um etwa 30 Prozent steigern. Ihr Anteil am sog. OTC-Markt („Over-the-Counter“) liegt nach Zahlen von IMS Health mittlerweile zwischen 9 und 10 Prozent. [35] Diese Zuwächse gehen zulasten der niedergelassenen Apotheken, die in diesem Bereich einen Umsatzrückgang von knapp 1,3 Prozent hinnehmen mussten. Im Markt für verschreibungspflichtige Arzneimittel hingegen haben Versandapotheken wesentlich schwerer Fuß gefasst, der Bundesverband Deutscher Versandapotheken (BVDVA) schätz den Marktanteil der Versandapotheken in diesem Segment nach wie vor auf rund 2 Prozent.[36]

31. Die Anzahl der Apotheken in Deutschland hat zwischen 2003 und 2008 kontinuierlich zugenommen und ist in diesem Zeitraum um 300 Apotheken gewachsen. Im Jahr 2009 haben erstmals seit 2003 wieder mehr Apotheken geschlossen (nämlich 352), als neue Apotheken eröffnet wurden (nämlich 298), sodass sich die Anzahl der Apotheken am Jahresende 2009 auf 21 548 belief. Davon sind mittlerweile 3 224 Filialapotheken.

Die Apothekendichte ist in Deutschland mit etwa 3 800 Einwohnern pro Apotheke zwar nicht europäische Spitze, aber doch überdurchschnittlich. In den 15 „alten“ EU-Mitgliedstaaten kommen im Durchschnitt 5 800 Einwohner auf eine Apotheke. Während in einigen Staaten

[31] Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Sechzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission, Bundestagsdrucksache 16/5881 vom 3. Juli 2007, Tz. 52.

[32] Vgl. den Siebten Abschnitt (§§ 43 ff.) des Arzneimittelgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 2005, BGBl. I S. 3394.

[33] ABDA – Bundesvereinigung Deutscher Apothekenverbände (Hrsg.), Die Apotheke: Zahlen, Daten, Fakten 2009, Berlin 2010, http://www.abda.de/zdf.html

[34] Vgl. Perlitz, U., Apotheken: Selbst in der Rezession leichtes Umsatzplus, Deutsche Bank Research, Frankfurt a.M., Mai 2009.

[35] http://www.apotheke-adhoc.de/Nachrichten/Markt/9762.html

[36] Ebenda.

im Durchschnitt deutlich mehr Einwohner von einer Apotheke versorgt werden als in Deutschland (Dänemark 16 800, Schweden 10 700, Niederlande 9 400, Österreich 6 900, Großbritannien 4 900), sind es in anderen Staaten auch weniger Einwohner pro Apotheke (Italien 3 300, Frankreich 2 700, Spanien 2 100). Die höchste Apothekendichte in Europa findet sich in Griechenland mit 1 200 Einwohnern pro Apotheke.[37] Die Apothekendichte in Deutschland variiert auch zwischen den Bundesländern, wobei sie in Ostdeutschland niedriger ist als in Westdeutschland und ebenso in ländlichen Gebieten mehr Einwohner pro Apotheke versorgt werden als in Städten.

32. Für die Marktentwicklung bedeutsam sind zwei Urteile aus den letzten beiden Jahren. Zum einen hat das Bundesverwaltungsgericht im März 2008 entschieden, dass sog. Pick-up-Stellen, an denen Patienten Medikamente abholen, welche sie im Versandhandel bestellt haben, nach heutiger Gesetzeslage in Deutschland prinzipiell zulässig sind.[38] Zum anderen hat der Europäische Gerichtshof im Mai 2009 entschieden, dass das Fremd- und Mehrbesitzverbot in Deutschland mit europäischem Recht vereinbar ist.[39] Das Fremdbesitzverbot beschränke zwar die Niederlassungsfreiheit, dies sei jedoch durch Gründe des Allgemeininteresses, namentlich den Schutz der Gesundheit und das Ziel, eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung sicherzustellen, gerechtfertigt. In seiner Urteilsbegründung räumt der Europäische Gerichtshof den Mitgliedstaaten bei der Bestimmung, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll, einen breiten Wertungsspielraum ein und begrenzt seine Prüfung entsprechend. Keinesfalls wird durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs jedoch ein Fremd- und Mehrbesitzverbot zwingend vorgeschrieben. Das Fremd- und Mehrbesitzverbot kann also nach wie vor vom Gesetzgeber aufgehoben werden.

2.2 Ökonomische Besonderheiten im Einzelhandel mit Arzneimitteln

33. Beim Einzelhandel mit Arzneimitteln herrschen gewisse Besonderheiten, die eine Regulierung aus ökonomischer Sicht rechtfertigen könnten. Zu erwähnen ist vor allem, dass Arzneimittel beratungsbedürftige Produkte sind. Der typische Endverbraucher kann oftmals nicht ohne Weiteres beurteilen, ob der Einsatz eines bestimmten Arzneimittels für ihn nützlich, nutzlos oder sogar schädlich ist, d. h. Arzneimittel sind sog. Vertrauensgüter, bei denen der typische Verbraucher unter Informationsdefiziten leidet und daher eine kompetente Beratung benötigt.

Diese Problematik spricht zum einen dafür, dass der Gesetzgeber für bestimmte Arzneimittel eine Verschreibungspflicht eingeführt hat, also ihre Abgabe an Endverbraucher von einer ärztlichen Verordnung abhängig ist. Dadurch wird sichergestellt, dass ein Patient ein Arzneimittel nur dann legal erwerben kann, wenn der Einsatz dieses Arzneimittels nach Ansicht einer fachkundigen Person bei ihm geboten ist.

Zum anderen spricht dieses Problem asymmetrischer Information auch dafür, dass der Apotheker in dieser Konstellation in erster Linie als „gatekeeper“ dient, der für die Einhaltung der Verschreibungspflicht verantwortlich ist. Aus ökonomischer Sicht ist nämlich eine Trennung der Verschreibung (und damit der wesentlichen Beratungsleistung) durch den Arzt und des Verkaufs von Arzneimitteln (durch Apotheken) durchaus sinnvoll, um etwaige Interessenkonflikte zu vermeiden, die sich ergeben können, wenn die besser informierte Marktseite (also der behandelnde Arzt) vom Verkauf von Arzneimitteln an die weniger gut informierte Marktseite (also die Patienten) profitieren würde. Durch die strikte Trennung der wesentlichen Beratungsleistung durch den Arzt und des Verkaufs wird dieser mögliche Interessenkonflikt wenn nicht vollständig vermieden, so doch immerhin reduziert.

In diesem Kontext ist auch festzustellen, dass die Haftung für eine falsche Medikation, z. B. mangelnde Sorgfalt hinsichtlich der Überprüfung von Wechselwirkungen mit anderen verschriebenen Arzneimitteln, in aller Regel beim verschreibenden Arzt liegt und nicht beim Apotheker.

34. Die besondere Bedeutung des Beratungsbedarfs und die asymmetrische Informationsverteilung im Einzelhandel mit Arzneimitteln haben jedoch nicht zur Folge, dass es sich bei Apotheken nicht im Wesentlichen um Einzelhandelsgeschäfte handeln würde. Zum einen ist darauf hinzuweisen, dass auch andere Bereiche des Einzelhandels sehr beratungsintensiv sein können, ohne dass sie die Eigenschaft als Handelsunternehmen dadurch verlieren. Zum anderen – und das ist der fundamentale Unterschied zu eigentlichen Beratungsunternehmen – wird Beratung in Apotheken anders als bei Ärzten, Rechtsanwälten oder auch Unternehmensberatern nicht separat abgerechnet. Die Beratungsleistung ist, wie im Einzelhandel typisch, im Preis des Produkts pauschal enthalten.

Das heißt, dass die Tätigkeit der öffentlichen Apotheken im Wesentlichen eine Einzelhandelstätigkeit ist. Apotheken erzielen ihre Umsätze ganz überwiegend mit dem Verkauf von fertig eingekauften Arzneimitteln und anderen apothekenüblichen Gütern; der Anteil der von der Apotheke selbst hergestellten Arzneimittel und eigenständig erbrachten Dienstleistungen ist anteilsmäßig relativ gering. Wie bei anderen Einzelhandelsbetrieben auch, hängt der wirtschaftliche Erfolg zwar sicher auch von der Qualität der Beratung ab, aber nicht unwesentlich auch von anderen Faktoren wie z. B. einem günstigen Standort. Wichtig sind eine gute Erreichbarkeit sowie die Nähe zu Arztpraxen. Apotheken finden sich deshalb oft in Innenstädten, Geschäftsstraßen oder Einkaufszentren, daneben spielen Standorte in Ärztehäusern eine wichtige Rolle. Ihre Kundschaft besteht vor allem aus Laufkundschaft in dem Sinne, dass anders als z. B. bei Ärzten und Rechtsanwälten eine Terminvereinbarung unüblich ist.

[37] ABDA, a.a.O.
[38] BVerwG, Urteil. vom 13. März 2008, 3 C 27.07 „dm“
[39] EuGH, Urteil vom 19. Mai 2009, verb. Rs. C-171/07 und C-172/07 „Apothekerkammer des Saarlands u. a./Saarland“.

Als Einzelhändler müssen die Apotheken ihre Erträge über die Preisspanne zwischen Großhandelspreis und Endverkaufspreis erzielen. Zwar erbringen die Apotheker beim Verkauf von Arzneimitteln auch Beratungsleistungen; diese stellen jedoch keine vertraglich eigenständige Tätigkeit dar und werden auch nicht eigenständig (z. B. nach Art und Umfang der Beratungsleistung) vergütet.

Weitere Wettbewerbsparameter sind neben der Qualität der Beratung, der Freundlichkeit des Services und des Standortes auch Faktoren wie die Öffnungszeiten oder auch kostenlose Zugaben z. B. von Cremes, Traubenzucker, Zeitschriften u. ä. Anders als auf vielen anderen Märkten spielt der Preis beim Großteil der Arzneimittel keine Rolle im Wettbewerb.

35. Diese Besonderheit, die in ähnlicher Weise auch für andere Bereiche des Gesundheitssystems gilt, resultiert daraus, dass die Kosten für den wesentlichen Teil des Arzneimittelverbrauchs nicht direkt vom Patienten, sondern von einer gesetzlichen oder privaten Krankenversicherung getragen werden. Beim Einkauf solcher Arzneimittel ist der einzelne Verbraucher also kaum preissensitiv. Üblicherweise tritt deshalb an die Stelle eines individuell vereinbarten Preises entweder eine staatliche Preisregelung oder eine Vereinbarung zwischen Krankenversicherung und Apotheke. In Deutschland gilt für die gesetzlichen Krankenkassen ein Kontrahierungszwang; sie können also nicht mit einer begrenzten Anzahl von Apotheken exklusive Verträge über die Versorgung ihrer Mitglieder als Gegenleistung für günstige Arzneimittelpreise schließen. Solange dieser Kontrahierungszwang gilt, ist es folgerichtig, dass es einheitliche, nicht ausgehandelte, sondern staatlich festgesetzte Apothekenaufschläge gibt.

36. Diese Argumentation gilt allerdings nicht für Arzneimittel, die vom Patienten selbst bezahlt werden müssen. Hier ist der Patient, wie bei anderen Gütern auch, durchaus preissensitiv. Zwar wird diese Preissensitivität bei dringend benötigten Arzneimitteln für den akuten Bedarf nicht besonders groß sein. Eine längere Suche nach dem günstigsten Angebot wird hier nur selten stattfinden, insbesondere wenn ein Preisvergleich nur umständlich zu realisieren ist. Dagegen wird der Käufer beim Vorratskauf oder bei ständigem Bedarf stärker an günstigen Arzneimittelpreisen interessiert sein. Ein Preiswettbewerb ist hier nicht nur möglich, sondern auch in gewissem Umfang existent. In der Tat hat sich der Preiswettbewerb gerade bei nicht rezeptpflichtigen Arzneimitteln durch die Entwicklung des Versandhandels intensiviert, auch wenn der Marktanteil der Versandapotheken mit etwa 10 Prozent weiterhin relativ gering ist.[40]

Ursache dafür dürfte auch sein, dass seit 2004 gesetzlich Versicherte die Kosten von nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln mit wenigen Ausnahmen selbst übernehmen müssen. Es ist deshalb folgerichtig, dass der Gesetzgeber für diese Arzneimittel die Preisbindung aufgehoben hat. Weiter befördert werden könnte der Preiswettbewerb in diesem Segment, indem das Selbstbedienungsverbot in § 17 Absatz 3 der Apothekenbetriebsordnung für nicht rezeptpflichtige Arzneimittel aufgehoben würde. Dieses Verbot verhindert momentan, dass Kunden direkt an Regale mit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln herantreten können, um sich einen Überblick über das Angebot und die Preise zu verschaffen. Teilweise können Preise für apothekenpflichtige Arzneimittel, auch verschreibungspflichtige, nur im Gespräch mit dem Verkaufspersonal ermittelt werden, sodass die Informationskosten für die Kunden steigen und der Wettbewerb gebremst wird.

Die Apothekenpreise für verschreibungspflichtige Medikamente hingegen sind weiterhin staatlich reglementiert. Sie machen wie erwähnt nach wie vor das Gros des Umsatzes in öffentlichen Apotheken aus, nicht ganz 80 Prozent des Umsatzes einer öffentlichen Apotheke entfallen auf rezeptpflichtige Arzneimittel mit regulierten Preisspannen. Preiswettbewerb besteht also nur in etwa 20 Prozent des Apothekenmarktes, gemessen am Umsatz.

37. Auf Märkten mit offenem Marktzutritt, aber geregelten Preisen besteht das Problem, dass es zu einer Überbesetzung der Angebotsseite kommen kann. Die künstlich hoch gehaltenen Preise führen höchstens zeitweise zu Übergewinnen. Denn die Erwartung auf gute Erträge lockt weitere Markteintritte an. Diese Eintrittswelle kann so lange anhalten, bis Übergewinne abgebaut sind und nur noch Gewinne in Höhe eines Unternehmerlohns erzielt werden. Administrierte Erhöhungen des Preisniveaus können dann zu einer erhöhten Anbieterdichte führen, Senkungen des Preisniveaus langfristig zu einer Abnahme. So lässt sich auch erklären, dass bei steigenden Umsätzen die Anzahl der Apotheken in Deutschland und somit auch die Apothekendichte bis 2008 kontinuierlich angestiegen sind. Mit dem Rückgang des Umsatzes bei niedergelassenen Apotheken im Jahr 2009 zulasten der Versandapotheken, welche auch aus dem europäischen Ausland heraus (vor allem aus den Niederlanden) den Versandhandel nach Deutschland betreiben, ist auch die Anzahl der Apotheken in Deutschland erstmals seit 2003 wieder gesunken.

Der aufgrund der Preisreglementierung fehlende Preiswettbewerb hat zur Folge, dass die Arzneimitteldistribution zu höheren volkswirtschaftlichen Kosten erfolgt als notwendig, weil die im Markt auftretenden Betriebe eine zu geringe, nicht optimale Größe haben. Ökonomisch eigentlich zu kleine Betriebe können überleben, weil sie durch die effizienteren Betriebe nicht unterboten werden können.[41] Zudem unterbleiben mögliche Spezialisierungsvorteile, welche große Apotheken profitabel realisieren können, sobald sie eine kritische Masse an Kunden haben.[42]

---

[40] Perlitz, U., a. a. O.

[41] Wann eine Apotheke volkswirtschaftlich zu klein ist, hängt natürlich von der Umgebung ab. Auf dem Land kann auch eine relativ kleine Apotheke volkswirtschaftlich gerechtfertigt sein, da hier höheren Betriebskosten in der Apotheke geringere Wegekosten der Patienten gegenüberstehen.

[42] Vgl. Schulenburg, J.-M. von der, Hodek, J.-M., Nutzen und Kosten der derzeitigen Regulierung des Apothekenmarktes in Deutschland, Gesundheits- und Sozialpolitik 64, 2010, S. 19–30.

38. Eine andere Konsequenz ist, dass der nicht erlaubte Preiswettbewerb durch Wettbewerb bei anderen Parametern ersetzt wird. Apotheken versuchen möglichst gute Standorte zu beziehen, durch eine gehobene Ladeneinrichtung, durch freundlichen Service, komfortable Öffnungszeiten oder kostenlose Beigaben wie Apothekenzeitungen, Hautcremes oder Hustenbonbons im Wettbewerb zu bestehen. Manche dieser Komponenten – wie Service, Qualität der Beratung, gute Erreichbarkeit – mögen gesundheitspolitisch positiv bewertet werden, andere sind teilweise gesundheitspolitisch unnötig (gehobene Ladeneinrichtung) oder unter Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten fragwürdig (Apothekenzeitung). Die Monopolkommission spricht sich nicht dagegen aus, dass es Einzelhandelsgeschäfte mit gehobener Einrichtung, (scheinbar) kostenlose Beigaben oder eine Apothekenzeitung gibt. Jedoch ist es fragwürdig, sie indirekt mit Beitragsgeldern der gesetzlichen Krankenkassen zu finanzieren.

39. Die Monopolkommission hat schon in ihrem Sechzehnten Hauptgutachten darauf verwiesen, dass die Lösung dieses Problems nicht darin bestehen kann, den Marktzugang für Apotheken weiter zu beschränken. Es ist äußerst zweifelhaft, ob ein staatlicher Regulierer volkswirtschaftlich effiziente Apothekenzahlen festsetzen würde.

Ein weiteres Problem von Festpreisen ist, dass sie keine hinreichenden Anreize bieten, sich in Gegenden mit vergleichsweise geringer Apothekendichte anzusiedeln. Bestünde Preiswettbewerb, wäre die Ansiedlung gerade in solchen Gegenden interessant, weil dort bessere Preise erzielt werden könnten.

2.3 Wettbewerbsrelevante Regulierung des Einzelhandels mit Arzneimitteln

Produktsortiment

40. Wie bereits erwähnt, sehen die gesetzlichen Regelungen drei Kategorien von Arzneimitteln vor, und zwar (1) freiverkäufliche Arzneimittel, (2) apothekenpflichtige, aber nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel sowie (3) apothekenpflichtige, verschreibungspflichtige Arzneimittel. Apothekenpflichtige Arzneimittel dürfen nur durch Apotheken verkauft werden. Sie machen etwa 90 Prozent des Umsatzes in Apotheken aus. Bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln tritt noch die Anforderung dazu, dass sie nur nach Vorlage einer ärztlichen Verschreibung an den Verbraucher abgegeben werden dürfen. Dagegen können freiverkäufliche Arzneimittel auch von anderen Geschäften verkauft werden, solange im Geschäft eine Person mit besonderer Sachkunde in Bezug auf Arzneimittel vorhanden ist. Der Katalog der freiverkäuflichen Arzneimittel umfasst z. B. Heilwässer, Bademoore, pflanzliche Heilmittel, Pflaster und bestimmte Desinfektionsmittel. Der Umsatz mit freiverkäuflichen Arzneimitteln macht weniger als 1 Prozent des Umsatzes einer typischen Apotheke aus.[43]

Apotheken müssen sich nicht auf den Handel mit Arzneimitteln beschränken, sondern können darüber hinaus ein bestimmtes Nebensortiment sowie Krankenpflegeartikel anbieten. Das Nebensortiment ist jedoch der Art nach beschränkt. Außer Arzneimitteln dürfen in Apotheken nur apothekenübliche Waren verkauft werden. Dazu zählen nach der Apothekenbetriebsordnung insbesondere Produkte, die der Gesundheit von Menschen und Tieren mittelbar oder unmittelbar dienen oder diese fördern. Der Verkauf von Krankenpflegeartikeln und Produkten aus dem Nebensortiment macht etwa 9,4 Prozent des Umsatzes in Apotheken aus.[44]

Preisregulierung

41. Beim Verkauf von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln unterliegt der Apotheker wie oben erwähnt einer Preisbindung nach der Arzneimittelpreisverordnung, die ihn auf eine bestimmte Handelsspanne festlegt. Ausgangspunkt für die Berechnung der gebundenen Apothekenverkaufspreise ist der Abgabepreis des Herstellers. Darauf wird ein Großhandelszuschlag erhoben, der durch die Verordnung nach oben beschränkt ist. Der Apotheker schlägt eine Pauschale von 8,10 Euro je Packung sowie 3 Prozent auf den Herstellerabgabepreis zuzüglich des höchstzulässigen Großhandelszuschlags plus Mehrwertsteuer zu. Daraus ergibt sich: Apothekenverkaufspreis = (Herstellerabgabepreis + Großhandelshöchstzuschlag) x 1,03 + 8,10 Euro plus Mehrwertsteuer.

Dieser Verkaufspreis gilt grundsätzlich für alle Verkäufe von verschreibungspflichtigen Medikamenten, also sowohl für Verkäufe an gesetzlich versicherte Patienten als auch an privat Versicherte oder Selbstzahler. Jedoch müssen die Apotheken bei Verkäufen auf Kosten der gesetzlichen Krankenversicherung einen gesetzlich festgelegten Rabatt in Höhe von momentan 2,30 Euro je Packung gewähren.

Von diesem Preis trägt der Versicherte grundsätzlich 10 Prozent des Arzneimittelpreises, jedoch mindestens 5 Euro und höchstens 10 Euro und nicht mehr als die Kosten des Präparats, den Rest trägt die Versicherung des Patienten. Die Zuzahlung entfällt jedoch teilweise beim Kauf von Medikamenten, für welche die Krankenkasse des Patienten einen Rabatt ausgehandelt hat.

Mehr- und Fremdbesitz

42. Traditionell gilt im deutschen Apothekenrecht das Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“. Gemäß dem sog. Fremdbesitzverbot darf ein Apothekenbetrieb nur durch einen Apotheker als Einzelunternehmer oder durch eine von Apothekern gebildeten offenen Handelsgesellschaft betrieben werden. Der Betrieb einer Apotheke in der Rechtsform einer GmbH oder einer Aktiengesellschaft ist nicht möglich.

Dagegen ist das bis 2004 geltende strikte Mehrbesitzverbot inzwischen gelockert worden. Während sich vor 2004 ein Apotheker auf den Betrieb einer Apotheke beschrän-

[43] ABDA, a. a. O.

[44] Ebenda.

ken musste, kann er heute bis zu vier Apotheken betreiben. Er muss dabei eine der Apotheken als Hauptapotheke selbst leiten und für jede der Filialapotheken einen angestellten Apotheker als verantwortlichen Leiter benennen. Die Hauptapotheke und die Filialapotheken müssen innerhalb desselben Kreises oder derselben kreisfreien Stadt oder in einander benachbarten Kreisen oder kreisfreien Städten liegen. Wie oben erwähnt, ist das Fremd- und Mehrbesitzverbot vom Europäischen Gerichtshof als europarechtskonform beurteilt worden.

Räumliche Abschottung der Apotheke

43. Die Apothekenbetriebsordnung schreibt vor, dass der Verkaufsraum einer Apotheke (Offizin) von anderweitig gewerblich genutzten Räumen durch Wände und Türen abgetrennt sein muss. Eine räumliche Integration einer Apotheke beispielsweise in eine Drogerie ist damit nicht möglich.

Weitere Regulierungen

44. Neben den oben genannten Regulierungen, welche den Wettbewerb im Einzelhandel mit Arzneimitteln beschränken, existiert eine ganze Reihe weiterer Regelungen für den Betrieb einer Apotheke wie z. B. Mindestanforderungen an Größe und Einrichtung der Apothekenräume, das Personal, Dienstbereitschaft und Informationspflichten.

2.4 Reformvorschläge der Monopolkommission

45. Die Monopolkommission erinnert an ihre Reformvorschläge aus dem Jahr 2006 und bekräftigt diese. In den Vordergrund rückt sie dabei die folgenden Maßnahmen, welche sie für eine wettbewerbliche Entwicklung des Einzelhandels mit Arzneimitteln als besonders förderlich erachtet. Die Monopolkommission spricht sich ganz bewusst nicht für eine vollständige Deregulierung des Einzelhandels mit Arzneimitteln aus. Sie empfiehlt, einen „sanften“ Preiswettbewerb auch bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zu ermöglichen durch (a) Wegfall der vorgeschriebenen Zuzahlung bei gesetzlich versicherten Patienten sowie der heute geltenden Packungspauschale von 8,10 Euro (abzüglich 2,30 Euro Rabatt für Verkäufe auf Kosten der gesetzlichen Krankenversicherung) bei (b) gleichzeitiger Übernahme eines durch die Apotheke selbst in Grenzen festzulegenden Entgelts für die Dienstleistung der Apotheke durch die Patienten.

46. Diesen Vorschlag hat die Monopolkommission bereits 2006 unterbreitet und wie folgt begründet: „Eine Freigabe der Preise für verschreibungspflichtige Arzneimittel wäre unter den momentan geltenden Regelungen in den gesetzlichen Krankenkassen nicht sinnvoll. Denn soweit die Krankenkasse die Kosten des Arzneimittels übernimmt, besteht für den Patienten, der die Apotheke auswählt, kaum ein Anreiz, eine besonders günstige Apotheke zu suchen. Zwar gilt in der gesetzlichen Krankenversicherung [...] eine Regelung, welche die Zuzahlung für Arzneimittel vom Preis des Arzneimittels abhängig macht. Danach trägt der Versicherte […] grundsätzlich 10 Prozent des Arzneimittelpreises, jedoch mindestens 5 Euro und höchstens 10 Euro und nicht mehr als die Kosten des Präparats. Jedoch hat damit der Preis des Arzneimittels nur in den Intervallen zwischen und 0 Euro und 5 Euro sowie zwischen 50 und 100 Euro Auswirkungen auf die Höhe der Zuzahlung. Und im Bereich zwischen 50 und 100 Euro kommen dem Patienten nur 10 Prozent einer Einsparung zugute. Bei einer Freigabe der Preise für verschreibungspflichtige Medikamente gäbe es also nur sehr geringe Anreize, nach preisgünstigen Apotheken zu suchen. Da es für die Krankenkassen nicht möglich ist, Apotheken von der Versorgung ihrer Versicherten auszuschließen, bestünde die Gefahr, dass eine Freigabe der Apothekenpreise nicht zu Preissenkungen, sondern sogar zu Preiserhöhungen führen würde.“[45]

47. Die Monopolkommission plädiert deshalb nach wie vor für eine andere Lösung, bei der wirksamer Preiswettbewerb zwischen den Apotheken durch eine Beteiligung der Patienten am Preis der Apothekenleistung induziert wird. In der gesetzlichen Krankenversicherung kann das durch eine Umgestaltung der Zuzahlungsregelung erreicht werden. Die momentane Regelung, welche den Patienten zwar an den Kosten des Arzneimittels beteiligt, aber wie ausgeführt wenig Steuerungswirkung hat, könnte ersetzt werden, in dem berücksichtigt wird, dass (a) der Patient zwar wenig Einfluss auf die Auswahl des verschriebenen Arzneimittels hat, da diese üblicherweise und, wie oben erörtert, zu Recht durch den Arzt erfolgt, (b) der Patient aber die Entscheidung über die besuchte Apotheke eigenständig trifft. Um einen Anreiz zum Besuch einer günstigen Apotheke zu gewähren, sollte der Patient deshalb nicht an den Gesamtkosten des Arzneimittels, sondern lediglich an den Kosten der Apothekenleistung beteiligt werden. Eine solche Beteiligung der Patienten an den Kosten der Apothekenleistung schlägt die Monopolkommission nochmals vor: Die bisherige Zuzahlung sollte abgeschafft werden. Stattdessen könnte der Apotheker vom Patienten ein eigenständiges Entgelt erheben, dessen Höhe vom Apotheker variiert werden kann, wobei der Gesetzgeber gegebenenfalls Ober- und Untergrenzen festsetzen kann.[46]

Vergleichbare wirtschaftliche Auswirkungen hätte es, wenn der Apotheker dem Patienten einen Teil der Zuzahlung erlässt bzw. einen Teil der Zuzahlung selber über-

---

[45] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 1166 f.

[46] Eine Obergrenze könnte notwendig sein, um einen Missbrauch von lokalen oder zeitlichen Monopolstellungen (z. B. im Nachtdienst) zu vermeiden. Ferner müsste festgelegt werden, inwieweit der Apotheker für verschiedene Arzneimittel unterschiedliche Vertriebsentgelte nehmen kann oder ob er sich auf einen Betrag festlegen muss. Um übermäßige Belastungen von Versicherten mit chronischen Krankheiten zu verhindern, könnte das Vertriebsentgelt – wie bereits die Zuzahlungen – ab einer bestimmten Jahressumme von der Krankenkasse erstattet werden. Der Gesetzgeber müsste zudem entscheiden, ob die vom Versicherten gezahlten Vertriebsentgelte die einzige Vergütung des Apothekers sind oder ob er darüber hinaus eine weitere Vergütung von der Krankenkasse erhält.

nimmt. Diese Praxis wird bereits jetzt von ausländischen Versandapotheken, die nach Deutschland liefern, geübt, ist für deutsche Apotheken aber noch nicht zulässig. Insofern würde der Vorschlag der Monopolkommission auch für faire Wettbewerbsbedingungen zwischen deutschen Apotheken und ausländischen Versandapotheken sorgen.

48. Die Einführung eines vom Patienten zu erhebenden Vertriebsentgelts hätte den Vorteil, dass so ein wirksamer Preiswettbewerb der Apotheken auch bei den verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ermöglicht würde. Die Patienten trügen die Kosten für die Entscheidung, die sie selbst treffen; sie hätten nun einen Anreiz, nach preisgünstigen Apotheken zu suchen. Aber es bestünden auch weiterhin Anreize zum Qualitätswettbewerb; Apotheken mit gutem Beratungsangebot, komfortablen Öffnungszeiten oder attraktiven Standorten könnten höhere Vertriebsentgelte am Markt durchsetzen. Auch würde diese Option Anreize zur Apothekenansiedlung in bisher noch vergleichsweise schwach mit Apotheken besetzten Gegenden bieten, da in solchen Gebieten der Preiswettbewerb weniger intensiv wäre, was eine Ansiedlung attraktiver machen würde.

49. Die Monopolkommission empfiehlt, das Fremd- und Mehrbesitzverbot bei Apotheken aufzuheben und das Betreiben von Apotheken durch Kapitalgesellschaften zu ermöglichen unter gleichzeitiger vorübergehender Verschärfung der Fusionskontrolle bei Apotheken zur Verhinderung der Herausbildung regionaler Monopolstellungen. Schon 2006 hat sie sich dafür ausgesprochen, das Fremdbesitzverbot aufzuheben sowie einen Mehrbesitz von Apotheken auch oberhalb der aktuellen Grenze von vier Apotheken zuzulassen. Damit wäre eine Kapitalbeteiligung von Nichtapothekern an Apothekenbetrieben möglich, und es könnten Apothekenketten von grundsätzlich nicht beschränkter Größe gebildet werden.

50. Ebenso spricht sich die Monopolkommission dafür aus, dass Apothekern eine selbständige Berufsausübung auch in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft ermöglicht wird. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum Apotheken nicht in der Form einer Kapitalgesellschaft geführt werden sollten. Zur Sicherung möglicher Schadensersatzansprüche von Patienten ist an eine gesetzliche Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung zu denken. Davon unberührt ist die Regelung, dass jede Apotheke durch einen – möglicherweise angestellten – Apotheker verantwortlich geführt werden muss.

51. Gegen eine Apothekenkette, die sich im Eigentum von Nichtapothekern befindet, wird manchmal eingewandt, in einem solchen Unternehmen bestehe die Gefahr, dass die berufliche Sorgfalt des Apothekers hinter den Gewinnmaximierungsinteressen der Eigentümer zurückstehen wird. Der Monopolkommission ist allerdings keine Evidenz dafür bekannt, dass Apotheker in geringerem Maße an wirtschaftlicher Prosperität und Wohlstand interessiert wären als andere Mitbürger, d. h. auch der „Apotheker in seiner Apotheke“ hat in der Regel ein Interesse an einem florierenden Geschäft. Zudem führt Profitstreben im Einzelhandel nicht automatisch zu Fehlverhalten, insbesondere dann nicht, wenn mit entsprechenden Sanktionen zu rechnen ist.

Verhindert werden muss allerdings, dass es – insbesondere in der Übergangszeit – durch Bildung von Apothekenketten zu lokalen oder regionalen Monopolen kommt. Dem könnte aber, wie von der Monopolkommission auch 2006 schon vorgeschlagen, durch eine temporäre Regelung abgeholfen werden, nach der eine fusionskontrollrechtliche Prüfung auf Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erfolgt und Zusammenschlüsse von Apothekenketten auch unterhalb der üblichen Aufgreifschwellen der Fusionskontrolle unterliegen. Diese Sonderregelungen könnten aufgehoben werden, wenn sich intensiver Wettbewerb zwischen Apothekenketten entwickelt hat.

52. Die Monopolkommission erinnert auch besonders an ihre Empfehlung, eine räumliche Integration von Apotheken in andere Geschäfte zu ermöglichen. Apotheken könnten dann als räumlich unselbständiger Teil eines Drogeriemarktes oder Kaufhauses betrieben werden. Der Verkauf von verschreibungspflichtigen oder besonders beratungsbedürftigen Arzneimitteln sollte aber weiterhin nicht in Selbstbedienung, sondern nur über den Apothekentisch erfolgen und der Zugang zu den eigentlichen Apothekenbetriebsräumen (Lager, Labor) nur berechtigten Personen gestattet sein. Zudem müsste auch bei diesen Apotheken ein Notdienst außerhalb der Ladenöffnungszeiten stattfinden.

Als Argument für die bisherige räumliche Abschottung wird genannt, dass damit die besondere Funktion der Apotheke hervorgehoben werden soll. Eine räumliche Gestaltung der Apotheke, die zum „Arzneimittel-Shopping“ einlade, sei gefährlich. Es ist unklar, was mit „Arzneimittel-Shopping“ gemeint ist. Schon heute versuchen Apotheken durchaus, durch eine vorteilhafte Gestaltung ihrer Einrichtung Kundschaft anzuziehen. Es gibt sogar Großapotheken, die auf dem überwiegenden Teil ihres Verkaufsraumes eher einem gehobenen Drogeriemarkt ähneln. Im Verkaufsraum der Apotheke direkt zugänglich sind ja auch nur Produkte, die auch außerhalb der Apotheke von anderen Geschäften verkauft werden dürfen. Einem falschen Gebrauch von Arzneimitteln wird weiterhin dadurch vorgebeugt, dass verschreibungspflichtige und besonders beratungsbedürftige Arzneimittel nur über den Apothekentisch verkauft werden können.

53. Schließlich empfiehlt die Monopolkommission auch, das im Koalitionsvertrag vorgesehene vollständige Verbot von Pick-up-Stellen nicht umzusetzen. Ein solches vollständiges Verbot von Pick-up-Stellen erscheint unverhältnismäßig. Pick-up-Stellen ermöglichen dem Versandhandel alternative Vertriebswege und erhöhen so auch den Wettbewerbsdruck für niedergelassene Apotheken.

Die teilweise geäußerte Befürchtung, dass Versandapotheken als Partner Pick-up-Stellen auswählen, welche keine sachgemäße Lagerung der Arzneimittel gewährleisten oder unseriöse Geschäftspraktiken verfolgen, teilt die Monopolkommission nicht, da dies den Geschäftsinteressen der Versandapotheken selbst zuwiderlaufen würde.

Sollte die Befürchtung aus Sicht des Gesetzgebers berechtigt sein, so ist aus Sicht der Monopolkommission eine Regulierung von Pick-up-Stellen bzw. die Vorgabe von Mindeststandards gegenüber einem vollständigen Verbot vorzugswürdig und auch dem Problem in der Eingriffstiefe eher angemessen. Eine Regulierung von Pick-up-Stellen könnte sich z. B. auf Anforderungen an die Lagerung von Arzneimitteln und die Schulung des Personals beziehen.

3. Novellierung des Telekommunikationsgesetzes

54. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat im März 2010 erste Vorschläge für eine Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vorgelegt.[47] Im Mittelpunkt der Novelle soll die Anpassung des nationalen Rechts an den geänderten europäischen Rechtsrahmen für Telekommunikationsnetze und -dienste stehen. Darüber hinaus sollen Probleme ausgeräumt werden, die sich bei der Anwendung des Telekommunikationsgesetzes ergeben haben. Das Gemeinschaftsrecht, bestehend aus dem sog. Richtlinienpaket[48] (Rahmen-, Zugangs-, Universaldienst-, Genehmigungs- sowie Datenschutzrichtlinie) war im November 2009 geändert und ergänzt worden[49] und muss bis spätestens Mai 2011 in nationales Recht umgesetzt werden. Die Monopolkommission spricht sich mit Blick auf die rasche Herstellung von Rechtssicherheit für die zeitnahe Umsetzung in nationales Recht aus.[50] Sie begrüßt die Initiative des Bundeswirtschaftsministeriums, frühzeitig Eckpunkte für die Novelle zu veröffentlichen, stellt aber fest, dass die Detaildiskussion um die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes erst auf der Grundlage eines begründeten Gesetzentwurfs geführt werden kann. Ein solcher lag zum Zeitpunkt der Fertigstellung des vorliegenden Hauptgutachtens noch nicht vor.

55. Die Vorschläge des Bundeswirtschaftsministeriums betreffen die Rahmenbedingungen für Infrastrukturinvestitionen und Wettbewerb, das Regulierungsinstrumentarium sowie Verfahrensfragen im Zusammenhang mit der Einrichtung eines Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK). Darüber hinaus werden Änderungen zu einer technologieneutralen Ausgestaltung und Flexibilisierung der Frequenznutzung vorgeschlagen und Maßnahmen zur Stärkung der Verbraucherrechte und zum Datenschutz diskutiert. Die Monopolkommission hat sich zu einem Teil der Vorschläge – in der Sache – bereits in ihrem letzten Sondergutachten geäußert, in dem sie sowohl zu den wesentlichen Bestandteilen der Reform des europäischen Telekommunikationsrechts als auch zu der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Breitbandstrategie und dort speziell zu den Bestandteilen einer wachstums- und innovationsorientierten Regulierung Stellung genommen hat.[51] Nicht kommentiert, aber ausdrücklich begrüßt werden von der Monopolkommission die in den Eckpunkten gemachten Vorschläge zur Stärkung der Verbraucherrechte und zum Datenschutz bzw. zur Datensicherheit.

56. Grundsätzlich anzumerken ist, dass sich der gegenwärtige Rechtsrahmen für die Regulierung der Telekommunikationsmärkte bewährt hat. Eine Neuausrichtung der Regulierung ist weder notwendig noch wünschenswert. Stabile Rahmenbedingungen sind eine Grundvoraussetzung für Investitionen der Unternehmen in neue Netze und Dienste. Nur auf dieser Grundlage kann der Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten gesichert und fortentwickelt werden. Gleichwohl ist alleine zur Anpassung an das geänderte europäische Recht eine Vielzahl von Änderungen im Detail notwendig. Die Monopolkommission empfiehlt eine möglichst enge Orientierung an den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Allein auf diese Weise lassen sich Konflikte mit der Europäischen Kommission um die Umsetzung der Vorschriften vermeiden, die letztlich nicht nur die Regulierung lähmen, sondern auch zulasten der Rechtssicherheit gehen.

3.1 Verbesserung der Rahmenbedingungen für Infrastrukturinvestitionen und Wettbewerb

57. Die Rahmenbedingungen für Infrastrukturinvestitionen und Wettbewerb sollen insbesondere verbessert werden durch

– die Ergänzung der Ziele der Regulierung um Regulierungsgrundsätze,

---

[47] Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Eckpunkte zur TKG-Novelle 2010, die auf der Homepage des Ministeriums zu finden sind, http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/eckpunkte-tkg-novelle-2010,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de, rwb =true.pdf

[48] Richtlinien 2002/19/EG, 2002/20/EG, 2002/21/EG, 2002/22/EG und 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002, ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 7, 21, 33, 51 sowie ABl. EG Nr. L 201 vom 31. Juli 2002, S. 37.

[49] Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 337 vom 18. Dezember 2009, S. 37 („Better Regulation"-Richtlinie); Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABl. EU Nr. L 337 vom 18. Dezember 2009, S. 11 („Citizen's Rights"-Richtlinie); Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und des Büros, ABl. EU Nr. L 337 vom 18. Dezember 2009, S. 1.

[50] Vgl. dazu bereits Monopolkommission, Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten, Sondergutachten 56, Baden-Baden 2010, Tz. 264.

[51] Vgl. ebenda, Tz. 140 ff., 202 ff.

- die Befugnis, regionale Telekommunikationsmärkte abzugrenzen,
- die Verlängerung der Laufzeiten der Marktanalyse auf drei Jahre,
- den Erlass von Verwaltungsvorschriften über die zu verfolgenden Regulierungskonzepte,
- die Ausweitung der Zugangsregulierung auf vorgelagerte Infrastrukturen,
- die Berücksichtigung spezifischer Innovationsrisiken bei der Entgeltregulierung.

58. Entsprechend dem neu eingeführten Artikel 8 Absatz 5 Rahmenrichtlinie sollen die Ziele der Regulierung um Regulierungsgrundsätze ergänzt werden, die bei allen Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur zu beachten sind. Genannt werden unter anderem die Grundsätze (1) Förderung der Vorhersehbarkeit der Regulierung, (2) Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen, auch durch die Berücksichtigung von Investitionsrisiken und die Zulassung von kartellrechtlich unbedenklichen Vereinbarungen zur Verteilung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangsbewerbern, sowie (3) Förderung des Wettbewerbs und gegebenenfalls des infrastrukturorientierten Wettbewerbs. Die Regulierungsgrundsätze sollen neben die Ziele der Regulierung treten. Offen bleibt, welchen Stellenwert die Regulierungsgrundsätze haben werden, in welchem Verhältnis sie zu den Regulierungszielen stehen und in welcher Weise sie die Regulierungsentscheidungen letztlich beeinflussen sollen. Offen bleibt auch, ob gleich oder ähnlich lautende Regulierungsziele, etwa die Förderung eines chancengleichen Wettbewerbs und effizienter Infrastrukturinvestitionen sowie die Unterstützung von Innovationen gemäß § 2 Absatz 2 Nummer 2 und 3 TKG angepasst oder entfallen sollen. Ohne die Kenntnis solcher Zusammenhänge ist eine Kommentierung der Einführung von Regulierungsgrundsätzen nicht möglich.

59. Ferner in das Telekommunikationsgesetz aufgenommen werden soll die Befugnis, regionale Märkte abzugrenzen. Damit will das Ministerium die Voraussetzung schaffen, die Regulierung an regional unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen und Investitionsrisiken anzupassen. Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass die regional unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnisse bei der Regulierung berücksichtigt werden müssen.[52] So sind etwa auf dem Vorleistungsmarkt für den Bitstromzugang und auf dem Endkundenmarkt für Teilnehmeranschlüsse die Bedingungen für die Abgrenzung regionaler Märkte vermutlich bereits gegeben. In einer auf die Marktabgrenzung folgenden Marktanalyse ist sodann zu klären, ob einzelne regionale Märkte aus der Regulierung zu entlassen sind oder ob regional unterschiedlich reguliert werden muss. Die Monopolkommission ist allerdings nicht der Auffassung, dass es einer ausdrücklichen Befugnis zur Definition regionaler Telekommunikationsmärkte im Telekommunikationsgesetz bedarf. Das geltende Telekommunikationsgesetz steht der Abgrenzung regionaler Märkte nicht entgegen. Dafür spricht, dass die Abgrenzung räumlich relevanter Telekommunikationsmärkte nach den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts erfolgt und dort die Bestimmung subnationaler Märkte zulässig und üblich ist. Auch ist nicht ersichtlich, dass sich die Bundesnetzagentur bisher daran gehindert gesehen hätte, eine entsprechende regionale Marktabgrenzung vorzunehmen. Auf dem Markt für den Bitstromzugang hat sie diese Möglichkeit jedenfalls diskutiert und die Beibehaltung eines bundesweit abgegrenzten Marktes ausdrücklich begründet.[53] Sollte die Implementierung einer expliziten Befugnis zur Abgrenzung regionaler Märkte im Telekommunikationsgesetz anderen Zwecken dienen, etwa dem Ziel, die Marktabgrenzung stärker an regulierungspolitischen Zielen zu orientieren, lehnt die Monopolkommission das nachdrücklich ab.

60. Das Ministerium beabsichtigt, die Planungssicherheit der Unternehmen im Telekommunikationssektor dadurch zu erhöhen, dass die Laufzeit von Marktanalysen von zwei auf drei Jahre verlängert wird und dass die Behörde Verwaltungsvorschriften über die von ihr zu verfolgenden Regulierungskonzepte erlassen kann. Die Monopolkommission steht beiden Vorhaben grundsätzlich positiv gegenüber, da ein Mehr an Planungssicherheit die Bereitschaft der Unternehmen erhöhen kann, in neue Netze zu investieren.[54] Die Verlängerung der Regulierungsperioden auf drei Jahre kann hier einen Beitrag leisten, wird aber das Investitionsverhalten der Unternehmen nicht nachhaltig beeinflussen, da sich dieses an deutlich längeren Laufzeiten orientiert. Eine weitergehende Verlängerung der Perioden auf fünf oder zehn Jahre wäre allerdings abzulehnen, da sich die Regulierung dann nur verzögert an die sich ändernden Rahmenbedingungen des Wettbewerbs auf dynamischen Telekommunikationsmärkten anpassen könnte. Die Folge wäre eine Zementierung der Regulierung. Ob und in welchen Bereichen Verwaltungsvorschriften geeignet sind, für mehr Planungssicherheit bei den Unternehmen zu sorgen, ist vorab kaum einzuschätzen. Es ist durchaus denkbar, dass Regulierungskonzepte, Auslegungsgrundsätze oder Eckpunkte der Bundesnetzagentur zu bestimmten Fragen der Regulierung mehr Verbindlichkeit erlangen, wenn sie in Form einer Verwaltungsvorschrift erlassen werden. Ob dies ausreicht, die Planungssicherheit der Unternehmen im Hinblick auf zukünftige Regulierungsentscheidungen im Einzelfall zu erhöhen, ist allerdings zweifelhaft.

61. Die Vorschriften zur Regelung des Zugangs zu physischen Infrastrukturen der marktbeherrschenden Unternehmen sollen zukünftig auch auf vorgelagerte Infrastrukturen, wie Leerrohre oder die Verkabelung in Gebäuden, anwendbar sein. Die Monopolkommission begrüßt diese gesetzliche Klarstellung. Für den Zugang zu Leerrohren entspricht sie der geltenden Rechtslage. Die Bundesnetzagentur hatte die Deutsche Telekom AG be-

[52] Vgl. ebenda, Tz. 106 ff.

[53] Vgl. ebenda, Tz. 104.

[54] Vgl. ebenda, Tz. 236 f.

reits im Juni 2007 dazu verpflichtet, Wettbewerbern den Zugang zu den Leerrohren zwischen Kabelverzweigern und Hauptverteilern zu gewähren.[55] Das Bundesverwaltungsgericht hat die Rechtmäßigkeit der Regulierungsverfügung inzwischen bestätigt.[56]

62. Um Investitionen in neue Netze zu fördern, soll der Bundesnetzagentur vorgegeben werden, im Rahmen der Entgeltregulierung die spezifischen Risiken bei der Ermittlung der Renditen für das eingesetzte Kapital zu berücksichtigen. Dabei ist nach den Vorstellungen des Ministeriums gleichzeitig zu gewährleisten, dass der Wettbewerb auf dem Markt und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewahrt werden. Nach geltender Rechtslage – § 31 Absatz 4 Nummer 3 TKG – „kann" die Regulierungsbehörde bei der Festlegung der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals die leistungsspezifischen Risiken des eingesetzten Eigenkapitals berücksichtigen. Zukünftig soll sie offenbar dazu verpflichtet sein. Die Monopolkommission steht einer solchen Verpflichtung kritisch gegenüber, da einer Regulierungsbehörde oftmals die notwendigen Informationen fehlen, um die spezifischen Risiken von Investitionen in neue Netze zu bestimmen.[57] Werden die Risiken falsch eingeschätzt, können daraus Fehlanreize für Investitionen in neue Netze resultieren. Werden die Risiken eines neuen Netzes zu hoch eingeschätzt, kommt es wegen der dann tendenziell überhöhten Zugangsentgelte zu einer ineffizienten Doppelung von Infrastrukturen. Umgekehrt sinken Investitionsanreize, wenn die Zugangsentgelte infolge unterschätzter Risiken niedriger als optimal sind.

3.2 Optimierung der Regulierungsinstrumente

63. Die geplanten Anpassungen bei den Regulierungsinstrumenten sind im Wesentlichen durch das Gemeinschaftsrecht vorgegeben. Im Einzelnen soll die funktionale Trennung als zusätzliches Instrument eingeführt, die Verpflichtung zur Auferlegung der Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl ausgesetzt sowie die Vorschrift über die Regulierung neuer Märkte gestrichen werden. Das bestehende abgestufte Konzept der Zugangs- und Entgeltregulierung soll nach Auffassung des Ministeriums im Grundsatz erhalten bleiben. Bei der Entgeltregulierung gilt das sowohl im Hinblick auf die Kriterien für die Anwendung der Ex-ante- und der Ex-post-Regulierung als auch für die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als Maßstab im Entgeltgenehmigungsverfahren. Die Monopolkommission begrüßt dies nachdrücklich, da sich Zugangs- und Entgeltregulierung in der gegenwärtigen Form bewährt haben und geeignet sind, den Wettbewerb auf den Märkten der Telekommunikation weiterhin zu sichern und zu stärken.

64. Die Monopolkommission hat die Einführung der funktionalen Trennung als zusätzliches Instrument der Regulierung von Telekommunikationsmärkten mehrfach kritisiert.[58] Gemeint ist die Verpflichtung eines marktbeherrschenden Unternehmens, seine Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Zugangsprodukten auf der Vorleistungsebene in einen unabhängig arbeitenden Geschäftsbereich auszugliedern. Die Regulierungsbehörde soll gemäß dem neuen Artikel 13a Zugangsrichtlinie eine entsprechende Verpflichtung als Ultima Ratio dann verhängen können, wenn die übrigen Regulierungsinstrumente nicht zu einem wirksamen Wettbewerb führen. Gegen die Einführung der funktionalen Trennung spricht vor allem, dass es keine Notwendigkeit gibt, ein derart restriktives Instrument in einem fortgeschrittenen Stadium der Wettbewerbsentwicklung einzuführen. Einen Beitrag zur Entwicklung des Wettbewerbs kann die funktionale Trennung vor allem zu Beginn der Liberalisierung von Märkten leisten oder in Situationen, in denen aus strukturellen Gründen kein oder nur wenig Wettbewerb entsteht. Auf den Telekommunikationsmärkten ist das nicht der Fall. Hier hat die Wettbewerbsentwicklung in den vergangenen Jahren dazu geführt, dass bereits ein Teil der Märkte aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen werden konnte. Immerhin betont Artikel 13a Zugangsrichtlinie den Ausnahmecharakter der funktionalen Trennung als Instrument der Regulierung. In diesem Sinne sollte auch die aus europarechtlicher Sicht unvermeidbare Umsetzung in nationales Recht erfolgen.

65. Bisher sehen die Universaldienstrichtlinie (Artikel 19 Absatz 1) und das Telekommunikationsgesetz (§ 40) für marktmächtige Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz die obligatorische Verpflichtung vor, ihren Teilnehmern den Zugang zu den Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit durch sog. Call-by-Call und Preselection zu ermöglichen. Im europäischen Recht entfällt diese Vorschrift.[59] Die Begründung dafür lautet, dass die obligatorische Verpflichtung zur festen und fallweisen Betreiberauswahl technischen Fortschritt behindern kann. Stattdessen soll die Betreiberauswahl und -vorauswahl – wie die übrigen Regulierungsinstrumente auch – fakultativ im Anschluss an ein Marktanalyseverfahren auferlegt werden, wenn dies für die Entwicklung von Wettbewerb erforderlich und angemessen ist. Die Eckpunkte zur TKG-Novelle des Bundeswirtschaftsministeriums sehen vor, diese Regelung mit der Maßgabe in nationales Recht umzusetzen, dass bestehende Geschäftsmodelle dadurch nicht infrage gestellt werden. Die Monopolkommission begrüßt dieses Vorgehen. Call-by-Call und Preselection haben in den ersten Jahren der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte eine wichtige Rolle für die Wettbewerbsentwicklung gespielt. Ihre Bedeutung geht jedoch zurück: Im Jahr 2009 betrug der Anteil der mittels Call-by-Call und Preselection erbrachten Verbindungsminuten im Festnetz nur noch etwa 20 Prozent nach 38 Prozent im Jahr 2007 und 72 Prozent im Jahr 2005.[60] Gleichwohl bedeutet dieser Rückgang nicht, dass Betrei-

[55] BNetzA, BK 4a-07-002, ABl. BNetzA 2007, 2620.
[56] Vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2010, 6 C 22.08, Rn. 27 ff.
[57] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 56, a. a. O., Tz. 229 ff.
[58] Vgl. zuletzt ebenda, Tz. 115 f.
[59] Richtlinie 2009/136/EG, a. a. O., Erwägungsgrund 20.
[60] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 56, a. a. O., Tz. 18.

berauswahl und Betreibervorauswahl für die weitere Entwicklung des Wettbewerbs nicht mehr notwendig sind. Immerhin kann damit ein schneller und kostengünstiger Marktzutritt auf den Verbindungsmärkten gewährleistet werden. Für die Bundesnetzagentur ist dies bisher ein wesentliches Argument, von einer Regulierung des Marktes für Festnetzverbindungen abzusehen.[61] Es reicht allerdings aus, wenn die Regulierungsbehörde über die Verpflichtung des marktbeherrschenden Anbieters zur Gewährleistung der Betreiberauswahl und -vorauswahl im Rahmen der Marktanalyse von Fall zu Fall entscheidet. Einer obligatorischen gesetzlichen Verpflichtung bedarf es nicht mehr.

66. Gestrichen werden sollen die Vorschrift über die Regulierung neuer Märkte (§ 9a TKG) sowie die entsprechende Legaldefinition in § 3 Nummer 12b TKG. Die Streichungen sind notwendig, da die geltende gesetzliche Regelung gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt. Gemäß § 9a TKG unterliegen neue Märkte nur in Ausnahmefällen der Regulierung. Der Europäische Gerichtshof hatte festgestellt, dass diese Vorschrift nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, da sie die Ermessensspielräume der Bundesnetzagentur bei der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit neuer Märkte in unzulässiger Weise eingeschränkt.[62] In der Sache spricht sich die Monopolkommission weiterhin für die Möglichkeit aus, neue Märkte für eine gewisse Zeit von der Regulierung zu befreien (Regulierungsferien), weil insbesondere die Zugangsregulierung die Anreize für Investitionen in neue und verbesserte Netze schmälern kann.[63] Der europäische Rechtsrahmen für Telekommunikationsmärkte lässt dies auch grundsätzlich zu, indem an unterschiedlichen Stellen Aussagen derart gemacht werden, dass bei der Regulierung neuer Märkte Vorsicht geboten ist.[64] Diese Aussagen sind allerdings weder eindeutig noch ausreichend, um damit Regulierungsferien zu begründen. Die Monopolkommission bedauert, dass der europäische Gesetzgeber bei der Überarbeitung des Rechtsrahmens in dieser Frage keine Klarheit geschaffen hat.

3.3 Verfahrensrechtliche Änderungen

67. Verfahrensrechtliche Änderungen des Telekommunikationsgesetzes ergeben sich aus

- der Errichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und dessen Einbeziehung in das Konsolidierungsverfahren gemäß § 12 Absatz 1 TKG,
- dem zusätzlich eingeführten Ko-Regulierungsverfahren gemäß Artikel 7a Rahmenrichtlinie, welches der Europäischen Kommission einen größeren Einfluss bei der Bestimmung der Regulierungsinstrumente einräumt,
- den verstärkten Anforderungen des Gemeinschaftsrechts an die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde.

68. Die Monopolkommission hat die Einrichtung einer behördenähnlichen europäischen Regulierungsstelle für elektronische Kommunikation sowie das zusätzliche Ko-Regulierungsverfahren bereits in früheren Gutachten deutlich kritisiert.[65] Gegen die Zentralisierung der Regulierung spricht vor allem, dass die Mehrzahl der zu regulierenden Telekommunikationsmärkte weiterhin nationale Märkte sind und die Regulierung durch nationale Behörden eher die nationalen und regionalen Besonderheiten der Wettbewerbsentwicklungen berücksichtigen kann. Durch das sog. Ko-Regulierungsverfahren, welches die Einheitlichkeit der Regulierungsmaßnahmen befördern soll, wird das ohnehin schon langwierige Beteiligungsverfahren auf der Gemeinschaftsebene komplexer und bürokratischer. Die Verfahrensdauer verlängert sich zusätzlich.

69. Die Monopolkommission begrüßt den Vorschlag, die Unabhängigkeit der Regulierung weiter zu stärken, indem die Vorgaben zur Entlassung des Präsidenten der Bundesnetzagentur überarbeitet werden. Bisher kann der Präsident durch Beschluss der Bundesregierung aus wichtigem Grund entlassen werden. Nach Artikel 3 Absatz 3a Rahmenrichtlinie ist dagegen eine Entlassung nur dann möglich, wenn der Leiter einer nationalen Regulierungsbehörde die vorab festgelegten Voraussetzungen für die Ausübung seines Amtes nicht mehr erfüllt. Der Entlassene hat das Recht auf eine Begründung. Die Entscheidung über die Entlassung muss zum Zeitpunkt der Entlassung veröffentlicht werden. Dasselbe gilt für die Entlassungsbegründung, wenn der Betroffene das wünscht.

70. Nicht in den Eckpunkten adressiert, aus Sicht der Monopolkommission aber unerlässlich ist die Anpassung der Vorschriften über das Weisungsrecht des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie gegenüber der Bundesnetzagentur.[66] Gemäß Artikel 3 Absatz 3a Rahmenrichtlinie holen nationale Regulierungsbehörden im Zusammenhang mit der Umsetzung ihrer Aufgaben weder Weisungen einer anderen Stelle ein noch nehmen sie solche entgegen. Damit unvereinbar ist das bestehende nationale Recht. Das Telekommunikationsgesetz geht bisher davon aus, dass Weisungen des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie an die Bundesnetzagentur zulässig sind. Das gilt für Weisungen im Einzelfall wie für allgemeine Weisungen. Gemäß § 117 TKG sind sie lediglich im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Nach Auffassung der Monopolkommission erfordert der geänderte europäische Rechtsrahmen ein grundsätzliches Verbot

---

[61] Vgl. ebenda, Tz. 73.

[62] EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2009, Rs. C-424/07, Kommission/Deutschland.

[63] Vgl. zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 56, a. a. O., Tz. 199 ff.

[64] Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung, Sondergutachten 50, Baden-Baden 2008, Tz. 234; EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2009, Rs. C-424/07 „Kommission/Deutschland“ Rn. 69 ff.

[65] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a. a. O., Tz. 203 ff; Monopolkommission, Sondergutachten 56, a. a. O., Tz. 142 ff.

[66] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 56, a. a. O., Tz. 149.

von Weisungen an die Bundesnetzagentur im Telekommunikationsgesetz.

3.4 Frequenzregulierung

71. Die Regelungen des Gemeinschaftsrechts zur Frequenznutzung sind umfänglich überarbeitet worden. Zur Umsetzung der neuen bzw. geänderten Artikel 8a, 9 und 9a Rahmenrichtlinie sowie Artikel 5 und 6 Genehmigungsrichtlinie soll die Frequenznutzung technologie- und diensteneutral gestaltet und die Flexibilität der Frequenznutzung erhöht werden. Technologie- und Diensteneutralität bedeutet, dass es möglichst wenig Vorgaben im Hinblick auf die verwendete Technologie und die angebotenen Dienste geben soll. Für bestehende Frequenznutzungsrechte soll ein Übergangszeitraum von fünf Jahren eingeräumt werden. Beschränkungen bei der Frequenznutzung, etwa zur Vermeidung von funktechnischen Störungen oder von Gesundheitsbeeinträchtigungen, sind weiterhin möglich. Die Inhaber der Frequenznutzungsrechte können beantragen, dass Beschränkungen bei bereits erteilten Nutzungsrechten auch innerhalb des geplanten Übergangszeitraums von fünf Jahren überprüft werden.

72. Ferner beabsichtigt das Ministerium, dem Horten von Frequenzen stärker als bisher vorzubeugen. Dazu sollen Sanktionsinstrumente wie Bußgelder und die schnellere Widerrufbarkeit der Frequenzzuteilung eingeführt werden. Bisher kann eine Frequenzzuteilung gemäß § 63 Absatz 1 TKG widerrufen werden, wenn nicht innerhalb eines Jahres nach der Zuteilung mit der Nutzung der Frequenz begonnen wurde oder diese länger als ein Jahr nicht im Sinne des mit der Zuteilung verfolgten Zwecks genutzt worden ist. Offen bleibt, an welche (verkürzten) Fristen das Ministerium bis zum Widerruf denkt oder wie der Bußgeldrahmen konkret aussehen könnte. Die Monopolkommission begrüßt das Vorhaben im Grundsatz, gibt aber zu bedenken, dass es durchaus gute Gründe dafür geben kann, eine Frequenz temporär nicht zu nutzen. So könnte etwa eine Technologie zur Frequenznutzung zwar in der Entwicklung stehen, kurzfristig aber noch nicht verfügbar sein. Würde das Unternehmen gezwungen, die Frequenz anderweitig zu verwenden, würde eine möglicherweise effizientere Nutzung zu einem späteren Zeitpunkt verhindert oder verzögert. Das Horten von Frequenznutzungsrechten könnte aktuell an Bedeutung gewinnen, da die Bundesnetzagentur im Wege der Versteigerung gerade ein historisch großes Bündel an unterschiedlichen Frequenznutzungsrechten auf die vier eingesessenen Mobilfunkunternehmen verteilt hat.[67] Es ist kaum zu erwarten, dass die Unternehmen das gesamte erworbene Spektrum kurzfristig nutzen wollen oder können. Dazu bedarf es planerischer, technischer und finanzieller Ressourcen, die in dem notwendigen Umfang vielleicht gar nicht zur Verfügung stehen. Vor diesem Hintergrund erscheint es zwar sinnvoll, die Fristen für den möglichen Widerruf einer Frequenzzuteilung kurz zu gestalten, den Widerruf selbst aber von strengen Voraussetzungen abhängig zu machen.

73. Weiterhin soll die Übertragbarkeit von Frequenzen offener gestaltet und als Mittel für eine effizientere Frequenznutzung eingesetzt werden. Unter anderem sollen die Rahmenbedingungen für Handel, Vermietung und die gemeinsame Nutzung von Frequenzen verbessert werden. Details dazu nennt das Ministerium nicht. Gemäß § 62 Absatz 1 TKG kann die Bundesnetzagentur Frequenzbereiche auch bisher schon für den Handel freigeben. Auch die Nutzung von Frequenzen durch Dritte, etwa in Form des sog. National Roaming, ist seit Längerem üblich und lediglich von einer kartellrechtlichen Prüfung abhängig. Neu ist die Vermietung von Frequenznutzungsrechten. Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich, ein solches Recht im Telekommunikationsgesetz vorzusehen. Eine effiziente Frequenznutzung setzt voraus, dass Nutzungsrechte möglichst unbeschränkt an Dritte übertragbar sind. Denkbar wäre auch, die Veräußerung, Vermietung oder die Mitnutzung vorzuschreiben, wenn Frequenzen nicht innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Fristen im Sinne des mit der Zuteilung verfolgten Zwecks genutzt werden.

4. Neue Kooperationswege mit dem Statistischen Bundesamt

74. Bei der Erstellung der Konzentrationsstatistik arbeitet die Monopolkommission weiterhin eng mit dem Statistischen Bundesamt zusammen. Nach ersten positiven Erfahrungen mit der Verwendung des Unternehmensregisters als Datengrundlage für Auswertungen der Unternehmenskonzentration im letzten Hauptgutachten basiert auch die aktuelle Konzentrationsstatistik wieder auf dieser Datenbasis. Erstmalig hatte die Monopolkommission die Möglichkeit, mit faktisch anonymisierten amtlichen Mikrodaten zu arbeiten.

4.1 Zugang zu amtlichen Mikrodaten

75. Ein direkter Zugang zu Mikrodaten ist für eine effiziente Erstellung anspruchsvoller empirischer Auswertungen von nicht zu überschätzender Bedeutung. Bereits bei der Erstellung deskriptiver Statistiken sind stets umfangreiche Vorarbeiten nötig. Darunter fallen – soweit möglich – z. B. die Überprüfung der Validität der Daten, die datentechnische Aufbereitung für eine Weiterverarbeitung mit einer Statistiksoftware oder Sortierungen und Bereinigungen für spezifische Untersuchungen. Diese Vorarbeiten sind zwingend nötig. Sie werden in der Regel nur kurz beschrieben, sind aber für den Großteil des Aufwands bei der Erstellung von statistischen Ergebnissen verantwortlich. Ineffizienzen auf der Ebene der Vorarbeiten schlagen sich daher in hohem Maße in den zu investierenden personellen und finanziellen Ressourcen nieder. Ohne einen direkten Datenzugang können einzelne Arbeitsschritte prohibitiv stark erschwert werden.

76. Bis zum März dieses Jahres hatte die Monopolkommission in Bezug auf amtliche Daten lediglich die Möglichkeit, an einer kontrollierten Datenfernverarbeitung

[67] Vgl. BNetzA, Pressemitteilung vom 20. Mai 2010, „Frequenzversteigerung in Mainz beendet“.

teilzunehmen. Das bedeutet, jede Einzelauswertung musste durch die Monopolkommission vorprogrammiert und anschließend von einem Mitarbeiter des Forschungsdatenzentrums (FDZ) ausgeführt werden. Anschließend erfolgte eine Geheimhaltungsprüfung durch mitunter mehrere Mitarbeiter des Statistischen Bundesamtes, bevor die Monopolkommission die Ergebnisse ihrer Anfrage erhielt. Allein der damit verbundene Kontroll- und Koordinationsaufwand führte in der Summe zu zeitlichen Verzögerungen, die tiefer gehende wissenschaftliche Analysen durch die Monopolkommission verhinderten. Zudem hätte die Monopolkommission sämtliche Kosten der Arbeiten übernehmen müssen, die aufseiten des Statistischen Bundesamtes anfielen. Dies hätte das ohnehin äußerst knappe Budget der Kommission für statistische Auswertungen zusätzlich eingeschränkt. Vor dem Hintergrund, dass in der Praxis zahlreiche statistische Vorarbeiten nötig sind, bevor veröffentlichungswürdige Ergebnisse erzielt werden, hat diese Problematik besondere Relevanz.

4.2 Unterschiedliche Auslegung des § 47 GWB

77. Im Gegensatz zu Daten privater Anbieter unterliegt der Zugang zu Mikrodaten der statistischen Ämter des Bundes und der Länder strengen Zugangsregeln. Dies gilt sogar für Angaben, die im Internet oder an anderen Stellen für jedermann uneingeschränkt zugänglich sind, wie beispielsweise Umsatz- und Beschäftigtenangaben einzelner Unternehmen. Unter bestimmten Voraussetzungen kann einzelnen Personen jedoch zumindest der Zugang zu faktisch anonymisierten Einzelangaben der amtlichen Statistik gewährt werden. Die Nutzung faktisch anonymisierter Einzelangaben ist in § 16 Absatz 6 Bundesstatistikgesetz (BStatG) geregelt, der eine Ausnahme von den Vorschriften zur Geheimhaltung amtlicher Daten für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung enthält.

78. Ob die Monopolkommission in den Anwendungsbereich des § 16 Absatz 6 BStatG fällt, war lange Zeit umstritten.[68] Das Statistische Bundesamt vertrat in der Vergangenheit die Auffassung, ein Zugang der Monopolkommission zu amtlichen Daten sei abschließend in § 47 GWB geregelt, der insoweit eine Sonderregelung darstelle, welche die Anwendung der allgemeinen Zugangsregelung nach § 16 BStatG (und insbesondere der Ausnahmeregelung in § 16 Absatz 6 BStatG) ausschließe. Diese Rechtsauffassung überzeugt indes nicht. Im Fall einer Normenkonkurrenz kann das spezielle Gesetz das allgemeine Gesetz nur dann verdrängen, wenn beide Normen denselben Sachverhalt erfassen und Folgen anordnen, die sich gegenseitig ausschließen. Keine dieser beiden Voraussetzungen sind im hier betroffenen Fall erfüllt. Die Monopolkommission hatte bereits im Siebzehnten Hauptgutachten angeführt, dass ferner insbesondere die Gesetzesbegründung und der Sinn und Zweck des § 47 GWB gegen die Interpretation des Statistischen Bundesamtes sprechen.

79. Für eine Anwendung des § 16 Absatz 6 BStatG neben § 47 GWB sprechen im Einzelnen folgende Erwägungen, die sowohl bei historischer als auch bei teleologischer Auslegung des § 47 GWB zwingend sind:

– Der Gesetzgeber verfolgte mit Einführung des § 47 (§ 24c a.F.) GWB den Zweck, die Datenbasis der Monopolkommission abzusichern, damit diese ihren gesetzlichen Auftrag erfüllen kann.[69] Die Absicht, darüber hinausgehende Datenübermittlungen einzuschränken, lässt sich aus dieser Zwecksetzung nicht ableiten. Einer solchen Annahme stünde auch der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers entgegen, der in der Begründung der Bundesregierung zur Sechsten GWB-Novelle hervorgehoben hat, dass mit der Formulierung von § 47 GWB keine Einschränkung der Datenübermittlung zulasten der Monopolkommission verbunden sein soll.[70]

– Daneben sprechen Sinn und Zweck der Vorschrift gegen die vom Statistischen Bundesamt vertretene Ansicht. Würde man § 47 GWB im Sinne der Argumentation des Statistischen Bundesamtes interpretieren, hätte dies zur Folge, dass Wissenschaftler, die den Kriterien des § 16 Absatz 6 BStatG genügen, den privilegierten Datenzugang für private Forschungszwecke (z. B. Anfertigung einer Dissertation) erhalten können. Dagegen wäre die – ebenfalls die Voraussetzungen des § 16 Absatz 6 BStatG erfüllende – Monopolkommission von diesem Zugang ausgeschlossen, obwohl ihr gesetzlicher Auftrag ein entsprechendes öffentliches Interesse verkörpert, dem ein besonders hoher Rang beigemessen werden muss.

– Darüber hinaus würde die bloße Existenz des § 47 GWB zum Zugangshindernis. Das bedeutet, dass die Monopolkommission ihren gesetzlichen Auftrag ebenfalls mit einem privilegierten Datenzugang erfüllen könnte, sofern der – diesen Auftrag konkretisierende – § 47 GWB nicht geschaffen worden wäre.

– Da § 47 GWB sich ausdrücklich nur auf die Übermittlung statistischer Daten für die Begutachtung der Entwicklung der Unternehmenskonzentration bezieht, würde die Auffassung des Statistischen Bundesamtes schließlich zu dem widersinnigen Ergebnis führen, dass die Monopolkommission zwar für diese Zwecke keinen Datenzugang nach § 16 Absatz 6 BStatG erhielte, jedoch im Rahmen sonstiger Untersuchungen die Regelung des § 16 Absatz 6 BStatG jederzeit in Anspruch nehmen könnte.

80. Als Ergebnis folgt daraus, dass die Vorschriften des § 47 GWB und des § 16 Absatz 6 BStatG nebeneinander anwendbar sind. Die Monopolkommission kann sich auf

[68] Vgl. Monopolkommission, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Hauptgutachten 2006/2007, Baden-Baden 2008, Tz. 83 ff.

[69] Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, Aktuelle Beiträge zur Wirtschafts- und Finanzpolitik, Nr. 92 vom 21. Dezember 1989, S. 7

[70] Vgl. Bundestagsdrucksache 13/9720 vom 29. Januar 1998, S. 62.

beide Normen berufen, um Daten vom Statistischen Bundesamt zu erlangen, die sie für ihre Tätigkeit benötigt.

81. Als Problemlösung für die dennoch unterschiedlichen Rechtsauffassungen hat die Monopolkommission in ihrem letzten Hauptgutachten einen mit dem Statistischen Bundesamt in der Zielsetzung abgestimmten Novellierungsvorschlag zu § 47 GWB formuliert.[71] Dort wird die Monopolkommission explizit als Adressat von § 16 Absatz 6 BStatG „definiert". Die oben genannten unterschiedlichen Rechtsauffassungen würden damit gegenstandslos. Die Bundesregierung hat in ihrer Stellungnahme zum Siebzehnten Hauptgutachten den Inhalten und Zielen des Novellierungsvorschlags zugestimmt.[72]

82. Da ungewiss ist, ob und wann eine Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vorgenommen und dabei der Novellierungsvorschlag der Monopolkommission umgesetzt wird, hat die Monopolkommission Anfang des Jahres 2009 das Statistische Bundesamt um eine umfassende rechtliche Prüfung unter Berücksichtigung der nunmehr ausführlich ausgearbeiteten Rechtsauffassung der Kommission gebeten. Im Dezember 2009 ist die Unterarbeitsgruppe Recht der statistischen Ämter des Bundes und der Länder zu der Auffassung gelangt, dass unter Berücksichtigung der durch die Kommission neu eingebrachten Argumente einer Anwendung von § 16 Absatz 6 BStatG nichts mehr im Wege steht.[73] Um hier endgültig Klarheit zu schaffen, könnte der Gesetzgeber bei einer Novellierung des § 47 GWB die im letzten Hauptgutachten vorgeschlagenen Änderungen berücksichtigen. Angesichts des derzeit laufenden Projekts zur Modernisierung der Konzentrationsberichterstattung könnte es jedoch sinnvoll sein, zuvor noch die Empfehlungen des Gutachters diesbezüglich abzuwarten.[74]

83. Der nunmehr vorhandene Zugang zu Arbeitsplatzrechnern im FDZ stellt für die Monopolkommission eine herausragende Verbesserung der Analysemöglichkeiten dar. Der eigenständige Zugang vermindert die zeitraubende Koordination zwischen Mitarbeitern des Statistischen Bundesamtes und der Monopolkommission und beschränkt Aufwendungen für Geheimhaltungsprüfungen auf tatsächlich in den Hauptgutachten zu veröffentlichende Ergebnisse. Positiv anzumerken ist zudem, dass das FDZ am Standort der Monopolkommission in Bonn mit einer Abteilung vertreten ist. Somit sind auch keine zusätzlichen Aufwendungen für Dienstreisen zu befürchten.

84. Die höhere Arbeitseffizienz bei unmittelbarem Datenzugang schafft Freiräume für zusätzliche Untersuchungen und damit eine Verbesserung der Konzentrationsberichterstattung. Derartige Vorteile eines unmittelbaren Datenzugangs im FDZ nutzen bereits seit mehreren Jahren alle großen deutschen Forschungseinrichtungen und zahlreiche Wissenschaftler, die im Bereich der empirischen Wirtschaftsforschung aktiv sind. Im Ergebnis konnte also eine bedeutende Steigerung der Arbeitseffektivität bei gleichzeitig hoher Verminderung des personellen und finanziellen Aufwandes aufseiten aller Beteiligten erreicht werden. Da der tatsächliche Zugang zu einem Teil der prinzipiell verfügbaren anonymisierten Mikrodaten erst im März 2010 erfolgte, können die Vorteile dieses Zugangs indes erst mit dem nächsten Gutachten zum Tragen kommen.

4.3 Einrichtung einer Verbindungsstelle zum Statistischen Bundesamt

85. Trotz aller Vorteile, die mit einer Bearbeitung von amtlichen Mikrodaten im Forschungsdatenzentrum verbunden sind, ist darauf hinzuweisen, dass für umfangreiche Analysen weiterhin mit erheblichen finanziellen Aufwendungen zu rechen ist, da Aufwendungen für Aufbereitungen der öffentlichen Daten zukünftig voraussichtlich nicht mehr weitestgehend vom FDZ übernommen, sondern dem Auftraggeber vollständig in Rechnung gestellt werden. Zudem ist es weiterhin kaum möglich, kurzfristig auf aktuelle Problemstellungen zu reagieren, da die Monopolkommission trotz ihres öffentlichen Auftrags wie jeder andere Nutzer des FDZ behandelt wird. Das bedeutet, da alle formal berechtigten Datenzugangsanträge beim FDZ nach der Reihenfolge des Zugangs beim Statistischen Bundesamt bearbeitet werden, dass die Monopolkommission ggf. auf Auswertungen verzichten muss, weil die personellen und materiellen Ressourcen des FDZ bereits für anderweitige wissenschaftliche Projekte ausgebucht sind. Dies kann zu der absurden Situation führen, dass private Forschungsinteressen die Güte der im öffentlichen Interesse stehenden Politikberatung durch die Monopolkommission beeinträchtigen. Während der kurzen praktischen Zusammenarbeit in den letzten zwei Monaten vor Abgabe dieses Gutachtens offenbart sich bereits, dass die Anforderungen der Monopolkommission zu hohen außerordentlichen Belastungen des FDZ führen, die nicht im Rahmen der üblichen Geschäftsprozesse aufzufangen sind. Besonders der enorme Umfang der benötigten Daten und die hohen Aktualitätsanforderungen stellen für das FDZ eine große Herausforderung dar. Das hohe Engagement der Mitarbeiter des FDZ gleicht zwar häufig außerordentliche Zusatzbelastungen aus, mittelfristig ist den gestiegenen Anforderungen jedoch durch eine adäquate Anpassung der Ressourcen Rechnung zu tragen, damit ein reibungsloser Betrieb erhalten bleibt.

86. Die Monopolkommission ist insofern im Vergleich zu anderen staatlichen Institutionen, die die Bundesregierung beraten, wie z. B. dem Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, deutlich schlechtergestellt. Der Sachverständigenrat verfügt beispielsweise seit mehreren Jahrzehnten über eine Verbindungsstelle zum Statistischen Bundesamt. Dort

---

[71] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 88.

[72] Vgl. Bundestagsdrucksache 16/11558 vom 19. Dezember 2008, Tz. 13.

[73] Diese Rechtsauffassung vertreten ebenso das Bundesinnenministerium und das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie.

[74] Vgl. für Hintergrundinformationen zum Projekt zur Modernisierung der Konzentrationsberichterstattung Kapitel I in diesem Gutachten.

sind acht Mitarbeiter mit der Erstellung von spezifischen Statistiken für den Sachverständigenrat betraut. Da die Mitarbeiter der Verbindungsstelle organisatorisch als Mitarbeiter des Statistischen Bundesamtes geführt werden, gelten für diese Mitarbeiter weitaus geringere Einschränkungen beim Zugriff auf amtliche Daten, als für jeden Mitarbeiter der Monopolkommission.[75] Insgesamt ist es daher nicht verwunderlich, wenn statistische Auswertungen der Monopolkommission weitaus mehr personelle und finanzielle Ressourcen erfordern und deutlich mehr Zeit in Anspruch nehmen als vergleichbare Auswertungen des Sachverständigenrates oder des Statistischen Bundesamtes selbst.

87. Angesichts einer im Vergleich zum Sachverständigenrat ähnlichen Aufgabenstellung der Monopolkommission und der zunehmenden Bedeutung empirischer Auswertungen für ökonomische Analysen, wäre es folglich äußerst sinnvoll, wenn auch für die Monopolkommission eine offizielle Verbindungsstelle zum Statistischen Bundesamt eingerichtet würde. Davon würde nicht nur die Konzentrationsstatistik profitieren, sondern auch alle anderen Tätigkeitsbereiche der Monopolkommission, da mithilfe einer derartigen Verbindungsstelle auch ohne Programmierkenntnisse spezifische auf amtlichen Daten basierende Auswertungen erstellt werden könnten. Eine Mitarbeiterstelle wäre bereits geeignet, erhebliche Verbesserungen der quantitativen Arbeiten der Kommission herbeizuführen. Ebenso hätte eine Verbindungsstelle für das Statistische Bundesamt beachtliche Vorteile, da die immer noch nötigen immensen Koordinierungsarbeiten mit Fachabteilungen der statistischen Ämter des Bundes und der Länder sowie Mitarbeitern des FDZ stark vereinfacht und damit der Aufwand minimiert würden. Zudem könnten alle Aufbereitungsarbeiten, die bei derzeitiger Sachlage vom FDZ vorgenommen werden müssten, aufgrund der uneingeschränkten Datenzugangsmöglichkeiten von der Verbindungsstelle übernommen werden. Der tatsächliche Zugang zu den in diesem Fall von der Verbindungsstelle aufbereiteten Daten könnte daraufhin ohne außerordentliche Mehrbelastungen für das FDZ durch deren Abteilung in Bonn erfolgen.

88. Ferner zeichnet sich bereits jetzt ab, dass auf amtlichen Daten basierende Analysen einen zunehmend größeren Stellenwert innerhalb der wissenschaftlichen Politikberatung im Allgemeinen und für die Konzentrationsstatistik im Besonderen einnehmen werden. Eine Umsetzung allein der von der Monopolkommission bisher angefragten Aufbereitungen, ist bereits jetzt nicht mehr im Rahmen der üblichen Arbeitsprozesse beim FDZ handhabbar. In der Konsequenz entstehen daraus extrem lange Wartezeiten für die Monopolkommission, bis überhaupt ein Datenzugang tatsächlich bereitgestellt wird. Schließlich hätte die Einrichtung einer Verbindungsstelle den großen Vorteil, die Reaktionszeit, auf aktuelle wettbewerbspolitische Fragestellungen mit evidenzbasierten Analysen zu reagieren, deutlich zu verringern. Organisatorisch könnte eine Verbindungsstelle analog zur Verbindungsstelle des Sachverständigenrats als Stabsstelle des Präsidenten des Statistischen Bundesamtes eingerichtet werden oder alternativ als zusätzliche Position im Forschungsdatenzentrum des Statistischen Bundesamtes.

---

[75] Vgl. für eine ausführliche Darstellung der Zusammenarbeit zwischen dem Statistischen Bundesamt und dem Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung Glöckler, W., Sachverständigenrat und Statistisches Bundesamt: 40 Jahre Zusammenarbeit, in: Sachverständigenrat zur gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, 40 Jahre Sachverständigenrat 1963–2003, Wiesbaden 2003, S. 107–122.

Kapitel I

Konzentrationsstatistik vor der Modernisierung

1. Modernisierungsbedarf der Konzentrationsstatistik

89. Die Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission wird alle zwei Jahre als zentraler Teil ihres Hauptgutachtens veröffentlicht. Sie dient gemäß § 44 Absatz 1 Satz 1 GWB dem Zweck, den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland zu beurteilen. Der Fokus der Betrachtung lag in den letzten Jahren auf der Gruppenbildung rechtlich selbstständiger Unternehmen durch Kapitalbeteiligungen, Organschaften und Kooperationsverträge. Im Siebzehnten Hauptgutachten[1] wurden erstmals auch Kapitalverflechtungen deutscher Unternehmen mit dem Ausland betrachtet. Trotz zahlreicher Verbesserungen der Konzentrationsstatistik in den letzten Jahren bleiben jedoch interpretatorische Grenzen. Hierfür sind in erster Linie zwei Problembereiche verantwortlich.

90. Zum einen ist es bisher nicht möglich, eine Vielzahl von Märkten ohne umfangreiche redaktionelle Recherchen empirisch adäquat abzubilden. Konzentrationsmaße werden daraus folgend ausschließlich auf nationaler Ebene nach der Wirtschaftszweigklassifikation bzw. auf Grundlage des Güterverzeichnisses für Produktionsstatistiken erhoben. Dadurch können geografisch und sachlich relevante Märkte nicht adäquat abgegrenzt werden. Diese Problematik verschärft sich im Zuge der Globalisierung zunehmend. Darüber hinaus sind Konzentrationsmaße nur ein Indikator neben anderen zur Feststellung der Wettbewerbsintensität in einem Markt. Weitere Indikatoren wie beispielsweise potenzielle Wettbewerber oder Markteintrittsbarrieren werden durch die Statistik bisher nicht erfasst. Um die wirtschaftspolitische Aussagekraft der Konzentrationsstatistik zu erhöhen, könnte es daher sinnvoll sein, die flächendeckende Konzentrationsberichterstattung zugunsten weniger umfangreicher, dafür aber tiefer gehender empirischer Untersuchungen einzuschränken oder sogar ganz aufzugeben.[2] Eine Aufgabe der klassischen Konzentrationsstatistik würde es ermöglichen, dringend benötigte personelle und finanzielle Ressourcen für Analysen tiefer gehender Fragestellungen freizusetzen.

91. Der zweite zentrale Problembereich, der die Aussagekraft der konzentrationsstatistischen Auswertungen limitiert, betrifft den eingeschränkten Zugang zu geeigneten amtlichen Datenbeständen. Die Datenzugangsproblematik ist durch die mittlerweile bestehende Möglichkeit, Berechnungen auf der Basis von amtlichen Mikrodaten an Arbeitsplatzrechnern im Forschungsdatenzentrum (FDZ) der statistischen Ämter des Bundes und der Länder durchzuführen, deutlich entschärft worden.[3] Während der kurzen praktischen Zusammenarbeit in den letzten zwei Monaten vor Abgabe dieses Gutachtens offenbart sich indes bereits, dass die Anforderungen der Monopolkommission zu hohen außerordentlichen Belastungen des FDZ führen, die nicht im Rahmen der üblichen Geschäftsprozesse aufzufangen sind. Besonders der enorme Umfang der benötigten Daten und die hohen Aktualitätsanforderungen stellen für das FDZ eine große Herausforderung dar.

92. Unabhängig von der Datenzugangsproblematik haben sich die Rahmenbedingungen in Bezug auf die zur Verfügung stehenden Unternehmensdaten im Vergleich zu früheren Jahren grundlegend verändert. Während noch bis zum Sechzehnten Hauptgutachten nahezu alle für die Monopolkommission verfügbaren und relevanten Unternehmensdatenbestände ausgewertet wurden, übersteigt das Angebot relevanter öffentlicher und privater Datenbestände bereits heute bei Weitem die finanziellen und personellen Analysekapazitäten der Monopolkommission. Dies ist einerseits auf die Verfügbarkeit deutlich umfangreicherer Datenbestände bei privaten und öffentlichen Institutionen zurückzuführen. Andererseits sind für eine Großzahl von Unternehmen zahlreiche zusätzliche Begleitmerkmale verfügbar, die vielfältige neuartige Analysen erlauben. Hinzu kommt schließlich, dass mittelfristig auch Paneldatensätze zugänglich sein werden, die die Anwendung bisher nicht nutzbarer empirischer Methoden und deskriptiver Auswertungen ermöglichen. Aufgrund der enormen Vielfalt wettbewerbspolitisch relevanter Fragestellungen, die dadurch zukünftig analysierbar sind, müssen aus Kapazitätsgründen notwendigerweise Untersuchungen vieler interessanter Themengebiete und Datensätze unterbleiben. Für die Zukunft stellt sich vor diesem Hintergrund verstärkt die Frage, welche Daten beschafft und welche Analysen mit den knappen Mitteln durchgeführt werden sollen. Um die Nutzerorientierung bei der Themenauswahl zu stärken, sind interessierte Leser der Konzentrationsstatistik eingeladen, der Monopolkommission Vorschläge für zukünftige Schwerpunktsetzungen und Untersuchungen spezifischer Themengebiete zu unterbreiten.

93. Sowohl die genannten Probleme einer adäquaten empirischen Abbildung von Märkten als auch die in den letzten Jahren erheblich gestiegenen Analysepotenziale öffentlicher und privater Datenstände sprechen für eine grundlegende Neuausrichtung der Konzentrationsstatistik. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technolo-

[1] Monopolkommission, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Hauptgutachten 2006/2007, Baden-Baden 2008,

[2] Vgl. ebenda, Tz. 195 ff.

[3] Vgl. Abschnitt 4.1 im Einleitungskapitel dieses Gutachtens.

gie hat diese Situation zum Anlass genommen, dem Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) einen Gutachtenauftrag zu erteilen, der die Entwicklung einer neuen konzeptionellen Grundlage für die zukünftige Konzentrationsberichterstattung zum Ziel hat. Damit ist es gelungen, die für eine solch umfangreiche Aufgabe nötigen personellen und finanziellen Ressourcen sowie das nötige Expertenwissen zu akquirieren. Erste Ergebnisse des ZEW-Gutachtens sollen wenn möglich bereits im nächsten Hautgutachten der Monopolkommission Berücksichtigung finden.

94. Angesichts der zentralen Bedeutung der Datengrundlage für die Konzentrationsberichterstattung werden in den nächsten Abschnitten zunächst die aktuelle Sachlage diesbezüglich beschrieben und wichtige Veränderungen im Vergleich zu früheren Jahren erläutert. In Abschnitt zwei folgen im Anschluss verschiedene deskriptive Auswertungen auf der Basis des Unternehmensregisters. Diese umfassen unter anderem sowohl Statistiken zur Verteilung von Unternehmensgruppen in Deutschland als auch erstmalig einen deutschlandweiten Überblick zur Unternehmensteilnahme am EU-Binnenhandel.

1.1 Unternehmensdaten

95. Empirische Analysen müssen sich stets an den tatsächlich zur Verfügung stehenden Daten orientieren. Neben inhaltlich motivierten spezifischen Fragestellungen determinieren die verfügbaren Daten regelmäßig die tatsächlich durchzuführenden Auswertungen. Der Umfang prinzipiell verfügbarer Unternehmensdatenbestände für wettbewerbspolitisch relevante Fragestellungen wächst rasant und stetig, sowohl vonseiten der privaten Anbieter als auch der amtlichen Statistik. Es stellt sich daher immer mehr die Frage, welche Datengrundlage vor dem Hintergrund begrenzter Ressourcen die Kriterien inhaltliche Aussagekraft, Einheiten- und Merkmalsabdeckung, Qualität, Handhabbarkeit und Anschaffungskosten optimal erfüllt. Für langfristig angelegte oder wiederkehrende Untersuchungen kommen als zusätzliche wichtige Kriterien bei der Auswahl geeigneter Daten die Kontinuität der Verfügbarkeit, die Standardisierbarkeit und zu erwartende zusätzliche Analysepotenziale hinzu. Je nachdem, ob öffentliche Daten oder Daten kommerzieller Anbieter Verwendung finden sollen, stehen unterschiedliche Kriterien bei der Beurteilung im Vordergrund.

1.1.1 Private Datenanbieter

96. Ein Rückgriff auf private Daten ist in der Regel nötig, weil die amtliche Statistik zentrale Unternehmensmerkmale, wie z. B. Kapitalbeteiligungen, nicht erfasst. Einige sehr umfangreiche Unternehmensdatensätze werden von kommerziellen Anbietern vertrieben. Abnehmer sind in der Regel andere Unternehmen, die mit diesen Daten eigene Marktanalysen betreiben. Zudem sind öffentliche Institutionen und Universitäten Hauptabnehmer großer privater Unternehmensdatenbestände. Daneben existieren zahlreiche sehr spezifische, relativ kleine Unternehmensdatensätze in privater Hand, die beispielsweise Branchenverbände, Interessengruppen, Forschungseinrichtungen und Unternehmen für eigene Zwecke selbst erhoben haben. Derartige Datensätze werden in der Regel nicht kommerziell vertrieben, können jedoch ebenfalls für wettbewerbspolitische Analysen hochinteressant sein. Inwieweit die Monopolkommission in solchen Fällen einen Zugang erhalten kann, ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen.

97. Im Bereich der sehr umfangreichen kommerziell vertriebenen Unternehmensdatensätze sind zwei Anbieter von besonderer Bedeutung für die Arbeit der Monopolkommission. Die größte Unternehmensabdeckung für Unternehmen mit Sitz in Deutschland weist der Datenbestand des Verbandes der Vereine Creditreform e.V. (VVC) auf. Herausragende Merkmale der Datenbestände von VVC sind neben der großen Abdeckung von Unternehmen die eigenständige dezentrale Erhebung der Daten, Informationen zu Kapitalverflechtungen zwischen Unternehmen und die Bereitstellung von Bonitätskennzahlen zu allen wirtschaftsaktiven Unternehmen in Deutschland. Im Jahr 2009 wurden von VVC ca. 3,7 Millionen deutsche Unternehmen erfasst.

98. Der zweite große Datenanbieter ist die Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD). Die Datenbestände des Anbieters BvD zeichnen sich durch eine sehr große internationale Abdeckung (über 50 Millionen Einheiten), die Erfassung nationaler und internationaler Kapitalbeteiligungen zwischen Unternehmen sowie die Aufbereitung vieler Begleitmerkmale, wie z. B. Bilanzkennzahlen, Besetzung von Vorstandsgremien und Angaben zu M&A-Aktivitäten, aus. BvD erhebt in der Regel selbst keine Daten, sondern kauft bei anderen Unternehmen unterschiedliche Rohdatensätze auf, fügt diese zu konsistenten Datensätzen zusammen und nimmt gegebenenfalls eigene Bereinigungen und Qualitätssicherungsmaßnahmen vor. c

99. Die bei BvD erhältlichen Firmendaten zu deutschen Unternehmen, die auch vom Statistischen Bundesamt erworben und weiterverarbeitet werden, stammen in erster Linie von VVC. Von BvD werden einschränkend jedoch nur solche Unternehmen aus dem Datenbestand von VVC weiterverarbeitet, die handelsregisterlich registriert sind und einen Bonitätsindex in Höhe von maximal 499 Punkten aufweisen, was einem internationalen Kreditrating mindesten in der Klasse D entspricht. Der daraus resultierende Datenbestand umfasst ca. 1,2 Millionen deutsche Unternehmen. Sofern Daten anderer Kooperationspartner von BvD zu deutschen Unternehmen vorliegen, werden diese gegebenenfalls ergänzt oder bei divergierenden Angaben über mehrstufige Qualitätssicherungsmaßnahmen validiert. Ergänzungen werden besonders in Bezug auf internationale Kapitalverflechtungen vorgenommen, da VVC nur Verflechtungsangaben innerhalb Deutschlands oder bei Beteiligung von österreichischen und luxemburgischen Unternehmen liefert. BvD reichert diese Verflechtungsinformationen von VVC durch Rückgriff auf weitere Datenquellen mit Informationen zu einer großen Anzahl zusätzlicher internationaler Kapitalverflech-

tungen, an denen deutsche Unternehmen direkt oder mittelbar beteiligt sind, an.

100. Die EU-Registerverordnung[4] schreibt dem Statistischen Bundesamt vor, Daten über die Gruppenzugehörigkeit von Unternehmen zu führen. Da diese Daten nicht amtlich erhoben werden, müssen sie am Markt von privaten Anbietern erworben werden. Die BvD-Datenbank weist zwar, gemessen an der Anzahl der Einheiten als Teilmenge der VVC-Daten, einen geringeren Abdeckungsgrad für deutsche Unternehmen auf als der gesamte Datenbestand von VVC, im Rahmen der bisherigen zwei öffentlichen Ausschreibungen des Statistischen Bundesamtes zur Beschaffung der entsprechenden Verflechtungsdaten zwischen deutschen Unternehmen hat sich indes jeweils BvD als bester Anbieter im Sinne der Ausschreibungen erwiesen. Die Monopolkommission hat sich aufgrund dieser Ausschreibungsergebnisse und aus nachfolgend näher zu erläuternden weiteren Gründen entschieden, an der daraus resultierenden und bereits zum letzten Hauptgutachten eingeführten Datenbasis festzuhalten. Folglich wird auch kein Zukauf der übrigen, nicht vom Statistischen Bundesamt erworbenen, da nicht von BvD erfassten Einheiten bei VVC vorgenommen und deren Anspielung an die amtlichen Daten des Unternehmensregisters in Auftrag gegeben.

101. Zunächst handelt es sich bei den nicht von BvD erfassten Einheiten zum weitaus größten Teil um Unternehmen der Rechtsformen Freie Berufe, Gewerbebetriebe und BGB-Gesellschaften (insgesamt ca. 2,3 Millionen). Kontrollbeziehungen zwischen Unternehmen dieser Rechtsformen sind nicht meldepflichtig und dementsprechend schwer zu erfassen. Klassische Kontrollbeziehungen über Mehrheitsbeteiligungen am Eigenkapital sind von vornherein ausgeschlossen. Zudem handelt es sich, gemessen an Umsätzen und Beschäftigten, naturgemäß um eher kleinere Unternehmen. Folglich ist der Einfluss derjenigen Kontrollbeziehungen, die von VVC zwischen diesen Einheiten exklusiv erfasst werden, kaum ausschlaggebend für die Ermittelung von Konzentrationsraten und Herfindahl-Hirshman-Index (HHI). Dieses Ergebnis wird auch durch eine ausführliche Vergleichsrechnung des Statistischen Bundesamtes für das Siebzehnte Hauptgutachten gestützt.

102. Das Statistische Bundesamt hat Konzentrationsmaße unter Berücksichtigung von Unternehmensgruppen auf der Basis der Investitionserhebung und der privaten Verflechtungsdaten (jeweils nur VVC, nur BvD und in Kombination VVC und BvD) berechnet. Die Analyse zeigt, dass die Kombination von VVC und BvD nur einen geringfügigen Einfluss auf die Konzentrationswerte gegenüber der Verwendung von nur einer privaten Datenbasis hat. Dementsprechend gering ist auch der zu erwartende zusätzliche Nutzen einer Anschaffung, Aufbereitung und Anspielung der nicht von BvD erfassten VVC-Daten an das Unternehmensregister zu bewerten. Darüber hinaus ist allein für die nötige Anspielung der Daten an die Einheiten des Unternehmensregisters mit Kosten in Höhe eines mindestens sechsstelligen Eurobetrages zu rechnen und eine Realisierung bewegt sich damit weit außerhalb der Möglichkeiten der Monopolkommission. Zudem würden die bereits eingangs dieses Kapitels erläuterten, sehr viel gravierenderen Probleme einer unzureichenden Marktabgrenzung damit keineswegs auch nur ansatzweise gelöst. Im Ergebnis steht der äußerst geringe zu erwartende zusätzliche Erkenntnisgewinn eines derartigen Projekts daher in einer völlig unverhältnismäßigen Relation zu den immensen erwartbaren Kosten.[5]

103. Neben VVC und BvD vertreiben die Unternehmen Dun & Bradstreet, Hoppenstedt, Thomson Reuters und Bloomberg große Unternehmensdatensätze mit zum Teil sehr detaillierten Firmeninformationen. Da die Datenanbieter zum Teil exklusiv Unternehmensinformationen, wie z. B. Bonitätsangaben, Import- und Exportquoten oder zu M&A-Aktivitäten, bereitstellen, könnte es für zukünftige tiefer gehende Untersuchungen sinnvoll sein, auf spezifisch für eine Fragestellung zugeschnittene Angebote zurückzugreifen. Neben zahlreichen Begleitmerkmalen, die nicht von der amtlichen Statistik erfasst werden, zeichnen sich die Daten privater Anbieter besonders durch die hohe internationale Abdeckung von Unternehmensinformationen und deutlich geringere Verarbeitungsbeschränkungen aus.

1.1.2 Öffentliche Datenbestände

104. Der Großteil sehr umfangreicher Unternehmensdatensätze wird von öffentlichen Institutionen erhoben. Neben den statistischen Ämtern des Bundes und der Länder erheben seit geraumer Zeit das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesagentur für Arbeit und die Bundesbank Einzeldaten zu Unternehmen und Betrieben. Diese Datensätze sind über institutionseigene Forschungsdatenzentren für Wissenschaftler zugänglich. Insgesamt werden derzeit 17 große Unternehmensdatensätze von den genannten Institutionen vorgehalten und stetig weiter ausgebaut. Die Fülle an Informationen, die damit prinzipiell für wettbewerbsökonomisch relevante Analysen zur Verfügung stehen, entzieht sich einer knappen Darstellung. Ausführliche Informationen können auf der Homepage des Statistischen Bundesamtes unter www.destatis.de abgerufen werden.[6] Besonders zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang, dass das Bundesministerium für Bildung und Forschung im Rahmen eines Großprojektes unter dem Titel „KombiFiD – Kombinierte Firmendaten für Deutschland“ eine Zusammenführung der verschiedenen öffentlichen Unternehmensdatenbestände fördert. Dieses Vorhaben ist geeignet, das Analysepotenzial der vorhandenen Datensätze noch erheblich zu steigern. Da für die Monopolkommission erst seit we-

[4] Verordnung (EG) Nummer 177/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Februar 2008 zur Schaffung eines gemeinsamen Rahmens für Unternehmensregister für statistische Zwecke und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nummer 2186/93 des Rates, ABl. EU Nummer L 61 vom 5. März 2008, S. 6

[5] Die Monopolkommission schließt damit nicht aus, für zukünftige Projekte mit anderem Untersuchungsschwerpunkt gegebenenfalls wieder auf Datenbestände von VVC zurückzugreifen.

[6] Für konkrete Beispiele des Analysepotenzials amtlicher Firmendaten vgl. Wagner, J., Politikrelevante Folgerungen aus Analysen mit Firmendaten der Amtlichen Statistik, Schmollers Jahrbuch 126, 2006, S. 359–374 m. w. N.

nigen Monaten ein akzeptabler Zugang zu öffentlichen Datenbeständen über das FDZ der statistischen Ämter des Bundes und der Länder besteht, bleibt es zukünftigen Untersuchungen vorbehalten, die neu gewonnenen Möglichkeiten auszuschöpfen.

1.1.3 Kombinationen unterschiedlicher Datensätze

105. Häufig werden entscheidende Fortschritte bei der Erstellung von Datensätzen durch ein Zusammenspiel unterschiedlicher Einzeldatensätze erreicht, die jeweils exklusiv interessierende Variablen enthalten. Ein Zusammenspiel von unterschiedlichen Datensätzen ist mit geringem Aufwand möglich, wenn in den jeweiligen Einzeldatensätzen ein gemeinsamer Identifikator vorhanden ist. Sind beispielsweise in zwei Datensätzen die Handelsregisternummern zu den betrachteten Unternehmen enthalten, kann über diese Nummer ein computergestütztes Zusammenspiel der Datensätze erfolgen. Bedeutend schwieriger wird ein Zusammenspiel von unterschiedlichen Datensätzen, wenn kein gemeinsamer Identifikator zur Verfügung steht. In diesem Fall müssen in der Regel eigenständige Programme für computergestützte Namens- und Adressabgleiche entwickelt werden. Ergänzend sind häufig manuelle Kontrollen und redaktionelle Recherchen erforderlich. Die für derartige Arbeiten nötigen Aufwendungen übersteigen bei großen Datensätzen die finanziellen und personellen Ressourcen der Monopolkommission in erheblichem Umfang.

1.1.3.1 Verknüpfung von amtlichen Firmendaten

106. Unternehmensdatensätze, die vom Statistischen Bundesamt gepflegt werden, weisen nur zum Teil eindeutige gemeinsame Identifikatoren auf. Der Aufwand eines Zusammenspiels verschiedener Datensätze kann daher erheblich variieren. In den Forschungsdatenzentren der statistischen Ämter des Bundes und der Länder werden bereits einige leicht kombinierbare Firmendatensätze vorgehalten. Für wettbewerbsökonomische Fragestellungen wäre es besonders interessant, die Informationen der Produktionsstatistik und der Außenhandelsstatistik mit Daten aus dem Unternehmensregister und gegebenenfalls weiteren Quellen zu verknüpfen. Dies gestaltet sich jedoch aufgrund fehlender gemeinsamer Identifikatoren schwierig. Das Statistische Bundesamt prüft daher auf Anfrage der Monopolkommission, inwieweit zukünftig ein Zusammenspiel mit vertretbarem Aufwand zu realisieren ist.

107. Von besonderer Bedeutung ist neben einem Zusammenspiel verschiedener Datensätze die Verknüpfung von einzelnen Erhebungswellen eines bestimmten Datensatzes zu konsistenten Paneldatensätzen.[7] Paneldatensätze eröffnen neue, wirtschaftspolitisch hochrelevante Auswertungsmöglichkeiten zur Evaluierung von Wettbewerbsintensität, wie beispielsweise Unternehmensaufgaben und -neugründungen.[8] Zudem stellen derartige Längsschnittdaten regelmäßig eine zentrale Voraussetzung für empirische Kausalanalysen mithilfe mikroökonometrischer Verfahren dar. Über die Forschungsdatenzentren der statistischen Ämter des Bundes und der Länder sind bereits einige Paneldatensätze für Wissenschaftler zugänglich. Für die Arbeit der Monopolkommission wäre es von großem Vorteil, wenn im Besonderen ein aktueller Paneldatensatz der Unternehmensregisterdaten inklusive der Informationen zu kapitalmäßigen Verflechtungen zwischen den Einheiten aufgebaut werden könnte. Derzeit existiert lediglich ein Unternehmensregisterpanel ohne Verflechtungsinformationen für die Berichtsjahre 2002 bis 2005.

1.1.3.2 Verknüpfung von privaten und amtlichen Firmendaten

108. Amtliche Firmendaten zeichnen sich häufig durch eine große Abdeckung bei gleichzeitig geringer Datentiefe im Sinne weniger Begleitmerkmale aus. Der Nachteil weniger Begleitmerkmale kann indes prinzipiell durch Anspielung zusätzlicher Begleitmerkmale aus externen Quellen behoben werden.[9] Verknüpfungen von amtlichen Daten mit externen Quellen setzen die Einsicht in nicht anonymisierte Einzelangaben voraus. Verknüpfungsarbeiten müssen folglich aus Datenschutzgründen durch die statistischen Ämter des Bundes und der Länder selbst vorgenommen werden. Dadurch entstehen im konkreten Fall unter Umständen hohe Aufwendungen personeller und finanzieller Ressourcen, die vom Auftraggeber zu tragen sind. Formal muss gemäß §13a BStatG lediglich die allgemeine Zugänglichkeit der anzuspielenden Daten erfüllt sein. Erste Erfahrungen wurden im Statistischen Bundesamt bei der Verknüpfung von Daten des Unternehmensregisters mit Verflechtungsdaten des Anbieters BvD gesammelt. Darüber hinaus wurden für einzelne Forschungsprojekte bereits Daten des Anbieters Hoppenstedt erfolgreich mit amtlichen Firmendaten verknüpft. Trotz der technischen und datenschutzrechtlichen Schwierigkeiten bei der Zusammenführung von privaten und amtlichen Firmendaten sollte dieser Weg konsequent weiterverfolgt werden, da durch Kombination der spezifischen Vorteile von privaten und amtlichen Daten die größten Steigerungen des Informationsgehalts zu erzielen sind.

1.2 Perspektiven der Konzentrationsberichterstattung

109. Dank der enorm gewachsenen Verfügbarkeit an privaten und amtlichen Daten stehen der Monopolkommission zahlreiche neue Möglichkeiten für empirische

[7] Wagner, J., Firm Panel Data from German Official Statistics, Schmollers Jahrbuch 120, 2000, S.143–150, beschreibt die Konstruktion und den Informationsgehalt von Paneldatensätzen amtlicher Daten anhand von Erhebungen der amtlichen Statistik zu Industriebetrieben.

[8] Vgl. für eine ausführliche Darstellung der Möglichkeiten und konkrete Beispiele Monopolkommission, Die Wettbewerbsordnung erweitern, Hauptgutachten 1986/1987, Anlagenband, Baden-Baden 1988, Tz. 146 ff.

[9] Vgl. ausführlich hierzu mit konkreten Beispielen Wagner, J., The Research Potential of New Types of Enterprise Data based on Surveys from Official Statistics in Germany, Schmollers Jahrbuch 130, 2010, S. 133–142.

Analysen wettbewerbsökonomischer Fragestellungen zur Verfügung. Ziel der aktuellen Bemühungen ist es daher, zunächst eine neue konzeptionelle Grundlage der Konzentrationsstatistik zu entwickeln, auf deren Basis die hinzugewonnenen Analysepotenziale optimal ausgeschöpft werden können. Idealerweise soll die konzeptionelle Umstellung dazu führen, zukünftig deutlich mehr wirtschaftspolitisch relevante Fragestellungen aufgreifen und empirisch analysieren zu können.

110. Angesichts der bereits eingangs und im letzten Hauptgutachten beschriebenen Probleme einer adäquaten empirischen Marktabgrenzung stellt sich im Rahmen der Modernisierungsbemühungen zunächst die Frage, inwieweit die Erstellung der „klassischen" Konzentrationstabellen im Anlagenband der Hauptgutachten durch die Monopolkommission noch eine ausreichende Berechtigung hat. Als Begründung für eine Konzentrationsmessung unter Verwendung von Konzentrationsraten und HHI kann angeführt werden, dass eine hohe Konzentration wirtschaftlich aktiver Einheiten in einem Markt zwar nicht hinreichend für die Feststellung mangelnden Wettbewerbs ist, eine hohe wirtschaftliche Konzentration jedoch regelmäßig als notwendige Bedingung für eine geringe Wettbewerbsintensität herangezogen werden kann. Sofern die zugrunde liegende Marktabgrenzung jedoch wie bisher ausschließlich auf der Basis der Klassifikation der Wirtschaftszweige vorgenommen wird, ist die Aussagekraft von Konzentrationsraten und dem HHI äußerst gering.[10] Erschwerend kommt hinzu, dass eine unzureichende Marktabgrenzung kaum durch die Berechnung ausgeklügelterer Indikatoren zur Messung von Wettbewerb oder den Zukauf von weiteren Daten zu heilen ist.

111. Eine grundlegende Verbesserung der Aussagekraft der klassischen Konzentrationsstatistik kann daher nur gelingen, wenn auf breiter Ebene eine Verbesserung der empirischen Marktabgrenzung in sachlicher und räumlicher Hinsicht erzielt wird. Aufgrund der Menge an Märkten, die bei einer gesamtwirtschaftlichen Berichterstattung abzugrenzen sind, scheiden manuelle Recherchen von vornherein aus. Es kommen also nur Verfahren infrage, die auf eine große Anzahl an Einheiten anwendbar sind. Über die Produktions- und Außenhandelsstatistik stehen prinzipiell umfangreiche Daten zur Verfügung, um die Marktabgrenzung auf der Basis der Wirtschaftszweigklassifikation zu verbessern. Selbst bei Überwindung der enormen technischen Schwierigkeiten, die mit einem solchen Projekt verbunden sind, ist allerdings zu erwarten, dass eine korrekte Marktabgrenzung nicht möglich ist. Optimalerweise sind für empirisch gestützte Marktabgrenzung Daten zu Preisen und Mengen abgesetzter Güter, jeweils aufgeschlüsselt nach Region und veräußernden Unternehmen heranzuziehen. Derartige Informationen sind indes nur in äußerst seltenen Einzelfällen für einen eng abgegrenzten Untersuchungskreis erhältlich, weshalb auch diese Methode für eine gesamtwirtschaftliche Konzentrationsberichterstattung ausscheidet.

112. Unabhängig von verschiedenen Optionen zur Überarbeitung der klassischen Konzentrationsberichterstattung ist zu prüfen, welche anderen wettbewerbsökonomisch relevanten Fragestellungen von der Monopolkommission unter den neuen Rahmenbedingungen analysiert werden können. Äußerst interessante Möglichkeiten bieten beispielsweise die über das FDZ der statistischen Ämter des Bundes und der Länder zugänglichen Paneldatensätze der Kostenstrukturerhebung. Die Kostenstrukturstatistik bietet beispielsweise die Möglichkeit, staatliche Subventionen anhand einer repräsentativen Datenbasis systematisch zu analysieren. Über die Verbindung mit privaten Daten und die Ausnutzung der Panelstruktur könnten zudem Auswirkungen staatlicher Subventionen im Zeitablauf ausgewertet werden. Infrage käme daneben auch eine stärkere Fokussierung auf konkrete wettbewerbspolitische Problemstellungen, wie z. B. M&A-Aktivitäten, Staatsfonds, internationale Unternehmensverflechtungen, Unternehmensgründungen und -aufgaben, Auslandsverlagerungen oder national dominierende Großunternehmen. Die in diesem Jahr erstmalig vorgenommene Analyse internationaler personeller Unternehmensverflechtungen mag als konkretes Beispiel für eine Fokussierung dienen, die weiter vertieft werden könnte.[11]

113. Eine äußerst Erfolg versprechende Möglichkeit, die Aussagekraft der konzentrationsstatistischen Berichterstattung zu verbessern, stellt schließlich die Fokussierung auf sektorspezifische Untersuchungen dar. Die Fokussierung auf einen spezifischen Wirtschaftszweig hätte den großen Vorteil, das zentrale Problem einer adäquaten Marktabgrenzung, z. B. durch in diesem Fall realisierbare redaktionelle Recherchen, lösen zu können. Darüber hinaus wird im Rahmen einer Sektoruntersuchung regelmäßig nur eine überschaubare Anzahl an Untersuchungseinheiten betrachtet, was tendenziell eher die Möglichkeit eröffnet, detaillierte, spezifisch auf die Untersuchung ausgerichtete Datensätze zu erstellen, sei es durch eigene Erhebungen oder den Erwerb spezifisch auf eine Fragestellung zugeschnittener Daten. Damit wird es möglich, inhaltlich und methodisch tiefer gehende Analysen vorzunehmen, was wiederum die Wahrscheinlichkeit erhöht, wirtschaftspolitisch relevante Aussagen und Handlungsempfehlungen abgeben zu können.

114. Aufgrund knapper personeller und finanzieller Ressourcen kann die Monopolkommission nicht alle aufgeworfen Fragestellungen in der gebotenen Tiefe hinsichtlich zu erwartender Erkenntnisgewinne und Aufwendungen bei einer Umsetzung prüfen. Umso mehr ist daher der Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums an das ZEW zu begrüßen, bezüglich der oben angesprochenen Fragestellungen wissenschaftlich fundierte Empfehlungen im Rahmen einer Neukonzipierung der Konzentrationsberichterstattung zu erarbeiten.

[10] Vgl. ausführlich hierzu Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 104 ff. sowie die dort zitierte Literatur.

[11] Vgl. Kapitel III in diesem Gutachten.

2. Auswertungen auf der Basis des Unternehmensregisters

115. Um ihrem gesetzlichen Auftrag gemäß § 44 Absatz 1 Satz 1 GWB nachzukommen, hat die Monopolkommission trotz der im vorangehenden Abschnitt erläuterten Problemlage eine „klassische“ Konzentrationsstatistik angefertigt. Die Konzentrationsstatistik unterliegt weiterhin, wie bereits oben angeführt und im letzten Hautgutachten ausführlich erläutert, sehr deutlichen interpretatorischen Grenzen.[12] Die ermittelten Konzentrationsmaße beziehen sich mithin nicht auf die wettbewerbspolitisch relevanten Märkte. Es werden nur Konzentrationsmaße für die Produktion in der Bundesrepublik Deutschland ermittelt. Der geografisch relevante Markt umfasst nach Definition der Europäischen Kommission jedoch „das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet“.[13] In einigen Fällen mag dies dem bundesweiten Markt entsprechen, in vielen Fällen wird der Markt jedoch entweder geografisch enger (also lokal oder regional) oder weiter (international oder weltweit) abzugrenzen sein. Eine solche Marktabgrenzung für alle Branchen vorzunehmen, ist jedoch weder mit der Aufgabe der Monopolkommission vereinbar, noch wäre es mit den ihr zu Verfügung stehenden Ressourcen auch nur annähernd möglich. Zudem können ausländische Konkurrenten (Importe) nicht adäquat erfasst werden. Bei der Interpretation der ausgewiesenen Konzentrationsmaße ist dies zu berücksichtigen.

116. Auch der sachlich relevante Markt kann mit den der Monopolkommission verfügbaren Informationen nicht hinreichend dargestellt werden. Dieser umfasst laut Europäischer Kommission „sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden“.[14] Wie bereits zu dem geografisch relevanten Markt beschrieben, unterliegt auch der sachlich relevante Markt nach dieser Definition laufenden Veränderungen, z. B. durch technischen Fortschritt oder Produktinnovationen. Die Monopolkommission stützt sich bei der bundesweiten und branchenübergreifenden Erfassung von wirtschaftlicher Konzentration auf die vorhandenen Klassifikationen der Statistik nach Wirtschaftszweigen[15] und des Güterverzeichnisses der Produktionsstatistik[16]. Allerdings enthalten auch diese Standards Ungenauigkeiten. Die Wirtschaftszweigklassifikation (WZ 2008) ordnet Unternehmen nach ihrer Haupttätigkeit einem Wirtschaftszweig zu (Schwerpunktprinzip). Nebentätigkeiten von Unternehmen werden somit ebenfalls dem Wirtschaftszweig der Haupttätigkeit zugeordnet. Konzentriert sich die Ausrichtung des Unternehmens zu ungefähr gleichen Teilen auf verschiedene Wirtschaftszweige, so kann die Zuordnung dieser Einheit jährlich variieren.

117. Im Vergleich zum letzten Hauptgutachten ist zu beachten, dass die aktuelle Konzentrationsstatistik auf der Wirtschaftszweigklassifikation 2008 beruht, während die Zuordnung der wirtschaftlichen Einheiten im Siebzehnten Hauptgutachten noch auf der Wirtschaftszweigklassifikation 2003 basiert.[17] Für das im vorliegenden Gutachten relevante Berichtsjahr 2007 wird vonseiten des Statistischen Bundesamtes keine Zuordnung der Unternehmen nach der alten Wirtschaftszweigklassifikation mehr vorgenommen. Da die Umstellung zudem zahlreiche Änderungen sogar auf Wirtschaftsabschnittsebene mit sich bringt, sind grundsätzlich keine Vergleiche zwischen HHI, Konzentrationsraten und anderen Auswertungen der letzten und der aktuellen Konzentrationsstatistik möglich. Dies gilt auch für die Gesamtmenge der Unternehmen, da in diesem Jahr auch Unternehmen aus sehr schwach besetzten Wirtschaftszweigen betrachtet werden.

118. Die Untergliederung der Klassifikation wird in der Konzentrationsstatistik auf Zwei-, Drei- und Vierstellerebene vorgenommen. Eine tiefere Untergliederung würde viele Werte aus Geheimhaltungsgründen nicht veröffentlichungsfähig machen. Es ist zu beachten, dass jedes Unternehmen nach dem Tätigkeitsschwerpunkt einem spezifischen Wirtschaftszweig zugeordnet wird, auch wenn es tatsächlich in mehreren Wirtschaftsbereichen tätig ist. Dies ist besonders für große Unternehmen relevant, die häufig in mehreren Vierstellerbereichen und zum Teil sogar in mehreren Zweistellerbreichen wirtschaftlich aktiv sind. Da sämtliche Umsätze und Beschäftigte entsprechend dem Tätigkeitsschwerpunkt einem Wirtschaftszweig zugerechnet werden, auch wenn ein Großteil der Umsätze nicht in diesem Bereich erzielt wurde bzw. Beschäftigte nicht in diesem Wirtschaftszweig faktisch tätig sind, kann es zu erheblichen Überschätzungen der Konzentrationsraten und des HHI in einzelnen Bereichen kommen.

119. Der sachlich relevante Markt wird in der Konzentrationsstatistik nach Anbietern, welche auf dem Güterverzeichnis der Produktionsstatistik basieren, vergleichsweise besser abgebildet als in der Wirtschaftszweigklassifikation. Im Güterverzeichnis werden nicht die Unternehmen, sondern deren Produkte klassifiziert, sodass ein Unternehmen mehrfach als Anbieter bzw. Produzent verschiedener Waren erfasst werden kann. Die Daten stammen jedoch aus einer Erhebung des Statistischen Bundesamtes (Produktionsstatistik) und sind deshalb nur für die Wirtschaftsabschnitte C und D des Verarbeitenden Gewerbes

[12] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 104 ff. sowie die dort zitierte Literatur.

[13] Vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG Nummer C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5.

[14] Ebenda.

[15] Statistisches Bundesamt, Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausg. 2008, Stuttgart 2007.

[16] Statistisches Bundesamt, Güterverzeichnis für Produktionsstatistiken, Ausg. 2002, Stuttgart 2001.

[17] Ein Umsteigeschlüssel von WZ 2003 auf WZ 2008 ist unter www.destatis.de abrufbar.

und nur für Unternehmen ab einer Beschäftigtenzahl von mindestens 20 verfügbar.

120. Vor dem Hintergrund der genannten Interpretationsschwierigkeiten, der extrem kurzen Zugriffszeit auf die relevanten amtlichen Daten für die Monopolkommission und der Umstellung der Wirtschaftszweigklassifikation vom letzten auf das aktuelle Hauptgutachten verzichtet die Monopolkommission auf eine kommentierte Auswertung der Konzentrationstabellen in den Anlagen zu diesem Gutachten. Für eine fundierte Analyse einzelner Sektoren sind zudem regelmäßig institutionelle Details zu berücksichtigen, deren Recherche einen mehrmonatigen zeitlichen Vorlauf benötigt. Die kurze Zeit (zwei Monate vor Redaktionsschluss), während der die Monopolkommission eigene Auswertungen mit den wenigen zur Verfügung gestellten Daten des Statistischen Bundesamtes durchführen konnte, verhinderten zahlreiche tiefer gehende Analysen.

2.1 Empirische und methodische Grundlagen

121. Die empirische Grundlage der Konzentrationsstatistik der Monopolkommission bildet das amtliche Unternehmensregister, welches vom Statistischen Bundesamt um kommerzielle Daten zu Unternehmensverflechtungen ergänzt wurde. Die aktuellsten verfügbaren Daten beziehen sich auf das Berichtsjahr 2007.[18] Zusätzlich werden verschiedene Erhebungs- und Fachstatistiken des Statistischen Bundesamtes herangezogen, wie z. B. die Produktionsstatistik, die Umsatzsteuerstatistik und Auswertungen zu öffentlichen Fonds, Einrichtungen und Unternehmen. Sofern nichts anderes genannt wird, beziehen sich sämtliche in diesem Kapitel präsentierten Statistiken auf das Berichtsjahr 2007. Die Monopolkommission hatte bei den statistischen Ämtern des Bundes und der Länder zusätzlich einen Zugang zu den Unternehmensregistereinzeldaten für die Berichtsjahre 2005 und 2006 über das FDZ angefragt. Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes stehen diesem Vorhaben jedoch nicht näher erläuterte technische Schwierigkeiten und Geheimhaltungsprobleme entgegen. Als Ziel wurde daher ein Zugang zu einem aus mehreren Querschnitten bestehenden Unternehmensregisterpanel für das nächste Hauptgutachten vereinbart.

2.2 Erläuterung der Datenbasen

2.2.1 Das Unternehmensregister des Statistischen Bundesamtes

122. Das Unternehmensregister enthält alle aktiven Unternehmen aus nahezu allen Wirtschaftsbereichen Deutschlands. Ein Unternehmen gilt dabei als aktiv, wenn es im Berichtsjahr einen steuerpflichtigen Umsatz von wenigstens 17 500 Euro erzielt hat oder mindestens einen sozialversicherungspflichtig Beschäftigten aufweist. Ausgenommen sind die Wirtschaftsabschnitte Land- und Forstwirtschaft, Fischerei und Fischzucht sowie öffentliche Verwaltungen. Die Daten stammen sowohl aus administrativen Dateien von Verwaltungsbereichen (Finanzbehörden, der Bundesagentur für Arbeit, Industrie- und Handelskammern und Handwerkskammern) als auch aus Bereichsstatistiken (Erhebungen des Produzierenden Gewerbes, des Handels und andere) und werden von den statistischen Landesämtern eingepflegt. Vertiefende Informationen zu empirischen und methodischen Details sind dem Siebzehnten Hauptgutachten, Kapitel I sowie Anlage A, zu entnehmen.[19]

123. Die Repräsentativität der Daten ist aufgrund der Verfügbarkeit administrativer Angaben in den verschiedenen Wirtschaftsabschnitten unterschiedlich hoch. Gut erfasst sind die Wirtschaftsabschnitte B bis J, L bis N und Q bis S, für die entweder Umsatz oder Beschäftigtenangaben für über 80 Prozent der Unternehmen verfügbar sind. Sofern für mindestens 80 Prozent der Unternehmen eines Wirtschaftszweiges aktuelle Umsatzangaben vorliegen, wird die Konzentrationsstatistik auf der Basis des Umsatzes erstellt. Ist dieses Kriterium nicht erfüllt, liegen jedoch für mindestens 80 Prozent der Unternehmen Angaben zu den sozialversicherungspflichtig Beschäftigten vor, erfolgt eine Berechnung der Konzentrationsstatistik auf der Basis der Beschäftigten. Sind zu beiden Merkmalen Umsatz und Beschäftigte weniger als 80 Prozent der Werte verfügbar, wird auf eine Ausweisung der Konzentrationsraten und des HHI verzichtet. In den Abschnitten K und P liegen die Angaben besonders häufig jeweils unter 80 Prozent, da teilweise keine Umsatzsteuerpflicht besteht bzw. keine sozialversicherungspflichtig Beschäftigten gemeldet sind. Ersteres gilt insbesondere für das Kredit- und Versicherungsgewerbe (K), für welches aus diesem Grund häufiger die Beschäftigtenzahlen in der Konzentrationsstatistik zugrunde gelegt werden. Aus Abschnitt P (Erziehung und Unterricht) werden meistens ebenfalls die Beschäftigtenzahlen für die Konzentrationsstatistik herangezogen, da in diesem Abschnitt häufig keine Umsatzsteuerpflicht besteht. Unternehmen, für die entweder keine Beschäftigten- oder keine Umsatzangaben zur Verfügung stehen, gehen stets mit einem Wert von Null für das entsprechende Merkmal in die Berechnungen ein.

124. Eine Unsicherheit besteht bezüglich der steuerbaren Umsätze im Unternehmensregister. Diese liegen für Unternehmen, die einer Organschaft angehören, nur geschätzt vor, da die Organmitglieder ihre Umsätze gemeinsam über den Organträger versteuern. Für eine erleichterte Einschätzung der Qualität der Daten erfolgt eine Kennzeichnung von Konzentrationsraten, die unter Verwendung von mehr als 30 Prozent geschätzter Werte berechnet worden sind.

[18] Aufgrund der Verwendung administrativer Datenquellen ist eine Berichterstattung mit aktuelleren Daten in absehbarer Zeit realistischerweise nicht möglich.

[19] Vgl. für eine detaillierte Darstellung des amtlichen Unternehmensregisters zudem Sturm, R., Tümmler, T., Opfermann, R., Unternehmensverflechtungen im statistischen Unternehmensregister, Wirtschaft und Statistik 8/2009, S. 764–773 und die dort zitierte Literatur.

125. Tabelle I.1 gibt einen Überblick über die Unternehmen des Registers nach Wirtschaftsabschnitten gemäß WZ 2008 für das Berichtsjahr 2007. Die Wirtschaftszweigzuordnung erfolgt nach dem Schwerpunktprinzip, d. h. nach der Haupttätigkeit der Unternehmen.

126. Für das Berichtsjahr 2007 umfasst das Unternehmensregister rd. 3,59 Millionen aktive Unternehmen und 3,52 Millionen wirtschaftliche Einheiten.[20] Die meisten Einheiten (über 20 Prozent) sind im Wirtschaftsabschnitt G (Handel sowie Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen) gemeldet, der rund 31 Prozent des Umsatzes und 16 Prozent der Beschäftigten auf sich vereint. Die größten Umsatz- und Beschäftigtenanteile entfallen mit 34,6 Prozent bzw. 26,6 Prozent auf das Verarbeitende Gewerbe. Der Wirtschaftsabschnitt G ist jeweils der zweitgrößte bei Anzahl der Einheiten, Umsatz und Beschäftigten. Die Abnahme der Einheiten durch die Berücksichtigung von Unternehmensgruppen liegt insgesamt bei rund 2 Prozent.

127. Um eine Einschätzung über die Grenzen der Aussagekraft der Statistiken auf der Basis des Unternehmensregisters zu gewinnen, weist die Monopolkommission erstmals für alle Wirtschaftszweige den Anteil der erfassten Unternehmen mit Umsätzen über 17 500 Euro oder mindestens einem sozialversicherungspflichtig Beschäftigten aus. Für die Wirtschaftsabschnitte K, P und Q sind z. B. keine repräsentativen Umsatzwerte verfügbar, weil für die in diesen Abschnitten zusammengefassten Unternehmen häufig keine Umsatzsteuerpflicht besteht. Da Unternehmen, für die entweder keine Beschäftigten- oder keine Umsatzangaben zur Verfügung stehen, mit einem Wert von Null für das entsprechende Merkmal in die Berechnungen eingehen und der Anteil dieser Unternehmen zwischen den Abschnitten zum Teil stark variiert, sind nur eingeschränkt Niveauvergleiche zwischen verschiedenen Wirtschaftsabschnitten möglich. Aus demselben Grund sind Anteilswerte zurückhaltend und stets unter Berücksichtigung der erfassten Einheiten zu interpretieren.

[20] Wirtschaftliche Einheiten umfassen unabhängige Unternehmen als einzelne Einheiten und gruppenzugehörige Unternehmen zusammengefasst nach Gruppen.

Tabelle I.1

Aktive Unternehmen, Beschäftigte und Umsatz im Unternehmensregister 2007

Wirtschaftsabschnitt		Wirtschaftliche Einheiten		Unternehmen				Umsatz		Beschäftigte	
		Anzahl	%	Anzahl	%	Anteil mit aktuellen Umsatzangaben	Anteil mit aktuellen Beschäftigtenangaben	Tsd. Euro	%	Anzahl	%
B	Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden	2.328	*0,07*	2.559	*0,07*	93,40	71,40	17.389.476	*0,34*	76.600	*0,31*
C	Verarbeitendes Gewerbe	256.288	*7,28*	268.451	*7,48*	94,64	70,32	1.771.782.577	*34,58*	6.612.627	*26,57*
D	Energieversorgung	18.172	*0,52*	19.451	*0,54*	97,41	15,18	248.342.486	*4,85*	244.168	*0,98*
E	Wasserversorgung; Abwasser- und Abfallentsorgung und Beseitigung von Umweltverschmutzungen	12.723	*0,36*	13.484	*0,38*	87,84	66,66	41.346.433	*0,81*	221.268	*0,89*
F	Baugewerbe	378.575	*10,75*	383.564	*10,68*	95,01	60,61	202.297.141	*3,95*	1.468.641	*5,90*
G	Handel; Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen	714.571	*20,30*	733.772	*20,43*	93,48	52,40	1.587.327.820	*30,98*	4.027.392	*16,18*
H	Verkehr und Lagerei	125.447	*3,56*	129.388	*3,60*	92,50	60,43	238.814.633	*4,66*	1.367.016	*5,49*

noch Tabelle I.1

Wirtschaftsabschnitt		Wirtschaftliche Einheiten		Unternehmen				Umsatz		Beschäftigte	
		Anzahl	%	Anzahl	%	Anteil mit aktuellen Umsatzangaben	Anteil mit aktuellen Beschäftigtenangaben	Tsd. Euro	%	Anzahl	%
I	Gastgewerbe	267.039	*7,59*	268.347	*7,47*	91,51	55,90	63.644.797	*1,24*	769.989	*3,09*
J	Information und Kommunikation	128.868	*3,66*	132.486	*3,69*	91,53	38,67	249.283.567	*4,87*	837.366	*3,36*
K	Erbringung von Finanz- und Versicherungsdienstleistungen	65.122	*1,85*	67.182	*1,87*	39,68	73,55	90.072.977	*1,76*	1.033.383	*4,15*
L	Grundstücks- und Wohnungswesen	295.778	*8,40*	302.212	*8,42*	92,38	17,35	116.388.834	*2,27*	225.292	*0,91*
M	Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen	463.504	*13,17*	471.156	*13,12*	94,14	40,51	242.459.387	*4,73*	1.395.194	*5,61*
N	Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen	157.707	*4,48*	160.749	*4,48*	90,59	54,40	130.836.835	*2,55*	1.643.418	*6,60*
P	Erziehung und Unterricht	69.107	*1,96*	69.646	*1,94*	59,91	60,27	9.774.677	*0,19*	802.964	*3,23*
Q	Gesundheits- und Sozialwesen	229.030	*6,51*	231.381	*6,44*	18,32	90,21	42.478.309	*0,83*	3.114.264	*12,51*
R	Kunst, Unterhaltung und Erholung	99.878	*2,84*	100.603	*2,80*	90,89	28,75	29.643.442	*0,58*	192.690	*0,77*
S	Erbringung von sonstigen Dienstleistungen	236.200	*6,71*	236.836	*6,59*	82,28	48,79	41.801.974	*0,82*	856.631	*3,44*
Insgesamt		**3.520.337**	***100,00***	**3.591.267**	***100,00***			**5.123.685.365**	***100,00***	**24.888.903**	***100,00***

Quelle: Eigene Berechnungen der Monopolkommission auf der Basis von Daten des Statistischen Bundesamtes

128. Der Anteil der Unternehmen je Wirtschaftsabschnitt, für welche kein sozialversicherungspflichtig Beschäftigter erfasst wurde, vermittelt einen Eindruck über den Anteil sehr kleiner Unternehmen in den jeweiligen Abschnitten. Meistens liegen die Anteile der Unternehmen mit erfassten Umsätzen über den Anteilen der Unternehmen mit erfassten Beschäftigten, da die Erfassungsgrenze von 17 500 Euro steuerbarem Umsatz in der Regel früher erreicht wird als eine Anstellung von sozialversicherungspflichtigen Mitarbeitern. Zudem haben zahlreiche kleine Gewerbetreibende, Freiberufler oder Einzelkaufleute keine oder nur geringfügig beschäftigte Mitarbeiter, für die keine Sozialversicherungspflicht besteht.

2.2.2 Verknüpfung privater Verflechtungsdaten mit dem Unternehmensregister

129. Für den Einbezug der Gruppenzugehörigkeit von Unternehmen in die Konzentrationsstatistik werden dem Unternehmensregister private Verflechtungsdaten zugespielt. Das Statistische Bundesamt erwirbt seit dem Jahr 2005 jährlich Informationen über die Kapitalverflechtung von Unternehmen von dem kommerziellen Datenanbieter BvD. Diese Datenbasis ist weltweit ausgelegt und resultiert aus Kooperationen mit einer Vielzahl nationaler Datenanbieter, deren Daten durch einen qualifizierten Mitarbeiterstab regelmäßig einer zusätzlichen Prüfung, Ergänzung und Pflege unterzogen werden. Die von BvD vertriebenen Daten für deutsche Unternehmen stammen hauptsächlich von VVC und umfassen derzeit rd. 1 200 000 Einheiten. Sie ermöglichen eine weitgehende Einordnung der Unternehmen in bestehende nationale Beteiligungsnetze und eingeschränkt auch in internationale Verflechtungen.[21]

130. Wie bereits vorher erläutert,[22] schreibt die EU-Registerverordnung dem Statistischen Bundesamt vor, Daten über die Gruppenzugehörigkeit von Unternehmen zu führen. Da diese Daten nicht amtlich erhoben werden, müssen sie am Markt von privaten Anbietern erworben werden. Die BvD-Datenbank weist zwar, gemessen an der Anzahl der Einheiten als Teilmenge der VVC-Daten, einen geringeren Abdeckungsgrad für deutsche Unternehmen auf als der gesamte Datenbestand von VVC, im Rahmen der bisherigen zwei öffentlichen Ausschreibungen des Statistischen Bundesamtes zur Beschaffung der entsprechenden Verflechtungsdaten zwischen deutschen Unternehmen hat sich indes jeweils BvD als bester Anbieter im Sinne der Ausschreibungen erwiesen. Die Monopolkommission hat sich aufgrund dieser Ausschreibungsergebnisse und aus nachfolgend näher zu erläuternden weiteren Gründen entschieden, an der daraus resultierenden und bereits zum letzten Hauptgutachten eingeführten Datenbasis festzuhalten. Folglich wird auch kein Zukauf der übrigen, nicht vom Statistischen Bundesamt erworbenen, da nicht von BvD erfassten Einheiten bei VVC vorgenommen und deren Anspielung an die amtlichen Daten des Unternehmensregisters in Auftrag gegeben.

131. Zunächst handelt es sich bei den nicht von BvD erfassten Einheiten zum weitaus größten Teil um Unternehmen der Rechtsformen Freie Berufe, Gewerbebetriebe und BGB-Gesellschaften (insgesamt ca. 2,3 Millionen). Kontrollbeziehungen zwischen Unternehmen dieser Rechtsformen sind nicht meldepflichtig und dementsprechend schwer zu erfassen. Klassische Kontrollbeziehungen über Mehrheitsbeteiligungen am Eigenkapital sind von vornherein ausgeschlossen. Zudem handelt sich gemessen an Umsätzen und Beschäftigten naturgemäß um eher kleinere Unternehmen. Folglich ist der Einfluss derjenigen Kontrollbeziehungen, die von VVC zwischen diesen Einheiten exklusiv erfasst werden, kaum ausschlaggebend für die Ermittelung von Konzentrationsraten und HHI. Dieses Ergebnis wird auch durch eine ausführliche Vergleichsrechnung des Statistischen Bundesamtes für das Siebzehnte Hauptgutachten gestützt.

132. Das Statistische Bundesamt hat Konzentrationsmaße unter Berücksichtigung von Unternehmensgruppen auf der Basis der Investitionserhebung und der privaten Verflechtungsdaten (jeweils nur VVC, nur BvD und in Kombination VVC und BvD) berechnet. Die Analyse zeigt, dass die Kombination von VVC und BvD nur einen geringfügigen Einfluss auf die Konzentrationswerte gegenüber der Verwendung von nur einer privaten Datenbasis hat. Dementsprechend gering ist auch der zu erwartende zusätzliche Nutzen einer Anschaffung, Aufbereitung und Anspielung der nicht von BvD erfassten VVC Daten an das Unternehmensregister zu bewerten. Darüber hinaus ist allein für die nötige Anspielung der Daten an die Einheiten des Unternehmensregisters mit Kosten in Höhe eines mindestens sechsstelligen Eurobetrages zu rechnen und eine Realisierung bewegt sich damit weit außerhalb der Möglichkeiten der Monopolkommission. Zudem würden die bereits eingangs dieses Kapitels erläuterten, viel gravierenderen Probleme einer unzureichenden Marktabgrenzung damit keineswegs auch nur ansatzweise gelöst. Im Ergebnis steht der äußerst geringe zu erwartende zusätzliche Erkenntnisgewinn eines derartigen Projekts daher in einer völlig unverhältnismäßigen Relation zu den immensen erwartbaren Kosten.[23]

133. Grundlage der Erfassung von Unternehmensgruppen in der amtlichen Statistik ist die Kontrollbeziehung zwischen rechtlichen Einheiten, wobei Kontrolle als bestimmender Einfluss auf die mittel- und langfristigen Strategien eines Unternehmens definiert wird. Die Feststellung von Kontrolle erfolgt für die meisten Verflechtungsbeziehungen über Kapitalanteile (Mehrheitskontrolle mit Kapitalanteilen über 50 Prozent oder indirekte kumulierte Kontrolle über Minderheitsbeteiligungen), aber auch faktische Kontrollarten wie z. B. Beherrschungsverträge werden berücksichtigt.

134. Eine Unternehmensgruppe besteht aus genau einer unabhängigen rechtlichen Einheit (Gruppenoberhaupt), die mindestens eine andere rechtliche Einheit kontrolliert. Dabei muss jede Unternehmensgruppe aus mindestens zwei juristischen Personen bestehen, d. h. eine natürliche Person als Gruppenoberhaupt muss mindestens zwei juristische Einheiten kontrollieren. Sollte es nicht möglich sein, genau ein Gruppenoberhaupt zu bestimmen, z. B. bei gemeinsamer Kapitalbeteiligung zu gleichen Teilen (je 50 Prozent) oder bei zirkulären Kapitalbeziehungen, so wird per Definition keine Kontrolle ausgeübt, da der ausgeübte Einfluss auf die Unternehmensstrategien nicht eindeutig zugeordnet werden kann. Die Konzentrationsmaße werden für wirtschaftliche Einheiten berechnet, d. h. gruppenzugehörige Unternehmen werden innerhalb ihres Wirtschaftsbereichs als Unternehmensgruppe zu einer Einheit zusammengefasst und nicht gruppenzugehö-

[21] Vgl. oben Tz. 96 ff.
[22] Vgl. Tz. 100–102.
[23] Die Monopolkommission schließt damit nicht aus, für zukünftige Projekte mit anderem Untersuchungsschwerpunkt gegebenenfalls wieder auf Datenbestände von VVC zurückzugreifen.

rige Unternehmen gehen einzeln in die Berechnungen ein.[24]

135. Ein bisher noch ungelöstes Problem besteht in der systematischen Zusammenführung von Unternehmensgruppen, welche aufgrund ihrer Organisationsstruktur getrennt als mehrere Gruppen geführt werden. So werden beispielsweise große Handelsgruppen über mehrere Stiftungen kontrolliert oder über verschiedene regionale Gruppenoberhäupter geführt. Zudem ist es bisher nicht möglich, Gruppenbildungen über Organschaften mit der oben beschriebenen Gruppendefinition konzeptionell einwandfrei zu verbinden. Das Statistische Bundesamt arbeitet derzeit an einer Harmonisierung des Unternehmensgruppenkonzeptes, in dem auch Organschaftsbeziehungen integriert sind.

136. Die Datenlieferungen von BvD enthalten alle rechtlichen Einheiten, die an einer Unternehmensgruppe beteiligt sind, die also entweder Mitglied einer Unternehmensgruppe, das Oberhaupt einer Unternehmensgruppe oder ein Minderheitsanteilseigner an einem Unternehmen, das zu einer Unternehmensgruppe gehört, sind. Grenzübergreifend werden der erste kontrollierende Eigner im Ausland und das weltweite Gruppenoberhaupt berücksichtigt. Rechtliche Einheiten werden in der Datenlieferung von BvD als „vom Gesetz anerkannte juristische Personen oder natürliche Personen, die eine Wirtschaftstätigkeit ausüben“ definiert. Das Unternehmensregister enthält demgegenüber rechtliche Einheiten als Unternehmen, wenn sie im Bezugsjahr wenigstens 17 500 Euro steuerbare Umsätze erzielt oder wenigstens einen Arbeitnehmer sozialversicherungspflichtig beschäftigt haben. Das ist für eine große Anzahl an rechtlichen Einheiten nicht der Fall, weshalb nur ein Teil der grundsätzlich von BvD erfassten Einheiten in den Berechnungen auf der Basis der Unternehmensregisterdaten enthalten sind.

137. Für das Bezugsjahr 2007 wurden von BvD rund 580 000 gruppenzugehörige deutsche rechtliche Einheiten geliefert. Knapp die Hälfte davon sind im Unternehmensregister enthalten und damit im Sinne des Unternehmensregisters wirtschaftlich aktiv. Bei den Einheiten, die nicht im Unternehmensregister enthalten sind, handelt es sich um

- natürliche Personen, die im Unternehmensregister per definitionem nicht geführt werden,
- Zweckgesellschaften ohne eigene Umsätze und Beschäftigte, deren Aufgaben beispielsweise in der Risikoabsicherung, der Realisierung von Steuervorteilen oder einfach in dem Halten weiterer Kapitalanteile bestehen,
- Einheiten, die unter der Erfassungsgrenze von 17 500 Euro steuerbarem Umsatz bzw. einem sozialversicherungspflichtig Beschäftigten liegen.

[24] Zu methodischen Details zur Bildung von Unternehmensgruppen vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Anlage A, Abschnitt 1.3.

138. Durch die Erschließung neuer Datenquellen und aufgrund verbesserter Recherchemethoden steigt die Menge der von BvD erfassten national und international kapitalmäßig verflochtenen Unternehmen von Jahr zu Jahr an. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, verhindert jedoch fundierte Aussagen zur tatsächlichen Entwicklung von Kapitalverflechtungen, da der Grund für eine Ausweitung unklar bleibt. Neben tatsächlich neu entstandenen Beteiligungen kommt stets auch eine bereits früher vorhandene, aber bisher unentdeckte Beteiligung als Ausweitungsgrund infrage.

2.2.3 Produktionsstatistik

139. Die Konzentrationsstatistik nach Anbietern basiert auf der Produktionsstatistik des Statistischen Bundesamtes für die Wirtschaftsabschnitte Bergbau (C) und Verarbeitendes Gewerbe (D). Die Anbieter werden nach dem Güterverzeichnis der Produktionsstatistik (GP 2002) klassifiziert. Hierbei wird die Zugehörigkeit zu Unternehmensgruppen berücksichtigt, indem unterschiedliche Anbieter, die derselben Unternehmensgruppe und derselben Warengruppe zugeordnet sind, zu „Anbietereinheiten“ aggregiert werden. Die Konzentrationsmaße werden auf der Basis des Wertes der zum Absatz bestimmten Produktion berechnet.

140. Der größte Vorteil gegenüber der Wirtschaftszweigklassifikation ist eine aufgegliederte Erfassung der einzelnen Produktionsbereiche von Unternehmen nach ihren Warengruppen. Somit werden die Ungenauigkeiten, die bei der Wirtschaftszweigzuordnung nach dem Schwerpunktprinzip auftreten, umgangen. Deshalb weist die Produktionsstatistik eine größere Nähe zu dem in der Klassifikation definierten Markt auf. Allerdings ist diese Statistik nur für Anbieter mit 20 und mehr Beschäftigten für die Wirtschaftsbereiche C und D der Wirtschaftszweigklassifikation 2003 verfügbar.[25] Zudem bleiben Importe durch ausländische Anbieter unberücksichtigt, die jedoch für die Wettbewerbssituation auf einem Markt sehr einflussreich sein können. Die berechnete Konzentration bezieht sich daher auf die Produktion in Deutschland, hat aber nicht unbedingt einen Bezug zum verfügbaren Angebot auf einem Markt, aus dem die Nachfrager auswählen können. Die vollständige Konzentrationstabelle ist in der Anlage A zu diesem Hauptgutachten, Tabelle A.2, einzusehen.

2.3 Die Bedeutung von Unternehmensgruppen

141. Die großen Unternehmensgruppen in Deutschland haben teilweise erhebliche Anteile an den Gesamtumsätzen bzw. -beschäftigten in ihrem Sektor. Daraus kann eine Marktmacht resultieren, die Unternehmensgruppen so-

[25] Das Güterverzeichnis der Produktionsstatistik hat sich im Gegensatz zur Wirtschaftszweigklassifikation des Unternehmensregisters im Vergleich zum Siebzehnten Hauptgutachten nicht geändert. Für nähere Erläuterungen zur Methodik und zum Verfahren der konzentrationsstatistischen Aufbereitungen der amtlichen Daten nach Anbietern vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Hauptgutachten 1998/1999, Baden-Baden 2000, Anlagenband, Teil A.

wohl wirtschafts- als auch wettbewerbspolitischen Einfluss ermöglicht.

142. Tabelle I.2 zeigt die Anzahl der Unternehmen sowie die Anteile der gruppenzugehörigen Unternehmen an der Gesamtzahl der Unternehmen, am Umsatz und an den Beschäftigten nach Wirtschaftsabschnitten.[26] Von allen im Unternehmensregister enthaltenen Einheiten sind insgesamt nur 6,3 Prozent der Unternehmen gruppenzugehörig. Diese vereinen jedoch bezogen auf alle Wirtschaftsabschnitte einen Umsatzanteil von 70 Prozent und einen Beschäftigtenanteil von 53 Prozent auf sich.

143. Die Anteile der Unternehmensgruppen am steuerbaren Umsatz und an den Beschäftigten liegen in den meisten Wirtschaftsabschnitten über 50 Prozent. Der höchste Anteil gruppenzugehöriger Unternehmen ist mit über 30 Prozent im Wirtschaftsabschnitt B, Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden, verzeichnet. Diese haben einen Umsatz- und Beschäftigtenanteil von jeweils über 80 Prozent. Besonders hoch ist die Bedeutung von Unternehmensgruppen im Wirtschaftsabschnitt D, Energieversorgung. Hier ist der Anteil gruppenzugehöriger Unternehmen mit 16 Prozent zwar bedeutend geringer, deren Umsatz- und Beschäftigtenanteile in der Branche liegen jedoch über 88 Prozent. Wie bereits aus Tabelle I.1 ersichtlich, ist das Verarbeitende Gewerbe (C) der bedeutendste Wirtschaftsabschnitt in Deutschland. Auf diesen entfallen zwar nur 7,3 Prozent der Einheiten, aber 34,6 Prozent der steuerbaren Umsätze im Inland sowie 26,6 Prozent der Beschäftigten. Auch die Unternehmensgruppen nehmen in diesem Bereich mit einem Umsatzanteil von 81 Prozent und einem Beschäftigtenanteil von 70 Prozent eine bedeutende Rolle ein.

[26] Angaben über die Anzahl an Unternehmensgruppen je Wirtschaftszweig können den Konzentrationstabellen in den Anlagen zu diesem Gutachten entnommen werden.

Tabelle I.2

Bedeutung der Unternehmensgruppen im Jahr 2007 in Deutschland nach Wirtschaftsabschnitten

Wirtschaftsabschnitt		Anzahl Unternehmen	Anteil gruppenzugehöriger Unternehmen an … (%)		
			Unternehmen	Umsatz	Beschäftigten
B	Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden	2.559	*35,64*	*81,25*	*85,86*
C	Verarbeitendes Gewerbe	268.451	*15,87*	*81,25*	*70,23*
D	Energieversorgung	19.451	*16,34*	*88,08*	*88,81*
E	Wasserversorgung; Abwasser- und Abfallentsorgung und Beseitigung von Umweltverschmutzungen	13.484	*20,20*	*69,86*	*54,89*
F	Baugewerbe	383.564	*6,27*	*35,57*	*30,69*
G	Handel; Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen	733.772	*8,80*	*65,72*	*57,13*
H	Verkehr und Lagerei	129.388	*9,07*	*70,22*	*63,52*
I	Gastgewerbe	268.347	*2,21*	*28,84*	*31,96*
J	Information und Kommunikation	132.486	*10,33*	*80,26*	*67,00*
K	Erbringung von Finanz- und Versicherungsdienstleistungen	67.182	*12,95*	*81,67*	*66,36*
L	Grundstücks- und Wohnungswesen	302.212	*9,13*	*48,60*	*51,02*

noch Tabelle I.2

Wirtschaftsabschnitt		Anzahl Unternehmen	Anteil gruppenzugehöriger Unternehmen an … (%)		
			Unternehmen	Umsatz	Beschäftigten
M	Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen	471.156	*6,99*	*51,31*	*42,41*
N	Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen	160.749	*8,18*	*62,37*	*56,22*
P	Erziehung und Unterricht	69.646	*3,42*	*32,35*	*21,07*
Q	Gesundheits- und Sozialwesen	231.381	*2,71*	*44,79*	*30,09*
R	Kunst, Unterhaltung und Erholung	100.603	*3,27*	*34,91*	*32,21*
S	Erbringung von sonstigen Dienstleistungen	236.836	*2,08*	*32,80*	*19,68*
Insgesamt		**3.591.267**	***7,48***	***69,97***	***52,75***

Quelle: Eigene Berechnungen der Monopolkommission auf der Basis von Daten des Statistischen Bundesamtes

2.4 Am EU-Binnenhandel teilnehmende Unternehmen

144. Die zunehmende Internationalisierung einzelner Märkte schlägt sich in einer hohen Beteiligung von Unternehmen am Im- und Export nieder. Wettbewerbspolitisch ist eine verstärkte Internationalisierung grundsätzlich zu begrüßen, da sie in der Regel mit einer Ausnutzung komparativer Vorteile der beteiligten Akteure einhergeht und gegebenenfalls vorhandene nationale Wettbewerbshindernisse abzubauen hilft. Andererseits sind jedoch auch negative Auswirkungen von verstärkten Auslandsaktivitäten denkbar, wenn beispielsweise bereits national besonders mächtige Unternehmen ihre Wettbewerbsposition im Heimatmarkt ausnutzen, um weniger vorteilhaft aufgestellte Konkurrenten im Ausland zu verdrängen. Empirisch sind derartige Phänomene mangels zur Verfügung stehender Daten zurzeit nicht gesamtwirtschaftlich erfassbar. Für die Konzentrationsstatistik stellt die Internationalisierung daher eine große Herausforderung dar. Denn je höher die Außenhandelsbeteiligungen deutscher Unternehmen ausfallen, desto weniger sind auf rein nationalen Daten beruhende Konzentrationsstatistiken geeignet, Wettbewerbsverhalten adäquat abzubilden.

145. Um die Bedeutung der Internationalisierung für die deutsche Unternehmenslandschaft aufzuzeigen, wird erstmalig eine Auswertung nahezu aller am EU-Binnenhandel teilnehmenden Unternehmen vorgenommen. Das Unternehmensregister bietet die Möglichkeit, alle im Register erfassten Unternehmen, die am EU-Intrahandel teilnehmen, über deren Umsatzsteuer-Identifikationsnummer für den EU-Binnenhandel zu identifizieren.[27] Da keine detaillierteren Angaben zu den Import- und Exportaktivitäten der betroffenen Unternehmen verfügbar sind, wird im Folgenden jedes Unternehmen als am EU-Binnenhandel teilnehmend behandelt, wenn eine Umsatzsteuer-Identifikationsnummer zu diesem Unternehmen im Unternehmensregister verzeichnet ist.[28] Tendenziell kommt es bei diesem Vorgehen mithin zu einer Überschätzung der Binnenhandelsaktivitäten, da auch Unternehmen erfasst werden, die zwar eine Umsatzsteuer-Identifikationsnummer beantragt haben, tatsächlich aber weder Waren bezogen noch ausgeliefert haben. Andererseits sorgt die Erfassungsgrenze von 17 500 Euro steuerbarem Umsatz für eine leichte Unterschätzung der Au-

[27] Eine Umsatzsteuer-Identifikationsnummer müssen alle Unternehmen beantragen, die am innergemeinschaftlichen Warenverkehr der Europäischen Union teilnehmen möchten, also Waren innerhalb des EU-Gemeinschaftsgebietes erwerben oder steuerfrei liefern möchten. Einzelheiten zum Vergabeverfahren sind auf der Homepage des Bundeszentralamtes für Steuern unter http://www.bzst.bund.de abrufbar.

[28] Die Monopolkommission hätte gerne detailliere Angaben zu den Import- und Exportaktivitäten der betroffenen Unternehmen ausgewertet, doch war eine Anspielung der relevanten Informationen aus der Umsatzsteuerstatistik nicht mehr rechtzeitig vor Redaktionsschluss möglich.

ßenhandelsaktivität. Vor diesem Hintergrund ist mit Ungenauigkeiten der ausgewiesenen Werte zu rechen, was jedoch für eine gesamtwirtschaftliche Einschätzung der Bedeutung der EU-Binnenhandelsaktivitäten deutscher Unternehmen nicht ausschlaggebend ist.

146. Tabelle I.3 zeigt die Verteilung der am EU-Binnenhandel teilnehmenden Unternehmen sowie deren Gewicht am Umsatz und den Beschäftigten innerhalb der jeweiligen Wirtschaftszweige. Insgesamt nehmen rund die Hälfte aller erfassten Unternehmen am EU-Binnenhandel teil. Gemessen am Umsatz und an den Beschäftigten fällt das Gewicht der importierenden und/oder exportierenden Unternehmen mit einem Anteil von 72 Prozent am Gesamtumsatz bzw. 80 Prozent an den Beschäftigten noch stärker aus. Die Spannweite der Anteile der Außenhandel betreibenden Unternehmen reicht von 7 Prozent im Abschnitt Gesundheits- und Sozialwesen bis 73 Prozent im Abschnitt Verarbeitendes Gewerbe. Dies veranschaulicht deutlich die große Bedeutung internationaler Wirtschaftsaktivitäten für die deutschen Unternehmen. Die Ergebnisse stützen damit die Einschätzung, dass zahlreiche Märkte nicht mehr national abzugrenzen sind und dementsprechend eine Neuausrichtung der klassischen Konzentrationsstatistik zu forcieren ist.

2.5 Ausländisch kontrollierte Unternehmen

147. Die Internationalisierung der Wirtschaft ist auch anhand der von ausländischen Investoren kontrollierten Unternehmen in Deutschland erkennbar. Grundsätzlich sind Beteiligungen ausländischer Investoren an deutschen Unternehmen und Unternehmensneugründungen durch ausländische Investoren positiv zu beurteilen. Sie zeigen, dass Deutschland ein attraktiver Wirtschaftsstandort ist. Besonders in national hoch konzentrierten Branchen können ausländische Unternehmen einen funktionierenden Wettbewerb überhaupt erst ermöglichen. Die Gründung ausländischer Töchter ist indes eher negativ zu bewerten, wenn bereits besonders mächtige Unternehmen ihre Marktmacht durch die Gründung zusätzlicher ausländischer Töchter ausbauen, um damit die Wettbewerbsintensität im relevanten Markt insgesamt zu vermindern. Analog zu nationalstaatlichen Beteiligungen an Unternehmen sind ferner kontrollierende Unternehmensbeteiligungen anderer Staaten kritisch zu beurteilen. Signifikante ausländische Staatsbeteiligungen beeinflussen die Finanzierungsmöglichkeiten der betroffenen Unternehmen und erhöhen die Gefahr politischer Einflussnahmen, die den Wettbewerb analog zu nationalstaatlichen Unternehmensbeteiligungen verzerren können. Inwieweit kontrollierende ausländische Unternehmensbeteiligungen positive oder negative Auswirkungen auf den Wettbewerb in einzelnen Märkten entfalten, ist mithilfe der zur Verfügung stehenden Daten empirisch nicht feststellbar. Anhand der in Tabelle I.3 ausgewiesenen Statistiken lässt sich jedoch zumindest die gesamtwirtschaftliche Bedeutung kontrollierender ausländischer Unternehmensbeteiligungen abschätzen.

Tabelle I.3

Bedeutung des EU-Binnenhandels und ausländischer Unternehmen

Wirtschaftsabschnitt		Anzahl Unternehmen	Anteil Unternehmen, die am EU-Binnenhandel teilnehmen, an … (%)			Anteil Unternehmen, die von ausländischen Gruppenoberhäuptern gehalten werden, an … (%)		
			Unternehmen	Umsatz	Beschäftigten	Unternehmen	Umsatz	Beschäftigten
B	Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden	2.559	*71,79*	*85,43*	*85,14*	*3,56*	*6,55*	*20,83*
C	Verarbeitendes Gewerbe	268.451	*73,50*	*89,30*	*91,87*	*1,95*	*18,01*	*26,64*
D	Energieversorgung	19.451	*36,89*	*85,16*	*78,85*	*1,34*	*6,18*	*7,76*
E	Wasserversorgung; Abwasser- und Abfallentsorgung und Beseitigung von Umweltverschmutzungen	13.484	*60,10*	*78,22*	*90,10*	*1,06*	*4,85*	*9,96*
F	Baugewerbe	383.564	*53,96*	*74,91*	*76,59*	*0,18*	*3,98*	*6,03*
G	Handel; Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen	733.772	*72,75*	*87,28*	*90,81*	*1,23*	*10,45*	*20,23*
H	Verkehr und Lagerei	129.388	*55,69*	*81,74*	*87,09*	*0,85*	*6,29*	*9,83*

noch Tabelle I.3

Wirtschaftsabschnitt		Anzahl Unternehmen	Anteil Unternehmen, die am EU-Binnenhandel teilnehmen, an … (%)			Anteil Unternehmen, die von ausländischen Gruppenoberhäuptern gehalten werden, an … (%)		
			Unternehmen	Umsatz	Beschäftigten	Unternehmen	Umsatz	Beschäftigten
I	Gastgewerbe	268.347	*40,34*	*68,44*	*68,17*	*0,15*	*8,45*	*8,14*
J	Information und Kommunikation	132.486	*61,98*	*80,40*	*76,36*	*1,52*	*14,14*	*16,44*
K	Erbringung von Finanz- und Versicherungsdienstleistungen	67.182	*21,41*	*79,59*	*88,82*	*1,63*	*8,75*	*14,51*
L	Grundstücks- und Wohnungswesen	302.212	*30,77*	*56,12*	*63,44*	*0,69*	*6,09*	*6,12*
M	Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen	471.156	*51,42*	*76,12*	*81,47*	*0,77*	*10,36*	*13,93*
N	Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen	160.749	*49,14*	*76,93*	*81,95*	*0,68*	*15,68*	*17,97*
P	Erziehung und Unterricht	69.646	*24,50*	*39,82*	*67,27*	*0,14*	*0,45*	*2,15*
Q	Gesundheits- und Sozialwesen	231.381	*7,36*	*33,41*	*74,77*	*0,10*	*0,56*	*1,89*
R	Kunst, Unterhaltung und Erholung	100.603	*41,78*	*69,01*	*79,48*	*0,15*	*4,34*	*2,74*
S	Erbringung von sonstigen Dienstleistungen	236.836	*36,65*	*49,14*	*72,60*	*0,13*	*1,45*	*4,61*
Insgesamt		**3.591.267**	***50,38***	***72,09***	***79,97***	***0,77***	***8,34***	***12,39***

Quelle: Eigene Berechnungen der Monopolkommission auf der Basis von Daten des Statistischen Bundesamtes

148. Mit einem Beschäftigtenanteil von 12 Prozent an allen im Unternehmensregister erfassten Unternehmen haben die Töchter multinationaler Unternehmensgruppen einen maßgeblichen Einfluss auf die Unternehmenslandschaft in Deutschland. In Abschnitt C (Verarbeitendes Gewerbe) liegt der Anteil der bei ausländischen Unternehmen beschäftigten Personen mit 27 Prozent besonders hoch. Eine sehr geringe Beteiligung ausländischer Unternehmen liegt in den Abschnitten P bis S vor.

149. Tabelle I.4 zeigt die Verteilung der Anzahl, Umsätze und Beschäftigten von Unternehmen in Deutschland mit ausländischem Gruppenoberhaupt nach Herkunftsland des Eigentümers aufgeschlüsselt. Die größte Bedeutung haben demnach Töchter von US-Firmen. Auf sie entfallen jeweils 23 Prozent des Umsatzes und der Beschäftigten an allen ausländischen Unternehmen in Deutschland. Gemessen an der Unternehmensanzahl liegen an zweiter Stelle mit 14 Prozent Gruppenoberhäupter aus der Schweiz, gefolgt von den Niederlanden mit 12 Prozent, Großbritannien mit 8 Prozent, Frankreich mit 7 Prozent und Österreich mit 6 Prozent. Auf die sechs nach der Unternehmensanzahl am häufigsten vertretenen Länder entfallen insgesamt über 60 Prozent der Umsätze und Beschäftigten aller ausländischen Unternehmen in Deutschland.

Tabelle I.4

Deutsche Unternehmen mit kontrollierendem ausländischem Eigentümer nach dem Herkunftsland des Eigentümers

Herkunftsland	Anzahl Unternehmen	Anteil an ... (%)		
		Unternehmen	Umsatz	Beschäftigten
USA	4.071	*14,71*	*23,38*	*22,54*
Schweiz	3.772	*13,63*	*8,71*	*11,90*
Niederlande	3.404	*12,30*	*9,70*	*12,71*
Großbritannien	2.255	*8,15*	*14,94*	*8,79*
Frankreich	1.981	*7,16*	*9,93*	*8,92*
Österreich	1.729	*6,25*	*3,54*	*4,33*
Luxemburg	1.086	*3,92*	*3,28*	*4,92*
Italien	983	*3,55*	*2,28*	*3,23*
Dänemark	904	*3,27*	*1,69*	*1,63*
Schweden	873	*3,15*	*3,87*	*4,39*
Japan	771	*2,79*	*4,96*	*2,50*
Belgien	692	*2,50*	*1,99*	*1,83*
Übrige	5.155	*18,63*	*12,00*	*12,32*
Insgesamt	**27.676**	***100,00***	***100,00***	***100,00***

Quelle: Eigene Berechnungen der Monopolkommission auf der Basis von Daten des Statistischen Bundesamtes

2.6 Staatlich kontrollierte Unternehmen

150. Der Wettbewerb in Märkten, in denen staatlich kontrollierte Unternehmen zu einem bedeutenden Anteil aktiv sind, unterliegt in der Regel Verzerrungen. Zum einen können Subventionsleistungen des Staates öffentlichen Unternehmen gegenüber ihren privaten Wettbewerbern Vorteile verschaffen. Zum anderen sind die staatlich dominierten Branchen in der Regel zumindest in Teilbereichen besonders reguliert. Beispiele hierfür sind die Entsorgungswirtschaft, die Deutsche Post AG oder staatliche Kreditinstitute, die mit einer vergleichsweise geringeren Eigenkapitalausstattung agieren können als die privatwirtschaftlichen Mitbewerber.

151. Deshalb werden für ausgewählte Wirtschaftszweige Anteile von öffentlichen Fonds, Einrichtungen und Unternehmen betrachtet. Diese Daten umfassen Einheiten, deren Träger bzw. Eigner die öffentliche Hand ist oder an denen die öffentliche Hand mit mehr als 50 Prozent des Nennkapitals oder des Stimmrechts – unmittelbar oder mittelbar – beteiligt ist. Beispiele hierfür sind kommunale Eigenbetriebe, Landes- und Bundesbetriebe, Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie kaufmännisch buchende Zweckverbände. In Tabelle I.5 werden Anteile öffentlicher Fonds, Einrichtungen und Unternehmen an der Anzahl der Unternehmen, den Umsätzen und den Beschäftigten je Wirtschaftszweig dargestellt, sofern in Bezug auf einen der genannten Merkmale ein Anteil von 10 Prozent der öffentlichen Unternehmen überschritten ist.

152. Der Anteil öffentlicher Fonds, Einrichtungen und Unternehmen ist, gemessen an der Anzahl der Unternehmen, mit 55 Prozent in der Wasserversorgung (WZ 36) besonders hoch. Dieser Bereich unterliegt einer komplexen staatlichen Regulierung. Gemessen am Umsatz sind die Anteile neben der Wasserversorgung mit 66 Prozent im Bereich des Spiel-, Wett- und Lotteriewesens mit 40 Prozent erheblich. Besonders ausgeprägt ist die Bedeutung der öffentlichen Hand, wenn die Anteile der Beschäftigten in den einzelnen Wirtschaftszweigen zugrunde gelegt werden. Mit je über 45 Prozent Beschäftigtenanteil der öffentlichen Unternehmen stehen die Wirtschaftszweige Energieversorgung (WZ 35), Wasserversorgung (WZ 36), Abwasserentsorgung (WZ 37) sowie Kreative, künstlerische und unterhaltende Tätigkeiten (WZ 91) unter einem erheblichen staatlichen Einfluss.

Tabelle I.5

Anteil öffentlicher Fonds, Einrichtungen und Unternehmen an der Anzahl der Unternehmen, am Umsatz und an den Beschäftigten in ausgewählten Wirtschaftszweigen

Wirtschaftszweig		Anteil öffentlicher Fonds, Einrichtungen und Unternehmen an ... (%)		
		Unternehmen	Umsatz	Beschäftigte
35	Energieversorgung	*4,90*	*30,51*	*38,44*
36	Wasserversorgung	*54,52*	*66,23*	*77,83*
37	Abwasserentsorgung	*26,86*	*29,00*	*48,22*
38	Sammlung, Behandlung und Beseitigung von Abfällen; Rückgewinnung	*4,55*	*15,84*	*28,25*
49	Landverkehr und Transport in Rohrfernleitungen	*0,52*	*32,53*	*29,65*
52	Lagerei sowie Erbringung von sonstigen Dienstleistungen für den Verkehr	*0,94*	*14,71*	*16,05*
68	Grundstücks- und Wohnungswesen	*0,42*	*10,02*	*15,70*
85	Erziehung und Unterricht	*0,58*	*5,10*	*13,43*
86	Gesundheitswesen	*0,26*	*27,90*	*20,90*
90	Kreative, künstlerische und unterhaltende Tätigkeiten	*0,31*	*5,87*	*46,75*
91	Bibliotheken, Archive, Museen, botanische und zoologische Gärten	*6,19*	*13,34*	*30,01*
92	Spiel-, Wett- und Lotteriewesen	*0,36*	*39,52*	*11,32*

Quelle: Eigene Berechnungen der Monopolkommission auf der Basis von Daten des Statistischen Bundesamtes

3. Fazit

153. Gemäß § 44 Absatz 1 Satz 1 GWB beurteilt die Monopolkommission in ihrem zweijährlich erscheinenden Hauptgutachten regelmäßig den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland. Trotz zahlreicher Verbesserungen der Konzentrationsstatistik in den letzten Jahren bleiben jedoch interpretatorische Grenzen, die die wirtschaftspolitische Aussagekraft und damit den Nutzwert insbesondere der klassischen Konzentrationsstatistik erheblich limitieren.

154. Hierfür sind in erster Linie zwei Problembereiche verantwortlich, die durch das vom Bundeswirtschaftsministerium in Auftrag gegebene Projekt zur Modernisierung der Konzentrationsberichterstattung thematisiert werden sollen. Dies betrifft im Kern zunächst das Problem unzureichender empirischer Marktabgrenzungen, welches sich im Zuge der Globalisierung stetig verschärft. Die aktuellen Auswertungen zur Bedeutung des EU-Binnenhandels bestätigen dies deutlich. Vor diesem Hintergrund scheint die Frage berechtigt, inwieweit die Erstellung der „klassischen“ Konzentrationstabellen im Anlagenband der Hauptgutachten noch eine ausreichende Berechtigung hat. Sofern die zugrunde liegende Marktabgrenzung wie bisher ausschließlich über die Klassifikation der Wirtschaftszweige vorgenommen wird, ist die Aussagekraft von Konzentrationsraten und dem HHI äußerst gering. Erschwerend kommt hinzu, dass eine unzureichende Marktabgrenzung kaum durch die Berechnung ausgeklügelterer Indikatoren zur Messung von Wettbewerb oder den Zukauf von weiteren Daten zu heilen ist.

155. Der zweite maßgebliche Grund, eine Neukonzipierung der Konzentrationsstatistik anzustreben, liegt darin begründet, dass sich die Problemlage bei den zur Verfügung stehenden Unternehmensdaten im Vergleich zu früheren Jahren grundlegend verändert hat. Während noch bis zum Sechzehnten Hauptgutachten nahezu alle für die Monopolkommission verfügbaren und relevanten Unternehmensdatenbestände ausgewertet wurden, übersteigt das Angebot relevanter öffentlicher und privater Datenbestände bereits heute bei Weitem die finanziellen und personellen Analysekapazitäten der Monopolkommission. Zudem sind für eine Großzahl an Unternehmen zahlreiche zusätzliche Begleitmerkmale verfügbar, die vielfältige neuartige Analysen ermöglichen. Aufgrund der anhaltenden rasanten Entwicklungen im Datenbereich wächst das neu gewonnene Analysepotenzial zudem stetig an und verschiebt dementsprechend die Tätigkeitsschwerpunkte im Rahmen der Konzentrationsberichterstattung in grundlegend andere Arbeitsgebiete als noch im Jahr 2008 und davor.

156. Angesichts der neu gewonnen zahlreichen Analysepotenziale sind die Opportunitätskosten einer klassischen Konzentrationsberichterstattung für die Monopolkommission im Vergleich zu früheren Gutachten enorm gestiegen. Solange das Problem unzureichender empirischer Marktabgrenzungen nicht für einen großen Teil der deutschen Unternehmenslandschaft mit einem vertretbaren Aufwand gelöst ist, werden durch die Erstellung der klassischen Konzentrationsstatistik finanzielle und personelle Ressourcen gebunden, die bei Einsatz in anderen Aufgabenbereichen einen deutlich höheren Erkenntnisgewinn erzielen könnten. Um die wettbewerbspolitische Aussagekraft der konzentrationsstatistischen Analysen zu steigern, überlegt die Monopolkommission daher, eine stärkere Fokussierung auf bestimmte einzelne Märkte oder spezifische wettbewerbspolitische Problemstellungen, wie z. B. M&A-Aktivitäten, öffentliche Subventionen, Staatsfonds, internationale Unternehmensverflechtungen, Unternehmensgründungen und -aufgaben, Auslandsverlagerungen oder national dominierende Großunternehmen, vorzunehmen. Eine Fokussierung auf bestimmte Themen oder Sektoren hätte den Vorteil, inhaltlich und methodisch tiefer gehende Analysen vorzunehmen, was in der Regel eine Voraussetzung ist, um wirtschaftspolitisch relevante Aussagen und Handlungsempfehlungen abgeben zu können. Grundsätzlich hält es die Monopolkommission für vorzugswürdig, eher zu einer bestimmten Fragestellung tiefer gehende Analysen zu präsentieren als sehr umfangreiche, aber weniger aussagekräftige Statistiken für eine sehr große Unternehmensanzahl zu erstellen.

157. Bei der Evaluierung potenzieller zukünftiger Schwerpunktsetzungen könnte das Gutachten zur Modernisierung der Konzentrationsberichterstattung einen entscheidenden Beitrag leisten. Welche konkreten Empfehlungen der Gutachter erstellt, bleibt abzuwarten. Parallel zu den konzeptionellen Arbeiten des ZEW strebt die Monopolkommission eine Ausweitung der empirischen Auswertungen auf der Basis der nunmehr zugänglichen amtlichen Firmendaten an. Inwieweit hier substanzielle Fortschritte erzielt werden können, hängt jedoch entscheidend von den Kapazitäten des Statistischen Bundesamtes und der statistischen Landesämter ab, die von der Monopolkommission nicht beeinflusst werden können.

Kapitel II

Stand und Entwicklung der Konzentration von Großunternehmen (aggregierte Konzentration)

1. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

158. Die nachfolgende Untersuchung beleuchtet den Stand und die Entwicklung der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung und des Verflechtungsgrades der größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland. Die Monopolkommission ermittelt seit 1978 traditionell die 100 größten Unternehmen, gemessen an ihrer inländischen Wertschöpfung, um die in Kapitel I durchgeführte Konzentrationsanalyse nach Wirtschaftsbereichen und in der Güterproduktion zu ergänzen. Grund für die Analyse der 100 größten Unternehmen ist weniger die Überlegung, dass Größe automatisch mit Marktmacht auf dem relevanten Markt gleichzusetzen wäre, als vielmehr die Überlegung, dass sehr große Unternehmen aufgrund ihrer wirtschaftlichen Bedeutung auch Einfluss auf das politische Geschehen und den ordnungspolitischen Rahmen ausüben können, da sie in der politischen Arena eine besondere Aufmerksamkeit erfahren. Die Geschehnisse um die Adam Opel GmbH seit 2009 illustrieren dies anschaulich.

159. Anhand der Höhe ihrer inländischen Wertschöpfung 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 und Kooperationen über Gemeinschaftsunternehmen berücksichtigt. Die Berichterstattung endet mit der Ermittlung der Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt 2008/2009 nach § 39 GWB angemeldeten Zusammenschlussvorhaben und der Zahl der Freigabeentscheidungen.

Der Beurteilung der Bedeutung von Großunternehmen in einzelnen Branchen dient die Untersuchung der nach den Geschäftsvolumenmerkmalen Umsatz, Bilanzsumme und Beitragseinnahmen größten Industrie-[1], Handels- und Dienstleistungsunternehmen, Kreditinstitute[2] und Versicherungen[3] sowie die Ermittlung ihres Anteils am gesamten Geschäftsvolumen des jeweiligen Wirtschaftszweigs.

160. Als Unternehmen werden hier alle inländischen Konzerne verstanden. Diese Konzerne können gegebenenfalls eine Vielzahl rechtlich selbständiger Einheiten umfassen. Praktisch wird das Unternehmen durch den Konsolidierungskreis im Sinne der Vorschriften des Handelsgesetzbuchs (HGB) über die Rechnungslegung im Konzern dargestellt, mit dem Unterschied, dass der hier betrachtete Konsolidierungskreis auf die inländischen Konzerngesellschaften beschränkt ist. 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 erfasst.[4]

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]

161. Aufgrund seiner branchenübergreifenden Perspektive, der Betrachtung von Konzernen als Untersuchungseinheiten und der Berücksichtigung von Unternehmensverflechtungen ergänzt der Berichtsteil über die aggregierte Unternehmenskonzentration die in Kapitel I dieses Gutachtens erfolgende Analyse der Konzentration in den Wirtschaftsbereichen und in der Güterproduktion unter Berücksichtigung von Unternehmens- und Anbietergruppen.

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, so-

---

[1] Im Folgenden bezeichnet der Begriff „Industrie“ das Produzierende Gewerbe. Nach der Einteilung des Statistischen Bundesamtes (Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003) sind diesem die Wirtschaftsabschnitte C Bergbau, D Verarbeitendes Gewerbe, E Energie- und Wasserversorgung sowie F Baugewerbe zugeordnet.

[2] Im Folgenden bezeichnet der Begriff „Kreditinstitute“ das Kreditgewerbe (WZ 2003: Abteilung JA 65, Gruppe JA 67.1).

[3] Im Folgenden bezeichnet der Begriff „Versicherungen“ das Versicherungsgewerbe (WZ 2003: Abteilung JA 66, Gruppe JA 67.2).

[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.

fern 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 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 ist auch die Darstellung und Analyse der horizontalen Konzentration auf wettbewerblich relevanten Märkten nur begrenzt aussagekräftig. Sofern Unternehmensmacht auf marktübergreifenden Tatbeständen beruht, kann sie anhand von Marktanteilsanalysen nicht erfasst werden. 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.[6]

162. Die Beurteilung der Unternehmensgröße und damit die Abgrenzung des Untersuchungskreises erfolgt anhand der Wertschöpfung der Unternehmen. Die Wertschöpfung einer Unternehmung 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 in der Unternehmung 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 Beitragseinnahmen 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 Unternehmung und gesamtwirtschaftlicher Bezugsgröße. Die Wertschöpfung ist außerdem unabhängig von der Rechtsform der betrachteten 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 als der Umsatz, die Leistung der einzelnen Unternehmen zu erfassen. Je nach Grad der vertikalen Integration kann das Verhältnis von Wertschöpfung zu Umsatz und damit der Anteil des Unternehmens an der Gesamtleistung 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.[7]

Die aggregierte Konzentration auf der Grundlage des Merkmals 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 den Personalaufwendungen und in Abhängigkeit der erzielten Umsatzerlöse aus 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.

163. Aus dieser wirtschaftspolitischen Betrachtungsweise lässt sich die Vermutung ableiten, dass Unternehmen, selbst wenn sie keine Marktmacht ausüben, dennoch über politische Einflussmöglichkeiten verfügen und somit auf die Rahmenbedingungen wirtschaftlichen Handelns einwirken können. Gemäß der politökonomischen Theorie spielen insbesondere die Indikatoren Arbeitsplätze und Steuereinnahmen eine entscheidende Rolle dafür, in welchem Maße auf die politischen Entscheidungsträger Einfluss genommen werden kann. Erfahrungen aus der Vergangenheit zeigen, dass Unternehmen bestimmter Branchen, die auf globalen Märkten keine marktmächtige Stellung einnehmen, aufgrund ihrer Größe das nationale politische Geschehen mit beeinflussen können. Es ist anzunehmen, dass neben der absoluten Größe eines Unternehmens auch die Branchenzugehörigkeit einen Effekt auf die Möglichkeit politischer Einflussnahme ausübt. Besonderes Augenmerk ist hierbei unter anderem auf Unternehmen der Wirtschaftsbereiche Medien und tendenziell auf Unternehmen aus dem Bereich der Versorgungswirtschaft zu richten. In einigen Fällen können Marktmacht und politische Macht auch zusammenfallen. Personelle und finanzielle Verflechtungen können den be-

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

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

schriebenen Effekt bei gleich gerichteten Interessen der betreffenden Unternehmen weiter verstärken.

Generell ist eine empirische Überprüfung potenzieller Einflussmöglichkeiten aufgrund der bestehenden Datenlage in Deutschland begrenzt. Als Indikator für die Möglichkeit politischer Einflussnahme könnte die Präsenz von aktiven bzw. ehemaligen Politikern in deutschen Großunternehmen herangezogen werden. Es ließe sich hierbei vermuten, dass Unternehmen, die Vertreter staatlicher Institutionen in ihre Geschäftsführungs- oder Kontrollgremien berufen, bessere Kontakte in die Politik erhalten und in der Folge auf unterschiedliche Weise profitieren können. In der Literatur werden in diesem Zusammenhang unter anderem Steuervergünstigungen, verstärkte Subventionierung oder der Zugang zu öffentlichen Aufträgen genannt. Es ist ferner eine möglicherweise umgekehrte Richtung der Kausalität zu berücksichtigen, wenn Politiker selbst Anreize besitzen, zusätzliche externe Mandate anzunehmen. Einzelne Studien liefern Hinweise auf eine zunehmende Annäherung von Entscheidungsträgern aus Wirtschaft und Politik. So häuften sich in Deutschland Fälle, in denen Spitzenmanager in die Politik und in weit stärkerem Maße Politiker in Führungspositionen deutscher Großunternehmen wechselten. Als besonders ausgeprägt wird zudem die Mobilität zwischen Wirtschaft und Ministerialverwaltung beschrieben.[8] Eine systematische Analyse politischer Verflechtungen auf der Grundlage der „100 Größten“ ist hierbei nur begrenzt aussagekräftig. Einerseits können ausschließlich die Organe der Konzernobergesellschaften erfasst werden. Geschäftsführer und Mitglieder der Kontrollgremien von verbundenen Konzernunternehmen bleiben unberücksichtigt. Auch ist zu vermuten, dass politische Verflechtungen regionalen Mustern folgen.[9] Zudem scheinen politische Verflechtungen offensichtlich häufig über informelle Kontakte (z. B. Beraterverträge) oder den Wechsel ehemaliger politischer Entscheidungsträger in die Privatwirtschaft 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. Anhand der Höhe von empfangenen Subventionen ließe sich beispielsweise die Vermutung überprüfen, inwieweit Unternehmen mit bedeutendem wirtschaftlichem oder politischem Gewicht überproportional hohe staatliche Förderungen erhalten. Eine Quantifizierung lässt sich derzeit aufgrund bestehender Rechnungslegungsvorschriften, der Vielschichtigkeit von Subventionen sowie unterschiedlicher Begriffsdefinitionen nicht umsetzen.[10]

Die Monopolkommission beschränkt sich aufgrund der begrenzten Datenverfügbarkeit im Achtzehnten 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. Das vorhandene Unternehmenspanel zu den „100 Größten“ erlaubt zudem, Wechsel von ehemaligen Politikern in deutsche Vorstände und Aufsichtsräte zu identifizieren.

164. Die Monopolkommission ist sich bewusst, dass sich auf der Grundlage ihrer konzentrationsstatistischen Erhebungen keine konkreten wettbewerbspolitischen Handlungsempfehlungen ableiten lassen. Mit der Berichterstattung über die aggregierte Konzentration folgt sie 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 in ihren Hauptgutachten nimmt die Monopolkommission regelmäßig und detailliert Stellung zu den Wettbewerbsentwicklungen in ausgewählten Branchen.

165. 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 ihrer Berichterstattung das Inlandskonzept 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, ergänzend die weltweite Wertschöpfung der zehn größten Unternehmen zu analysieren, um das wirtschaftliche Gewicht der für diese Unternehmen zuständigen Entscheidungszentralen angemessen zu erfassen. Anhand dieser Gegenüberstellung lässt sich zudem die These überprüfen, inwieweit zunehmend Teile der Wertschöp-

[8] Vgl. Noll, B., Volkert, J., Zuber, N., Zusammenhänge zwischen Unternehmensverflechtungen und -gewinnen, Rekrutierung von Führungskräften und deren Einkommenssituation, Pforzheim/Tübingen 2007, S. 114; Hartmann, M., Eliten und Macht in Europa. Ein internationaler Vergleich. Frankfurt/New York 2007, S. 154 f.

[9] In diesem Zusammenhang sei auf eine empirische Untersuchung zu französischen Unternehmen hingewiesen; vgl. Bertrand, M. et al., Politically Connected CEOs and Corporate Outcomes: Evidence from France, Chicago 2004.

[10] Zur Problematik der empirischen Erfassung und Messung von Subventionen vgl. bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 1980/1981, a. a. O., Tz. 775 ff.

fungskette ins Ausland verlagert werden. Zusätzlich werden seit dem Siebzehnten Hauptgutachten die nach dem Merkmal Beschäftigte abgegrenzten 100 größten Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland ermittelt und in Relation zu den Beschäftigtenzahlen der Gesamtkonzerne gesetzt.[11]

166. Die Monopolkommission stellt seit einigen Jahren eine kontinuierliche Auflösung des Netzwerks aus gegenseitigen Kapitalbeteiligungen und personellen Verflechtungen zwischen den untersuchten Großunternehmen fest.[12] 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 durch institutionelle Veränderungen im Inland bedingt.[13] Ungeachtet dessen gewinnen Unternehmensverbindungen über personelle Verflechtungen auch in Deutschland verstärkt Beachtung durch betriebswirtschaftliche Forschungsarbeiten insbesondere zu Fragestellungen der Corporate Governance. Die Monopolkommission wertet in ihrem aktuellen Gutachten erstmalig im Rahmen einer Sondererhebung personelle Verflechtungen zwischen Unternehmen nach Branchenzugehörigkeit sowie über die Mitgliedstaaten der OECD hinweg aus.[14]

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

- Hoppenstedt Verlag
- „Companies and Sectors“, verschiedene Jahrgänge,
- „Handbuch der Großunternehmen“, verschiedene Jahrgänge,
- „Leitende Männer und Frauen der Wirtschaft“, verschiedene Jahrgänge,
- „Hoppenstedt Konzernstrukturen“ (Online-Datenbank),
- Müssig Verlag, „Die großen 500“ (CD-Rom), verschiedene Ausgaben,
- Planet Retail, Sonderauswertungen zum Einzelhandel,
- TradeDimensions, „Top-Firmen – Der Lebensmittelhandel in Deutschland – Food/Nonfood“, verschiedene Jahrgänge.

Ergänzend hat die Kommission auf Presseverlautbarungen zurückgegriffen. 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 2008 und 2009 angemeldeten Unternehmenszusammenschlüssen und der Zahl der Freigabeentscheidungen basiert auf den der Monopolkommission von der Wettbewerbsbehörde mitgeteilten Angaben.

168. In einzelnen Fällen wurden Angaben für die vergangenen Jahre in den offiziellen Statistiken aktualisiert. 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 Siebzehnten Hauptgutachten unverändert.

2. Die 100 größten Unternehmen 2006 und 2008

2.1 Methodische Vorbemerkungen

169. Die Monopolkommission verwendet als Merkmal zur Untersuchung der Unternehmenskonzentration die Nettowertschöpfung zu Faktorkosten. Die Berechnung der Wertschöpfung erfolgt anhand der „direkten Wertschöpfungsstaffel“. Hierbei wird ausgehend von dem handelsrechtlichen Jahresergebnis um nicht mit einer Wertschöpfung verbundene Erträge korrigiert. Umgekehrt werden Aufwendungen, die Bestandteil der Wertschöpfung sind, z. B. der Personalaufwand, hinzuaddiert. Die Abgrenzung der Unternehmen, die dem Kredit- oder Versicherungsgewerbe angehören, basiert auf der unterschiedlichen Zusammensetzung ihrer Wertschöpfung. Die branchenspezifischen Schemata zur Berechnung der Wertschöpfung werden in den methodischen und statistischen Anlagen zu diesem Kapitel ausführlich dargestellt.

170. Der Kreis der „100 Größten“ wird in mehreren Schritten abgegrenzt. Da als Größenkriterium die inländische Wertschöpfung verwendet wird, diese aber in der Regel nicht anhand veröffentlichter Unternehmensdaten zu bestimmen ist, wird zunächst anhand 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.

---

[11] Eine Gegenüberstellung der inländischen Beschäftigtenzahlen mit den Beschäftigten der Gesamtkonzerne ist eher als ein Vergleich auf der 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.

[12] Vgl. die Abschnitte und .

[13] Vgl. unter anderem 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, 2004, S. 339–356.

[14] Vgl. Kapitel III in diesem Gutachten.

171. 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.[15] Da im Rahmen der hier vorgenommenen Untersuchung solche Jahresabschlüsse zu berücksichtigen sind, welche den 30. Juni 2008 einschließen, besteht die Möglichkeit, dass Unternehmen trotz pflichtgemäßer Veröffentlichung nicht anhand ihrer Jahresabschlussdaten erfasst werden können, da sie z. B. zum Stichtag 31. Mai 2009 bilanzieren und erst im Mai 2010 ihren Jahresabschluss veröffentlichen.

172. Regelmäßig ist festzustellen, dass zahlreiche Unternehmen durch die rechtliche Ausgestaltung ihrer Konzernstruktur der Verpflichtung zur Veröffentlichung ihres Jahresabschlusses ausweichen. Anhand von in der Presse und in Unternehmenspublikationen veröffentlichten Einzelangaben ist zu vermuten, dass bezogen auf das Geschäftsjahr 2008 unter anderem die INA-Holding Schaeffler KG sowie die Unternehmen der Aldi- und Schwarz-Gruppe dem Kreis der „100 Größten“ angehören würden. Soweit anhand des verfügbaren Datenmaterials möglich, wird die inländische Wertschöpfung dieser Unternehmen durch Schätzverfahren ermittelt.

173. Eine wesentliche Verbesserung der Durchsetzung von Publizitätsverpflichtungen konnte mit dem am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) vom 10. November 2006[16] erreicht werden, das zwei EU-Richtlinien[17] in nationales Recht umsetzt.

Die Bundesregierung überlässt hierin dem Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers die Führung eines zentralen Unternehmensregisters sowie gemäß § 329 HGB die Überprüfung der Einhaltung der Fristen und der Vollzähligkeit 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 HGB sieht bei Verstößen einen Ordnungsgeldrahmen in Höhe von 2 500 Euro bis 25 000 Euro vor.

Ein erheblicher Transparenzgewinn und eine effiziente Konzentrationserfassung hinsichtlich der Auswertung untersuchungsrelevanter Unternehmenskennzahlen durch die Monopolkommission konnten durch den elektronischen Zugriff auf sämtliche im elektronischen Unternehmensregister bekannt gemachten Jahresabschlüsse und Registereintragungen erreicht 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 Extraktion und Auswertung einzelner Positionen der Bilanz und Erfolgsrechnung, ermöglicht werden könnte. Der Betreiber unternimmt seit dem Aufbau des elektronischen Bundesanzeigers hierzu entsprechende Anstrengungen.

174. Handelt es sich bei der Konzernobergesellschaft um ein Großunternehmen in den Rechtsformen Personenhandelsgesellschaft mit vollhaftendem Gesellschafter oder Einzelkaufmann, so muss die Gewinn- und Verlustrechnung nicht offen gelegt 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 PublG).

175. Eine Vereinheitlichung der Rechnungslegung wurde durch die Aufhebung des § 292a HGB erreicht, der den Unternehmen eine Wahlfreiheit einräumte, ihren Konzernabschluss nach HGB, IFRS oder US-GAAP aufzustellen. Abgelöst wurden die Regelungen des § 292a HGB durch die EU-Verordnung Nr. 1606/2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards.[18] Danach sind alle Unternehmen, die dem Recht eines EU-Mitgliedstaates unterliegen und deren Wertpapiere zum Handel in einem geregelten Markt in der Europäischen Union zugelassen sind, verpflichtet, ihre konsolidierten Abschlüsse für ab dem 1. Januar 2005 beginnende Geschäftsjahre nach IFRS aufzustellen. Eine Fristverlängerung bis zum 1. Januar 2007 wurde insbesondere Unternehmen gewährt, die aufgrund einer Börsennotierung in einem Nichtmitgliedstaat zugelassen sind und die zu diesem Zweck seit einem Geschäftsjahr, das vor der Veröffentlichung dieser Verordnung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften begann, international anerkannte Standards anwenden. Die den Mitgliedstaaten überlassenen Wahlrechte wurden in Deutschland durch das Bilanzrechtsreformgesetz (BilReG) vom 4. Dezember 2004 in nationales Recht umgesetzt.[19] Gemäß § 315a Absatz 3 HGB erhalten nicht kapitalmarktorientierte Mutterunternehmen ein Wahlrecht zur Erstellung eines befreienden Konzernabschlusses nach IFRS. Für Einzelabschlüsse kapitalmarktorientierter Unternehmen entfal-

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

[16] Vgl. BGBl. I S. 2553 sowie Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 272 f.

[17] Richtlinie 2003/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2003 zur Änderung der Richtlinie 68/151/EWG des Rates in Bezug auf die Offenlegungspflichten von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, ABl. EU Nr. L 221 vom 4. September 2003, S. 13 sowie Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf dem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. EU Nr. L 390 vom 31. Dezember 2004, S. 38.

[18] Vgl. Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl. EG Nr. L 243 vom 11. September 2002, S. 1.

[19] Vgl. Bundesratsdrucksache 852/04 vom 5. November 2004.

tet das Wahlrecht nur für Offenlegungszwecke befreiende Wirkung (§ 325 Absatz 2a HGB).

176. 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.[20]

177. Sowohl nationale als auch internationale Rechnungslegungsnormen verpflichten zu einer Einbeziehung von Tochterunternehmen in den Konzernabschluss, unabhängig von geografischen Gesichtspunkten.[21] 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 ausländische Konzerngesellschaften einschließenden Konsolidierungskreises der untersuchten Unternehmen erforderlich ist, führt die Monopolkommission Unternehmensbefragungen durch[22], um Angaben über das Geschäftsvolumen, die Zahl der Beschäftigten sowie die für die Berechnung der inländischen Wertschöpfung notwendigen Jahresabschlussdaten zu erhalten. Für die Erhebung der nach Wertschöpfung „100 Größten“ im Achtzehnten Hauptgutachten wurden insgesamt 198 Unternehmen befragt, von denen 90 (46 Prozent) die benötigten Zahlen vollständig zur Verfügung gestellt haben. Weitere 73 (37 Prozent) Unternehmen übermittelten der Monopolkommission einen verkürzten Fragebogen zu wesentlichen Inlandskennzahlen.

178. 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 bestimmt 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 wurden, sind in Tabelle II.1 mit der Erläuterung „S“ gekennzeichnet. Die Diskussion der im Einzelnen angewandten Schätzverfahren erfolgt in den Anlagen zu diesem Gutachten.

2.2 Seit dem Berichtsjahr 2006 eingetretene Veränderungen

179. Der zuvor dargestellten Vorgehensweise folgend, sind in Tabelle II.1 die „100 Größten“ 2006 und 2008 aufgeführt, geordnet nach der Höhe ihrer inländischen Wertschöpfung im Berichtsjahr 2008. Darüber hinaus werden, soweit die Angaben verfügbar waren, für jedes Unternehmen das Geschäftsvolumen (Umsatzerlöse der Nichtfinanzinstitute, Bilanzsumme der Kreditinstitute, Bruttobeitragseinnahmen 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 Relation der Referenzgrößen geschätzt, die für die Abgrenzung der Wertschöpfung auf den inländischen Konsolidierungskreis herangezogen wurden.

180. 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 gleich bleibenden Konsolidierungskreises erfolgt.

---

[20] 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.

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

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

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 2006 und 2008

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirtschaftszweig[1]	Wertschöpfung[2]	Geschäftsvolumen[3]	Beschäftigte	Sachanlagen[4]	Cashflow	Erläuterungen[5]
				(Mio. Euro)			(Mio. Euro)		
1	2008	Daimler AG[6]	29, 34, 65.2	14.646	68.047	167.753	14.894	6.799	IFRS
3	2006			14.713	66.972	166.617	13.225	6.141	
2	2008	Siemens AG	29, 30, 31, 32, 33, 35	13.983*	35.757	132.000	7.480	3.306*	IFRS, 30.09.2008
2	2006			16.064*	40.913	161.100	8.755	2.703*	
3	2008	Volkswagen AG	34, 65.2	13.718	83.449	174.342	16.021	6.707	IFRS
4	2006			12.710	78.344	168.940	16.630	7.817	
4	2008	Deutsche Telekom AG	64.3	13.188	28.885	131.713	42.227	8.161	IFRS
1	2006			17.214	32.460	159.992	48.884	8.937	
5	2008	Deutsche Bahn AG	45.23, 55, 60.1, 63	10.926	21.984	181.910	37.580	4.369	IFRS
5	2006			10.601	19.857	202.787	39.093	4.529	
6	2008	BASF SE[7]	11, 23.2, 24, 40.2	8.128	27.497	47.364	6.850	2.411*	IFRS
10	2006			7.658	22.963	47.296	7.463	2.576*	
7	2008	E.ON AG	11, 23.2, 24, 40, 41, 90	7.587	50.514	39.281	28.205	5.925	IFRS
14	2006			5.285	42.129	36.720	26.161	5.985	
8	2008	Robert Bosch GmbH	29, 31, 32, 33.2, 34.3	7.553	30.539	114.360	11.246	1.151	IFRS
8	2006			8.347	28.100	110.480[8]	8.226	2.828	
9	2008	ThyssenKrupp AG	27, 28, 29, 34.3, 35, 51	6.852*	30.471	85.097	6.772	1.652*	IFRS, 30.09.2008
11	2006			6.607*	25.386	84.414	7.088	1.801*	
10	2008	Deutsche Post AG	64.11, 65.12	6.767*	16.765	167.816	18.303[w]	31*	IFRS
6	2006			10.114*	24.829	195.577[8]	24.040[w]	1.817*	

noch Tabelle II.1

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirtschaftszweig[1]	Wertschöpfung[2]	Geschäftsvolumen[3]	Beschäftigte	Sachanlagen[4]	Cashflow	Erläuterungen[5]
				(Mio. Euro)			(Mio. Euro)		
11	2008	Bayerische Motoren Werke AG	34, 35.41, 65.2	6.250	44.683	73.556	13.575	1.793	IFRS
9	2006			7.705	42.554	79.931	12.936	3.445	
12	2008	RWE AG	10.2, 11, 23.2, 40, 41, 90	5.814	39.798	39.220	20.141	3.212	IFRS
12	2006			6.145	32.213	37.782	17.133	4.923	
13	2008	Deutsche Lufthansa AG	35.3, 55, 62, 63.3, 72	5.241	19.912	65.695	8.313	1.454	IFRS
13	2006			5.381	17.999	62.581	7.473	1.739	
14	2008	Deutsche Bank AG	65.12.1	5.152	2.092.69	51.098	3.430		IFRS
7	2006			9.982	1.038.57	46.146	3.277		
15	2008	Vodafone-Gruppe Deutschland	64.3	4.460	10.394	14.495	7.877	2.819	S, 31.03.2009
19	2006			4.371	10.609	15.288	9.320	2.722	
16	2008	Bayer AG	24	4.310	17.270	37.400	16.896	2.567	IFRS
20	2006			3.789	15.225	40.900	15.487	6.314	
17	2008	Allianz SE	65.12, 66, 67.2	4.206	25.696	71.267	181.301		IFRS
16	2006			4.794	26.278	76.154	203.479		
18	2008	Metro AG	51, 52	4.167	26.700	104.049	6.911	2.095	IFRS
17	2006			4.630	26.440	109.987	7.893	1.734	
19	2008	Continental AG	25.1, 25.2, 34.3	3.484	12.502	46.305	3.714	209	IFRS
22	2006			2.899	7.659	28.187	1.114	1.344	
20	2008	Commerzbank AG	65.12.1	3.402	490.452	28.447	1.823		IFRS
38	2006			2.174	484.209	27.250	2.234		
21	2008	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	66	3.327	28.821	25.437	163.074		IFRS
18	2006			4.462	30.174	25.524	169.432		
22	2008	SAP AG	72.2, 72.60.2	3.271	6.202	15.582	1.651	2.658	IFRS
23	2006			2.876	5.209	14.799	1.342	1.262	
23	2008	UniCredit-Gruppe Deutschland	65.12.1	3.106	242.232	22.461	3.852		IFRS
33	2006			2.282	253.437	24.256	1.967		
24	2008	ZF Friedrichshafen	29, 34, 35	3.038	9.480	36.363	2.132	905	IFRS
21	2006			2.937	8.275	31.232	2.273	859	

noch Tabelle II.1

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirtschaftszweig[1]	Wertschöpfung[2]	Geschäftsvolumen[3]	Beschäftigte	Sachanlagen[4]	Cashflow	Erläuterungen[5]
				(Mio. Euro)			(Mio. Euro)		
25	2008	EADS-Gruppe Deutschland	35.3	2.984*	11.755	42.987	23.327w	997*	IFRS
25	2006			2.854*	10.553	42.920	25.033w	778*	
26	2008	Evonik Industries AG	24, 40, 70	2.696	10.662	27.114	6.477	928	IFRS
–	2006								
27	2008	Vattenfall-Gruppe Deutschland	10, 13, 40, 41	2.663	13.462	21.225	12.950	1.903	IFRS
28	2006			2.619	11.124	20.049	12.524	2.233	
28	2008	MAN AG	29, 34, 74	2.556	12.796	28.753	1.431	1.434	IFRS
27	2006			2.626	6.786	29.399	1.295	876	
29	2008	Energie Baden-Württemberg AG	40, 41, 90	2.497	14.641	18.806	12.733	1.900	IFRS
30	2006			2.462	12.336	19.572	12.649	1.751	
30	2008	REWE-Gruppe	52, 63.30.2	2.444*	33.946	140.873			
24	2006			2.859*	31.216	126.061			
31	2008	Aldi-Gruppe[9]	52	2.370*	22.370*	45.000*			
36	2006			2.231*	20.900*	42.000*			
32	2008	Salzgitter AG	27, 28.12, 51.5	2.247	10.893	20.409	2.240	859	IFRS
46	2006			1.760	7.334	15.760	1.395	650	
33	2008	Fresenius SE[10]	24, 33.1, 51.46, 85.11	2.175	4.119	37.078	3.119	858	US-GAAP
45	2006			1.799	3.459	31.955	2.603	225	
34	2008	Bertelsmann AG	22, 92	2.082*	6.835	38.421	1.361	325*	IFRS
34	2006			2.247*	6.711	34.336	1.451	1.027*	
35	2008	Schwarz-Gruppe[9]	52	2.064*	23.880*	61.000*			28.02.2009
39	2006			2.117*	21.525*	55.000*			
36	2008	IBM-Gruppe Deutschland	30, 72	2.038	5.216	19.197	976	426	
40	2006			1.972	5.692	19.353	1.040	480	
37	2008	Ford-Gruppe Deutschland	34, 65.21	1.952	19.762	30.020	1.719	463	E
42	2006			1.834	15.298	30.127	1.450	27	
38	2008	Porsche Automobil	34	1.911	6.530	10.311	1.864	5.866	IFRS,
35	2006	Holding SE[11]		2.244	6.262	9.793	1.321	1.885	31.07.2008

n o c h Tabelle II.1

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirtschaftszweig[1]	Wertschöpfung[2] (Mio. Euro)	Geschäftsvolumen[3] (Mio. Euro)	Beschäftigte	Sachanlagen[4] (Mio. Euro)	Cashflow (Mio. Euro)	Erläuterungen[5]
39	2008	Sanofi-Aventis-Gruppe Deutschland	24	1.823	4.028	7.893	752	197	E
37	2006			2.205	4.127	8.753	718	220	
40	2008	Total-Gruppe Deutschland	11, 23.2, 51.51	1.751*	12.252	4.095	1.214	961*	IFRS
43	2006			1.832*	10.329	4.193	45.281[w]	1.009*	
41	2008	K+S AG	14, 24	1.744	4.268	10.111	873	929	IFRS
80	2006			865	2.509	9.894	761	273	
42	2008	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG[12]	24	1.734*	6.122	11.378	1.494	700*	
48	2006			1.617*	5.422[8]	10.638	1.337	743*	
43	2008	Stadtwerke München GmbH	40, 41, 60.21	1.689	4.717	7.506	2.242	1.276	
54	2006			1.353	4.202	6.960	2.197	190	
44	2008	KfW Bankengruppe	65.12.7	1.552	394.826	4.228	933		IFRS
60	2006			1.166	359.606	3.585	778		
45	2008	ExxonMobil-Gruppe Deutschland	11, 23.2, 40.22, 50.5	1.541	9.816	4.906	726	2.136	
44	2006			1.820	11.977	2.892	1.197	1.176	
46	2008	RAG-Stiftung[13]	10, 51, 70, 74.15.6	1.540	3.899	32.018	914	632	
15	2006			4.817	13.212	66.271	7.620	981	
47	2008	Shell-Gruppe Deutschland	11, 23.2, 24.66, 40, 51.5	1.515	30.279	5.123	907	1.452	S
41	2006			1.898	34.509	5.267	706	858	
48	2008	Wacker Chemie AG	24	1.473	3.747	12.110	2.258	736	IFRS
64	2006			1.088	2.887	11.340	1.562	495	
49	2008	Rhön-Klinikum AG	85.11	1.445	2.130	33.679	1.637	215	IFRS
55	2006			1.275	1.933	30.409	1.379	178	
50	2008	Asklepios Kliniken GmbH	85.11.1	1.321	2.016	25.700	1.074	115	IFRS
–	2006								
51	2008	DZ Bank AG	65.12.4, 65.12.9, 66	1.278	398.858	24.515	3.555		IFRS
31	2006			2.438	411.822	23.425	5.481		
52	2008	Liebherr-International-Gruppe-Deutschland	29.22, 29.52, 29.71, 35.3	1.212	4.808	14.166	691	307	S
65	2006			1.043	3.744	12.013	432	225	

noch Tabelle II.1

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirtschaftszweig[1]	Wertschöpfung[2] (Mio. Euro)	Geschäftsvolumen[3] (Mio. Euro)	Beschäftigte	Sachanlagen[4] (Mio. Euro)	Cashflow (Mio. Euro)	Erläuterungen[5]
53	2008	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH[14]	41, 60, 63, 70	1.203	2.482	16.581	4.500	-317	
68	2006			1.002	2.099	15.298	4.325	383	
54	2008	Procter & Gamble-Gruppe Deutschland	15, 21, 24, 29.71, 51	1.193	1.694	13.443	738	315	S, 30.06.2008
99	2006			728	1.097	15.927	85.850[w]	779	
55	2008	Otto Group	52	1.189	5.423	21.828	829	439	IFRS, 28.02.2009
62	2006			1.130	7.525	22.187	911	311	
56	2008	Roche-Gruppe Deutschland	24	1.170	3.585	9.666	1.585	409	E
51	2006			1.447	3.715	9.958	1.661	646	
57	2008	E. Merck oHG	24, 33.40.2	1.168	2.678	10.301	1.285	569	IFRS
52	2006			1.420	2.174	9.874	1.263	928	
58	2008	Landesbank Baden-Württemberg	65.1	1.168	409.265	12.657	2.038		IFRS
32	2006			2.345	424.749	11.587	5.482		
59	2008	Adolf Würth GmbH & Co. KG	51	1.159	4.062	16.800	994	387	IFRS
73	2006			928	3.450	15.298	764	162	
60	2008	Rethmann AG & Co. KG	37.20, 63, 90.02	1.149*	6.495	28.000	2.214[w]	420*	
-	2006								
61	2008	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland	25, 26, 27.2, 45.3	1.148*	4.951	19.724	3.626	389*	IFRS
67	2006			1.022*	4.392	17.701	1.293	90*	
62	2008	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	63.23, 70.20	1.136*	1.841	17.175	3.942[w]	371*	IFRS
57	2006			1.197	1.836	20.287	2.815	475	
63	2008	ARCANDOR AG[15]	52, 52.61	1.127	11.291	53.026	1.768	-222	IFRS, 30.09.2008
26	2006			2.822	10.330	44.854	2.008	603	
64	2008	Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG	52	1.112*	12.868	60.180	1.418[w]		
53	2006			1.396*	14.200	87.123	1.924[w]		
65	2008	Deutsche Börse AG	67.1, 72.2, 72.3, 72.6	1.089*	1.666	1.524	1.197	668*	IFRS
-	2006								

noch Tabelle II.1

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirtschaftszweig[1]	Wertschöpfung[2] (Mio. Euro)	Geschäftsvolumen[3] (Mio. Euro)	Beschäftigte	Sachanlagen[4] (Mio. Euro)	Cashflow (Mio. Euro)	Erläuterungen[5]
66	2008	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland	30, 32, 33	1.077	5.115	9.337	750	652	31.10.2008
86	2006			828	6.090	9.288	781	579	
67	2008	ABB-Gruppe Deutschland	29, 31, 33, 45.3	1.053	3.261	11.403	440	103	
79	2006			893	2.811	11.918	482	54	
68	2008	TUI AG	55.1, 61, 62.1, 62.2, 63	1.049	11.724	11.313	4.162	302	IFRS
77	2006			911	9.783	11.112	3.339	227	
69	2008	Landesbank Berlin Holding AG	65.1	1.033	145.371	5.999	1.228		IFRS
59	2006			1.186	141.619	7.976	1.263		
70	2008	Bayerische Landesbank	65.12.2	1.030*	367.185	7.645	624		IFRS
49	2006			1.549	337.673	7.968	2.659		
71	2008	Bilfinger Berger AG	45	1.020	3.245	21.457	1.100	163	IFRS
50	2006			1.483	4.243	17.459	1.061	138	
72	2008	Pricewaterhouse-Coopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	74.1, 74.12	1.019	1.469	8.979	49	164	30.06.2008
83	2006			847	1.231	8.185	50	165	
73	2008	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	29.71	987	4.567	14.196	532	256	IFRS
66	2006			1.041	4.286	14.223	462	323	
74	2008	BP-Gruppe Deutschland	11, 23.2, 24, 40.2, 50.5	987	28.261	5.510	1.888	983*	
47	2006			1.730	41.569	6.244	2.383	1.173	
75	2008	General Motors-Gruppe Deutschland	34, 65.21	984	12.144	19.528	1.403	-827	E
29	2006			2.470*	14.641	21.680	1.132	-105*	
76	2008	Nestlé-Gruppe Deutschland	15, 51	957*	3.580	12.384	3.289	680*	
74	2006			923*	3.421	13.218	2.395	417*	
77	2008	Carl Zeiss AG	26.1, 33	950*	1.365	8.440	626	227*	IFRS, 30.09.2008
90	2006			817*	1.794	7.843	626	46*	
78	2008	Voith AG	29	942*	1.187	18.667	1.653w	135*	IFRS, 30.09.2008
88	2006			821*	900	15.489	1.195w	168*	

noch Tabelle II.1

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirtschaftszweig[1]	Wertschöpfung[2]	Geschäftsvolumen[3]	Beschäftigte	Sachanlagen[4]	Cashflow	Erläuterungen[5]
				(Mio. Euro)			(Mio. Euro)		
79	2008	STRABAG-Gruppe Deutschland	45	941*	4.550	21.438	540	219*	IFRS
94	2006			772	2.739	14.919	365	125	
80	2008	maxingvest AG[16]	15.86, 16, 24.5, 24.62, 52	924*	3.962	14.049	6.715w	328*	IFRS
58	2006			1.190*	4.458	14.741	6.623w	721*	
81	2008	Rheinmetall AG	29, 32, 33, 34, 35	920*	2.390	10.090	1.022	210*	IFRS
–	2006			572*	1.230	10.903	985	128*	
82	2008	Heidelberger Druckmaschinen AG	29.56.1	905	1.934	13.177	701	44	IFRS, 31.03.2009
61	2006			1.136	2.423	13.916	592	344	
83	2008	KPMG-Gruppe Deutschland[17]	74.1, 74.12	889	1.209	7.487	30	16	
81	2006			858	1.118	6.303	135	73	
84	2008	Axel Springer AG	22, 51.18.8	866	2.285	7.947	1.281	662	IFRS
71	2006			943	2.062	7.253	948	385	
85	2008	Generali-Gruppe Deutschland	66	863	11.908	15.054	76.630		IFRS
87	2006			827	11.743	17.606	75.609		
86	2008	Dow-Gruppe Deutschland	24, 27, 28, 29.5, 51	853	4.114	6.400	1.403		
–	2006			644	3.446	5.080	3.391		
87	2008	Debeka-Gruppe	65.12.9, 66	844	7.683	14.731	60.438		
70	2006			965	7.306	14.249	54.858		
88	2008	AXA-Gruppe Deutschland	65.12.1, 65.12.9, 66	840	9.583	11.703	62.250		IFRS
82	2006			848	6.232	11.192	39.822		
89	2008	DHS – Dillinger Hütte Saarstahl AG	27, 28	835	3.032	5.322	393	329	E
-	2006								
90	2008	Freudenberg & Co. KG[18]	17.5, 25, 29	801	2.192	11.487	928	134	IFRS
89	2006			818	2.147	11.764	922	134	
91	2008	Novartis-Gruppe Deutschland	24, 74	798	3.203	7.099	619	272	IFRS
93	2006			793	2.915	8.162	1.495	253	
92	2008	Stadtwerke Köln GmbH	40, 41, 60, 90.02	791	5.111	10.514	2.386	365	
92	2006			795	4.243	10.154	2.328	418	

noch Tabelle II.1

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirtschaftszweig[1]	Wertschöpfung[2] (Mio. Euro)	Geschäftsvolumen[3] (Mio. Euro)	Beschäftigte	Sachanlagen[4] (Mio. Euro)	Cashflow (Mio. Euro)	Erläuterungen[5]
93	2008	Henkel AG & Co. KGaA[19]	24	786	3.482	9.842	1.005	989	IFRS
69	2006			998	3.259	10.454	971	719	
94	2008	Miele & Cie. KG	29.56, 29.7	782	2.176	10.624	394		30.06.2008
97	2006			752	1.879	10.487	396		
95	2008	EDEKA Zentrale AG & Co. KG[20]	51, 52	779	15.952	28.015	877	323	
56	2006			1.221	16.525	50.058[8]	1.145	233	
96	2008	DEKRA AG	74.20.8, 74.30	776*	1.206	13.806	277[w]	48*	
–	2006			681*	1.008	12.076	186[w]	36*	
97	2008	Linde AG	24.1, 24.6	762	3.527	7.732	1.116	470	IFRS
75	2006			923	4.368	7.247	1.173		
98	2008	Johnson Controls-Gruppe Deutschland	31.4, 34.2, 34.3	744	3.298	10.010	339	255	30.09.2008
–	2006								
99	2008	EDEKA Minden eG[20]	51	744	6.280	31.494	776	154	
–	2006			603	4.980	24.294	636	127	
100	2008	Philips-Gruppe Deutschland	29.7, 30, 31, 32, 33	743	3.505	7.336	326	213	
76	2006			921	3.631	7.195	350	342	
–	2008	Philip Morris International-Gruppe Deutschland[21]	15.8, 16	545	5.966	638	7	452	E
63	2006			1.125	8.931	5.822	469	552	
–	2008	ArcelorMittal-Gruppe Deutschland	27.1, 28.1, 28.4	739	4.561	7.835	946	146	S
72	2006			928	3.725	7.430	885	505	
–	2008	WestLB AG	65.12.2	622*	245.868	4.389	621		IFRS
78	2006			895*	190.798	3.909	607[w]		
–	2008	HUK-COBURG	65.12.9, 66	740	4.813	8.463	21.609		IFRS
84	2006			841	4.734	8.676	20.312		
–	2008	EWE AG[22]	40, 41, 64.3, 90.02	629	5.327	5.347	3.965	549	
85	2006			836	8.791	5.836	4.430	611	

noch Tabelle II.1

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirtschaftszweig[1]	Wertschöpfung[2]	Geschäftsvolumen[3]	Beschäftigte	Sachanlagen[4]	Cashflow	Erläuterungen[5]
				(Mio. Euro)			(Mio. Euro)		
–	2008	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G.	66	648*	9.010	11.705	74.191w		IFRS
91	2006			800*	7.706	10.913	68.577w		
–	2008	LANXESS AG	24	673	3.642	7.772	741	751	IFRS
95	2006			766	4.111	8.263	1.079	296	
–	2008	H & M Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland	52.42	736*	2.229	10.746	1.466w	405*	IFRS, 30.11.2008
96	2006			758	2.329	9.302	59	312	
–	2008	GEA Group AG	29	734	2.199	6.917	895	315	IFRS
98	2006			737	2.875	6.451	1.049	-216	
–	2008	Unilever-Gruppe Deutschland	15, 24.5	654	2.546	6.221	652	-55	
100	2006			713	2.997	5.978	757	606	

[1] Statistisches Bundesamt, Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003 (WZ 2003). Es werden jeweils nur die Wirtschaftszweige angeführt, die einen erheblichen Anteil an den Unternehmensumsätzen haben. Vgl. Übersicht II.1 in den Anlagen zu diesem Gutachten.

[2] Wenn nicht anders vermerkt, Wertschöpfung der konsolidierten 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.

[3] 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.

[4] Einschließlich immaterieller Vermögensgegenstände. Bei Versicherungsunternehmen werden anstelle der Sachanlagen Kapitalanlagen ausgewiesen. Mit w gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Weltabschluss.

[5] Falls das Geschäftsjahr nicht mit dem Kalenderjahr übereinstimmt, wird der Bilanzierungsmonat durch eine entsprechende Zahl angezeigt. Es werden die Daten des den 30. Juni 2008 einschließenden Geschäftsjahres zugrunde gelegt.

E = Einzelabschluss,

S = Summenabschluss.

[6] 2006: DaimlerChrysler AG.

[7] 2006: BASF AG.

[8] Aktualisierter Wert.

[9] Die Zahl der Vollzeitbeschäftigten der Aldi- und Schwarz-Gruppe wurden für das Berichtsjahr 2006 auf der Grundlage des Umsatzes und der Personalkostenquoten geschätzt. Quelle: Lademann & Associates GmbH, Hamburg. Die Beschäftigtenangaben für das Jahr 2008 wurden um die Wachstumsrate des Umsatzes korrigiert.

[10] 2006: Fresenius AG.

[11] 2006: Dr. Ing. h. c. F. Porsche AG.

[12] 2006: C. H. Boehringer Sohn KG.

[13] 2006: RAG AG.

[14] 2006: Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsverwaltung mbH.

[15] 2006: KarstadtQuelle AG

[16] 2006: Tchibo Holding AG.

[17] 2006: KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft.

[18] 2006: Freudenberg & Co.

[19] 2006: Henkel KGaA.

[20] 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 traditionell gesondert aus. Die Wertschöpfung der gesamten EDEKA-Gruppe beträgt im Berichtsjahr 2008 näherungsweise 2 887 Mio. Euro.

[21] 2006: Altria-Gruppe Deutschland.

[22] Die Unternehmensdaten beinhalten Angaben von acht ausländischen Tochtergesellschaften von untergeordneter Bedeutung.

Quelle: Eigene Erhebungen

181. Das Geschäftsjahr 2008 war insbesondere im letzten Quartal des Jahres von der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise geprägt, die zum Teil einen massiven Einfluss auf die Ertragslage und in der Folge auch auf die Wertschöpfung deutscher Großunternehmen ausübte. Im Folgenden werden die wesentlichen Veränderungen im Kreis der „100 Größten“ diskutiert, bevor in Abschnitt 2.3 die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der „100 Größten“ herausgestellt wird. Die Monopolkommission hat ab dem Berichtsjahr 2008 die Methodik zur Berechnung der Wertschöpfung von Kreditinstituten modifiziert, um eine bessere Vergleichbarkeit zur Ermittlung der Wertschöpfung von Kreditinstituten im Rahmen der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung herzustellen. Die Daten zur Wertschöpfung einzelner Kreditinstitute sind dementsprechend mit den Werten der Vorperioden nur eingeschränkt vergleichbar. Die Überleitung der Wertschöpfungsstaffel sowie die Auswirkungen der Veränderung des Berechnungsschemas auf die durch die Monopolkommission ermittelte Wertschöpfung der Kreditinstitute ist in den Anlagen zu diesem Hauptgutachten dargestellt.

182. Die Zusammensetzung des Kreises der „100 Größten“ hat sich gegenüber dem Berichtsjahr 2006 geändert. Im Untersuchungszeitraum konnte kein Zusammenschluss innerhalb des Untersuchungskreises festgestellt werden. In den Kreis der „100 Größten“ sind folgende Unternehmen neu eingetreten (Rang in Klammern):

(26) Evonik Industries AG,

(50) Asklepios Kliniken GmbH,

(60) Rethmann AG & Co. KG,

(65) Deutsche Börse AG,

(81) Rheinmetall AG,

(86) Dow-Gruppe Deutschland,

(89) DHS – Dillinger Hütte Saarstahl AG,

(96) Dekra AG,

(98) Johnson Controls-Gruppe Deutschland,

(99) EDEKA Minden eG.

Die Evonik Industries AG wurde im September 2006 unter dem Namen RAG Beteiligungs-AG gegründet und im September 2007 umfirmiert. Unter dem Dach der Evonik Industries AG wurden sämtliche Nichtkohleaktivitäten, der sog. „weiße Bereich“ der RAG AG gebündelt. Zum 30. November 2007 veräußerten die bisherigen Anteilseigner E.ON AG, RWE AG, ThyssenKrupp AG und die ArcelorMittal S. A. ihre Beteiligungen an dem Gemeinschaftsunternehmen an die RAG-Stiftung. Zum Bilanzstichtag 31. Dezember 2008 hielt die RAG-Stiftung noch 74,99 Prozent der Anteile an der Evonik Industries AG. Im Zuge der geplanten vollständigen Überführung des Konzerns an den Kapitalmarkt wurde die Evonik Industries AG nur anteilig in den Konzernabschluss der RAG-Stiftung einbezogen und wird daher in den Erhebungen der Monopolkommission gesondert erfasst. Mit der Eintragung ins Handelsregister am 13. November 2007 wurde ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zwischen der RAG-Stiftung und der RAG AG geschlossen. Tätigkeitsschwerpunkte des RAG-Stiftung-Konzerns sind die Bereiche Bergbau sowie Grundstücks- und Wohnungswesen. Die nach der Equity-Methode bewertete Evonik Industries AG ist in den Geschäftsfeldern Chemie, Energie und Immobilien tätig.

Der Eintritt der Asklepios Kliniken GmbH und der Rethmann AG & Co. KG ist allein erhebungstechnisch bedingt. Für das Berichtsjahr 2006 erfolgte die Veröffentlichung der Konzernabschlüsse im elektronischen Bundesanzeiger erst nach Redaktionsschluss für die Erhebungsarbeiten. Die Asklepios Kliniken GmbH zählt zu den Marktführern für Klinikträgerschaft und Klinikmanagement in Deutschland. Zum Bilanzstichtag 31. Dezember 2008 betrieb die Gesellschaft 105 Einrichtungen sowie 40 Tageskliniken. Insgesamt wurden 82 Einrichtungen in den Konzernabschluss einbezogen. Die Rethmann AG & Co. KG ist über die Tochtergesellschaften Remondis AG & Co. KG und Rhenus AG Co. KG schwerpunktmäßig in den Branchen Wasser- und Kreislaufwirtschaft, Abfallbeseitigung und Recycling sowie Logistikdienstleistungen tätig. Im Zeitraum 2006 bis 2008 konnte die Rethmann AG & Co. KG den Konzernumsatz um nahezu 100 Prozent auf 9,4 Mrd. Euro steigern, der Konsolidierungskreis vergrößerte sich im selben Zeitraum um 179 auf 695 Unternehmen. Die Zahl der im Inland beschäftigten Mitarbeiter stieg zum Bilanzstichtag von 21 647 auf etwa 28 000.

Ebenfalls erhebungstechnisch bedingt ist der Eintritt der Deutschen Börse AG sowie der Rheinmetall AG in den Kreis der 100 größten Unternehmen. Für das Berichtsjahr 2008 haben beide Unternehmen der Monopolkommission die für die Berechnung der Wertschöpfung relevanten Inlandsdaten vollständig zur Verfügung gestellt. Die Rheinmetall AG gehört nach ihrem Austritt im Jahr 2002 wieder dem Kreis der „100 Größten“ an. In den Berichtsjahren 2004 und 2006 erfolgte eine Unterschätzung der Wertschöpfung, die auf die Verwendung einer zu geringen inländischen Umsatzrelation zurückzuführen ist.

Die Wertschöpfungssteigerung der Dow-Gruppe Deutschland um 32 Prozent resultiert im Wesentlichen aus dem Erwerb der Wolff Walsrode AG, Bomlitz, im Juni 2007. Die Zahl der inländischen Beschäftigten erhöhte sich gegenüber 2006 um 26 Prozent von 5 080 auf 6 400.

Die ArcelorMittal S. A., Luxemburg, reduzierte zum 15. Dezember 2008 ihre bisherige Mehrheitsbeteiligung an der DHS – Dillinger Hütte Saarstahl AG um 21,17 Prozent auf 30,08 Prozent. Die Montan-Stiftung-Saar, Völklingen, hält zum 31. Dezember 2008 über die SHS – Struktur-Holding-Stahl GmbH & Co. KGaA und die Saarstahl AG eine indirekte Mehrheitsbeteiligung von 59,92 Prozent an der DHS – Dillinger Hütte Saarstahl AG.

Der Anstieg der Wertschöpfung der Dekra AG auf 776 Mio. Euro im Vergleich zu 681 Mio. Euro im Berichtsjahr 2006 ist auf ein kontinuierliches Wachstum und eine positive Ertragslage des Konzerns zurückzuführen. Die in Deutschland erzielten Umsätze im Geschäftsjahr 2008 konnten um annähernd 20 Prozent auf 1 206 Mio.

Euro gegenüber 2006 gesteigert werden; der Konzernumsatz stieg im gleichen Zeitraum um 22 Prozent auf 1 596 Mio. Euro.

Die Johnson Controls-Gruppe Deutschland ist auf dem deutschen Markt schwerpunktmäßig in den Wirtschaftsbereichen Automobilzulieferung und Herstellung von Akkumulatoren und Batterien tätig. Zur Berechnung der Wertschöpfung des inländischen Konsolidierungskreises der Johnson Controls Inc., Milwaukee, wurden die zehn größten Produktionsunternehmen herangezogen. Für das Geschäftsjahr 2006 lagen der Monopolkommission keine Vergleichsdaten zur inländischen Wertschöpfung vor.

Der Wiedereintritt der EDEKA Minden eG in den Kreis der „100 Größten“ ist durch eine Änderung in der Konzernstruktur der EDEKA-Gruppe bedingt. Bis Anfang April 2008 übertrug die Edeka Zentrale AG & Co. KG 186 SB-Warenhäuser der Marktkauf Holding GmbH, Bielefeld, sukzessive auf sieben EDEKA-Regionalgesellschaften. 51 Marktkauf-Warenhäuser wurden in den Konzern der EDEKA Minden eG integriert. Der Großteil des Umsatz- und Beschäftigtenwachstums um 26 bzw. 30 Prozent resultiert aus dem Erwerb der Warenhäuser.

183. Aufgrund einer Verringerung der Wertschöpfung sind folgende Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ ausgeschieden (Rang 2006 in Klammern):

(63) Philip Morris International-Gruppe Deutschland (2006: Altria-Gruppe Deutschland),

(72) ArcelorMittal-Gruppe Deutschland,

(78) WestLB AG,

(84) HUK-COBURG,

(85) EWE AG,

(91) HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V. a. G.,

(95) LANXESS AG,

(96) H & M Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland,

(98) GEA Group AG,

(100) Unilever-Gruppe Deutschland.

Die Altria Group Inc., Richmond, trennte sich am 30. März 2007 von dem Lebensmittelkonzern Kraft Foods Inc., Northfield. Zudem wurde die Philip Morris International Inc., New York, zum 28. März 2008 im Rahmen eines Spin-Offs aus dem Konzern der Altria Group Inc. herausgelöst. Das Tabakgeschäft für den US-amerikanischen Markt wurde in der Philip Morris USA Inc., Richmond, gebündelt, die weiterhin im Konzern der Altria Group Inc. verbleibt. Im Jahr 2008 zählten weder die Philip Morris International-Gruppe Deutschland noch die Kraft Foods-Gruppe Deutschland nach ihrer inländischen Wertschöpfung zum Kreis der „100 Größten“.

Der im Zuge der globalen Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise erfolgte Nachfrageeinbruch in der Stahlindustrie im zweiten Halbjahr 2008 in Verbindung mit deutlich gestiegenen Verbrauchspreisen für Rohstoffe hat die Ertragslage der ArcelorMittal-Gruppe Deutschland belastet. Die inländische Wertschöpfung sank gegenüber dem Geschäftsjahr 2006 von 928 Mio. Euro auf 739 Mio. Euro.

Die WestLB AG schied im Wesentlichen als Folge der Umstellung der Methodik zur Berechnung der Wertschöpfung von Kreditinstituten aus dem Kreis der „100 Größten“ aus. Die durch die Anpassung der Methodik bedingte Änderung der Wertschöpfung der WestLB AG wird ausführlich in den Anlagen zu diesem Hauptgutachten beschrieben.

Die Folgen der globalen Finanzmarktkrise und die damit verbundenen Wertberichtigungen auf Kapitalanlagen belasteten die Ertragslage der HUK-COBURG und des HDI Haftpflichtverbands der Deutschen Industrie V.a.G. wie auch die Ertragslage der Versicherungswirtschaft insgesamt. Das Konzernergebnis vor Steuern der HUK-COBURG sank von 612 Mio. Euro im Jahr 2006 auf 444 Mio. Euro in 2008; der HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V. a. G. verzeichnete im gleichen Zeitraum einen Rückgang von 1 158 Mio. Euro auf 455 Mio. Euro. Da beide Unternehmen bereits im Berichtsjahr 2006 Rangpositionen im vierten Quartil belegten, führte die vergleichsweise moderate Abnahme der Wertschöpfung um 12 bzw. 19 Prozent zu einem Austritt aus dem Untersuchungskreis.

Die Wertschöpfungsreduktion der EWE AG ist auf die Änderung der Einbeziehung der VNG-Verbundnetz Gas AG, Leipzig, in den Konzernabschluss zurückzuführen. Seit dem Geschäftsjahr 2007 wird die VNG-Verbundnetz Gas AG als assoziiertes Unternehmen anteilig in den Konzernabschluss nach IFRS einbezogen. Im Konzernabschluss 2006 nach handelsrechtlichen Vorschriften wurde die VNG-Verbundnetz Gas AG als Teilkonzern vollkonsolidiert. Die VNG-Verbundnetz Gas AG zählte nach dem Merkmal Wertschöpfung im Berichtsjahr 2008 nicht zu den 100 größten Unternehmen in Deutschland.

Die gegenüber 2006 gesunkene Wertschöpfung der LANXESS AG geht mit leicht rückläufigen inländischen Umsatzerlösen und Beschäftigtenzahlen einher. Ebenfalls ohne eine erhebliche Veränderung der Wertschöpfung im Vergleich zu 2006 auszuweisen, ist die H&M Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland aufgrund des gestiegenen Wertschöpfungsniveaus auf den unteren Rangpositionen nicht mehr unter den kleineren Unternehmen der „100 Größten“ vertreten. Aus demselben Grund sind die GEA Group AG und die Unilever-Gruppe Deutschland aus dem Untersuchungskreis ausgeschieden.

184. Wesentliche Wertschöpfungsminderungen, die nicht zu einem Austritt des betroffenen Unternehmens aus dem Untersuchungskreis führten, hatten die folgenden Unternehmen, die nicht dem Kreditgewerbe zuzurechnen waren, zu verzeichnen (Rang 2006 in Klammern, Veränderung der Wertschöpfung in Prozent):

(46) RAG-Stiftung (RAG AG) -68 Prozent,

(63) ARCANDOR AG (KarstadtQuelle AG) -60 Prozent,

(74) BP-Gruppe Deutschland -43 Prozent,

(75) General Motors-Gruppe Deutschland -60 Prozent,

(95) EDEKA Zentrale AG & Co. KG -36 Prozent.

Die Wertschöpfungsreduktion der RAG-Stiftung ergibt sich aus der erfolgten anteiligen Einbeziehung der Evonik Industries AG in den Konzernabschluss seit dem Geschäftsjahr 2007.[23]

Die Wertschöpfung der RAG-Stiftung wurde um die Erträge aus der Beteiligung an der Evonik Industries AG gemäß der Methodik zur Berechnung der Wertschöpfung korrigiert, um bei der Aggregation der Wertschöpfung aller betrachteten Unternehmen Doppelzählungen zu vermeiden.

Die gesunkene inländische Wertschöpfung der ARCANDOR AG resultiert aus einer Verschlechterung der Ertragslage des Konzerns. Das Konzernergebnis wurde durch hohe Kosten aus laufenden Umstrukturierungen zur Neuausrichtung operativer Geschäftsbereiche des Konzerns belastet. Das Ergebnis aus fortgeführten Geschäftsbereichen verschlechterte sich von 580 Mio. Euro in 2006 auf -700 Mio. Euro im Jahr 2008. Zwischenzeitlich beantragte die ARCANDOR AG am 9. Juni 2009 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

Die Abnahme der inländischen Wertschöpfung der BP-Gruppe Deutschland ist einerseits erhebungstechnisch bedingt. Für das Geschäftsjahr 2008 hat die BP-Gruppe Deutschland erstmalig Angaben zum inländischen Teilkonzern zur Verfügung gestellt. In der Vergangenheit wurde die inländische Wertschöpfung durch eine Hochrechnung auf der Basis des unvollständigen Summenabschlusses geschätzt. Negativ wirkte sich auf die Geschäftsentwicklung und entsprechend auf die Höhe der Wertschöpfung ferner der zum Ende des Geschäftsjahres 2008 signifikant gesunkene Rohölpreis als Folge deutlicher Nachfragerückgänge aus.

Die Umsätze der deutschen Adam Opel GmbH lagen mit 12 144 Mio. Euro um 17 Prozent unter dem Niveau des Jahres 2006, verursacht durch die insgesamt schwache Absatzlage des Automobilmarktes in Deutschland und dem europäischen Ausland. Der Nachfrageeinbruch seit der zweiten Jahreshälfte 2008 führte zudem zu einem Angebotsüberhang an Neuwagen und einem verschärften Preisdruck. Einen zusätzlichen negativen Einfluss auf die Höhe der inländischen Wertschöpfung der General Motors-Gruppe Deutschland übte wie im Falle der BP-Gruppe Deutschland eine Umstellung der Erhebungsmethodik aus. In der Vergangenheit wurde die Wertschöpfung der General Motors-Gruppe Deutschland auf der Basis des Personalaufwands geschätzt. Für das Berichtsjahr 2008 wurde zur Berechnung der Wertschöpfung auf den Einzelabschluss der Adam Opel GmbH im elektronischen Bundesanzeiger zurückgegriffen.

Die Wertschöpfungsreduktion der EDEKA Zentrale AG & Co. KG geht im Wesentlichen auf die Übertragung der 186 SB-Warenhäuser der Marktkauf Holding GmbH, Bielefeld, an die sieben EDEKA-Regionalgesellschaften zurück.[24]

Der wertschöpfungsmindernde Effekt einer Halbierung des Personalaufwands von 1 113 Mio. Euro in 2006 auf 543 Mio. Euro in 2008 wurde hierbei teilweise durch eine Steigerung des Betriebsergebnisses kompensiert.

Die Monopolkommission weist die Wertschöpfung sowie die Begleitmerkmale der EDEKA Zentrale AG & Co. KG und gegebenenfalls der sieben Regionalgesellschaften (2008: EDEKA Minden eG) aufgrund der spezifischen genossenschaftlichen Struktur der EDEKA-Gruppe traditionell getrennt aus. Würde man die Wertschöpfung der gesamten EDEKA-Gruppe auf der Grundlage der Gruppenumsätze und der durchschnittlichen Wertschöpfungs-Umsatz-Relation der Zentrale und der sieben Regionalgesellschaften schätzen, so würde die EDEKA-Gruppe mit einer Wertschöpfung von näherungsweise 2 887 Mio. Euro den 26. Platz in der Rangliste belegen.

Die folgenden, bereits 2006 zu den „100 Größten“ zählenden Unternehmen erzielten eine erhebliche Steigerung ihrer Wertschöpfung (ohne Berücksichtigung von Kreditinstituten):

(7)	E.ON AG	44 Prozent,
(41)	K+S AG	102 Prozent,
(48)	Wacker Chemie AG	35 Prozent,
(54)	Procter & Gamble-Gruppe Deutschland	64 Prozent,
(66)	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland	30 Prozent.

Trotz des beginnenden konjunkturellen Abschwungs im Geschäftsjahr 2008 verzeichnete die E.ON AG gegenüber dem Geschäftsjahr 2006 einen positiven Verlauf des operativen Geschäfts und erzielte einen Anstieg des inländischen Betriebsergebnisses vor Zinsen und Steuern. Der Umsatz der inländischen Gesellschaften erhöhte sich um annähernd 20 Prozent auf 50,5 Mrd. Euro im Jahr 2008 im Vergleich zu 42,1 Mrd. Euro in 2006. Aufgrund der deutlichen Steigerung ihrer inländischen Wertschöpfung zählt die E.ON AG im Jahr 2008 erstmals seit 2002 wieder zu den zehn größten Unternehmen in Deutschland.

Aufgrund eines erfolgreichen Geschäftsverlaufs erzielte die K+S AG bis zum Ende des Geschäftsjahres 2008 eine deutliche Steigerung ihrer inländischen Wertschöpfung. Gestützt von gestiegenen Preisen bei Standard- und Spezialdüngemitteln steigerte die K+S AG das Konzernergebnis vor Zinsen und Steuern von 278 Mio. Euro auf 1 342,7 Mio. Euro. Ebenso profitierte die Wacker Chemie AG von einer positiven Geschäftsentwicklung in den abgelaufenen Geschäftsjahren 2007 und 2008. Der Umsatzanstieg von 2 887 Mio. Euro in 2006 auf 3 747 Mio. Euro im Geschäftsjahr 2008 ist sowohl auf eine gestiegene Nachfrage, insbesondere in den Geschäftsbereichen Polymer- und Polysiliciumprodukte, als auch auf höhere Produktpreise zurückzuführen.

Der Wertschöpfungsanstieg der Procter & Gamble Gruppe-Deutschland resultiert aus einer Anpassung der Erhebungsmethodik als Folge des Verzichts der deutschen Wella AG, für das Geschäftsjahr 2008 einen Konzernabschluss aufzustellen. Die Wertschöpfung der Procter &

[23] Vgl. Tz. 182.
[24] Vgl. Tz. 182.

Gamble-Gruppe Deutschland wurde für das Geschäftsjahr 2008 auf der Grundlage einer Summierung der Wertschöpfung der zehn größten inländischen Konzerngesellschaften berechnet. Für das Geschäftsjahr 2006 wurde die Wertschöpfung durch eine Addition der geschätzten Wertschöpfung des inländischen Konzerns der Wella AG und der Wertschöpfung der Braun GmbH ermittelt.

Die Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland konnte den im Geschäftsjahr 2006 begonnenen Wachstumskurs in den Geschäftsbereichen IT-Dienstleistungen und PC-Hardware bis zum Ende des Geschäftsjahres 2008 weiter fortsetzen. Die inländischen Umsätze verringerten sich im gleichen Zeitraum von 6 090 Mio. Euro auf 5 115 Mio. Euro. Ursächlich für diese Entwicklung ist die Umstellung der Hewlett-Packard GmbH als Auftragsfertigungsbetrieb. Externe Umsätze wurden im Geschäftsjahr 2008 durch die Hewlett-Packard Caribe B. V., Amstelveen, erzielt.

185. In 25 Fällen ging die Verringerung der Wertschöpfung eines der 100 größten Unternehmen mit einem Beschäftigungsabbau einher. 57 der Unternehmen unter den „100 Größten“ erhöhten die Anzahl der Beschäftigten.

2.3 Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der „100 Größten“

2.3.1 Wertschöpfung

186. In Abbildung II.1 sind die absolute Höhe und die Wachstumsraten der Wertschöpfungssumme der 100 größten Unternehmen bzw. aller Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland im Zeitraum 1978 bis 2008 in jeweiligen Preisen dargestellt. Erstmals seit dem Ende des Börsenbooms Anfang des neuen Jahrtausends wurde ein negatives Wachstum der Wertschöpfung der „100 Größten“ im Berichtszeitraum 2006 bis 2008 von -6,3 Prozent festgestellt. Die Wertschöpfung aller Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland erhöhte sich im gleichen Zeitraum um 6,6 Prozent.[25] Der Beitrag der Großunternehmen zur Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen sank in der Folge auf 15,8 Prozent, den niedrigsten Wert seit der erstmaligen Erstellung der Statistik im Jahr 1978. In der Vorperiode lag das Wachstum der „100 Größten“ noch um 8,3 Prozent über der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße. Durchschnittlich erwirtschafteten die „100 Größten“ seit dem Jahr 1978 einen Anteil an der Wertschöpfung aller Unternehmen von 18,4 Prozent.

187. Zur Erklärung des drastischen Rückgangs sowohl der absoluten als auch der relativen Höhe der Wertschöpfung der „100 Größten“ lassen sich unterschiedliche Gründe anführen. Unterstellt man, dass der maximale Anteil von 20,1 Prozent im Jahr 2000 durch die Fusionswelle an der Spitze des Börsenbooms bedingt wurde, so stellt sich die Frage, ob das anschließende Absinken auf die Umsetzung von Konsolidierungsstrategien der Unternehmen wie die Konzentration auf das Kerngeschäft, interne Restrukturierungen oder die Ausgliederung bestimmter Teile des Geschäfts in ausländische Betriebsstätten zurückzuführen ist. Der Konsolidierungsprozess scheint von dem überproportionalen Anstieg der inländischen Wertschöpfung im Berichtsjahr 2006 nur vorübergehend unterbrochen zu sein. Eine mögliche Erklärung für die Erhöhung des Beitrags der Großunternehmen an der Gesamtwertschöpfung im Geschäftsjahr 2006 könnte darin gesehen werden, dass insbesondere Großunternehmen von den damals positiven konjunkturellen Rahmenbedingungen profitiert haben. Die negativen Folgen der anhaltenden globalen Finanz- und Wirtschaftskrise können den Rückgang nur bedingt erklären, da die Krise erst gegen Ende des Jahres 2008 auf die Realwirtschaft übergriff und die Wertschöpfung aller Unternehmen im betrachteten Zweijahreszeitraum mit 6,6 Prozent vergleichsweise stark zunahm.

188. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die Finanz- bzw. Subprime-Krise kurzfristig keinen Einfluss auf die Wertschöpfung von Unternehmen der Kreditwirtschaft ausübte, deren Ertragslage im Geschäftsjahr 2008 bereits massiv belastet wurde. Vorrangig verschlechterte sich durch die Finanzkrise das Nettoergebnis aus dem Eigenhandel mit Wertpapieren, Finanzinstrumenten, Devisen und Edelmetallen. Ein wesentlicher Grund für die Verschlechterung des Eigenhandelsergebnisses von Kreditinstituten waren laut den veröffentlichten Geschäftsberichten die hohen Abschreibungen auf strukturierte Produkte sowie erhebliche Verluste im Derivategeschäft.[26]

Ursächlich für die Tatsache, dass die Folgen der Finanzkrise nicht in der Wertschöpfung der Kreditinstitute abgebildet werden, sind zwei unterschiedliche Paradigmen in den Systemen des betrieblichen Rechnungswesens und der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen. Während der Unternehmensgewinn das zentrale Erfolgskriterium im betrieblichen Rechnungswesen darstellt, steht in der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung die mit dem Einsatz von Arbeit und Sachkapital erzielte reale Produktion von Gütern und Dienstleistungen im Mittelpunkt. Da Kapitalgewinne oder -verluste nicht mit dem Einsatz von Arbeit und Sachkapital verbunden sind, wirken sie sich nicht auf die Höhe des Produktionsergebnisses aus. Durch die gesetzte Identität von Produktion und Einkommen im System volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen beeinflussen Kapitalgewinne bzw. -verluste auch nicht das gesamtwirtschaftliche Einkommen. Entsprechend findet die Subprime-Krise unmittelbar keinen Niederschlag in der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung.[27] Die Veränderung der Wertschöpfung einzelner Kreditinstitute im Vergleich zur Vorperiode ist daher im Wesentlichen auf das modifizierte Berechnungsschema für die Wertschöpfung von Kreditinstituten zurückzuführen.[28]

---

[25] Nettowertschöpfung zu Faktorkosten und zu aktuellen Marktpreisen. Quelle: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden. Von einer Darstellung auf der Basis von konstanten Preisen wird in Ermangelung eines geeigneten Preis- bzw. Kettenindex abgesehen.

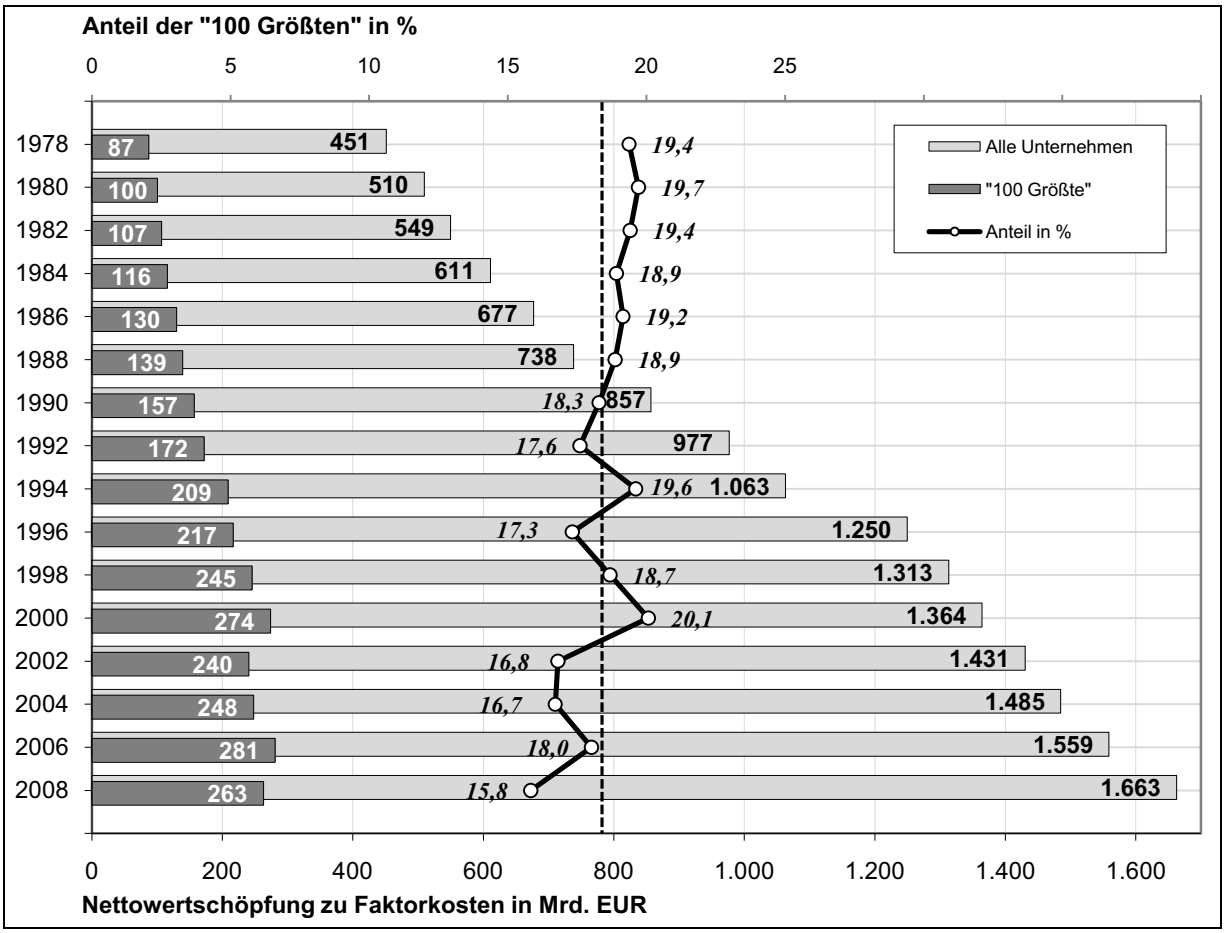
[26] Vgl. Deutsche Bundesbank, Die Ertragslage der deutschen Kreditinstitute im Jahr 2008, Monatsbericht September 2009, S. 37–66.

[27] Vgl. ausführlich Eichmann, W., Subprime Krise im Spiegel des gesamtwirtschaftlichen und betrieblichen Rechnungswesens, unveröffentlichtes Arbeitspapier, Wiesbaden 2008.

[28] Vgl. Tz. 181. Eine Übersicht über die Höhe der erhebungstechnisch bedingten Abweichungen durch die Umstellung des Berechnungsschemas der einzelnen Kreditinstitute ist in den Anlagen zu diesem Hauptgutachten dargestellt.

Abbildung II.1

Entwicklung der Nettowertschöpfung im Zeitraum 1978 bis 2008



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*

noch Abbildung II.1

Jahr	Wertschöpfung „100 Größte“		Wertschöpfung Gesamtwirtschaft		Anteil (%)
	(Mio. Euro)	Veränderung zur Vorperiode (%)	(Mio. Euro)	Veränderung zur Vorperiode (%)	
2000	273.817	*11,6*	1.364.440	*3,9*	*20,1*
2002	240.390	*-12,2*	1.430.520[1]	*4,8*	*16,8*
2004	248.100	*3,2*	1.484.850[1]	*3,8*	*16,7*
2006	280.872	*13,2*	1.558.990[1]	*5,0*	*18,0*
2008	263.171	*-6,3*	1.662.520	*6,6*	*15,8*

[1] Aktualisierter Wert.

Quelle: Eigene Erhebungen

189. Die These, dass zunehmend Teile der Wertschöpfungskette ins Ausland verlagert werden, lässt sich anhand der Gegenüberstellung der inländischen und der weltweiten Wertschöpfung in den Jahren 2006 und 2008 überprüfen. Eine derartige Analyse ermöglicht auch einen Einblick in die „wahre“ Größe der untersuchten Unternehmen.

190. In Tabelle II.2 sind die nach inländischer Wertschöpfung zehn größten deutschen Unternehmen des Jahres 2008 dargestellt, die mit Ausnahme der E.ON AG und der ThyssenKrupp AG auch unter den zehn Größten im Jahr 2006 vertreten sind. Die inländische Wertschöpfung der zehn größten Unternehmen sank um 5,5 Prozent, die weltweite Wertschöpfung nahm um 8,4 Prozent ab. Bei der Entwicklung der Wertschöpfung der einzelnen Unternehmen ergibt sich ein gemischtes Bild. In sechs von zehn Fällen sank der Anteil der inländischen Wertschöpfung an der Gesamtwertschöpfung, in vier Fällen stieg die Inlandsrelation. Die inländische Wertschöpfung der zehn größten Unternehmen insgesamt erhöhte sich leicht um 1,8 Prozent und betrug im Jahr 2008 59,1 Prozent (2006: 57,3 Prozent) der weltweiten Wertschöpfung. Ein vergleichbares Bild ergibt sich, wenn man die inländische der weltweiten Wertschöpfung derjenigen Unternehmen gegenüberstellt, die den Sitz der Konzernobergesellschaft im Inland haben, in beiden Berichtsperioden 2006 und 2008 zum Kreis der „100 Größten“ zählten und schwerpunktmäßig den Wirtschaftsbereichen Industrie, Handel sowie Verkehr und Dienstleistungen zuzurechnen sind. Für diese 49 Unternehmen stieg der Inlandsanteil im gleichen Zeitraum geringfügig von 57,9 auf 58,0 Prozent.[29] Die im Sechzehnten Hauptgutachten formulierte These, dass die Unternehmen einen immer geringeren Teil ihrer Wertschöpfung im Inland erwirtschaften, kann anhand der vorliegenden Ergebnisse nicht gestützt werden.[30] Aus Tabelle II.2 wird auch ersichtlich, dass die Zunahme des Inlandsanteils nicht auf eine gestiegene inländische Wertschöpfung zurückzuführen ist. Absolut sank die auf das Inland entfallende Wertschöpfung der zehn größten Unternehmen um 6 Mrd. Euro; die gestiegene Inlandsrelation resultiert aus der überproportional gesunken Wertschöpfung der Gesamtkonzerne, die sich um knapp 16 Mrd. Euro verringerte.

191. Um den Einfluss des Rückgangs der Wertschöpfung in einzelnen Unternehmensgrößenklassen auf die gesunkene Wertschöpfung der „100 Größten“ näher zu beleuchten, wurden die wertschöpfungsgrößten Unternehmen in Dezile (Unternehmen auf den Rängen 1 bis 10, 11 bis 20, 21 bis 30 usw.) eingeteilt. Für alle Berichtsjahre seit 1978 sind die Anteile der Zehner-Ranggruppen an der Wertschöpfung aller Unternehmen in Deutschland in Tabelle II.3 dargestellt.

192. Der Tabelle ist zu entnehmen, dass sich die Verminderung des Anteils an der Nettowertschöpfung aller Unternehmen zwar in sämtlichen Ranggruppen vollzog, der höchste absolute Rückgang des Anteils mit 1,16 Prozent aber auf die zehn größten Unternehmen entfiel. Bezogen ausschließlich auf den Kreis der „100 Größten“, erreichten die zehn größten Unternehmen im Jahr 2008 einen Anteil von 39,3 Prozent (2006: 41,0 Prozent). Entfielen im Berichtsjahr 2006 noch 10,6 Prozent der Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen auf die Unternehmen auf den ersten 20 Rängen, reduzierte sich der Anteil in 2008 auf 9,0 Prozent. In absoluten Werten sank die Wertschöpfung der 20 größten Unternehmen in 2008 um 15,6 Mrd. Euro bzw. um 9,4 Prozent gegenüber 2006. Rund 88 Prozent der absoluten Abnahme der Wertschöpfung der „100 Größten“ in Höhe von 17,7 Mrd. Euro zwischen den Berichtsjahren 2006 und 2008 lassen sich entsprechend mit dem Rückgang der Wertschöpfung der Unternehmen auf den Rängen 1 bis 20 erklären. Ein negativer Beitrag auf das Absinken des Anteils der „100 Größten“ ist ferner der Tatsache geschuldet, dass anders als in den Vorperioden keine Zusammenschlussaktivitäten im Untersuchungskreis beobachtet werden konnten.

[29] Die Einzelangaben zur inländischen und weltweiten Wertschöpfung der betrachteten 49 Unternehmen sind in den Anlagen zu diesem Hauptgutachten aufgelistet.

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

Tabelle II.2

Die inländische und die weltweite Wertschöpfung der zehn größten Unternehmen 2006 und 2008[1]

Rang nach Wertschöpfung	Jahr	Unternehmen	Inländische Wertschöpfung		Weltweite Wertschöpfung		Inlandsanteil (%)
			(Mio. Euro)	Veränderung 2004/2006 (%)	(Mio. Euro)	Veränderung 2004/2006 (%)	
1	2008	Daimler AG	14.646	*-0,5*	21.151	*-24,8*	*69,2*
3	2006		14.713		28.119		*52,3*
2	2008	Siemens AG	13.983*	*-13,0*	28.141	*-13,7*	*49,7*
2	2006		16.064*		32.622		*49,2*
3	2008	Volkswagen AG	13.718	*7,9*	22.122	*12,1*	*62,0*
4	2006		12.710		19.736		*64,4*
4	2008	Deutsche Telekom AG	13.188	*-23,4*	21.119	*-11,2*	*62,4*
1	2006		17.214		23.770		*72,4*
5	2008	Deutsche Bahn AG	10.926	*3,1*	13.177	*7,5*	*82,9*
5	2006		10.601		12.260		*86,5*
6	2008	BASF SE	8.128	*6,1*	12.830	*-1,0*	*63,4*
10	2006		7.658		12.964		*59,1*
7	2008	E.ON AG	7.587	*43,6*	9.119	*-4,1*	*83,2*
14	2006		5.285		9.507		*55,6*
8	2008	Robert Bosch GmbH	7.553	*-9,5*	14.510	*-2,9*	*52,1*
8	2006		8.347		14.951		*55,8*
9	2008	ThyssenKrupp AG	6.852*	*3,7*	12.901	*4,5*	*53,1*
11	2006		6.607*		12.342		*53,5*
10	2008	Deutsche Post AG	6.767*	*-33,1*	19.919	*-19,2*	*34,0*
6	2006		10.114*		24.662		*41,0*
Insgesamt	**2008**		**103.347**	**-5,5**	**174.987**	**-8,4**	**59,1**
	2006		**109.311**		**190.933**		**57,3**

[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

Tabelle II.3

Zehner-Ranggruppen der jeweils „100 Größten“ nach ihrem Anteil an der Wertschöpfung aller Unternehmen (bis 1992: alte Bundesländer) und nach Jahren

Jahr	Anteil Ranggruppe (%)										
	1–10	11–20	21–30	31–40	41–50	51–60	61–70	71–80	81–90	91–100	1–100[1]
1978	*7,07*	*3,84*	*2,07*	*1,48*	*1,13*	*0,96*	*0,89*	*0,76*	*0,65*	*0,53*	*19,4*
1980	*7,54*	*3,50*	*2,03*	*1,58*	*1,12*	*1,07*	*0,85*	*0,75*	*0,67*	*0,59*	*19,7*
1982	*7,41*	*3,61*	*2,13*	*1,53*	*1,11*	*0,97*	*0,79*	*0,69*	*0,62*	*0,55*	*19,4*
1984	*7,36*	*3,31*	*2,03*	*1,41*	*1,12*	*1,00*	*0,85*	*0,72*	*0,58*	*0,53*	*18,9*
1986	*7,85*	*3,54*	*1,95*	*1,32*	*1,09*	*0,97*	*0,78*	*0,64*	*0,54*	*0,49*	*19,2*
1988	*7,83*	*3,42*	*1,90*	*1,30*	*1,08*	*0,91*	*0,78*	*0,65*	*0,53*	*0,48*	*18,9*
1990	*7,49*	*3,37*	*1,91*	*1,26*	*1,07*	*0,94*	*0,74*	*0,57*	*0,50*	*0,45*	*18,3*
1992	*7,07*	*3,20*	*1,88*	*1,29*	*1,00*	*0,82*	*0,72*	*0,60*	*0,53*	*0,48*	*17,6*
1994	*8,51*	*3,43*	*2,09*	*1,42*	*1,04*	*0,86*	*0,72*	*0,57*	*0,51*	*0,46*	*19,6*
1996	*7,55*	*3,35*	*2,02*	*1,20*	*0,89*	*0,73*	*0,64*	*0,53*	*0,47*	*0,42*	*17,8*
1998	*7,77*	*3,46*	*2,10*	*1,30*	*0,94*	*0,81*	*0,71*	*0,57*	*0,50*	*0,43*	*18,6*
2000	*8,99*	*3,75*	*2,03*	*1,35*	*0,94*	*0,80*	*0,71*	*0,58*	*0,49*	*0,44*	*20,1*
2002	*7,34*	*3,07*	*1,65*	*1,22*	*0,88*	*0,76*	*0,60*	*0,48*	*0,41*	*0,38*	*16,8*
2004	*7,09*	*3,23*	*1,58*	*1,16*	*0,84*	*0,71*	*0,63*	*0,54*	*0,49*	*0,43*	*16,7*
2006	*7,38*	*3,23*	*1,76*	*1,43*	*1,11*	*0,82*	*0,68*	*0,59*	*0,53*	*0,49*	*18,0*
2008	*6,22*	*2,80*	*1,72*	*1,23*	*0,94*	*0,72*	*0,65*	*0,58*	*0,52*	*0,46*	*15,8*

[1] Gerundete Werte.
Quelle:Eigene Erhebungen

193. Tabelle II.4 fasst die 100 größten Unternehmen nach ihrer Branchenzugehörigkeit zusammen. Die Zahl der Unternehmen, die schwerpunktmäßig dem Produzierenden Gewerbe zugerechnet werden, reduzierte sich unwesentlich auf 60 Unternehmen. Ihr Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“ stieg geringfügig auf 61,4 Prozent. Ebenso erzielten die Unternehmen des Verkehrs- und Dienstleistungsgewerbes, deren Zahl sich von 13 auf 17 Unternehmen erhöhte, einen Anstieg des Anteils an der Wertschöpfung auf 21,5 Prozent. Dagegen verringerte sich die Zahl der zum Kreis der „100 Größten“ zählenden Kreditinstitute und Versicherungen. Ihr Anteil an der Wertschöpfung sank auf 6,7 Prozent bzw. 3,8 Prozent. Mit Ausnahme des Versicherungsgewerbes reduzierte sich die durchschnittliche Wertschöpfung in allen Wirtschaftsbereichen.

Tabelle II.4

Aufschlüsselung der 100 größten Unternehmen 2006 und 2008 nach Wirtschaftsbereichen[1]

Wirtschaftsbereich	Anzahl der Unternehmen		Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“ (%)[2]		Durchschnittliche Wertschöpfung (Mio. Euro)	
	2006	2008	2006	2008	2006	2008
Produzierendes Gewerbe	61	60	*58,5*	*61,4*	2.695	2.692
Handel	10	10	*7,2*	*6,5*	2.009	1.715
Verkehr und Dienstleistungen	13	17	*20,9*	*21,5*	4.526	3.334
Kreditgewerbe	9	8	*8,6*	*6,7*	2.668	2.215
Versicherungsgewerbe	7	5	*4,8*	*3,8*	1.934	2.016
Alle Unternehmen	**100**	**100**	***100,0***	***100,0***	**2.809**	**2.632**

[1] Vgl. Tz. 159.
[2] Werte auf eine Nachkommastelle gerundet.
Quelle:Eigene Erhebungen

194. In Abbildung II.2 sind die 100 größten Unternehmen nach dem Sitz der den Konzernabschluss aufstellenden Obergesellschaften im Jahr 2008 dargestellt. In der Abbildung ist den einzelnen Bundesländern bzw. den betreffenden ausländischen Regionen die Zahl der in den jeweiligen Gebieten ansässigen Entscheidungszentralen der „100 Größten“ zugeordnet. Anhand der Abbildung können keine Rückschlüsse auf die regionale Verteilung der inländischen Wertschöpfung gezogen werden, da der Konsolidierungskreis der betrachteten Konzerne in der Regel eine Vielzahl rechtlich selbständiger Unternehmen umfasst, die sich auf verschiedene Standorte in mehreren Bundesländern erstrecken können. Von den betrachteten 100 Unternehmen liegt die Konzernobergesellschaft in 73 Fällen (2006: 72 Fällen) im Inland.

Der Sitz der Konzernobergesellschaften konzentriert sich in 59 Prozent aller Fälle auf eines der Bundesländer Nordrhein-Westfalen (21), Baden-Württemberg (16), Bayern (11) oder Hessen (11). In den neuen Bundesländern ist wie bereits im Untersuchungsjahr 2006 keine Konzernobergesellschaft ansässig. 27 Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ werden durch eine ausländische Obergesellschaft gesteuert. In acht Fällen liegt der Sitz in den Vereinigten Staaten, in fünf Fällen in der Schweiz, gefolgt von Frankreich mit vier Fällen. In jeweils drei Fällen entfällt der Sitz der Zentrale auf Großbritannien und die Niederlande. In der Abbildung sind die „100 Größten“ zusätzlich nach Wirtschaftsbereichen aufgeschlüsselt. 22 der 27 Unternehmen, die durch eine ausländische Obergesellschaft kontrolliert werden, sind schwerpunktmäßig dem Produzierenden Gewerbe zuzuordnen.

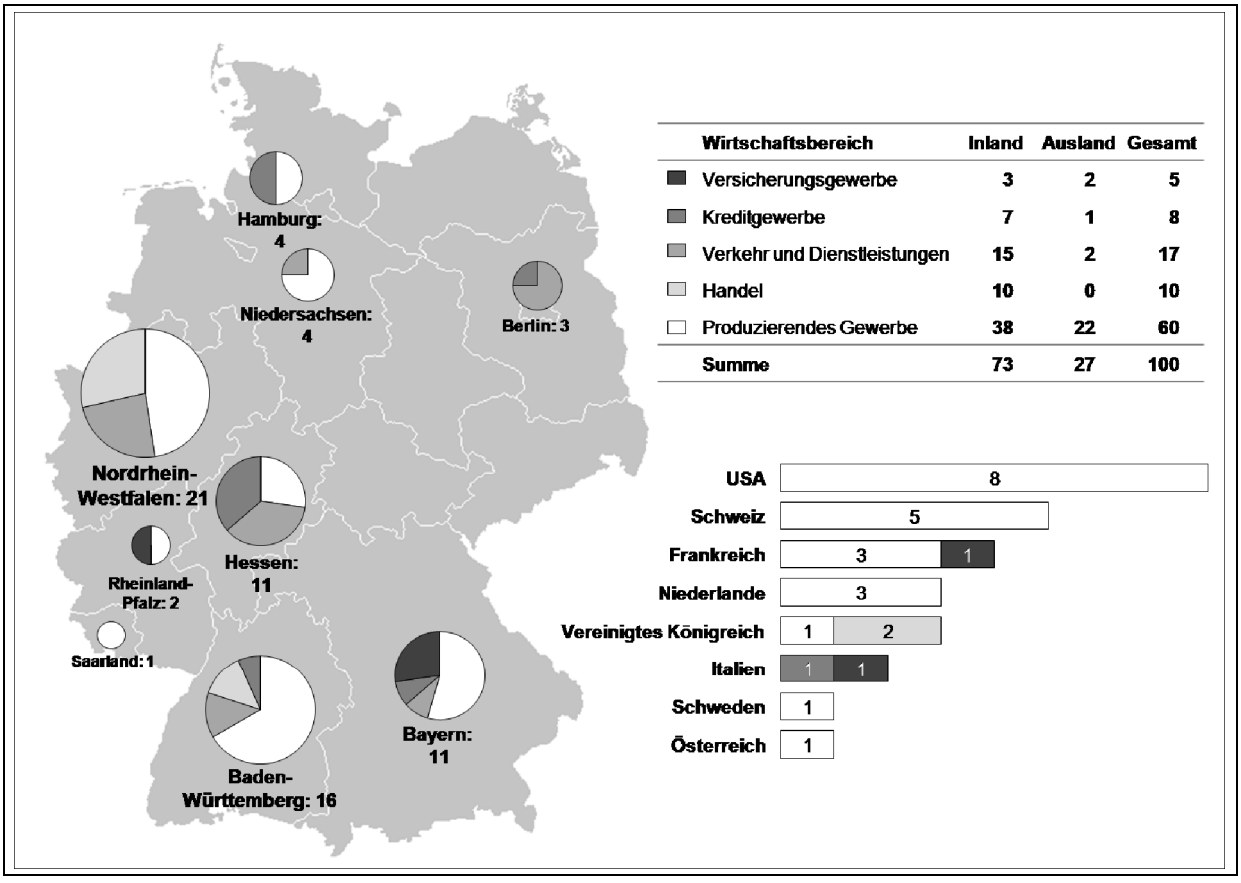
2.3.2 Beschäftigte

195. Von allen der 100 größten Unternehmen war 2008 die Anzahl der Beschäftigten der inländischen Konzernbereiche (2006: 100) bekannt.[31] Insgesamt beschäftigten die „100 Größten“ im Jahr 2008 3 322 753 Mitarbeiter

[31] Grundsätzlich werden die Beschäftigten, umgerechnet in Vollzeitäquivalente, am Bilanzstichtag erfasst, wobei die Bilanzstichtage der einzelnen Unternehmen in einigen Fällen voneinander abweichen können. Bei einigen Unternehmen musste auf die Jahresdurchschnitte sowie die Kopfzahl zurückgegriffen werden.

Abbildung II.2

Regionale Verteilung der „100 Größten“ nach dem Sitz der Konzernobergesellschaften und nach Wirtschaftsbereichen im Berichtsjahr 2008



Quelle: Eigene Erhebungen

(2006: 3 357 282). Die Zahl der Beschäftigten der Großunternehmen sank somit erneut.

196. Würde man die 100 größten Unternehmen statt nach der Wertschöpfung nach der Anzahl der Beschäftigten ordnen, so ergäbe sich eine relativ hohe Übereinstimmung. Im Jahr 2008 betrug der Korrelationskoeffizient zwischen der Wertschöpfung und der Anzahl der Beschäftigten 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.

197. Um den Zusammenhang zwischen Nettowertschöpfung und Beschäftigtenzahlen genauer zu analysieren, erhebt 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 insgesamt 3 481 189 Personen, 4,6 Prozent mehr als die „100 Größten“ nach Wertschöpfung. Die gemeinsame Schnittmenge der jeweils 100 größten Unternehmen nach Wertschöpfung und Beschäftigten beträgt 77. Die größten Abweichungen innerhalb der Beschäftigtenrangliste ergeben sich erwartungsgemäß aus einer größeren Zahl und höheren Rangpositionen von Unternehmen aus Branchen, die eine geringere Fertigungstiefe aufweisen.

198. In Tabelle II.5 sind die nach der Anzahl der Beschäftigten zehn größten Unternehmen des Jahres 2008 dargestellt. Im Berichtsjahr betrug ihr Anteil an der Gesamtzahl der Beschäftigten der „100 Größten“ nach Wertschöpfung 42,1 Prozent (2006: 45,5 Prozent). Der Kreis der zehn Unternehmen mit den meisten Beschäftigten blieb gegenüber 2006 mit Ausnahme der Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG unverändert. An ihre Stelle trat die ThyssenKrupp AG. Der Anteil der im Inland Beschäftigten an der Gesamtzahl aller Beschäftigten der zehn größten Konzerne lag durchschnittlich bei 47,4 Prozent. Die Ergebnisse der vollständigen Untersuchung zu den 100 größten Arbeitgebern in Deutschland für die Berichtsjahre 2006 und 2008 sind in den methodischen und statistischen Anlagen zu Kapitel II dargestellt.

199. Abbildung II.3 gibt die Entwicklung der Beschäftigtenzahlen der „100 Größten“ nach Wertschöpfung und die Veränderung der Gesamtanzahl aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in Deutschland im Zeitverlauf wieder.[32] Wie in der Vorperiode erhöhte sich die Anzahl der Beschäftigten aller Unternehmen, wohingegen die Zahl der Mitarbeiter der Großunternehmen seit dem Jahr 1994 stetig sank. Im aktuellen Berichtsjahr 2008 verringerte sich der Anteil der „100 Größten“ an allen sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in Deutschland auf einen historischen Tiefstand von 13,3 Prozent. Der durchschnittliche Anteil im Zeitraum 1978 bis 2008 liegt bei

[32] Sozialversicherungspflichtig beschäftigte Arbeitnehmer aller Wirtschaftszweige, außer Organisationen ohne Erwerbszweck, private Haushalte und Gebietskörperschaften sowie Sozialversicherungen. Hinzuaddiert wurden die beamteten Arbeitnehmer der Deutschen Bahn AG, der Deutschen Telekom AG sowie der Deutschen Post AG und ihrer Konzerngesellschaften.

Tabelle II.5

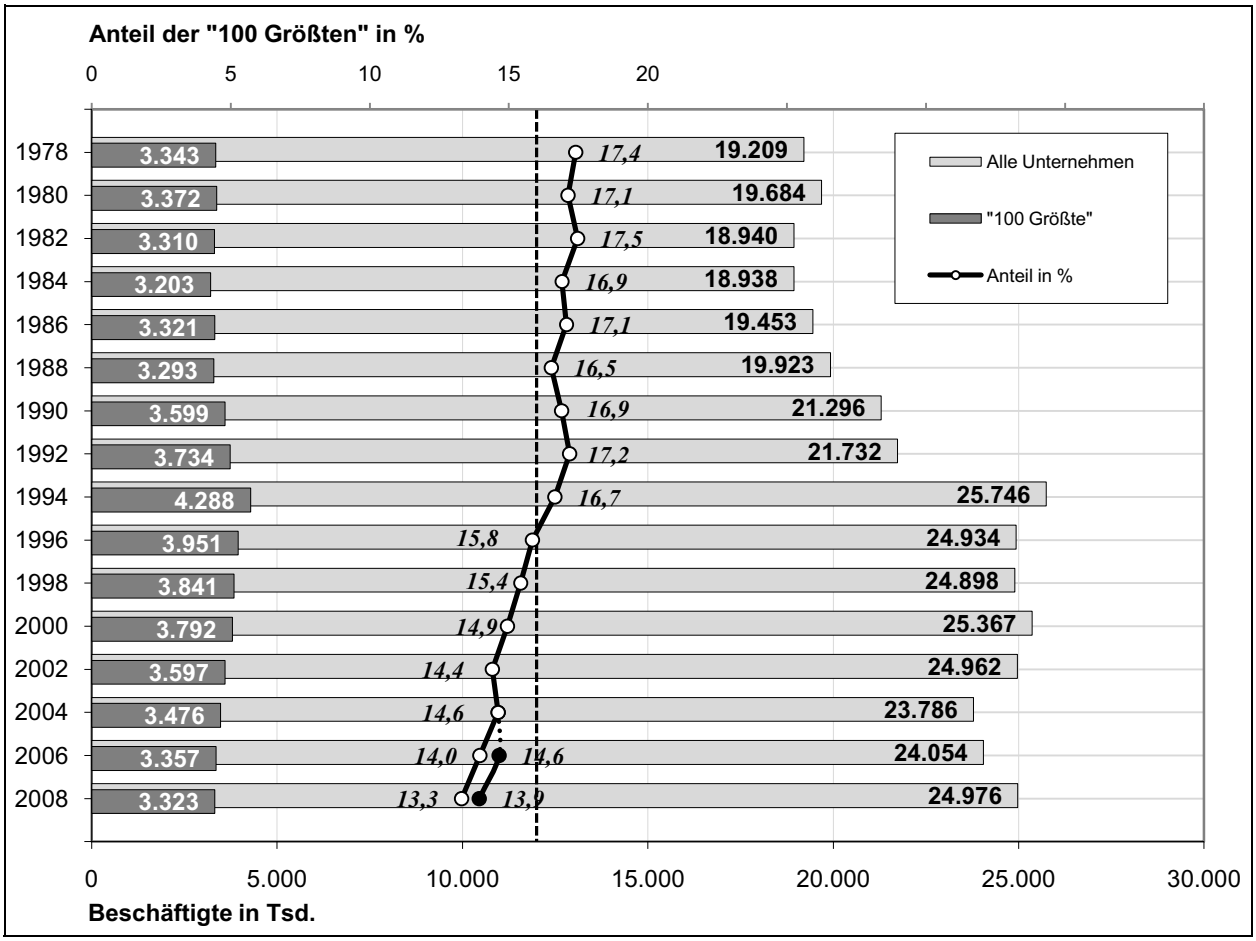
Die nach Beschäftigten zehn größten Unternehmen 2008

Rang nach Beschäftigten	Rang nach Wertschöpfung	Unternehmen	Beschäftigte Inland	Beschäftigte Welt	Inlandsanteil (%)
1	5	Deutsche Bahn AG	181.910	240.242	*75,7*
2	3	Volkswagen AG	174.342	351.203	*49,6*
3	10	Deutsche Post AG	167.816	451.515	*37,2*
4	1	Daimler AG	167.753	273.216	*61,4*
5	30	REWE-Gruppe	140.873	234.343	*60,1*
6	2	Siemens AG	132.000	427.000	*30,9*
7	4	Deutsche Telekom AG	131.713	227.747	*57,8*
8	8	Robert Bosch GmbH	114.360	281.717	*40,6*
9	18	Metro AG	104.049	265.974	*39,1*
10	9	ThyssenKrupp AG	85.097	199.374	*42,7*
Insgesamt			**1.399.913**	**2.952.331**	***47,4***

Quelle: Eigene Erhebungen

Abbildung II.3

Entwicklung der Beschäftigung im Zeitraum 1978 bis 2008[1]



[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

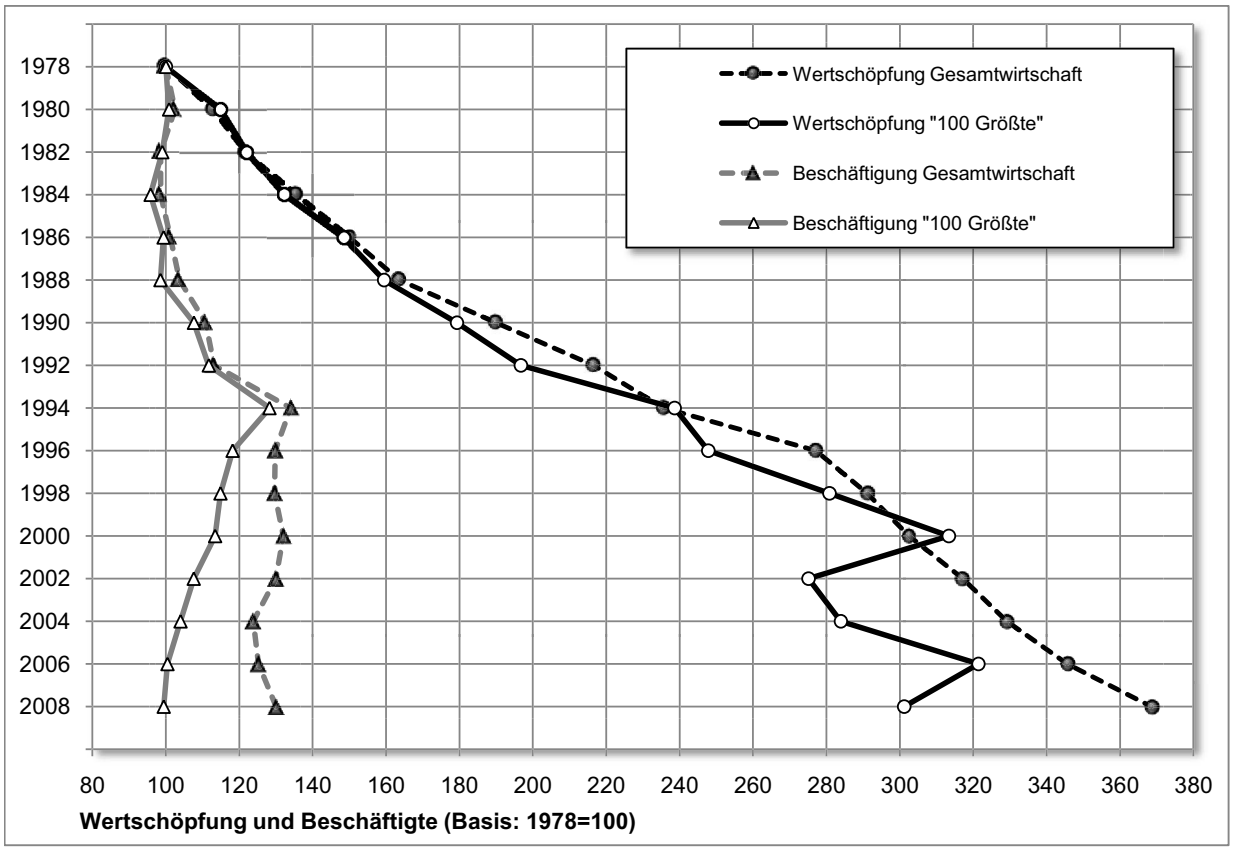
16,0 Prozent. Für die Perioden 2006 und 2008 sind in der Abbildung ergänzend die Anteile der 100 größten Unternehmen nach dem Ordnungskriterium inländische Beschäftigte dargestellt. Ihr Anteil lag in beiden Jahren nur unwesentlich mit jeweils 0,6 Prozent über dem Anteil der „100 Größten“ nach Wertschöpfung.

200. Abbildung II.4 veranschaulicht das Auseinanderfallen der Beschäftigtenzahlen der Großunternehmen und der Gesamtwirtschaft ab dem Jahr 1996 sowie die Diskrepanz in der Entwicklung von Beschäftigung und nominaler Wertschöpfung.[33] In der Abbildung wurden die Indexreihen auf das Basisjahr 1978 normiert. Die Beschäftigten der 100 größten Unternehmen und die inländischen Beschäftigten insgesamt wiesen bis zum Jahr 1994 tendenziell einen vergleichbaren Verlauf auf. Während die gesamtwirtschaftliche Größe in den Folgejahren bei etwa 130 Indexpunkten stagnierte, sank die Beschäftigung der Großunternehmen bis zum Jahr 2008 auf 99 Punkte. Ein ähnlicher Verlauf, allerdings mit deutlich höheren jährlichen Wachstumsraten, ist für die Wertschöpfungsreihen bis zum Jahr 1994 zu beobachten. Die Nettowertschöpfung aller Unternehmen in Deutschland wuchs über den gesamten Zeitraum stetig und lag 2008 bei 369 Indexpunkten. Die Wertschöpfung der Großunternehmen übertraf bis 2008 das Niveau von 1978 um 201 Punkte, wies in den vergangenen zwölf Jahren jedoch eine zunehmende Volatilität auf. Die Ergebnisse legen den Schluss nahe, dass die zu beobachtende Entkoppelung von Wertschöpfung und Beschäftigung sowohl bei Großunternehmen als auch in der deutschen Volkswirtschaft insgesamt im Wesentlichen auf strukturelle Effekte zurückzuführen ist, wobei der Produktionsfaktor Arbeit im Falle von Großunternehmen stärker rückläufig zu sein scheint.

[33] Die Abbildung bezieht sich auf die auf das Basisjahr 1978 normierte Nettowertschöpfung zu Faktorkosten und zu aktuellen Marktpreisen. Da der Monopolkommission kein geeigneter Preis- bzw. Kettenindex vorlag, wurde auf eine Darstellung auf der Basis konstanter Preise verzichtet.

Abbildung II.4

Vergleich der Entwicklung von Nettowertschöpfung und Beschäftigtenzahlen im Zeitraum 1978 bis 2008



Quelle: Eigene Erhebungen

201. Im Unterschied zu den zuvor dargestellten unbalancierten Zeitreihen werden im Folgenden für einen Vergleich der Beschäftigtenzahlen 2006 und 2008 nur diejenigen Unternehmen in die Betrachtung einbezogen, die in beiden Jahren zu den „100 Größten“ zählten und von denen für beide Jahre die Zahl der Beschäftigten inländischer Konzerngesellschaften ermittelbar war. Dieser Kreis umfasste für die Periode 2006/2008 90 Unternehmen. Im Jahr 2008 beschäftigten die in den gesamtwirtschaftlichen Vergleich einbezogenen Unternehmen 3 163 293 Personen (2006: 3 264 302[34]). Das entspricht einem Anteil an den „100 Größten“ von 95,2 Prozent in 2008 bzw. 97,2 Prozent in 2006. Die Gesamtanzahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten erhöhte sich um 3,8 Prozent (2004/2006: 1,1 Prozent), während die Großunternehmen erneut 3,1 Prozent (2004/2006: -3,1 Prozent) ihres Personalbestandes abbauten. Der Anteil der 90 Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an der Anzahl der Beschäftigten aller Unternehmen betrug 12,7 Prozent (2006: 13,6 Prozent).

202. Aufgrund des relativ zu der Abnahme der inländischen Wertschöpfung schwächeren Rückgangs der Beschäftigtenzahl sank die Wertschöpfung pro Arbeitnehmer in den 90 untersuchten Unternehmen im Jahr 2008 um 7,9 Prozent auf durchschnittlich 107 000 Euro (2006: 116 100 Euro). Die Nettowertschöpfung pro Arbeitnehmer aller Unternehmen in der Bundesrepublik betrug 66 600 Euro (2006: 64 800 Euro).

2.3.3 Sachanlagen

203. Tabelle II.6 umfasst für das Jahr 2008 die nach Sachanlagevermögen einschließlich immaterieller Vermögensgegenstände zehn größten Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, welche nicht dem Kredit- oder Versicherungsgewerbe angehören.

Maßgeblich für die Höhe der Sachanlagen ist der Wirtschaftszweig, in dem ein Unternehmen tätig ist. Grundsätzlich gilt, dass die Branchen, die für die Produktion oder Verteilung ihrer Leistungen eine eigene Infrastruktur benötigen, außergewöhnlich hohe Sachanlagevermögen aufweisen. Unter den „100 Größten“ betrifft dies vor allem die Energieversorgungsunternehmen sowie die Deutsche Telekom AG und die Deutsche Bahn AG. Sachanlagenintensive Branchen sind außerdem der Kraftfahrzeugbau, die Elektrotechnik, der Maschinenbau und die Chemische Industrie. Darüber hinaus besteht ein Zusam-

[34] Aktualisierter Wert.

Tabelle II.6

Die nach Sachanlagen zehn größten Unternehmen 2008 (ohne Kreditinstitute und Versicherungen)

Rang nach Sachanlagen	Rang nach Wertschöpfung	Unternehmen	Sachanlagen[1] (Mio. Euro)
1	4	Deutsche Telekom AG	42.227
2	5	Deutsche Bahn AG	37.580
3	7	E.ON AG	28.205
4	12	RWE AG	20.141
5	16	Bayer AG	16.896
6	3	Volkswagen AG	16.021
7	1	Daimler AG	14.894
8	11	Bayerische Motoren Werke AG	13.575
9	27	Vattenfall-Gruppe Deutschland	12.950
10	29	Energie Baden-Württemberg AG	12.733

[1] Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche. Das inländische Sachanlagevermögen der Deutschen Post AG blieb aufgrund mangelnder Datenverfügbarkeit unberücksichtigt.

Quelle: Eigene Erhebungen

menhang zwischen der Unternehmensgröße – gemessen anhand der Wertschöpfung – und der Höhe der Sachanlagen. Im Jahr 2008 betrug der Korrelationskoeffizient zwischen der Wertschöpfung und der Höhe des Sachanlagevermögens 0,75.

In die Untersuchung der Entwicklung des Sachanlagevermögens wurden die Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ einbezogen, die dem Produzierenden Gewerbe, dem Handel oder dem Dienstleistungs- und Verkehrsgewerbe zuzurechnen sind. Unberücksichtigt blieben die Großunternehmen, die nur in einem der Jahre 2006 und 2008 zu den „100 Größten“ zählten. Einbezogen wurden damit 66 (2004/2006: 57) Unternehmen, die an den Bilanzstichtagen jeweils über folgende Sachanlagevermögen verfügten:

2006 339 887 Mio. Euro,

2008 342 401 Mio. Euro.

Der Bestand des Sachanlagevermögens der betrachteten Großunternehmen erhöhte sich geringfügig um 0,7 Prozent im Zeitraum 2006/2008 (2004/2006: 4,8 Prozent).

2.3.4 Cashflow

204. Der Cashflow eines Unternehmens gilt als Indikator für seine Finanzkraft. Zu seiner Bestimmung werden Angaben aus der Gewinn- und Verlustrechnung eines einzelnen Jahresabschlusses verwendet; zur Darstellung langfristiger Innenfinanzierungsmöglichkeiten eines Unternehmens stellt er kein geeignetes Maß 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 Cashflow anhand der Angaben der Gewinn- und Verlustrechnung lässt somit zahlungswirksame Vorgänge, welche 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.

205. 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 Cashflow herangezogen werden, unterliegt dieser im Zeitablauf erheblichen Schwankungen. Sinnvolle Erkenntnisse 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 Cashflow benötigten Angaben vor,[35] wodurch die Repräsentanz der Ergebnisse für die Entwicklung der „100 Größten“ reduziert wird. Tabelle II.7 enthält die zehn Unternehmen mit dem höchsten Cashflow 2008.

[35] Vgl. Tabelle II.1.

Tabelle II.7

Die nach Cashflow zehn größten Unternehmen 2008 (ohne Kreditinstitute und Versicherungen)[1]

Rang nach Cashflow	Rang nach Wertschöpfung	Unternehmen	Cashflow (Mio. Euro)
1	4	Deutsche Telekom AG	8.161
2	1	Daimler AG	6.799
3	3	Volkswagen AG	6.707
4	7	E.ON AG	5.925
5	38	Porsche Automobil Holding SE	5.866
6	5	Deutsche Bahn AG	4.369
7	2	Siemens AG[2]	3.306
8	12	RWE AG	3.212
9	15	Vodafone-Gruppe Deutschland	2.819
10	22	SAP AG	2.658

[1] Die Liste der nach Cashflow zehn größten Unternehmen des Jahres 2008 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. 178.).

Quelle: Eigene Erhebungen

206. Für den Zweijahresvergleich werden wie bei den Untersuchungen zu den Kriterien Umsatz, Beschäftigte und Sachanlagen nur diejenigen Unternehmen herangezogen, die 2006 und 2008 zu den „100 Größten“ zählten und für die der Cashflow in beiden Jahren berechnet werden konnte. Unter Berücksichtigung dieser Einschränkung wurden 71 (2004/ 2006: 67) Unternehmen in den Vergleich einbezogen. Sie hatten einen Cashflow von

2006	97 064 Mio. Euro,
2008	91 537 Mio. Euro.

Der Cashflow der Großunternehmen reduzierte sich um 5,7 Prozent, nachdem er im Zeitraum 2004/2006 um 18,7 Prozent gestiegen war.

2.4 Rechtsformen der „100 Größten“

207. Tabelle II.8 gibt einen Überblick über die Rechtsformen der „100 Größten“. Bei Konzernen wurde die Rechtsform der den Konzernabschluss aufstellenden Obergesellschaft angegeben. 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. Im Falle der betrachteten Gleichordnungskonzerne weisen die Konzernobergesellschaften übereinstimmende Rechtsformen auf.

Die Mehrzahl der Unternehmen im Kreis der „100 Größten“ weist unverändert die Rechtsform der Aktiengesellschaft auf. Ihre Anzahl verringerte sich auf 71 Unternehmen. Ebenso sank die Zahl der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit infolge des Austritts der HUK-COBURG und des HDI Haftpflichtverbands der Deutschen Industrie V. a. G. Die Kategorie „Sonstige“ ist mit der RAG-Stiftung wieder besetzt. Vier Aktiengesellschaften nahmen bis Ende 2008 eine Umwandlung in die Rechtsform einer Europäischen Gesellschaft (SE) vor.[36] Alle vier Gesellschaften behielten das dualistische System aus Vorstand und Aufsichtsrat bei.

3. Branchenspezifische Betrachtung

3.1 Aussagegehalt der branchenspezifischen Geschäftsvolumina

208. Die Monopolkommission untersucht zusätzlich zu den Erhebungen der nach Wertschöpfung 100 größten Unternehmen regelmäßig die Rangfolge der nach den Geschäftsvolumenmerkmalen Umsatz, Bilanzsumme und Beitragseinnahmen größten Industrie-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen, Kreditinstitute und Versicherungen. In Übereinstimmung mit dem Vorgehen der wertschöpfungsorientierten Untersuchung werden die Rangfolgen anhand der auf die inländischen Konzerngesellschaften entfallenden Geschäftsvolumina aufgestellt.

[36] Grundlage der Rechtsform Europäische Gesellschaft ist die Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EG Nr. L 294 vom 10. November 2001, S. 1. Vgl. Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) vom 22. Dezember 2004, BGBl. I S. 3675.

Tabelle II.8

Rechtsformen der „100 Größten“ 2006 und 2008

Rechtsform	Zahl der Unternehmen	
	2006	2008
Aktiengesellschaft	75	71
Europäische Gesellschaft	2	4
Gesellschaft mit beschränkter Haftung	5	6
Anstalt/Körperschaft öffentlichen Rechts	3	3
Eingetragene Genossenschaft	1	2
KG im Sinne des § 264a HGB[1]	3	4
Kommanditgesellschaft	5	5
Kommanditgesellschaft auf Aktien	2	2
Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit	3	1
Offene Handelsgesellschaft	1	1
Sonstige (Stiftung, Zuordnung nicht möglich)	0	1
Insgesamt	**100**	**100**

[1] 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

Weiterhin erfolgt eine Gegenüberstellung der Summe der Umsatzerlöse, Beitragseinnahmen bzw. Bilanzsummen mit entsprechenden, auf alle Unternehmen der Bundesrepublik Deutschland bezogenen nominalen Größen.[37]

209. Anders als die Wertschöpfung sind die genannten Geschäftsvolumenmerkmale unmittelbar dem handelsrechtlichen Jahresabschluss zu entnehmen. Umsatzerlöse und Beitragseinnahmen bilden die Bedeutung der Unternehmung als Anbieter von Waren und Dienstleistungen ab. Auch die Bilanzsumme der Kreditinstitute erlaubt Rückschlüsse auf ihre Relevanz als Anbieter. So bilden Forderungen an Kunden[38] in der Regel den überwiegenden Anteil der Summe der Aktiva großer deutscher Bankkonzerne, umgekehrt machen die Verbindlichkeiten gegenüber Kunden in der Mehrzahl der Fälle mehr als die Hälfte der Summe der Passiva aus.

Im Gegensatz zur Wertschöpfung stehen die hier betrachteten Größen in keinem unmittelbaren Zusammenhang zum Personalaufwand und zum Einkommen- bzw. Ertragsteueraufwand der Unternehmung sowie zum Unternehmenserfolg. 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.

210. Die Erhebung der nach den Geschäftsvolumina größten Unternehmen der Wirtschaftsbereiche Produzierendes Gewerbe, Handel, Verkehr und Dienstleistungen, Kreditwirtschaft und Versicherungsgewerbe beinhaltet die Ermittlung der nach Umsatz 50 größten Industrieunternehmen sowie der jeweils zehn größten Handelsunternehmen, Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen, Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen. Hierdurch wird der Vergleich der Kriterien Wertschöpfung und Geschäftsvolumen in ihren Entwicklungen bei nahezu allen Unternehmen unter den nach Wertschöpfung „100 Größten“ ermöglicht.

211. Die Zuordnung der betrachteten Konzerne zu den genannten Branchen erfolgt anhand der Angaben in ihrer Segmentberichterstattung sowie der im Rahmen der Unternehmensbefragung ermittelten Angaben zu branchenfremden Geschäftsvolumina. Wie angesichts der Größe der betrachteten Unternehmensgruppen zu erwarten ist, werden in zahlreichen Fällen branchenfremde Unternehmen in den Konsolidierungskreis einbezogen. Einige im Kreise der Nichtfinanzinstitute untersuchten Konzerne zählen Kreditinstitute und Versicherungen zu ihrem Konsolidierungskreis. Umgekehrt werden von einigen

[37] Eine Umrechnung in reale Größen wäre im Rahmen der Untersuchung mit erheblichen methodischen Problemen verbunden. Alle in Abschnitt 3 berichteten einzel- und gesamtwirtschaftlichen Geschäftsvolumina sind dementsprechend in laufenden Preisen dargestellt.

[38] Konzernfremde Kreditinstitute werden hier ebenfalls als Kunden betrachtet.

Kreditinstituten und Versicherungen Dienstleistungsunternehmen konsolidiert. In der Regel sind die Anteile branchenfremder Konzerngesellschaften am gesamten Geschäftsvolumen jedoch gering. Ausnahmen hiervon bilden die Allianz SE sowie die DZ Bank AG, die wesentliche Geschäftsvolumina außerhalb ihres Hauptgeschäftsbereichs aufweisen.

3.2 Industrie

212. Tabelle II.9 gibt einen Überblick über die nach Umsatz 50 größten Industrieunternehmen. Neben dem konsolidierten Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften, der als Ordnungskriterium dient, wird der konsolidierte Umsatz des Gesamtkonzerns ausgewiesen. Zusätzlich wird auch der Rang nach Wertschöpfung angegeben.

213. Abbildung II.5 fasst die Summe der Umsatzerlöse der 50 größten Industrieunternehmen zusammen.[39] Als gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße wird der Gesamtumsatz aller Unternehmen des Produzierenden Gewerbes, wie er aus der Umsatzsteuerstatistik des Statistischen Bundesamtes hervorgeht, herangezogen.[40]

214. Die Umsatzerlöse der 50 größten Industrieunternehmen erhöhten sich im Vergleich zum Berichtsjahr 2006 nominal um 5,6 Prozent auf 774,5 Mrd. Euro. In der Vergleichsperiode 2004/2006 lag das Umsatzwachstum als Folge der günstigen konjunkturellen Rahmenbedingungen bei 18,8 Prozent. Das Wachstum der 50 größten Industrieunternehmen hinkte der allgemeinen Branchenentwicklung hinterher, die im Zeitraum 2006 bis 2008 um 11,4 Prozent zunahm. Der Anteil der „50 Größten“ an dem Geschäftsvolumen aller Unternehmen des Produzierenden Gewerbes sank entsprechend um 1,7 Prozentpunkte auf 31,6 Prozent.

Im Berichtszeitraum hat sich die Zusammensetzung des Kreises der 50 größten Industrieunternehmen geändert. Berücksichtigt man für die Analyse der Umsatzentwicklung nur die 41 Unternehmen, die in beiden Jahren 2006 und 2008 zu den 50 umsatzstärksten Unternehmen zählten, ergibt sich ein vergleichbares Umsatzwachstum von 6,0 Prozent.

215. Aus dem Berichtskreis ausgeschieden sind (Rang 2006 in Klammern) die RAG-Stiftung (vormals RAG AG, 15), die Motorola-Gruppe Deutschland (30), die Nokia-Gruppe Deutschland (36), die maxingvest AG (37), die Linde AG (39), die Bilfinger Berger AG (42), die LANXESS AG (45), die Roche-Gruppe Deutschland (48) sowie die Philips-Gruppe Deutschland (49).

216. Weiterhin sind die folgenden Unternehmen in den Untersuchungskreis eingetreten (Rang 2008 nach Umsatzerlösen in Klammern).

(22) Evonik Industries AG,

(29) INA-Holding Schaeffler KG,

(37) VNG-Verbundnetz Gas AG,

(40) Gazprom-Gruppe Deutschland,

(42) LyondellBasell-Gruppe Deutschland,

(45) STRABAG-Gruppe Deutschland,

(46) K+S AG,

(48) Dow-Gruppe Deutschland,

(49) Fujitsu-Gruppe Deutschland.

[39] 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.

[40] Die angegebenen Werte entsprechen der Summe der Umsatzerlöse der Wirtschaftsabschnitte „C Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden“, „D Verarbeitendes Gewerbe“, „E Energie- und Wasserversorgung“ sowie „F Baugewerbe“.

Tabelle II.9

Die nach Umsatz 50 größten deutschen Industrieunternehmen 2006 und 2008

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)	
2008	1	3	Volkswagen AG	83.449	113.808
2006	1	4		78.344	104.875
2008	2	1	Daimler AG	68.047	95.873
2006	2	3		66.972	151.589
2008	3	7	E.ON AG	50.514	86.753
2006	4	14		42.129	64.197

noch Tabelle II.9

Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzern-gesellschaften	Rang nach der Wert-schöpfung	Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzern-gesellschaften[1]	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne
				(Mio. Euro)	
2008	4	11	Bayerische Motoren Werke AG	44.683	53.197
2006	3	9		42.554	48.999
2008	5	12	RWE AG	39.798	47.500
2006	8	12		32.213	42.871
2008	6	2	Siemens AG	35.757	77.327
2006	6	2		40.913	87.325
2008	7	8	Robert Bosch GmbH	30.539	45.127
2006	9	8		28.100	43.684
2008	8	9	ThyssenKrupp AG	30.471	53.426
2006	10	11		25.386	47.125
2008	9	47	Shell-Gruppe Deutschland	30.279	311.640
2006	7	41		34.509	253.928
2008	10	74	BP-Gruppe Deutschland	28.261	245.541
2006	5	47		41.569	218.465
2008	11	6	BASF SE	27.497	62.304
2006	11	10		22.963	52.610
2008	12	37	Ford-Gruppe Deutschland	19.762[E]	99.454
2006	12	42		15.298[E]	127.522
2008	13	16	Bayer AG	17.270	32.918
2006	13	20		15.225	28.956
2008	14	29	Energie Baden-Württemberg AG	14.641	16.305
2006	16	30		12.336	13.219
2008	15	27	Vattenfall-Gruppe Deutschland	13.462	17.113
2006	18	28		11.124	15.763
2008	16	28	MAN AG	12.796	14.945
2006	27	27		6.786	13.049
2008	17	19	Continental AG	12.502	24.239
2006	24	22		7.659	14.887
2008	18	40	Total-Gruppe Deutschland	12.252	160.331
2006	20	43		10.329	132.689

noch Tabelle II.9

Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzern-gesellschaften	Rang nach der Wert-schöpfung	Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzern-gesellschaften[1]	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne
				(Mio. Euro)	
2008	19	75	General Motors-Gruppe Deutschland	12.144[E]	101.291
2006	14	29		14.641	165.133
2008	20	25	EADS-Gruppe Deutschland	11.755	43.261
2006	19	25		10.553	39.434
2008	21	32	Salzgitter AG	10.893	12.499
2006	25	46		7.334	8.447
2008	22	26	Evonik Industries AG	10.662	15.873
2006	–	–			
2008	23	45	ExxonMobil-Gruppe Deutschland	9.816	289.006
2006	17	44		11.977	266.862
2008	24	24	ZF Friedrichshafen AG	9.480	12.501
2006	23	21		8.275	11.659
2008	25	–	Heraeus Holding GmbH	8.818	15.914
2006	26	–		7.159	12.080
2008	26	–	Dr. August Oetker KG	7.433	9.245
2006	31	–		5.769	7.149
2008	27	38	Porsche Automobil Holding SE	6.530	7.466
2006	28	35		6.262	7.123
2008	28	–	Norddeutsche Affinerie AG	6.428	8.385
2006	32	–		5.725	5.753
2008	29	–	INA-Holding Schaeffler KG	6.424	8.909
2006	–	–			
2008	30	42	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG	6.122	11.595
2006	34	48		5.422[2]	10.574
2008	31	–	Umicore-Gruppe Deutschland	6.073	9.169
2006	35	–		5.400	8.815
2008	32	–	Philip Morris International-Gruppe Deutschland	5.966[E]	17.477
2006	21	63		8.931[S]	80.761

noch Tabelle II.9

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)	
2008	33	–	EWE AG	5.327	5.327
2006	22	85		8.791	8.791
2008	34	36	IBM-Gruppe Deutschland	5.216	70.458
2006	33	40		5.692	72.810
2008	35	66	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland	5.115	80.476
2006	29	86		6.090	72.996
2008	36	92	Stadtwerke Köln GmbH	5.111	5.111
2006	41	92		4.243	4.243
2008	37	–	VNG-Verbundnetz Gas AG	5.031	5.529
2006	–	–			
2008	38	61	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland	4.951	43.800
2006	38	67		4.392	41.596
2008	39	52	Liebherr-International-Gruppe Deutschland	4.808[S]	8.408
2006	46	65		3.744[S]	6.473
2008	40	–	Gazprom-Gruppe Deutschland	4.764	96.175
2006	–	–			
2008	41	43	Stadtwerke München GmbH	4.717	4.717
2006	43	54		4.202	4.202
2008	42	–	LyondellBasell-Gruppe Deutschland	4.646[E]	34.475
2006	–	–		3.276[E]	10.495
2008	43	73	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	4.567	8.758
2006	40	66		4.286	8.308
2008	44	–	ArcelorMittal-Gruppe Deutschland	4.561[S]	84.944
2006	47	72		3.725[S]	46.884
2008	45	79	STRABAG-Gruppe Deutschland	4.550	12.228
2006	–	94		2.739[S]	9.431
2008	46	41	K+S AG	4.268	4.794
2006	—	80		2.509	2.958

noch Tabelle II.9

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)	
2008	47	33	Fresenius SE	4.119	12.336
2006	50	45		3.459	10.777
2008	48	86	Dow-Gruppe Deutschland	4.114	39.104
2006	–	–		3.446	39.122
2008	49	–	Fujitsu-Gruppe Deutschland	4.109	36.245
2006	–	–			
2008	50	39	Sanofi-Aventis-Gruppe Deutschland	4.028[E]	27.568
2006	44	37		4.127[E]	28.373
2008	–	46	RAG-Stiftung (2006: RAG AG)	3.899	3.899
2006	15	15		13.212	18.177
2008	–	–	Motorola-Gruppe Deutschland	1.162	20.496
2006	30	–		5.924	34.149
2008	–	–	Nokia-Gruppe Deutschland	1.584	50.710
2006	36	–		4.646	41.121
2008	–	80	maxingvest AG	3.962	9.194
2006	37	58		4.458	9.038
2008	–	97	Linde AG	3.527	12.663
2006	39	75		4.368	12.439
2008	–	71	Bilfinger Berger AG	3.245	9.757
2006	42	50		4.243	7.509
2008	–	–	LANXESS AG	3.642	6.576
2006	45	95		4.111	6.944
2008	–	56	Roche-Gruppe Deutschland	3.585[E]	28.739
2006	48	51		3.715	26.730
2008	–	100	Philips-Gruppe Deutschland	3.505	26.385
2006	49	76		3.631	26.976

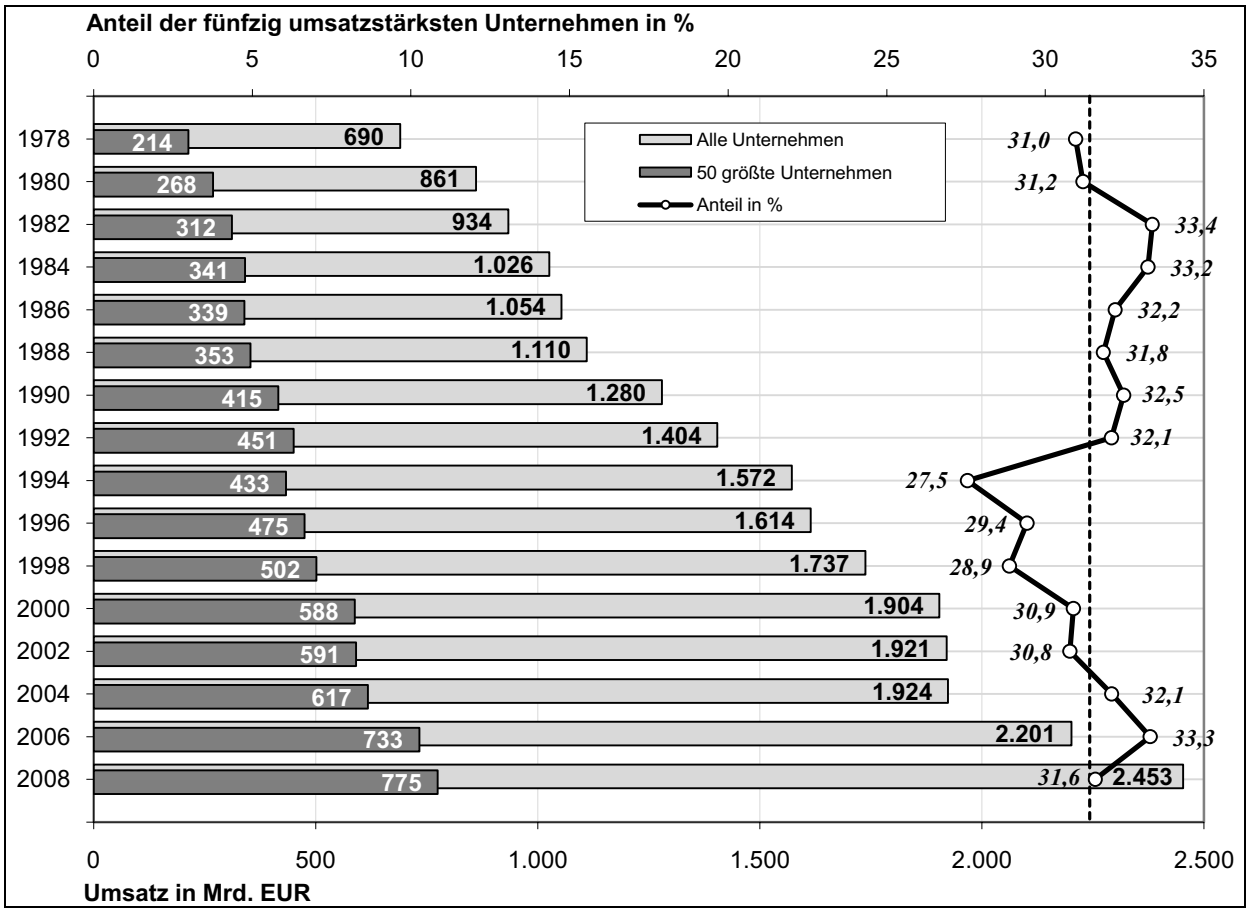
[1] Konsolidierte Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen. Mit [S] gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Summenabschluss und [E] steht für den Einzelabschluss.

[2] Aktualisierter Wert.

Quelle: Eigene Erhebungen

Abbildung II.5

Entwicklung des Geschäftsvolumens der 50 größten sowie aller Industrieunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2008



Quelle: Eigene Erhebungen

Die inländischen Umsatzerlöse der Evonik Industries AG wurden für das Berichtsjahr 2008 erstmals berücksichtigt, nachdem die bisherigen Anteilseigner E.ON AG, RWE AG, ThyssenKrupp AG und die ArcelorMittal S. A. ihre Beteiligungen zum 30. November 2007 veräußerten. Die Evonik Industries AG wurde im Geschäftsjahr 2008 anteilig in den Konzernabschluss der RAG-Stiftung einbezogen. Die im Rahmen der Untersuchung berücksichtigten Umsätze des RAG-Stiftung-Konzerns umfassen seit dem Geschäftsjahr 2008 im Wesentlichen die Tätigkeitsbereiche Bergbau sowie Grundstücks- und Wohnungswesen.[41]

Der Eintritt der INA-Holding Schaeffler KG in den Kreis der nach Umsatz 50 größten deutschen Unternehmen ist erhebungstechnisch bedingt. Für das Geschäftsjahr 2008 hat das Unternehmen der Monopolkommission die Angaben zu den inländischen Umsatzerlösen und Beschäftigten übermittelt. Mit einem inländischen Umsatzvolumen von 6.424 Mio. Euro belegt die INA-Holding Schaeffler KG im Jahr 2008 den 29. Rang der umsatzstärksten deutschen Unternehmen. Aufgrund der rechtlichen Ausgestaltung des Konzerns konnte die Wertschöpfung der INA-Holding Schaeffler KG für das Geschäftsjahr 2008 wie in den vergangenen Hauptgutachten nicht berechnet werden. Ebenso erhebungstechnisch bedingt ist der Eintritt der Fujitsu-Gruppe Deutschland.

Im Geschäftsjahr 2007 wurde die VNG-Verbundnetz Gas AG aus dem Konzern der EWE AG entkonsolidiert und seitdem als assoziiertes Unternehmen anteilig in den Konzernabschluss einbezogen. Im Konzernabschluss 2006 nach handelsrechtlichen Vorschriften wurde die VNG-Verbundnetz Gas AG noch als Teilkonzern vollkonsolidiert. Der Umsatz der EWE AG sank in der Folge um 39 Prozent auf 5 327 Mio. Euro in 2008.[42]

In den vergangenen Jahren expandierte die OAO Gazprom, Moskau, über die deutsche Konzerngesellschaft Gazprom Germania GmbH, Berlin, auf dem deutschen Markt. Der Anstieg der Umsatzerlöse wurde im Wesentli-

[41] Vgl. Tz. 182.

[42] Vgl. Tz. 183.

chen durch erheblich gesteigerte Absatzmengen von Erdgas in Verbindung mit bis Mitte des Jahres 2008 überdurchschnittlich gestiegenen Preisen getrieben. Auch die LyondellBasell-Gruppe Deutschland konnte im Geschäftsjahr 2007 die Umsatzerlöse in den Segmenten Monomere und Polymere aufgrund gestiegener Produktions- und Absatzmengen sowie einer positiven Preisentwicklung steigern. Zudem wickelte die Gesellschaft im Geschäftsjahr 2008 vorübergehend den Mineralölerwerb und -vertrieb einer ausländischen Konzernraffinerie ab.

Der Eintritt der STRABAG-Gruppe Deutschland ist auf eine geänderte Erhebungsmethodik zurückzuführen. Für das Berichtsjahr 2008 wurde für die statistischen Auswertungen auf die unkonsolidierten Inlandsangaben der beiden größten deutschen Gesellschaften, der STRABAG AG, Köln, und der Ed. Züblin AG, Stuttgart, zurückgegriffen. Die inländischen Umsatz- und Beschäftigtenangaben für das Untersuchungsjahr 2008 wurden dem Segmentbericht der Konzernobergesellschaft, der STRABAG SE, Villach, entnommen.

Die K+S AG erzielte gegenüber der Vorperiode ein Umsatzwachstum von über 70 Prozent. Der Anstieg der inländischen Wertschöpfung betrug im gleichen Zeitraum 102 Prozent. Der jeweilige Anstieg wurde durch positive Preiseffekte in den Produktsegmenten Standard- und Spezialdüngemittel begünstigt.[43]

[43] Vgl. Tz. 184.

Das Umsatzwachstum der Dow-Gruppe Deutschland ist ebenso wie der Anstieg der inländischen Wertschöpfung auf externes Wachstum zurückzuführen.[44]

3.3 Handel

217. In Tabelle II.10 sind die gemessen an ihren Inlandsumsätzen zehn größten deutschen Handelsunternehmen aufgelistet. Analog dem Vorgehen in Tabelle II.9 wurden neben den Umsätzen der inländischen Konzerne die Gesamtkonzern- bzw. Gruppenumsätze ausgewiesen. In Abbildung II.6 sind ergänzend für den Zeitraum 1978 bis 2008 die Summe der Umsätze der zehn größten Handelsunternehmen sowie gemäß der Umsatzsteuerstatistik die Summe der Umsatzerlöse aller Handelsunternehmen in der Bundesrepublik Deutschland dargestellt.[45]

Die Wachstumsrate des Umsatzes der größten Handelsunternehmen schwächte sich mit 4,5 Prozent gegenüber der Vorperiode leicht ab (2004/2006: 5,6 Prozent) und blieb erneut hinter der nominalen Entwicklung des Gesamtmarktes (8,2 Prozent) zurück. Ihr Anteil am gesamten Marktvolumen beläuft sich im Jahr 2008 auf 9,9 Prozent.

[44] Vgl. Tz. 182.

[45] Die angegebenen Werte entsprechen der Summe der Umsatzerlöse des Wirtschaftsabschnittes „G Handel; Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen und Gebrauchsgütern“. Detaillierte Umsatzangaben, die jeweiligen Anteilswerte sowie die Veränderungsraten sind in den Anlagen zu diesem Gutachten aufgeführt.

Tabelle II.10

Die nach Umsatz zehn größten deutschen Handelsunternehmen 2006 und 2008

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)
2008	1	30	REWE-Gruppe	33.946	49.801
2006	1	24		31.216	43.450
2008	2	18	Metro AG	26.700	67.956
2006	2	17		26.440	59.882
2008	3	35	Schwarz-Gruppe*	23.880	54.340
2006	3	39		21.525	41.730
2008	4	31	Aldi-Gruppe*	22.370	46.770
2006	4	36		20.900	39.810
2008	5	95	EDEKA Zentrale AG & Co. KG	15.952	15.952
2006	5	56		16.525	16.525
2008	6	64	Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG[3]	12.868	22.649
2006	6	53		14.200	24.520

noch Tabelle II.10

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)
2008	7	63	ARCANDOR AG	11.291	19.357
2006	7	26		10.330	13.150
2008	8	–	ConocoPhillips-Gruppe Deutschland	8.028	167.379
2006	–	–		3.560	150.140
2008	9	–	Lekkerland AG & Co. KG[4]	6.727	11.598
2006	9	–		6.331	10.554
2008	10	–	Phoenix Pharmahandel GmbH & Co. KG[5]	6.529	21.532
2006	10	–		5.988	20.732
2008	–	55	Otto Group	5.423	10.109
2006	8	62		7.525	15.251

[1] Bei mit * gekennzeichneten Unternehmen handelt es sich um Schätzwerte.

[2] Konsolidierte Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen.

[3] Das Geschäftsjahr 2008 der Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG bezieht sich auf die Monate Mai bis Dezember. Die ausgewiesenen Umsätze des Rumpfgeschäftsjahres wurden auf den Zwölfmonatszeitraum hochgerechnet.

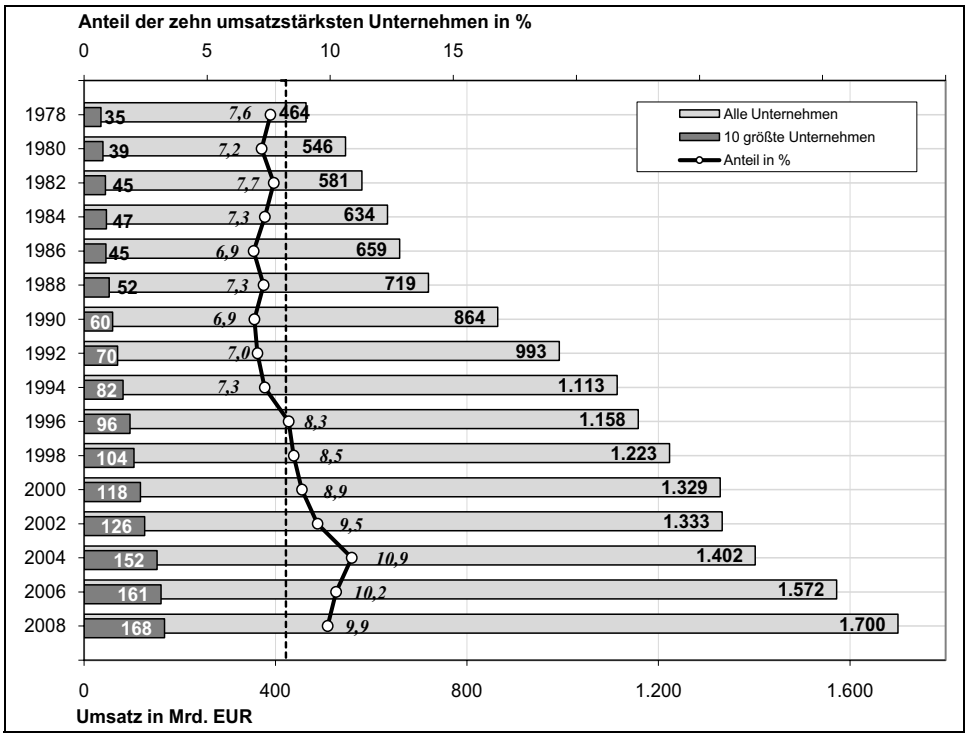
[4] 2006: Lekkerland GmbH & Co. KG.

[5] 2006: Phoenix Pharmahandel AG & Co. KG.

Quelle: Eigene Erhebungen

Abbildung II.6

Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Handelsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2008



Quelle: Eigene Erhebungen

218. Die ausgewiesenen Umsätze der Aldi-Gruppe sowie der Schwarz-Gruppe beruhen auf Schätzungen. Die Umsatzerlöse wurden den um die Umsatzsteuer korrigierten Angaben in den Veröffentlichungen der Datenanbieter TradeDimensions und Planet Retail entnommen.

Der Kreis der zehn größten Handelsunternehmen blieb gegenüber 2006 nahezu unverändert. Der Eintritt der Conoco Phillips-Gruppe Deutschland resultiert vornehmlich aus der Änderung des Geschäftsmodells der zum deutschen Teilkonzern zählenden Wilhelmshavener Raffineriegesellschaft mbH, Wilhelmshaven. Seit Anfang April 2008 tritt die Gesellschaft als Händler von Rohstoffen und Mineralölerzeugnissen auf und erzielte im Geschäftsjahr 2008 Nettoumsatzerlöse in Höhe von 3,4 Mrd. Euro. Die Tätigkeitsschwerpunkte der ConocoPhillips-Gruppe Deutschland umfassen den Großhandel mit Mineralölerzeugnissen und das Tankstellengeschäft. Die Otto Group schied als Folge ihrer Trennung von dem Geschäftssegment Großhandel im Jahr 2007 aus dem Kreis der zehn größten Handelsunternehmen aus.

Die EDEKA Zentrale AG & Co. KG belegt unverändert den fünften Rang unter den deutschen Handelsunternehmen. Würde man statt des Umsatzes der EDEKA Zentrale AG & Co. KG den Gesamtumsatz der EDEKA-Gruppe als Bemessungsgrundlage heranziehen, läge die EDEKA-Gruppe mit einem Umsatz von 33,8 Mrd. Euro auf dem zweiten Platz der größten deutschen Handelsunternehmen, nahezu gleichauf mit der REWE-Gruppe.[46]

3.4 Verkehr und Dienstleistungen

219. Tabelle II.11 fasst die Umsätze der der inländischen Konzernteile und die Gesamtumsätze der zehn größten deutschen Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen zusammen.

220. Der Kreis der zehn größten deutschen Dienstleistungs- und Verkehrsunternehmen blieb gegenüber 2006 mit lediglich einem Wechsel nahezu konstant. Neu in den Kreis eingetreten ist die Rethmann AG & Co. KG, die den Konzernumsatz bis Ende 2008 über ihre Unternehmensbereiche Remondis AG & Co. KG und Rhenus AG Co. KG überwiegend durch externes Wachstum um 97,8 Prozent auf 9,4 Mrd. Euro steigern konnte. Die Umsätze der inländischen Konzernbereiche wuchsen im gleichen Zeitraum um 104,3 Prozent auf 6,5 Mrd. Euro.[47] Aus dem Kreis ausgeschieden ist die Thomas Cook AG, die im Geschäftsjahr 2007 vollständig von der ARCANDOR AG übernommen wurde.

221. Die jeweils zehn größten Unternehmen des Verkehrs- und Dienstleistungsgewerbes erzielten zusammen in den vergangenen 30 Jahren die in Abbildung II.7 ausgewiesenen Umsätze. Ergänzend ist in der Abbildung der in der Umsatzsteuerstatistik ausgewiesene Umsatz aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen[48] dargestellt.

Die Umsatzerlöse der zehn größten Dienstleistungs- und Verkehrsunternehmen sanken bedingt durch die deutlichen inländischen Umsatzrückgänge der Deutschen Telekom AG (-3,6 Mrd. Euro) sowie der Deutschen Post AG (-8,1 Mrd. Euro) um 1,3 Prozent. Der Umsatzrückgang der Deutschen Telekom AG ist auf eine negative Entwicklung im operativen Geschäftssegment Breitband/Festnetz zurückzuführen, die Umsätze der Deutschen Post AG schrumpften größtenteils aufgrund der Auflösung des Geschäftsbereichs Finanzdienstleistungen im Geschäftsjahr 2008.

222. Das nominale Wachstum der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße betrug 7,0 Prozent. Der Anteil der Großunternehmen an den Umsatzerlösen aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen nahm seit dem Untersuchungsjahr 2000 stetig ab und lag im Berichtsjahr 2008 bei 12,9 Prozent.

[46] Vgl. Tz. 184. 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.

[47] Vgl. Tz. 182.

[48] Der angegebene Wert entspricht der Summe der Umsatzerlöse der Wirtschaftsabschnitte „I Verkehr und Nachrichtenübermittlung“, „K Grund- und Wohnwirtschaft, Vermietung beweglicher Sachen, Dienstleistungen für Unternehmen“ sowie „O Erbringung von sonstigen öffentlichen und persönlichen Dienstleistungen“. Eine detaillierte Übersicht zu den einzelnen Umsatzangaben, den jeweiligen Anteilswerten sowie den Veränderungsraten ist in den Anlagen zu diesem Gutachten veröffentlicht.

Tabelle II.11

Die nach Umsatz zehn größten deutschen Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen 2006 und 2008

Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften[1] (Mio. Euro)	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne (Mio. Euro)
2008	1	4	Deutsche Telekom AG	28.885	61.666
2006	1	1		32.460	61.347
2008	2	5	Deutsche Bahn AG	21.984	33.452
2006	3	5		19.857	30.053
2008	3	13	Deutsche Lufthansa AG	19.912	24.870
2006	4	13		17.999	19.849
2008	4	10	Deutsche Post AG	16.765	54.474
2006	2	6		24.829	60.545

noch Tabelle II.11

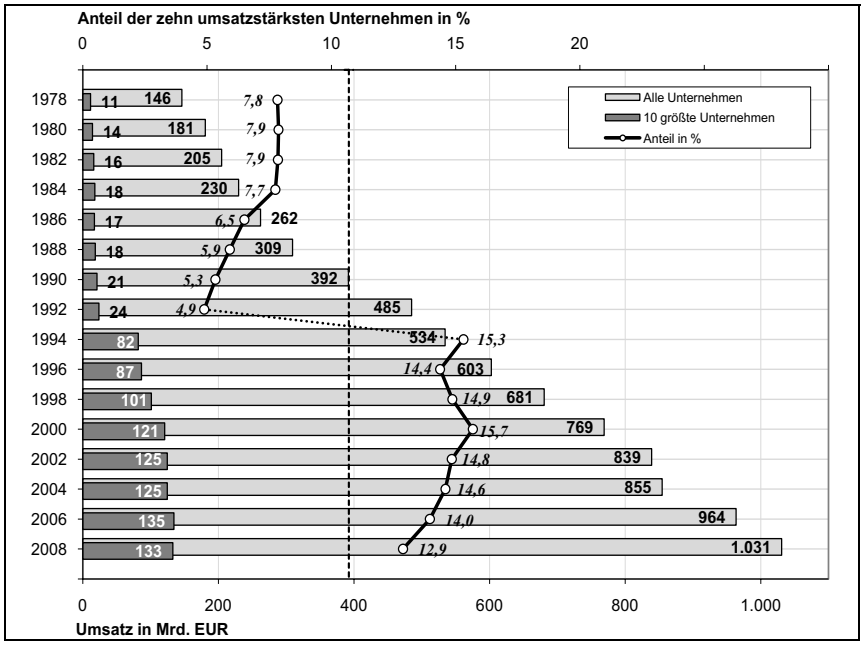
Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzern-gesellschaften	Rang nach der Wert-schöpfung	Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzern-gesellschaften[1] (Mio. Euro)	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne (Mio. Euro)
2008	5	68	TUI AG	11.724	18.714
2006	6	77		9.783	20.515
2008	6	15	Vodafone-Gruppe Deutschland	10.394[S]	51.509
2006	5	19		10.609[S]	48.762
2008	7	34	Bertelsmann AG	6.835	16.118
2006	7	34		6.711	19.297
2008	8	60	Rethmann AG & Co. KG	6.495	9.368
2006	–	–		3.178	4.736
2008	9	22	SAP AG	6.202	11.575
2006	8	23		5.209	9.402
2008	10	–	Telefónica-Gruppe Deutschland	3.595	57.946
2006	9	–		3.622	52.901
2008	–	–	Thomas Cook AG		
2006	10	–		3.484	7.780

[1] Konsolidierte Umsätze der inländischen Konzerngesellschaften inklusive der Umsätze mit ausländischen verbundenen Unternehmen. Mit [S] gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Summenabschluss.

Quelle: Eigene Erhebungen

Abbildung II.7

Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen im Zeitraum 1978 bis 2008[1]



[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

3.5 Kreditgewerbe

223. Tabelle II.12 gibt einen Überblick über die nach der Bilanzsumme der inländischen Konzernbereiche zehn größten Kreditinstitute 2006 und 2008. Zusätzlich zu den Angaben für die inländischen Konzerne werden die Bilanzsummen der Gesamtkonzerne ausgewiesen.

224. Die inländische Bilanzsumme der zehn größten deutschen Kreditinstitute änderte sich im Berichtszeitraum mit Ausnahme der Deutschen Bank AG und der WestLB AG nur unwesentlich, sodass die Rangpositionen weitestgehend mit denen der Vorperiode übereinstimmen. Die massive Erhöhung der inländischen Bilanzsumme sowie der Bilanzsumme des Konzerns der Deutschen Bank AG ist zum einen auf die Umstellung des Rechnungslegungsstandards von US-GAAP auf IFRS im Jahr 2007 zurückzuführen, zum anderen – und mit dieser Umstellung zusammenhängend – trugen die zum Fair-Value bewerteten Vermögenswerte und finanziellen Verpflichtungen (positive und negative Marktwerte von Derivaten) zum Anstieg der Bilanzsumme bei.

225. Die jeweils zehn größten Kreditinstitute wiesen am Bilanzstichtag des Berichtsjahres in der Summe eine konsolidierte Bilanzsumme von 5 205,8 Mrd. Euro (2006: 4 030,4 Mrd. Euro) auf. Mit Ausnahme der WestLB AG und der Norddeutschen Landesbank Girozentrale sind die größten inländischen Kreditinstitute auch im Kreis der „100 Größten“ nach Wertschöpfung vertreten.

Tabelle II.12

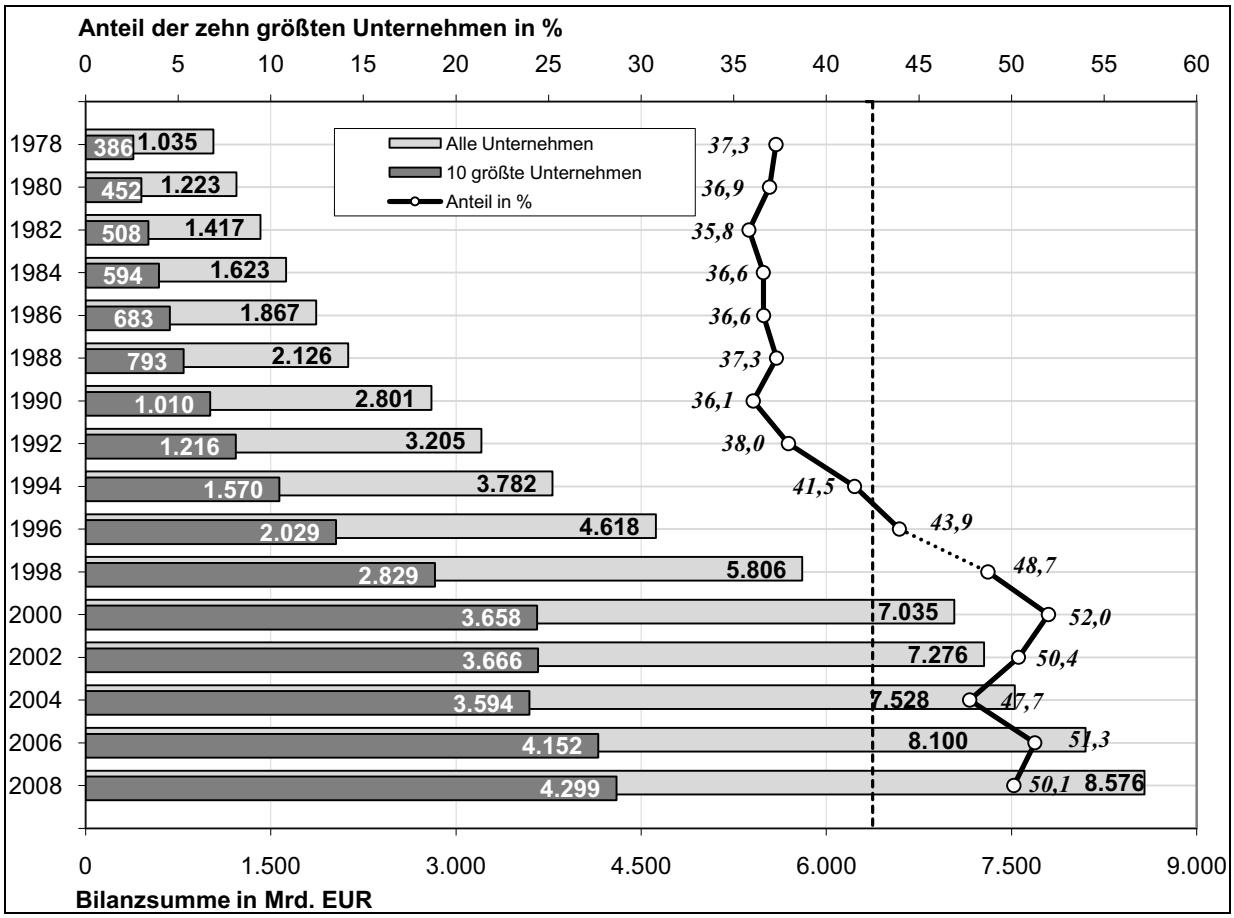
Die nach Bilanzsumme zehn größten deutschen Kreditinstitute 2006 und 2008

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)
2008	1	14	Deutsche Bank AG	2.093	2.202
2006	1	7		1.039	1.126
2008	2	20	Commerzbank AG	490	625
2006	2	38		484	608
2008	3	58	Landesbank Baden-Württemberg	409	448
2006	3	32		425	428
2008	4	51	DZ Bank AG	399	427
2006	4	31		412	439
2008	5	44	KfW Bankengruppe	395	395
2006	5	60		360	360
2008	6	70	Bayerische Landesbank	367	422
2006	6	49		338	353
2008	7	17	Allianz SE (Dresdner Bank AG)	345	441
2006	7	16		326	506
2008	8	–	WestLB AG	246	288
2006	10	78		191	285
2008	9	23	UniCredit-Gruppe Deutschland	242	1.046
2006	8	33		253	823
2008	10	–	Norddeutsche Landesbank Girozentrale	219	244
2006	9	–		203	203

Quelle: Eigene Erhebungen

Abbildung II.8

Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Kreditinstitute im Zeitraum 1978 bis 2008[1]



[1] Ab 1998 ist in der Abbildung die unkonsolidierte Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute dargestellt.

Quelle: Eigene Erhebungen

Die Bilanzsumme aller Kreditinstitute einschließlich ausländischer Filialen, die von der Deutschen Bundesbank ermittelt werden, betrug im Dezember des Jahres 2008 8 575,6 Mrd. Euro (2006: 8 099,9 Mrd. Euro).[49] 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.[50]

Die unkonsolidierte Bilanzsumme der den zehn größten Bankkonzernen angehörenden Kreditinstitute betrug 2006 insgesamt 4 151,9 Mrd. Euro. Wie in Abbildung II.8 dargestellt, hatten die zehn größten Kreditinstitute somit einen Anteil an der nominalen Bilanzsumme aller Kreditinstitute von 51,3 Prozent. Im Jahr 2008 ist dieser Anteil mit einer unkonsolidierten Bilanzsumme von 4 298,9 Mrd. Euro leicht auf 50,1 Prozent gesunken.[51]

3.6 Versicherungsgewerbe

226. Die jeweils zehn größten deutschen Versicherungen erreichten im Jahr 2008 über ihre inländischen Konzerngesellschaften zusammen Beitragseinnahmen in Höhe von 119 055 Mio. Euro (2006: 114 792 Mio. Euro). Im Jahr 2008 betrugen die gebuchten Bruttobeiträge aller Erst- und Rückversicherungsunternehmen in Deutschland

[49] Vgl. Deutsche Bundesbank, Bankenstatistik, Statistisches Beiheft zum Monatsbericht 1, Februar 2010, S. 106.

[50] Ab 1998 wird der Anteil anhand der unkonsolidierten Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute ermittelt. Um eine Vergleichbarkeit mit der Vorperiode und der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße zu gewährleisten, wurde die unkonsolidideerte Bilanzsumme der Deutschen Bank AG analog dem Vorgehen der Deutschen Bundesbank um den Marktwert von Derivaten bereinigt. Der ausgewiesene Wert für die unkonsolidierte Bilanzsumme ist im Berichtsjahr 2008 entsprechend niedriger als die konsolidierte Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute.

[51] Eine detaillierte Übersicht zu den einzelnen Angaben zur Bilanzsumme, den jeweiligen Anteilswerten sowie den Veränderungsraten ist in den Anlagen zu diesem Gutachten veröffentlicht.

213 992 Mio. Euro (2006: 217 018 Mio. Euro).[52] Dies entspricht einem Wachstum der zehn größten Versicherungskonzerne von 3,7 Prozent bzw. einer Abnahme aller Erst- und Rückversicherungsunternehmen von 1,4 Prozent.

227. 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 betrugen 2006 insgesamt 133 293 Mio. Euro. Die zehn größten Versicherungen hatten somit einen Anteil an den nominalen Beitragseinnahmen aller Versicherungsunternehmen von 61,4 Prozent. Dieser Anteil erhöhte sich im Jahr 2008 leicht auf 62,6 Prozent, dies entspricht den unkonsolidierten Beitragseinnahmen der Großunternehmen von 134 048 Mio. Euro (vgl. Abbildung II.9).[53] Unverändert stellt die Versicherungsbranche somit von den hier untersuchten Wirtschaftszweigen neben dem Kreditgewerbe denjenigen dar, dessen Geschäftsvolumen in höchstem Umfang auf Großunternehmen entfällt.

228. In Tabelle II.13 sind die nach Beitragseinnahmen zehn größten deutschen Versicherungsunternehmen im Einzelnen aufgeführt. Wie bei den Unternehmen der anderen Bereiche sind neben den Beiträgen der inländischen Gesellschaften die Weltkonzernbeiträge angegeben.

Veränderungen in der Zusammensetzung des Kreises haben im Berichtszeitraum nicht stattgefunden. Die AXA-Gruppe Deutschland konnte die inländischen Bruttobeitragseinnahmen im Zuge der Übernahme der DBV-Winterthur-Gruppe durch die AXA S.A., Paris, am 22. Dezember 2006 um 53,8 Prozent auf nunmehr 9 583 Mio. Euro steigern und ihre Position in der Rangliste um drei Plätze erhöhen.

[52] Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Statistik der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – Erstversicherungsunternehmen 2008, S. 10.

[53] Die ausführlichen Angaben zu den Beitragseinnahmen, den jeweiligen Anteilswerten sowie den Veränderungsraten sind in den Anlagen zu diesem Gutachten dargestellt.

Tabelle II.13

Die nach Beitragseinnahmen zehn größten deutschen Versicherungsunternehmen 2006 und 2008

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)
2008	1	21	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	28.821	37.829
2006	1	18		30.174	37.436
2008	2	17	Allianz SE	25.696	60.444
2006	2	16		26.278	58.524
2008	3	85	Generali-Gruppe Deutschland	11.908	68.805
2006	3	87		11.743	64.526
2008	4	88	AXA-Gruppe Deutschland	9.583	84.662
2006	7	82		6.232	72.099
2008	5	51	DZ Bank AG (R+V Versicherung AG)	9.451	9.451
2006	4	31		8.945	8.945
2008	6	–	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V. a. G.	9.010	19.005
2006	5	91		7.706	19.368
2008	7	87	Debeka-Gruppe	7.683	7.683
2006	6	70		7.306	7.306

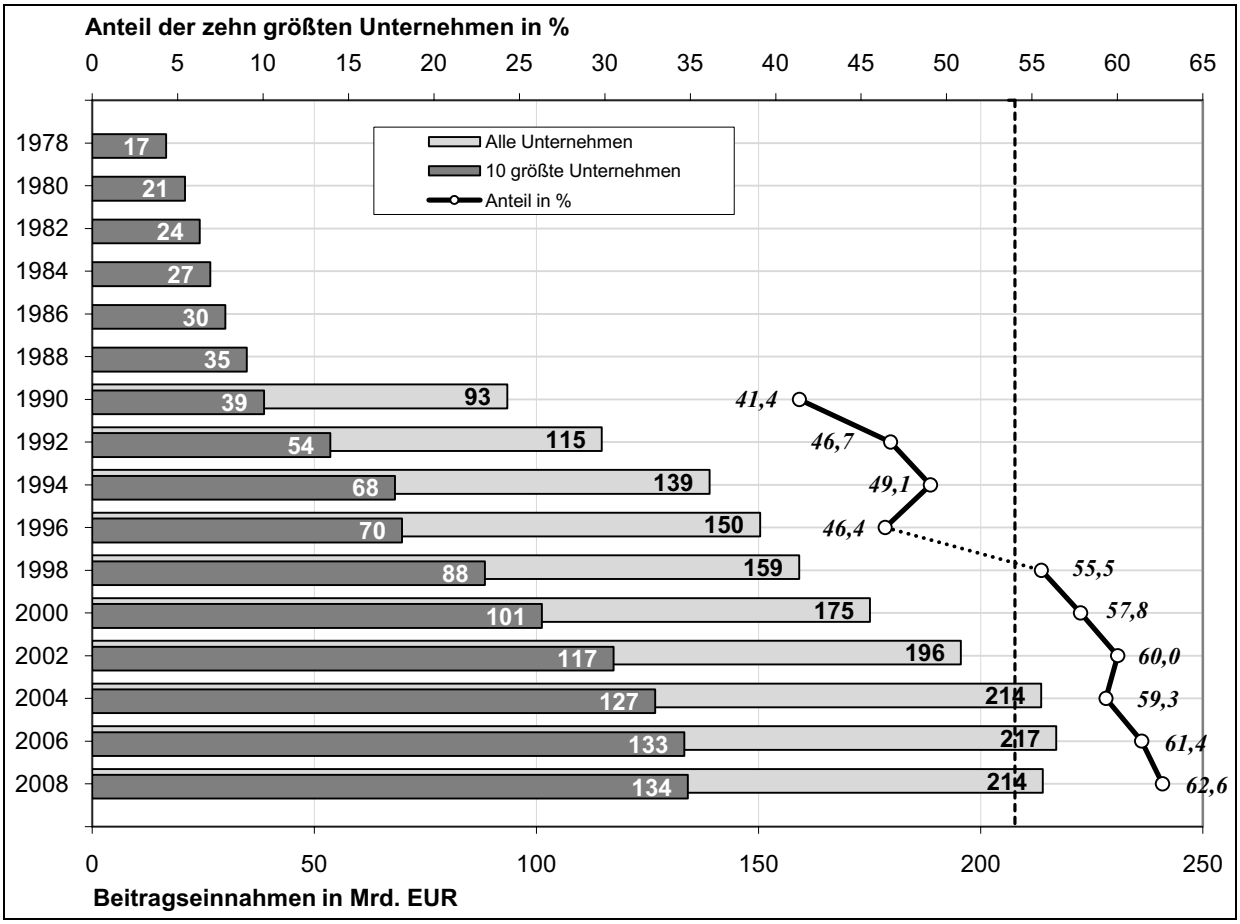
noch Tabelle II.13

Jahr	Rang nach den Beitrags-einnahmen der inländischen Konzern-gesellschaften	Rang nach der Wert-schöpfung	Unternehmen	Konsolidierte Beitrags-einnahmen der inländischen Konzern-gesellschaften (Mio. Euro)	Konsolidierte Beitrags-einnahmen der Gesamtkonzerne (Mio. Euro)
2008	8	–	Zurich Financial Services-Gruppe Deutschland	6.126	35.283
2006	8	–		6.067	37.005
2008	9	–	Versicherungskammer Bayern	5.964	5.964
2006	9	–		5.608	5.608
2008	10	–	HUK-COBURG	4.813	4.813
2006	10	84		4.734	4.734

Quelle: Eigene Erhebungen

Abbildung II.9

Entwicklung des Geschäftsvolumens der zehn größten sowie aller Versicherungskonzerne im Zeitraum 1978 bis 2008[1]



[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

4. Verflechtungen der „100 Größten“

4.1 Problemstellung

229. Finanziell und personell verflochtene Unternehmen sind von wettbewerbspolitischer Relevanz, sofern die beteiligten Unternehmen eine marktmächtige Stellung einnehmen und aufgrund gleich gerichteter Interessen nicht wettbewerblich agieren. Die Monopolkommission ist sich jedoch bewusst, dass personelle oder kapitalmäßige Verflechtungen nicht per se wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entfalten. So können personelle und finanzielle Verflechtungen aus einer institutionenökonomischen Perspektive aufgrund bestehender Steuerungs- und Kontrollbefugnisse eine effizienzsteigernde Koordination ökonomischer Aktivitäten bewirken.

230. Der Bewertung personeller Verflechtungen als Konzentrationstatbestand liegt dagegen 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 erleichtert werden können. Aus einer wettbewerbspolitischen Perspektive ist dieser Sachverhalt insbesondere im Falle von Verflechtungen zwischen Unternehmen, die durch personelle Verbindungen zwischen Geschäftsführungen und Kontrollorganen miteinander verbunden sind, die wirtschaftliche Aktivitäten in denselben Wirtschaftszweigen aufweisen, als kritisch zu beurteilen. Im Falle derartiger Verbindungen besteht tendenziell die Gefahr eines wettbewerbspolitisch ungewollten Informationsaustausches zwischen Wettbewerbern. Überdurchschnittlich hohe Renditen der personell verflochtenen Unternehmen im Vergleich zu den nicht verflochtenen Wettbewerbern in der Branche könnten entsprechend als Indikator für abgestimmte Verhaltensweisen gedeutet werden.[54]

Dieses Argument lässt sich durch die Tatsache abschwächen, dass eine mögliche Kartellierung zwischen Wettbewerbern in der Praxis keiner offiziellen Vertretung in dem Aufsichtsrat des Konkurrenten bedarf. Ein solches Szenario ist auch dahingehend eher unwahrscheinlich, als diese Verhaltensabstimmung mit einer Preisgabe interner Informationen an einen Wettbewerber relativ teuer erkauft werden müsste. In der Unternehmenspraxis werden potenzielle Interessenkonflikte in der Regel bereits gemäß der individuellen Satzung ausgeschlossen. Einschränkend auf den Aussagegehalt der Untersuchungen wirkt sich ferner die im Rahmen der Studie 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.

231. Gemeinsame Interessen aufgrund von Beteiligungsbeziehungen bestehen, 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.

232. 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 Einflusspotenzial 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 unternehmensinterne 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.[55] Die Untersuchungen der Monopolkommission zeigen jedoch, dass diese Möglichkeit der direkten Kontrolle in den vergangenen Jahren zunehmend an Bedeutung verloren hat.[56]

233. Personelle Verflechtungen zwischen Großunternehmen haben zudem eine gesellschaftspolitische Dimension, die über wettbewerbspolitische Problemstellungen im engeren Sinne hinausgehen kann. So ist unabhängig davon, ob die personellen 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.

234. Die isolierte Betrachtung der gemäß den Vorschriften des Handelsgesetzbuches bzw. Aktiengesetzes abge-

[54] Belege für diese Annahme sind empirisch nur schwer offenzulegen, 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.

[55] 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, 2010, S. 35–71.

[56] Eine ausführliche Diskussion der Gründe für diese Entwicklung findet sich in Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 403 ff., sowie Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 354 ff.

grenzten 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).[57] Fasst man den Begriff der Unternehmung als wirtschaftlicher Einheit weiter, so ist auch eine Betrachtung von Gruppen von Unternehmen im Sinne rechtlicher Einheiten, zwischen denen lediglich Minderheitsbeteiligungen bestehen und welche Überschneidungen der Leitungs- und Kontrollgremien in Form personeller Verflechtungen aufweisen, als ein Unternehmen denkbar.

235. 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.

236. Inländische Teilkonzerne werden von den ausländischen Muttergesellschaften mehr oder weniger weitreichend gesteuert und haben daher nicht immer eine Konzernobergesellschaft im Inland, von der der Anteilsbesitz oder die Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane ermittelt werden können. 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“ 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 ausländischer Konzernobergesellschaften als auch der Mutterunternehmen selbst.

Da Gleichordnungskonzerne keine einzelne Konzernobergesellschaft besitzen, untersucht die Monopolkommission den Verflechtungsgrad sämtlicher Gesellschaften bzw. Versicherungsvereine, welche an der Konzernspitze der im Kreis der „100 Größten“ vertretenen Gleichordnungskonzerne stehen.

4.2 Anteilsbesitz an den „100 Größten“

4.2.1 Gegenstand und Datenquellen

237. Gegenstand der folgenden Abschnitte ist eine Analyse der Eigenkapitalgeber der „100 Größten“. Zum einen erfolgt eine Betrachtung der gesamten Anteilseignerstruktur der „100 Größten“ hinsichtlich der Anteilseignergruppen Großunternehmen, ausländische Anteilseigner, Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen, öffentliche Hand, Streubesitz sowie sonstige Anteilseigner. Weiterhin wird die Verflechtung über Kapitalbeteiligungen innerhalb der Gruppe der Großunternehmen gesondert untersucht.

Im vorliegenden Hauptgutachten wird nur der Anteilsbesitz von Stammaktien berücksichtigt. Die Vorzugsaktien, die bis zum Fünfzehnten Hauptgutachten mit einbezogen waren, verlieren zum einen ihre Popularität in Deutschland. Zum anderen kann eine Vermischung der Beteiligungen an Stamm- und Vorzugsaktien die tatsächlichen Kontrollverhältnisse bei einem Unternehmen verzerren, da die Vorzugsaktien in der Regel stimmrechtslos sind und einen geringeren Einfluss auf die Unternehmenspolitik erlauben. Die Fälle, bei denen die Nichtberücksichtigung von Vorzugsaktien starke Änderungen des Anteilsbesitzes verursachte, werden im nächsten Abschnitt diskutiert.[58]

Berücksichtigt werden sowohl direkte als auch indirekte Beteiligungen. Die indirekten Beteiligungen werden dem Unternehmen am obersten Ende der Beteiligungskette in voller Höhe zugerechnet, wenn dieses Unternehmen die zwischengeschalteten Beteiligungsgesellschaften kontrolliert.

238. 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 Anteilseigner an den „100 Größten“ darstellen zu können, wird ergänzend in Tabelle II.14 der Anteil des Staates an den entsprechenden Unternehmen insgesamt in Klammern angegeben. Diese Zugehörigkeit zu den beiden Anteilseignergruppen öffentliche Hand und Großunterneh-

[57] Vgl. Tz. 160.

[58] Vgl. Tz. 242.

men aus dem Kreis der „100 Größten“ wiesen in der aktuellen und in vergangenen Perioden die KfW Bankengruppe, die RAG-Stiftung sowie vereinzelt die Landesbanken auf.

239. Bei der Zusammenstellung der Anteilseigner und der Ermittlung der Verflechtungen wurden die in Tz. 167 genannten Quellen herangezogen. 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 oder gemäß § 287 HGB in einer gesonderten Aufstellung nur angeben, sofern diese mindestens 20 Prozent betragen. Börsennotierte Kapitalgesellschaften müssen zusätzlich Beteiligungen an großen Kapitalgesellschaften offen legen, 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, 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.[59]

Eine Zuordnung zur 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.[60] Die zum Teil in Unternehmenspublikationen dargestellte Aktionärsstruktur nach geografischer Verteilung spiegelt sich daher in den zugrunde liegenden Anteilseignergruppen nur bedingt wider.

In einigen Fällen weicht die Kapitalverteilung von der Stimmrechtsverteilung ab. 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 eine Untersuchung des Abstimmungsverhaltens der einzelnen Aktionäre bzw. Aktionärsgruppen ermittelt werden.[61]

[59] 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.

[60] 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 wesentlich verändert hat.

[61] Vgl. Baums, T., Fraune, C., Institutionelle Anleger und Publikumsgesellschaft, Die Aktiengesellschaft 40, 1995, S. 97–112.

Tabelle II.14

Die Anteilseigner der 100 größten Unternehmen 2006 und 2008 nach Gruppen[1]

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand (insgesamt)[3]	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
1	2008	Daimler AG[4]	*2,7*	*16,3*			*22,1*	*58,8*
3	2006		*4,4*	*9,5*			*27,7*	*58,5*
2	2008	Siemens AG		*6,9*		*6,2*	*75,6*	*11,3*[5]
2	2006		*1,2*			*6,2*	*92,6*	
3	2008	Volkswagen AG	*50,8*	*5,6*	*20,1*		*23,6*	
4	2006		*31,0*	*5,6*	*20,8*		*42,6*	

noch Tabelle II.14

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand (insgesamt)[3]	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
4	2008	Deutsche Telekom AG	*16,9*	*10,4*	*14,8* *(31,7)[a)]*		*57,9*	
1	2006		*16,9*	*4,5*	*14,8* *(31,7)[a)]*		*63,8*	
5	2008	Deutsche Bahn AG			*100,0*			
5	2006				*100,0*			
6	2008	BASF SE	*9,0*	*0,7*			*90,3*	
10	2006		*7,7*	*2,0*			*90,4*	
7	2008	E.ON AG	*2,6*	*8,7*	*1,9*		*82,0*	*4,8[6]*
14	2006		*2,5*	*3,5*	*2,0*		*87,3*	*4,7*
8	2008	Robert Bosch GmbH				*99,0*		*1,0[7]*
8	2006					*100,0*		
9	2008	ThyssenKrupp AG	*1,7*	*7,3*		*27,9*	*51,2*	*11,9[8]*
11	2006					*27,9*	*67,1*	*5,0*
10	2008	Deutsche Post AG	*32,4*	*6,0*	*(30,6)[a)]*		*55,6*	*6,0*
6	2006		*32,4*		*(30,6)[a)]*		*58,6*	*9,0*
11	2008	Bayerische Motoren Werke AG				*46,6*	*53,4*	
9	2006		*1,0*			*46,6*	*52,4*	
12	2008	RWE AG	*8,7*	*6,4*	*34,0* *(34,6)[b)]*		*29,9*	*21,0[9]*
12	2006		*7,6*	*6,6*	*29,1*		*0,6*	*56,2*
13	2008	Deutsche Lufthansa AG	*13,6*	*3,1*		*3,1*	*80,2*	
13	2006		*19,2*	*45,8*	*(4,3)[c)]*		*35,1*	
14	2008	Deutsche Bank AG	*5,2*	*11,2*			*78,8*	*4,8[10]*
7	2006			*8,1*			*86,9*	*5,0*
15	2008	Vodafone-Gruppe Deutschland (Vodafone D2 GmbH)		*100,0*				
19	2006			*100,0*				
16	2008	Bayer AG	*2,4*	*24,7*			*72,9*	
20	2006		*3,8*	*10,0*			*86,2*	

noch Tabelle II.14

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand (insgesamt)[3]	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
17	2008	Allianz SE	*7,1*	*10,8*			*82,1*	
16	2006		*5,9*	*7,3*			*86,7*	
18	2008	Metro AG		*5,4*		*31,6*	*28,4*	*34,6*[11]
17	2006			*5,4*		*31,6*	*44,4*	*18,6*
19	2008	Continental AG	*2,5*	*17,8*			*50,2*	*29,5*[12]
22	2006		*2,5*	*11,9*			*85,5*	
20	2008	Commerzbank AG	*8,8*					*91,2*
38	2006		*8,6*	*13,9*			*22,5*	*55,0*
21	2008	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	*10,9*	*7,0*			*18,0*	*64,1*[13]
18	2006		*16,8*				*4,8*	*78,4*
22	2008	SAP AG		*3,2*		*28,8*	*64,1*	*3,9*[14]
23	2006					*31,4*	*66,5*	*2,1*
23	2008	UniCredit-Gruppe Deutschland (Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG)		*100,0*				
33	2006			*93,9*			*6,1*	
24	2008	ZF Friedrichshafen AG			*100,0*			
21	2006				*100,0*			
25	2008	EADS-Gruppe Deutschland (EADS N. V.)	*22,6*	*30,7*[15]				*46,7*
25	2006		*22,7*	*35,9*				*41,4*
26	2008	Evonik Industries AG	*<75,0*	*>25,0*	*(<75,0)*[b)]			
–	2006							
27	2008	Vattenfall-Gruppe Deutschland (Vattenfall Europe AG)		*100,0*[16]				
28	2006			*95,0*			*5,0*	
28	2008	MAN AG	*29,9*	*3,2*			*66,9*	
27	2006		*39,0*				*61,1*	
29	2008	Energie Baden-Württemberg AG[17]		*45,0*	*48,1*		*2,1*	*4,9*
30	2006			*45,0*	*47,3*		*2,8*	*4,9*
30	2008	REWE-Gruppe (Rewe Deutscher Supermarkt KGaA)						*100,0*[18]
24	2006							*100,0*

noch Tabelle II.14

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand (insgesamt)[3]	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
31	2008	Aldi-Gruppe (Aldi Einkauf GmbH & Co. OHG (Nord) und (Süd))				*100,0*		
36	2006					*100,0*		
32	2008	Salzgitter AG		*3,0*	*25,2*		*62,1*	*9,7*[19]
46	2006				*25,2*		*65,1*	*9,7*
33	2008	Fresenius SE	*9,7*	*6,1*		*58,0*	*21,4*	*4,7*[20]
45	2006		*9,7*	*6,5*		*69,5*	*9,5*	*4,7*
34	2008	Bertelsmann AG				*100,0*		
34	2006					*100,0*		
35	2008	Schwarz-Gruppe (Kaufland Stiftung & Co. KG, Lidl Stiftung & Co. KG)				*100,0*		
39	2006					*100,0*		
36	2008	IBM-Gruppe Deutschland (IBM Deutschland GmbH)		*100,0*				
40	2006			*100,0*				
37	2008	Ford-Gruppe Deutschland (Ford-Werke GmbH)		*100,0*				
42	2006			*100,0*				
38	2008	Porsche Automobil Holding SE				*100,0*		
35	2006					*100,0*		
39	2008	Sanofi-Aventis-Gruppe Deutschland (Sanofi-Aventis Deutschland GmbH)		*100,0*				
37	2006			*100,0*				
40	2008	Total-Gruppe Deutschland (TOTAL Deutschland GmbH)		*100,0*				
43	2006			*100,0*				
41	2008	K+S AG	*18,3*	*28,2*			*53,5*	
80	2006		*15,1*	*21,4*			*63,6*	
42	2008	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG				*100,0*		
48	2006					*100,0*		
43	2008	Stadtwerke München GmbH			*100,0*			
54	2006				*100,0*			

noch Tabelle II.14

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand (insgesamt)[3]	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
44	2008	KfW Bankengruppe			*100,0*			
60	2006				*100,0*			
45	2008	ExxonMobil-Gruppe Deutschland (ExxonMobil Central Europe Holding GmbH)		*100,0*				
44	2006			*100,0*				
46	2008	RAG-Stiftung (2006: RAG AG)			*100,0*			
15	2006		*100,0*					
47	2008	Shell-Gruppe Deutschland (Deutsche Shell Holding GmbH)		*100,0*				
41	2006			*100,0*				
48	2008	Wacker Chemie AG		*5,0*		*66,5*	*23,7*	*4,7*[21]
64	2006					*66,5*	*28,8*	*4,7*
49	2008	Rhön-Klinikum AG	*8,0*	*37,5*		*16,2*	*38,3*	
55	2006		*12,6*	*28,4*		*16,2*	*33,0*	*9,8*
50	2008	Asklepios Kliniken GmbH				*100,0*		
–	2006							
51	2008	DZ Bank AG						*100,0*[22]
31	2006							*100,0*
52	2008	Liebherr-International-Gruppe Deutschland[23]		*100,0*				
65	2006			*100,0*				
53	2008	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH			*100,0*			
68	2006				*100,0*			
54	2008	Procter & Gamble-Gruppe Deutschland (Procter & Gamble Germany GmbH)		*100,0*				
99	2006			*100,0*				
55	2008	Otto Group (Otto GmbH & Co. KG)				*100,0*		
62	2006					*50,0*		*50,0*

noch Tabelle II.14

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand (insgesamt)[3]	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
56	2008	Roche-Gruppe Deutschland (Roche Deutschland Holding GmbH)		*100,0*				
51	2006			*100,0*				
57	2008	E. Merck oHG (Merck KGaA)				*70,0*[24]	*30,0*	
52	2006					*70,0*	*30,0*	
58	2008	Landesbank Baden-Württemberg			*100,0*			
32	2006				*100,0*			
59	2008	Adolf Würth GmbH & Co. KG				*100,0*		
73	2006					*100,0*		
60	2008	Rethmann AG & Co. KG				*100,0*		
–	2006							
61	2008	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland (Compagnie de Saint Gobain S. A.)		*100,0*				
67	2006			*100,0*				
62	2008	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	*9,9*	*25,1*	*51,8*		*13,2*	
57	2006		*10,0*	*14,1*	*51,9*		*24,1*	
63	2008	ARCANDOR AG		*5,0*		*53,3*	*39,2*	*2,5*[25]
26	2006		*7,4*			*58,2*	*29,0*	*5,4*
64	2008	Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG				*100,0*		
53	2006					*100,0*		
65	2008	Deutsche Börse AG		*29,5*			*67,4*	*3,1*[26]
–	2006							
66	2008	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland (Hewlett-Packard GmbH)		*100,0*				
86	2006			*100,0*				
67	2008	ABB-Gruppe Deutschland (ABB AG)		*100,0*				
79	2006			*100,0*				
68	2008	TUI AG	*4,0*	*65,3*			*30,7*	
77	2006		*4,0*	*21,4*			*74,6*	

noch Tabelle II.14

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand (insgesamt)[3]	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
69	2008	Landesbank Berlin Holding AG			*98,6*		*1,4*	
59	2006				*91,0*		*9,0*	
70	2008	Bayerische Landesbank			*100,0*			
49	2006				*100,0*			
71	2008	Bilfinger Berger AG	*12,3*	*27,7*			*55,0*	*5,1*[27]
50	2006		*0,9*	*65,2*			*8,9*	*25,1*
72	2008	Pricewaterhouse-Coopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft				*100,0*		
83	2006					*100,0*		
73	2008	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	*100,0*					
66	2006		*100,0*					
74	2008	BP-Gruppe Deutschland (Deutsche BP AG)		*100,0*				
47	2006			*100,0*				
75	2008	General Motors-Gruppe Deutschland (Adam Opel GmbH)		*100,0*				
29	2006			*100,0*				
76	2008	Nestlé-Gruppe Deutschland (Nestlé Unternehmungen Deutschland GmbH)		*100,0*				
74	2006			*100,0*				
77	2008	Carl Zeiss AG				*100,0*		
90	2006					*100,0*		
78	2008	Voith AG				*100,0*		
88	2006					*100,0*		
79	2008	STRABAG-Gruppe Deutschland (STRABAG AG)		*90,0*			*10,0*	
94	2006			*65,9*			*34,1*	
80	2008	maxingvest AG				*100,0*		
58	2006					*100,0*		
81	2008	Rheinmetall AG	*3,1*	*22,2*			*71,7*	*3,0*[28]
–	2006							

noch Tabelle II.14

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand (insgesamt)[3]	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
82	2008	Heidelberger Druckmaschinen AG	*25,6*	*5,0*			*69,4*	
61	2006		*22,3*	*12,6*			*64,6*	*0,5*
83	2008	KPMG-Gruppe Deutschland (KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft)		*100,0*				
81	2006					*100,0*		
84	2008	Axel Springer AG	*8,4*	*1,6*		*56,7*	*23,3*	*10,0*[29]
71	2006			*12,4*		*57,0*	*20,8*	*9,8*
85	2008	Generali-Gruppe Deutschland (Generali Deutschland Holding AG)		*93,0*			*7,0*	
87	2006			*85,1*			*14,9*	
86	2008	Dow-Gruppe Deutschland (Dow Olefinverbund GmbH)		*100,0*				
–	2006							
87	2008	Debeka-Gruppe (Debeka Lebens- und Krankenversicherungsverein a. G.)						
70	2006							
88	2008	AXA-Gruppe Deutschland (AXA Konzern AG)		*100,0*				
82	2006			*96,8*			*3,2*	
89	2008	DHS – Dillinger Hütte Saarstahl AG[30]		*30,1*	*59,9*			*10,0*
–	2006							
90	2008	Freudenberg & Co. KG				*100,0*		
89	2006					*100,0*		
91	2008	Novartis-Gruppe Deutschland (Novartis Deutschland GmbH)		*100,0*				
93	2006			*100,0*				
92	2008	Stadtwerke Köln GmbH			*100,0*			
92	2006				*100,0*			
93	2008	Henkel AG & Co. KGaA				*61,8*	*38,2*	
69	2006					*61,5*	*38,5*	
94	2008	Miele & Cie. KG				*100,0*		
97	2006					*100,0*		

noch Tabelle II.14

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand (insgesamt)[3]	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
95	2008	EDEKA Zentrale AG & Co. KG						*100,0*[31]
56	2006							*100,0*
96	2008	DEKRA AG						*100,0*
–	2006							
97	2008	Linde AG	*12,9*	*10,0*			*77,0*	
75	2006		*26,6*	*10,0*			*63,4*	
98	2008	Johnson Controls-Gruppe Deutschland (Johnson Controls GmbH)		*100,0*				
–	2006							
99	2008	EDEKA Minden eG						*100,0*[32]
–	2006							
100	2008	Philips-Gruppe Deutschland (Philips Deutschland GmbH)		*100,0*				
76	2006			*100,0*				
–	2008	Philip Morris International-Gruppe Deutschland (Philip Morris GmbH)						
63	2006			*100,0*				
–	2008	ArcelorMittal-Gruppe Deutschland[33]						
72	2006			*100,0*				
–	2008	WestLB AG						
78	2006				*100,0*			
–	2008	HUK-COBURG (Haftpflicht-Unterstützungs-Kasse kraftfahrender Beamter Deutschlands a. G. in Coburg)						
84	2006							
–	2008	EWE AG						
85	2006				*100,0*			
–	2008	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V. a. G.						
91	2006							

noch Tabelle II.14

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitalanteil (%)[2]					
			Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Ausländischer Einzelbesitz	Öffentliche Hand (insgesamt)[3]	Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	Streubesitz	Sonstige
–	2008	LANXESS AG						
95	2006			*30,1*			*68,2*	*1,7*
–	2008	H & M Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland (H & M Hennes & Mauritz B. V. & Co. KG)						
96	2006			*100,0*				
–	2008	GEA Group AG						
98	2006		*10,1*	*24,7*			*65,2*	
–	2008	Unilever-Gruppe Deutschland (Unilever Deutschland Holding GmbH)						
100	2006			*100,0*				

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 eine Nachkommastelle 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 oder c) Bayerische Landesbank (2006) gehalten werden.

4 Emirat Kuwait 7,1; eigene Anteile 3,1.

5 Eigene Anteile 5,1.

6 Eigene Anteile.

7 Eigene Anteile.

8 Eigene Anteile: 9,9.

9 Eigene Anteile: 7,0.

10 Eigene Anteile: 2,9.

11 Franz Haniel & Cie. GmbH.

12 INA-Holding Schaffler KG: 20,0 (Stand: 31. Dezember 2008).

13 Eigene Anteile: 3,1.

14 Eigene Anteile.

15 Republik Frankreich 25,2 und Königreich Spanien 5,5.

16 Staat Schweden über Vattenfall AB.

17 Republik Frankreich über Electricité de France S.A., Eigene Anteile 2,3.

18 Anteile am Kommanditkapital mittelbar gehalten durch die REWE-Zentralfinanz e.G. Persönlich haftender Gesellschafter ist Alain Caparros.

19 Eigene Anteile.

20 Südzucker AG.

21 Eigene Anteile.

22 Genossenschaftliche Unternehmen: 95,6.

23 Liebherr-Aerospace Lindenberg GmbH, Liebherr-CMtec GmbH, Liebherr-EMtec GmbH, Liebherr-Hausgeräte GmbH, Liebherr-Verzahntechnik GmbH, Liebherr-Werk Ehingen GmbH.

24 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.

25 Eigene Anteile.

26 Eigene Anteile.

27 Eigene Anteile.

28 Eigene Anteile.

29 Eigene Anteile.

30 ArcelorMittal S.A., Luxemburg: 30,1; eigene Anteile: 10,0.

31 Genossenschaften. Komplementär ist die EDEKA Aktiengesellschaft, Hamburg.

32 Genossenschaftsmitglieder.

33 ArcelorMittal Bremen GmbH, ArcelorMittal Eisenhüttenstadt GmbH, ArcelorMittal Germany Holding GmbH.

Quelle: Eigene Erhebungen

4.2.2 Zusammenfassende Betrachtung aller Anteilseigner der „100 Größten“

240. Tabelle II.14 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.

Die Veränderungen im Zeitraum 2006 bis 2008 betreffen zum einen die Beteiligungen von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, über die im nächsten Abschnitt ausführlich berichtet wird. Zum anderen änderte sich aber auch der Anteilsbesitz aller anderen aufgeführten Gruppen. 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.

241. Die in der Debeka-Gruppe organisierten Versicherungsunternehmen (sowie im Berichtsjahr 2006 die HUK-COBURG und der HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V. a. G.) sind im Gegensatz zu den restlichen betrachteten Unternehmen durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass sie als Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit keine mit Mitgliedschaftsrechten verbundenen, 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 daher nicht darstellbar.

242. In den meisten Fällen wirkte sich die Nichtberücksichtigung von Vorzugsaktien nur geringfügig auf die Anteilseignerstruktur aus, da in der Regel ein erheblich größerer Anteil am Grundkapital auf Stammaktien entfällt. Im Falle der Porsche Automobil Holding SE allerdings sind die Anteile am auf Stamm- und Vorzugsaktien entfallenden Grundkapital gleich. Die Nichtberücksichtigung von Vorzugsaktien führt entsprechend zu einem Anstieg der in Familienbesitz befindlichen Anteile auf 100 Prozent.

243. Ein- und Austritte aus dem Kreis der „100 Größten“ wirkten sich im Berichtsjahr nicht derart auf die Anteilseignerstruktur aus, dass sich – bei unveränderten Besitzverhältnissen – ein Wechsel der Aufteilung der Anteile von der Kategorie „Unternehmen aus dem Kreis der ‚100 Größten’“ in eine andere Gruppe ergab.

Die Übertragung der Anteile an der ehemaligen RAG AG bzw. der Evonik Industries AG im Jahr 2007 durch die bisherigen Anteilseigner E.ON AG, RWE AG, Thyssen-Krupp AG und die ArcelorMittal S. A. an die RAG-Stiftung führte zu einer Umgruppierung der Beteiligung aus dem Anteilsbesitz der Großunternehmen in die Rubrik „Öffentliche Hand“. Die in den Untersuchungskreis eingetretene DHS – Dillinger Hütte Saarstahl AG wurde als Folge des Anteilsverkaufs der ArcelorMittal S. A. zum 15. Dezember 2008 ebenfalls der Kategorie „Öffentliche Hand“ zugeordnet.[62]

Weitere wesentliche Änderungen des Anteilsbesitzes der öffentlichen Hand an einem Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ waren im Untersuchungszeitraum nicht zu verzeichnen.

Um der Entwicklung der Beteiligung der öffentlichen Hand an den „100 Größten“ im Zuge der Finanz-und Wirtschaftskrise Rechnung zu tragen, hat die Monopolkommission ergänzend die Anteilseignerstruktur zum Stichtag 31. Dezember 2009 ausgewertet. Die Commerzbank AG gab am 8. Januar 2009 bekannt, dass der Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung (SoFFin) im Rahmen einer Kapitalerhöhung 295 Mio. Aktien zu einem Preis von 6 Euro je Aktie übernehmen wird. Nach Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister am 5. Juni 2009 hält der SoFFin 25 Prozent plus eine Aktie an der Commerzbank AG. Weitere nennenswerte Veränderungen direkter Kapitalbeteiligungen durch staatliche Institutionen an den 100 größten Unternehmen konnten bis Ende des Jahres 2009 nicht festgestellt werden.

Änderungen wiesen auch die in ausländischem Einzelbesitz befindlichen Beteiligungen an Großunternehmen im Berichtszeitraum auf. Zwei mehrheitlich in ausländischem Einzelbesitz befindliche Unternehmen traten in den Untersuchungskreis ein, während vier Unternehmen dieser Kategorie ausschieden. Die UniCredit S. p. A., Mailand, übernahm am 15. Dezember 2008 die verbliebenen Aktien der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG und kontrolliert seitdem 100 Prozent des Grundkapitals. Die TUI AG wird nach dem Erwerb von jeweils mehr als 15 Prozent der Stimmrechtsanteile durch einen norwegischen sowie einen russischen Investor in den Geschäftsjahren 2007 und 2008 mehrheitlich der Kategorie „Ausländischer Einzelbesitz“ zugeordnet. Die STRABAG SE, Villach, erhöhte ihren Anteil an der STRABAG AG bis zum Stichtag 31. Dezember 2008 auf nunmehr 90 Prozent. Am 5. Oktober 2007 wurden die Kapitalanteile der KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Berlin, auf die KPMG Europe LLP, London, übertragen und mit Eintragung im Handelsregister am 6. November 2007 ein Beherrschungsvertrag abgeschlossen.

2008 erhöhte sich der in Familienbesitz befindliche Anteil an der Otto Group auf 100 Prozent. Zum 31. Dezember 2007 übernahm die OTTO AG für Beteiligungen, Hamburg, eine Beteiligungsgesellschaft der Familie Otto, den Anteil der Mitgesellschafter E. Brost & J. Funke GmbH & Co. KG, Hamburg.

Die Schaeffler-Gruppe, Herzogenaurach, veröffentlichte am 30. Juli 2008 ein öffentliches Übernahmeangebot an die Aktionäre der Continental AG. Die INA-Holding Schaeffler KG, Herzogenaurach, hielt zum 31. Dezember 2008 20,0 Prozent der Stimmrechte an der Continental AG. Mit dem Vollzug des Übernahmeangebotes am 8. Januar 2009 beträgt der Stimmrechtsanteil der INA-Holding Schaeffler KG an der Continental AG 49,9 Prozent. In einer am 20. August 2008 abgeschlossenen Investorenvereinbarung verpflichtet sich die Schaeffler-Gruppe,

[62] Vgl. Tz. 182.

sich bis August 2012 auf diese Minderheitsbeteiligung zu beschränken.

Neben den im Einzelnen aufgeführten Unternehmen waren auch andere von Veränderungen ihrer Anteilseignerstrukturen 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 2006 und 2008 überwiegend nicht tatsächlich in dem ausgewiesenen Umfang vorlagen, sondern auf unterschiedlichen Angaben in den herangezogenen Quellen beruhen.[63]

So ist die Verminderung des ausländischen Einzelbesitzes im Falle der Deutschen Lufthansa AG und der Bilfinger Berger AG auf eine veränderte Darstellung der Anteile ausländischer institutioneller Investoren in den herangezogenen Quellen zurückzuführen und somit erhebungstechnisch bedingt.

Die Entwicklung der bei den Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" befindlichen Anteile verlief uneinheitlich. Während einige Großunternehmen ihre Beteiligungen an den anderen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" weiter abbauten, konnten auch neue Kapitalbeteiligungen festgestellt werden. Diese Entwicklungen werden ausführlich im nächsten Abschnitt diskutiert. Anhand der Ergebnisse in Tabelle II.14 lässt sich jedoch an dieser Stelle ablesen, dass ein Rückgang der Kapitalanteile in der Regel mit einer Erhöhung der im Streubesitz bzw. der im Besitz von in- oder ausländischen institutionellen Investoren befindlichen Anteile einherging.

244. Wie bereits in den vorherigen Hauptgutachten war die Kategorie „Mehrheit in ausländischem Einzelbesitz" mit 27 (2006: 28) Unternehmen am häufigsten besetzt. Die Anzahl der Unternehmen, die sich überwiegend in der Hand von Einzelpersonen, Familien oder Familienstiftungen befanden, erhöhte sich von 21 auf 23 Unternehmen in 2008. Dieser Kategorie wurden die neu in den Kreis der „100 Größten" eingetretene Asklepios Kliniken GmbH sowie die Rethmann AG & Co. KG zugeordnet. Die Anteilsmehrheit lag bei 21 (2006: 20) Unternehmen in Streubesitz. Wie bereits im Berichtsjahr 2006 befanden sich zwölf Großunternehmen mehrheitlich im Besitz der öffentlichen Hand. Der Gründung der RAG-Stiftung und dem Eintritt der DHS – Dillinger Hütte Saarstahl AG stand der Austritt der WestLB AG und der EWE AG gegenüber. Die Zahl der Fälle, in denen das Eigenkapital nicht mehrheitlich einem anderen Großunternehmen, ausländischem Einzelbesitz, der öffentlichen Hand, Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen, Streubesitz sowie sonstigen Anteilseignern zugeordnet werden konnte, reduzierte sich auf sieben (2006: zwölf).

245. Tabelle II.15 fasst die Ergebnisse der Tabelle II.14 zusammen. Die Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" wurden derjenigen Gruppe 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 Beteiligungsunternehmen in die Kategorie „Keine Mehrheit" eingeordnet.

Im Jahr 2008 summierten sich die Anteile der „100 Größten" im Falle der BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH auf über 50 Prozent (2006 in zwei Fällen). Erstmals seit dem Berichtsjahr 2000 befanden sich zudem am 31. Dezember 2008 mit der Volkswagen AG und der Evonik Industries AG wieder zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" mehrheitlich im Besitz eines anderen Unternehmens dieser Gruppe.

246. Die höchste durchschnittliche Wertschöpfung wiesen im Jahr 2008 aufgrund der relativ hohen inländischen Wertschöpfung der Volkswagen AG die beiden Unternehmen auf, die sich mehrheitlich im Besitz eines der Unternehmen aus dem Untersuchungskreis befanden, gefolgt von den 21 mehrheitlich in Streubesitz befindlichen Unternehmen. Mit Ausnahme der Jahre 1994 und 1998 hatten die Unternehmen der letztgenannten Kategorie auch in den Vorjahren jeweils die besten Ergebnisse erreicht. 12 der 21 Unternehmen belegten einen Platz unter den 20 größten Unternehmen. Ihr Anteil an der Gesamtwertschöpfung der „100 Größten" erhöhte sich leicht von 37,3 Prozent auf 37,9 Prozent. Die stärkste Abnahme ihrer Durchschnittswertschöpfung in Höhe von 29,2 Prozent verzeichneten die Unternehmen in sonstigem Mehrheitsbesitz, bedingt durch die Umgruppierung der RWE AG in die Kategorie „Ohne Mehrheitsbesitz" sowie den Eintritt zweier Unternehmen auf den unteren Rängen. Ihr Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten" verringerte sich gegenüber 2006 um 1,7 Prozent auf 10,4 Prozent. Infolge des Rückgangs der Anzahl der zur Kategorie „Ohne Mehrheitsbesitz" gehörigen Unternehmen verringerte sich auch ihr Anteil an der Gesamtwertschöpfung deutlich auf 7,1 Prozent (2006: 13,9 Prozent). Ihre durchschnittliche Wertschöpfung sank vornehmlich aufgrund der Umgruppierung der Volkswagen AG um 17,4 Prozent auf 2 677 Mio. Euro.

Eine leichte Steigerung ihres Anteils an der Wertschöpfung der „100 Größten" verzeichneten erneut die mehrheitlich in Familienbesitz stehenden Unternehmen. Ihre durchschnittliche Wertschöpfung liegt mit 1 594 Mio. Euro wie auch die Wertschöpfung der Unternehmen, die mehrheitlich der Gruppe „Ausländischer Einzelbesitz" zuzurechnen sind (1 420 Mio. Euro) allerdings deutlich unter dem Mittelwert aller Großunternehmen. Unter den 20 größten Unternehmen befand sich wie bereits im Jahr 2006 mit der Robert Bosch GmbH und der Vodafone-Gruppe Deutschland jeweils nur ein Unternehmen aus den beiden Kategorien.

Die mehrheitlich im Besitz der öffentlichen Hand befindlichen Unternehmen wiesen mit 2 162 Mio. Euro ebenfalls eine unter dem Referenzwert aller Großunternehmen liegende durchschnittliche Wertschöpfung auf. Der Anteil an der Wertschöpfung lag wie bereits 2006 knapp unter der Schwelle von 10 Prozent, wobei hiervon alleine 4,2 Prozent auf die Wertschöpfung der Deutschen Bahn AG entfielen.

[63] Vgl. Tz. 239.

Tabelle II.15

Aufschlüsselung der 100 größten Unternehmen 2006 und 2008 nach Arten der Beteiligungsverhältnisse

Beteiligungsverhältnis	Anzahl der Unternehmen		Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“ (%)		Durchschnittliche Wertschöpfung (Mio. Euro)	
	2006	2008	2006	2008	2006	2008
Mehrheit im Besitz eines Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“	0	2	0,0	6,2	0	8.207
Mehrheit in ausländischem Einzelbesitz	28	27	14,6	14,6	1.467	1.420
Mehrheit im Besitz der öffentlichen Hand	12	12	9,2	9,9	2.155	2.162
Mehrheit im Besitz von Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	21	23	12,9	13,9	1.728	1.594
Über 50 Prozent Streubesitz	20	21	37,3	37,9	5.236	4.746
Sonstiger Mehrheitsbesitz	7	8	12,1	10,4	4.859	3.424
Ohne Mehrheitsbesitz	12	7	13,9	7,1	3.242	2.677
Alle Unternehmen	**100**	**100**	**100,0**	**100,0**	**2.809**	**2.632**

Quelle: Eigene Erhebungen

4.2.3 Beteiligungen aus dem Kreis der „100 Größten“

247. Tabelle II.16 gibt einen Überblick über die Veränderung der Beteiligungsverhältnisse zwischen den Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ in der Berichtsperiode. Kapitalbeteiligungen von Unternehmen aus dem Untersuchungskreis an ausländischen Konzernobergesellschaften wurden im Rahmen der Untersuchung nicht ausgewiesen.[64] Gegenüber 2006 sind die folgenden wesentlichen Änderungen der Beteiligungsbeziehungen zu verzeichnen:

[64] So hielten beispielsweise die Allianz SE und die Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG mittelbar und unmittelbar Anteile an der UniCredit S. p. A., Mailand, der Konzernobergesellschaft der UniCredit-Gruppe Deutschland. Eine Ausnahme bildet die EADS N.V., Amsterdam, an der die Daimler AG 22,6 Prozent der Stimmrechte hält.

Tabelle II.16

Kapitalverflechtungen aus dem Kreis der „100 Größten“ 2006 und 2008[1]

Beteiligungsunternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)			Anteilseigner (betrachtete rechtliche Einheit)				
Rang		Unternehmen	Rang		Unternehmen	Kapitalanteil (%)[2]	
2008	2006		2008	2006		2008	2006
1	3	Daimler AG	14	7	Deutsche Bank AG	*2,7*	*4,4*
						2,7	*4,4*
2	2	Siemens AG	17	16	Allianz SE		*1,2*
						0,0	*1,2*
3	4	Volkswagen AG	38	35	Porsche Automobil Holding SE	*50,8*	*31,0*
						50,8	*31,0*
4	1	Deutsche Telekom AG	44	60	KfW Bankengruppe	*16,9*	*16,9*
						16,9	*16,9*

noch Tabelle II.16

Beteiligungsunternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)			Anteilseigner (betrachtete rechtliche Einheit)				
Rang		Unternehmen	Rang		Unternehmen	Kapitalanteil (%)[2]	
2008	2006		2008	2006		2008	2006
6	10	BASF SE	17	16	Allianz SE	*2,6*	*2,5*
			88	82	AXA-Gruppe Deutschland (AXA S. A.)	*6,4*	*5,2*
						9,0	*7,7*
7	14	E.ON AG	17	16	Allianz SE	*2,6*	*2,5*
						2,6	*2,5*
9	11	ThyssenKrupp AG	20	38	Commerzbank AG	*1,7*	
						1,7	*0,0*
10	6	Deutsche Post AG	14	7	Deutsche Bank AG	*1,8*	*1,8*
			44	60	KfW Bankengruppe	*30,6*	*30,6*
						32,4	*32,4*
11	9	Bayerische Motoren Werke AG	17	16	Allianz SE		*1,0*
						0,0	*1,0*
12	12	RWE AG	17	16	Allianz SE	*3,5*	*2,4*
			21	18	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	*4,6*	*4,6*
			46	15	RAG-Stiftung (2006: RAG AG)	*0,6*	*0,6*
						8,7	*7,6*
13	13	Deutsche Lufthansa AG	17	16	Allianz SE	*3,1*	*4,3*
			70	49	Bayerische Landesbank		*4,3*
			88	82	AXA-Gruppe Deutschland (AXA S. A.)	*10,6*	*10,6*
						13,6	*19,2*
14	7	Deutsche Bank AG	88	82	AXA-Gruppe Deutschland (AXA S. A.)	*5,2*	
						5,2	*0,0*
16	20	Bayer AG	17	16	Allianz SE	*2,4*	*3,8*
						2,4	*3,8*
17	16	Allianz SE	14	7	Deutsche Bank AG	*1,2*	
			21	18	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	*2,7*	*2,7*
			88	82	AXA-Gruppe Deutschland (AXA S. A.)	*3,3*	*3,3*
						7,1	*5,9*
19	22	Continental AG	88	82	AXA-Gruppe Deutschland (AXA S. A.)	*2,5*	*2,5*
						2,5	*2,5*

noch Tabelle II.16

Beteiligungsunternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)			Anteilseigner (betrachtete rechtliche Einheit)				
Rang		Unternehmen	Rang		Unternehmen	Kapitalanteil (%)[2]	
2008	2006		2008	2006		2008	2006
20	38	Commerzbank AG	85	87	Generali-Gruppe Deutschland (Assicurazioni Generali S. P. A.)	*8,8*	*8,6*
						8,8	*8,6*
21	18	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	17	16	Allianz SE	*3,6*	*9,4*
			23	33	UniCredit-Gruppe Deutschland (Unicredit S. P. A.)	*2,2*	*2,2*
			88	82	AXA-Gruppe Deutschland (AXA S. A.)	*5,2*	*5,2*
						10,9	*16,8*
25	25	EADS-Gruppe Deutschland (EADS N. V.)	1	3	Daimler AG	*22,6*	*22,7*
						22,6	*22,7*
26	-	Evonik Industries AG	46	15	RAG-Stiftung (2006: RAG AG)	*<75,0*	
						<75,0	*0,0*
28	27	MAN AG	3	4	Volkswagen AG	*29,9*	*29,9*
			14	7	Deutsche Bank AG		*5,0*
			17	16	Allianz SE		*0,8*
			88	82	AXA-Gruppe Deutschland (AXA S. A.)		*3,2*
						29,9	*39,0*
33	45	Fresenius SE	17	16	Allianz SE	*9,7*	*9,7*
						9,7	*9,7*
41	80	K+S AG	6	10	BASF SE	*10,3*	*10,0*
			14	7	Deutsche Bank AG	*8,0*	*5,1*
						18,3	*15,1*
46	15	RAG-Stiftung (2006: RAG AG)	9	11	ThyssenKrupp AG		*20,6*
			12	12	RWE AG		*30,2*
			7	14	E.ON AG		*39,2*
			-	72	ArcelorMittal-Gruppe Deutschland (Arcelor-Mittal S. A.)		*10,0*
						0,0	*100,0*
49	55	Rhön-Klinikum AG	14	7	Deutsche Bank AG	*3,0*	*3,0*
			17	16	Allianz SE	*5,0*	*9,5*
						8,0	*12,6*
62	57	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	13	13	Deutsche Lufthansa AG	*9,9*	*10,0*
						9,9	*10,0*
63	26	ARCANDOR AG	17	16	Allianz SE		*7,4*
						0,0	*7,4*

noch Tabelle II.16

Beteiligungsunternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)			Anteilseigner (betrachtete rechtliche Einheit)				
Rang		Unternehmen	Rang		Unternehmen	Kapitalanteil (%)[2]	
2008	2006		2008	2006		2008	2006
68	77	TUI AG	88	82	AXA-Gruppe Deutschland (AXA S. A.)	*4,0*	*4,0*
						4,0	*4,0*
71	50	Bilfinger Berger AG	14	7	Deutsche Bank AG	*3,0*	
			17	16	Allianz SE	*6,0*	*0,9*
			88	82	AXA-Gruppe Deutschland (AXA S. A.)	*3,3*	
						12,3	*0,9*
73	66	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	2	2	Siemens AG	*50,0*	*50,0*
			8	8	Robert Bosch GmbH	*50,0*	*50,0*
						100,0	*100,0*
81	-	Rheinmetall AG	14	7	Deutsche Bank AG	*3,1*	
						3,1	*0,0*
82	61	Heidelberger Druckmaschinen AG	12	12	RWE AG	*9,6*	*9,6*
			17	16	Allianz SE	*13,0*	*12,7*
			20	38	Commerzbank AG	*3,0*	
						25,6	*22,3*
84	71	Axel Springer AG	14	7	Deutsche Bank AG	*8,4*	
						8,4	*0,0*
97	75	Linde AG	14	7	Deutsche Bank AG	*3,8*	*7,8*
			17	16	Allianz SE	*4,4*	*9,1*
			20	38	Commerzbank AG	*4,7*	*9,7*
						12,9	*26,6*
–	98	GEA Group AG	17	16	Allianz SE		*10,1*
						0,0	*10,1*

[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 eine Nachkommastelle gerundet.

Quelle: Eigene Erhebungen

Die Deutsche Bank AG verkaufte im Untersuchungszeitraum ihren Anteil an der MAN AG (5,0 Prozent) und verringerte ihre Beteiligung an der Linde AG von 7,8 Prozent auf 3,8 Prozent. Dagegen konnten bis Ende des Jahres 2008 neue Kapitalbeteiligungen an der Allianz SE (1,2 Prozent), der Bilfinger Berger AG (3,0 Prozent) und der Axel Springer AG (8,4 Prozent) identifiziert werden. Zudem erhöhte die Deutsche Bank AG ihre bereits 2006 bestehende Beteiligung an der K+S AG. An der neu in den Kreis der „100 Größten“ eingetretenen Rheinmetall AG hielt die Deutsche Bank AG zudem 3,1 Prozent der Kapitalanteile.

Zum Ende des Betrachtungszeitraumes konnten die Kapitalbeteiligungen der Allianz SE an der Siemens AG, der Bayerischen Motoren Werke AG, der ARCANDOR AG sowie der MAN AG nicht mehr nachgewiesen werden. Weiterhin reduzierte sie in nennenswertem Umfang ihre Beteiligung an der Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG, die von 9,4 Prozent auf 3,6 Prozent sank, und verringerte ihre Anteile unter anderem an der Rhön-Klinikum AG und der Linde AG. Dagegen stockte die Allianz SE ihren Anteilsbesitz an der Bilfinger Berger AG auf 6,0 Prozent auf.

Die Commerzbank AG verringerte ihren Anteilsbesitz an der Linde AG von 9,7 Prozent auf 4,7 Prozent und beteiligte sich an der ThyssenKrupp AG (1,8 Prozent) und der Heidelberger Druckmaschinen AG (3,0 Prozent). Die Porsche Automobil Holding SE baute ihren Stimmrechts-

anteil an der Volkswagen AG seit dem Geschäftsjahr 2006 sukzessive um 19,8 Prozentpunkte aus. Am 5. Januar 2009 betrug der Stimmrechtsanteil 50,8 Prozent.[65] Die AXA-Gruppe Deutschland beteiligte sich im Untersuchungszeitraum mit 5,2 Prozent an der Deutschen Bank AG und mit 3,3 Prozent an der Bilfinger Berger AG. Nicht mehr ausgewiesen wurde die Beteiligung an der MAN AG. Auch konnte die 2006 berichtete Kapitalbeteiligung der Bayerischen Landesbank an der Deutschen Lufthansa AG im Jahr 2008 nicht mehr festgestellt werden.

248. Überkreuzbeteiligungen zwischen den 100 größten Unternehmen bestanden im Jahr 2008 nur in einem Fall zwischen der Allianz SE und der Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG (3,6 Prozent/2,7 Prozent). Wechselseitige Beteiligungen im Sinne des § 19 AktG lagen im Berichtszeitraum nicht vor.

249. Deutsche Unternehmen waren in der Vergangenheit stark untereinander verflochten. Dieses Netzwerk aus gegenseitigen Kapitalbeteiligungen wurde auch als „Deutschland AG“ bezeichnet. Im Kern des Netzwerks 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. Auch zwischen deutschen Unternehmen der Wirtschaftsbereiche Industrie, Handel und Dienstleistungen bestand seit jeher ein Geflecht wechselseitiger Kapitalbeteiligungen.

250. Seit der Höchstzahl gegenseitiger Kapitalbeteiligungen im Berichtsjahr 1996 dokumentieren die Erhebungen der Monopolkommission die fortschreitende Auflösung des Kapitalnetzwerks.[66] Tabelle II.17 gibt einen Überblick über die Entwicklung der Beteiligungsverhältnisse ausgewählter Banken und Versicherungen aus dem Kreis der „100 Größten“ in den Jahren 1996 bis 2008. Unter den Anteilseignern mit den meisten Beteiligungen aus dem Kreis der „100 Größten“ befanden sich stetig die Finanzdienstleister Allianz SE, Deutsche Bank AG, Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG, Commerzbank AG, die UniCredit-Gruppe Deutschland (bis 2004: Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG) und bis zur Übernahme durch die Allianz SE im Jahr 2000 die Dresdner Bank AG.

[65] Mitteilung vom 8. Januar 2009 gemäß § 26 Absatz 1 WpHG.

[66] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 349.

Tabelle II.17

Gesamtübersicht der Beteiligungen ausgewählter Finanzdienstleister aus dem Kreis der „100 Größten“ in den Jahren 1996 bis 2008

Unternehmen	Anzahl der Fälle						
	1996	1998	2000	2002	2004	2006	2008
Allianz SE	28	23	22	22	14	16	11
Deutsche Bank AG	15	10	8	9	5	6	9
Dresdner Bank AG	13	10	8	–	–	–	–
Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	13	13	6	9	8	2	2
UniCredit-Gruppe Deutschland (Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG)	–	4	4	2	1	1	1
Commerzbank AG	6	4	2	3	2	1	3
Gesamtzahl der Beteiligungen der sechs größten Finanzdienstleister	75	64	50	45	30	26	26
Beteiligungen aller Finanzdienstleister	103	81	59	49	33	37	37
Gesamtzahl der Beteiligungsfälle	143	109	81	67	45	50	47

Quelle: Eigene Erhebungen

251. In den vergangenen zwölf Jahren nahm die auf die sechs in der Tabelle aufgelisteten Finanzdienstleister entfallende Zahl der Beteiligungen bis zum Jahr 2006 stetig ab. Waren die sechs Finanzdienstleister 1996 noch in 75 Fällen an einem Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ beteiligt, sank diese Zahl bis Ende 2008 um 65,3 Prozent auf 26 Beteiligungen. Die Summe der Kapitalbeteiligungen aller in einem Berichtsjahr im Untersuchungskreis vertretenen Finanzdienstleistungsunternehmen sank im gleichen Zeitraum um 64,1 Prozent von 103 auf 37. Zudem verringerte sich die Gesamtzahl der Beteiligungsfälle von Unternehmen, die nicht dem Banken- oder Versicherungsgewerbe zuzuordnen waren, um 75,0 Prozent auf zehn Fälle. 2008 hatten diese Unternehmen einen Anteil an allen Beteiligungsfällen von 21,3 Prozent (1996: 28,0 Prozent).

252. Die Allianz SE hielt in allen Jahren mit elf bis 28 Fällen die höchste Zahl an Kapitalanteilen an den Unternehmen im Untersuchungskreis. Nach der Allianz SE und der Deutschen Bank AG hielt die AXA-Gruppe Deutschland mit acht Beteiligungsfällen die höchste Zahl an Kapitalbeteiligungen in der aktuellen Untersuchungsperiode. Die Commerzbank AG war im Jahr 2008 an drei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ beteiligt. Neben der Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG waren zum Ende des Geschäftsjahres noch die KfW Bankengruppe und die RAG-Stiftung an jeweils zwei Unternehmen beteiligt. In Tabelle II.18 sind die Unternehmen aufgelistet, für die in den Jahren 2006 und 2008 mehr als zwei Kapitalbeteiligungen an Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ identifiziert werden konnten.

Tabelle II.18

Übersicht der Anteilseigner mit mehr als zwei Kapitalbeteiligungen in den Jahren 2006 und 2008[1]

Anteilseigner (betrachtete rechtliche Einheit)			Beteiligungsunternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)				
Rang		Unternehmen	Rang		Unternehmen	Kapitalanteil (%)[2]	
2008	2006		2008	2006		2008	2006
14	7	Deutsche Bank AG	1	3	Daimler AG	*2,7*	*4,4*
			10	6	Deutsche Post AG	*1,8*	*1,8*
			17	16	Allianz SE	*1,2*	
			28	27	MAN AG		*5,0*
			41	80	K+S AG	*8,0*	*5,1*
			49	55	Rhön-Klinikum AG	*3,0*	*3,0*
			71	50	Bilfinger Berger AG	*3,0*	
			81	–	Rheinmetall AG	*3,1*	
			84	71	Axel Springer AG	*8,4*	
			97	75	Linde AG	*3,8*	*7,8*
17	16	Allianz SE	2	2	Siemens AG		*1,2*
			6	10	BASF SE	*2,6*	*2,5*
			7	14	E.ON AG	*2,6*	*2,5*
			11	9	Bayerische Motoren Werke AG		*1,0*
			12	12	RWE AG	*3,5*	*2,4*
			13	13	Deutsche Lufthansa AG	*3,1*	*4,3*
			16	20	Bayer AG	*2,4*	*3,8*
			21	18	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	*3,6*	*9,4*
			28	27	MAN AG		*0,8*
			33	45	Fresenius SE	*9,7*	*9,7*
			49	55	Rhön-Klinikum AG	*5,0*	*9,5*
			63	26	ARCANDOR AG		*7,4*
			71	50	Bilfinger Berger AG	*6,0*	*0,9*

noch Tabelle II.18

Anteilseigner (betrachtete rechtliche Einheit)			Beteiligungsunternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)				
Rang		Unternehmen	Rang		Unternehmen	Kapitalanteil (%)[2]	
2008	2006		2008	2006		2008	2006
			82	61	Heidelberger Druckmaschinen AG	*13,0*	*12,7*
			97	75	Linde AG	*4,4*	*9,1*
			-	98	GEA Group AG		*10,1*
20	38	Commerzbank AG	9	11	ThyssenKrupp AG	*1,7*	
			82	61	Heidelberger Druckmaschinen AG	*3,0*	
			97	75	Linde AG	*4,7*	*9,7*
88	82	AXA-Gruppe Deutschland (AXA S. A.)	6	10	BASF SE	*6,4*	*5,2*
			13	13	Deutsche Lufthansa AG	*10,6*	*10,6*
			14	7	Deutsche Bank AG	*5,2*	
			17	16	Allianz SE	*3,3*	*3,3*
			19	22	Continental AG	*2,5*	*2,5*
			21	18	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	*5,2*	*5,2*
			28	27	MAN AG		*3,2*
			68	77	TUI AG	*4,0*	*4,0*
			71	50	Bilfinger Berger AG	*3,3*	

[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 eine Nachkommastelle gerundet.

Quelle: Eigene Erhebungen

253. Die bestehenden 47 Kapitalverflechtungen deutscher Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" im Berichtsjahr 2008 sind in Abbildung II.10 anhand einer vereinfachten Netzwerkgrafik aufgezeigt. Die Pfeile zeigen das gerichtete Beteiligungsverhältnis zwischen zwei Unternehmen an. Die Linienstärke der Pfeile symbolisiert die ungewichtete Höhe der Beteiligung. Finanzdienstleister werden als helle Kreise, Industrie-, Handels- sowie Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen als dunkle Kreise dargestellt.

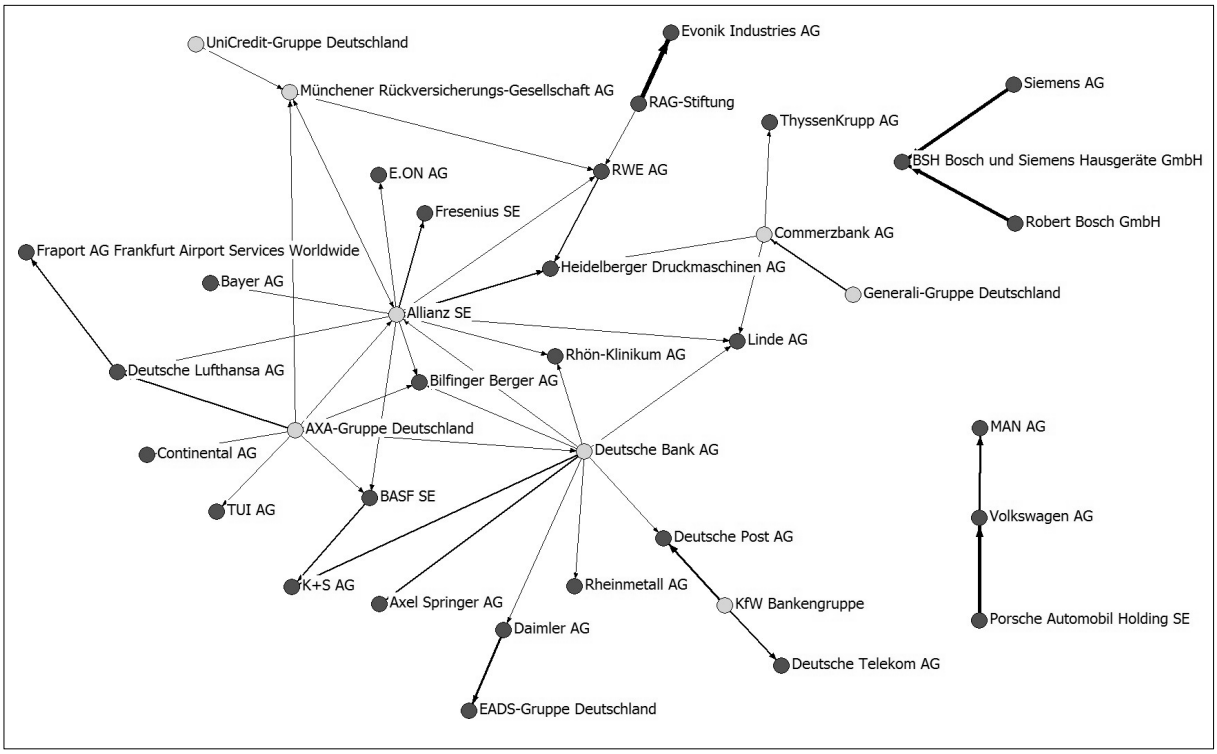
254. Abbildung II.11 fasst die Entwicklung der Kapitalverflechtungen seit der erstmaligen Erstellung der Statistik im Jahr 1978 bis zur aktuellen Berichtsperiode zusammen. Während sich die 73 Beteiligungsfälle im Jahr 1978 bis 1996 nahezu verdoppelten, sank die Fallzahl bis Ende 2008 auf einen Wert von 47 ab. Zudem lässt seitdem sowohl die Gesamtzahl der Beteiligungsunternehmen (-43,1 Prozent) als auch der Anteilseigner (-56,4 Prozent) nach. Da die Reduzierung der Zahl der Anteilseigner und der Beteiligungsfälle parallel verlief, betraf die Kapitalentflechtung nicht nur einzelne Großunternehmen, sondern den gesamten Kreis der „100 Größten". Zwischen den Jahren 1996 und 2008 reduzierte sich die Anzahl aller Unternehmen im Netzwerk um 40,3 Prozent von 62 auf 37.

Hinsichtlich der Ursachen für die skizzierte Entwicklung lassen sich unterschiedliche exogene und endogene Erklärungsfaktoren anführen. So lässt sich unterstellen, dass institutionelle Veränderungen im Inland wie die Reform des Steuerrechts und das im Jahr 2002 in Kraft getretene Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) einen Einfluss auf den Zerfall der „Deutschland AG" ausübten.[67] Als alternative Erklärungsansätze ist ferner auf die fortschreitende Globalisierung und die zunehmende Bedeutung internationaler Konzerne hinzuweisen. Wie die Daten in Abbildung II.11 verdeutlichen, setzte der Verkauf von Kapitalbeteiligungen an den 100 größten Unternehmen bereits einige Jahre vor Inkrafttreten des WpÜG ein.

[67] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 354 ff.

Abbildung II.10

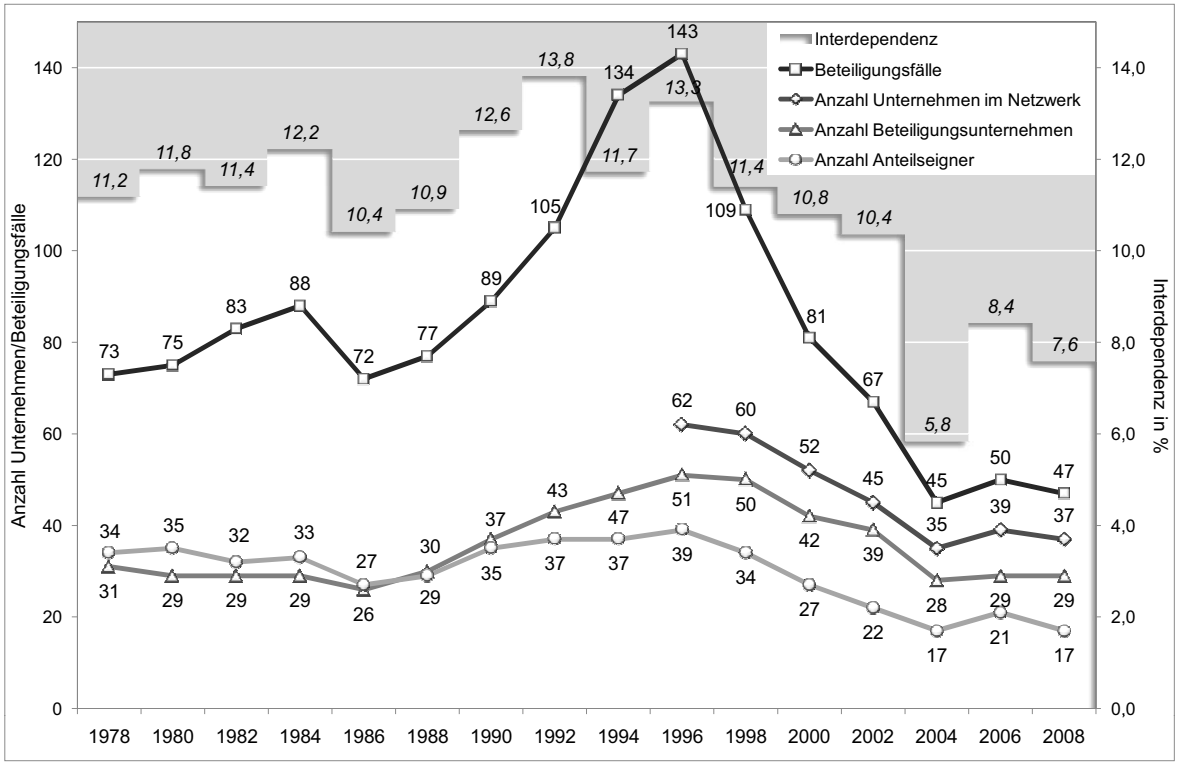
Netzwerk der Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ im Jahr 2008



Quelle: Eigene Erhebungen

Abbildung II.11

Entwicklung der Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ im Zeitraum von 1978 bis 2008



Quelle: Eigene Erhebungen

255. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Auflösung des Beteiligungsnetzwerkes aus wettbewerbspolitischer Sicht positiv zu bewerten. In ihrem Sechzehnten Hauptgutachten sah die Monopolkommission insbesondere die folgenden Wettbewerbsvorteile aus der Kapitalentflechtung für die deutsche Wirtschaft: eine unabhängigere Unternehmensverwaltung, die Stärkung des Marktes für Unternehmenskontrolle, die Reduzierung bestehender Informationsasymmetrien zwischen Firmen- und -outsidern verbunden mit einer verbesserten Allokation des Kapitals auf den Finanzmärkten sowie die Intensivierung des Wettbewerbs und mehr Stabilität im Finanzsektor.[68]

256. Als Maß für die Stärke der Kapitalverflechtungen ist in Abbildung II.11 zusätzlich der Grad der Interdependenz zwischen den 100 größten Unternehmen abgebildet. Die Interdependenz berechnet sich anhand des Anteils der Summe der mit den entsprechenden Kapitalanteilen gewichteten Wertschöpfungsbeträge aller Beteiligungsunternehmen an der Gesamtwertschöpfung der „100 Größten". Anders ausgedrückt misst der Interdependenzgrad den Anteil der durch Kapitalbeteiligungen kontrollierten Wertschöpfung an der Gesamtwertschöpfung. Ein Wert von 100 Prozent würde sich ergeben, wenn jedes Unternehmen aus dem Berichtskreis zu 100 Prozent einem oder mehreren Unternehmen aus diesem Kreis gehört. 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. 2008 betrug der Grad der Interdependenz 7,6 Prozent. Bei der Interpretation des Interdependenzgrades ist 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.[69]

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass trotz des deutlichen Trends einer stetigen Auflösung des Netzwerks nicht übersehen werden darf, dass die Reduzierung des Verflechtungsgrades nicht zwangsläufig mit dem Verkauf von Kapitalbeteiligungen einherging, sondern wie im Falle der EuroOHYPO AG im Jahr 2006 bzw. der Dresdner Bank AG im Jahr 2001 auch durch Übernahmen innerhalb des Untersuchungskreises begründet sein kann. Auch der Rückgang der Industrieverflechtungen im Kreis der „100 Größten" wurde zu einem nicht unerheblichen Teil durch Fusionen und Übernahmen, beispielsweise zwischen den großen deutschen Energieversorgungsunternehmen (z. B. die RWE AG und die VEW AG (2000), die VEBA AG und die VIAG AG (2000), die Bewag AG und die VEAG AG (2002) sowie die Übernahme der Ruhrgas AG durch die E.ON AG (2004)) hervorgerufen. Eine vergleichsweise hohe Intensität der Kapitalbeteiligungen ist wie bereits in der Vorperiode zwischen Unternehmen der Automobilindustrie zu beobachten.[70]

4.3 Personelle Verflechtungen

4.3.1 Methodische Vorbemerkungen

257. Die Untersuchung der personellen Verflechtungen erfolgte wie in den Vorperioden vorrangig auf der Basis der Geschäftsberichte der „100 Größten". Diejenigen Unternehmen, die keine Geschäftsberichte publizieren und bei denen die Besetzung der Geschäftsführungen und Kontrollorgane nicht aus alternativen Quellen zu entnehmen war, wurden aus der Analyse der personellen Verflechtungen ausgeschlossen. Im Geschäftsjahr 2008 unterschieden 96 Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten" zwischen Geschäftsführung (bzw. Vorstand) und einem Kontrollorgan (Aufsichtsrat, Verwaltungsrat, Gesellschafterausschuss, Vermittlungsausschuss, Unternehmensrat, etc.). Diese Unternehmen wurden 2008 ausnahmslos in die Untersuchung der personellen Verflechtungen einbezogen. 2006 konnte ebenfalls für 96 Unternehmen die Besetzung der Kontrollgremien festgestellt werden.

Die Befugnisse der Kontrollorgane unterscheiden sich in Abhängigkeit von der Rechtsform des Unternehmens und den Gesellschaftsverträgen. Dies macht nach Auffassung der Monopolkommission aber eine Betrachtung der personellen Verflechtungen nicht obsolet, da nach der Intention der Erhebungen nicht auf die Befugnisse der Kontrollorgane abgestellt wird, sondern auf ihre Eignung, auf hoher hierarchischer Ebene Kontakte zwischen Unternehmen herzustellen.[71]

258. In diesem Abschnitt werden ausschließlich direkte personelle Verflechtungen berücksichtigt, 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. Indirekte personelle Verflechtungen über Mandatsträger aus dritten Gesellschaften oder Tochterunternehmen werden wegen der damit verbundenen umfangreichen Erhebungs- und Auswertungsarbeiten nicht einbezogen.

259. Für eine Aufschlüsselung der Kontrollorgane nach Gruppen von Mandatsträgern wurden neben der Trennung von Arbeitgeber- und -nehmervertretern die Kategorien

- Geschäftsführungsmitglied eines anderen Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten",
- Repräsentant einer Bank bzw. einer Versicherung,
- Gewerkschaftsvertreter,
- Angestellter des Unternehmens,
- Vertreter staatlicher Institutionen

[68] Vgl. ebenda, Tz. 78, 361 ff.

[69] So ist der geringe Anteil im Jahr 2004 überwiegend auf das Ausscheiden der KfW Bankengruppe zurückzuführen, die Anteile an der Deutschen Telekom AG und der Deutschen Post AG hielt.

[70] Vgl. Tz. 247.

[71] Die Begriffe Kontrollgremium und Aufsichtsrat werden im Folgenden synonym verwendet.

gebildet. Zu den Repräsentanten von Banken und Versicherungen gehören Vertreter von Instituten, die nicht zu den „100 Größten“ zählen, ehemalige Mitglieder der Geschäftsleitung von Unternehmen aus dem Berichtskreis, sofern sie noch dem Aufsichtsrat angehören, sowie Mitarbeiter der Banken bzw. Versicherungen aus dem Kreis der „100 Größten“. Bei den Gewerkschaftsvertretern handelt es sich um hauptamtliche Organisationsvertreter, die aufgrund der Mitbestimmungsgesetzgebung neben Arbeitnehmern aus dem Unternehmen in den Kontrollorganen die Arbeitnehmerseite vertreten. Unter der Kategorie „Vertreter staatlicher Institutionen“ werden erstmals die im Untersuchungszeitraum aktiven sowie ehemalige politische Entscheidungsträger auf Bundes-, Länder- und kommunaler Ebene zusammengefasst.

260. Die Zuordnung der Mandatsträger zu den oben aufgeführten Kategorien und mithin die Ermittlung der personellen Verflechtungen war auf der 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. Zu Kontrollzwecken wurden die infolge der Novellierung des Abgeordnetengesetzes anzeigepflichtigen Angaben zu Funktionen in Unternehmen sowie in Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts ausgewertet.[72]

4.3.2 Darstellung der personellen Verflechtungen zwischen den „100 Größten“

261. Die personellen Verflechtungen zwischen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ sind in Tabelle II.19 dargestellt. Hierbei wurde danach unterschieden, ob personelle Verbindungen bestanden

– durch Mitglieder der Geschäftsführung eines Unternehmens, die Kontrollmandate in anderen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ wahrnehmen, oder

– durch Mandatsträger, die gleichzeitig in mindestens zwei Kontrollorganen tätig sind.

[72] Vgl. § 44b AbgG, Anlage 1 § 1 Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages.

Tabelle II.19

Die personellen Verflechtungen zwischen den 100 größten Unternehmen 2006 und 2008[1]

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anzahl der Unternehmen …					
			… in deren Kontrollorgane das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat		… die Mitglieder ihrer Geschäftsführung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben[2]		… mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandatsträger in den Kontrollorganen personell verflochten ist	
2008	2006		2008	2006	2008	2006	2008	2006
1	3	Daimler AG	1	1	1		14	13
2	2	Siemens AG	1	3	3 (2)	1 (1)	10	10
3	4	Volkswagen AG	1	4	3	3	10	12
4	1	Deutsche Telekom AG	1	1	2 (1)	3 (1)	12	13
5	5	Deutsche Bahn AG	1	1	2	2	4	6
6	10	BASF SE	3	3	2 (1)	3 (2)	7	10
7	14	E.ON AG	6	6	1	1	16	18
8	8	Robert Bosch GmbH	2	1			5	5

noch Tabelle II.19

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anzahl der Unternehmen …					
			… in deren Kontrollorgane das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat		… die Mitglieder ihrer Geschäftsführung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben[2]		… mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandatsträger in den Kontrollorganen personell verflochten ist	
2008	2006		2008	2006	2008	2006	2008	2006
9	11	ThyssenKrupp AG	6	7			11	14
10	6	Deutsche Post AG	1	3	1 (1)	2 (1)	7	10
11	9	Bayerische Motoren Werke AG			2	1	11	9
12	12	RWE AG	2	4	2 (1)	2 (1)	11	13
13	13	Deutsche Lufthansa AG	4	3	4 (1)	3 (2)	12	19
14	7	Deutsche Bank AG	5	4	4	2	10	15
15	19	Vodafone-Gruppe Deutschland (Vodafone D2 GmbH)					1	
16	20	Bayer AG	2	1	2 (1)	4 (2)	17	19
17	16	Allianz SE	9	9	1	1	10	12
18	17	Metro AG		1	2 (1)	2	4	9
19	22	Continental AG	1		1	1	9	11
20	38	Commerzbank AG	2	5	2	3 (1)	8	14
21	18	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG		1	2	3	8	10
22	23	SAP AG	4	2	1	1	4	2
24	21	ZF Friedrichshafen AG					5	2
25	25	EADS-Gruppe Deutschland (EADS N.V.)			2 (1)	1	4	7
26	–	Evonik Industries AG	1	–	3	–	8	–
27	28	Vattenfall-Gruppe Deutschland (Vattenfall Europe AG)					5	4
28	27	MAN AG	2		2 (1)	2	10	14
29	30	Energie Baden-Württemberg AG					1	1
30	24	REWE-Gruppe (Rewe Deutscher Supermarkt KGaA)					1	
32	46	Salzgitter AG			2	2	4	6
33	45	Fresenius SE			1 (1)	1 (1)	5	1
34	34	Bertelsmann AG			2	2	7	8
37	42	Ford-Gruppe Deutschland (Ford-Werke GmbH)					2	1

noch Tabelle II.19

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anzahl der Unternehmen …					
			… in deren Kontrollorgane das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat		… die Mitglieder ihrer Geschäftsführung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben[2]		… mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandatsträger in den Kontrollorganen personell verflochten ist	
2008	2006		2008	2006	2008	2006	2008	2006
38	35	Porsche Automobil Holding SE	2	2			7	2
39	37	Sanofi-Aventis-Gruppe Deutschland (Sanofi-Aventis Deutschland GmbH)					3	2
41	80	K+S AG					3	3
44	60	KfW Bankengruppe	2	3	1 (1)	2 (2)	10	9
45	44	ExxonMobil-Gruppe Deutschland (ExxonMobil Central Europe Holding GmbH)				2	1	1
46	15	RAG-Stiftung (2006: RAG AG)	2	1		5 (1)	10	16
47	41	Shell-Gruppe Deutschland (Deutsche Shell Holding GmbH)		1				
48	64	Wacker Chemie AG		1			2	3
49	55	Rhön-Klinikum AG					1	
51	31	DZ Bank AG		1				1
53	68	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH						1
55	62	Otto Group (Otto GmbH & Co. KG)		1			1	
56	51	Roche-Gruppe Deutschland (Roche Deutschland Holding GmbH)					2	1
57	52	E. Merck oHG (E.Merck KGaA)	2				3	3
58	32	Landesbank Baden-Württemberg	2				2	1
59	73	Adolf Würth GmbH & Co. KG			1	1		2
61	67	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland (Compagnie de Saint Gobain S. A.)					5	6
62	57	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide			1	1	9	7
63	26	ARCANDOR AG			1	1	5	6
65	–	Deutsche Börse AG		–	2 (2)	–	6	–
67	79	ABB-Gruppe Deutschland (ABB AG)			2 (1)	2 (1)	2	1
68	77	TUI AG	3	5			6	8
69	59	Landesbank Berlin Holding AG					2	1

noch Tabelle II.19

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anzahl der Unternehmen …					
			… in deren Kontrollorgane das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat		… die Mitglieder ihrer Geschäftsführung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben[2]		… mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandatsträger in den Kontrollorganen personell verflochten ist	
2008	2006		2008	2006	2008	2006	2008	2006
70	49	Bayerische Landesbank	1	1				1
71	50	Bilfinger Berger AG			2	3 (1)	8	4
73	66	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH			2	2	1	
74	47	BP-Gruppe Deutschland (Deutsche BP AG)			1		5	6
75	29	General Motors-Gruppe Deutschland (Adam Opel GmbH)				1	2	1
76	74	Nestlé-Gruppe Deutschland (Nestlé Deutschland AG)						1
77	90	Carl Zeiss AG (Carl-Zeiss AG)	1		1 (1)	1 (1)	7	6
78	88	Voith AG	1	2	1		14	12
80	58	maxingvest AG		1			3	1
81	-	Rheinmetall AG		–		–	2	–
82	61	Heidelberger Druckmaschinen AG	2	1	4 (2)	3 (2)	6	12
84	71	Axel Springer AG				1	5	7
85	87	Generali-Gruppe Deutschland (Generali Deutschland Holding AG)			1 (1)	1 (1)	1	2
86	–	Dow-Gruppe Deutschland (Dow Olefinverbund GmbH)		–		–	4	–
88	82	AXA-Gruppe Deutschland (AXA Konzern AG)			2	3	6	9
89	–	DHS – Dillinger Hütte Saarstahl AG		–		–	2	–
90	89	Freudenberg & Co. KG	1				5	6
91	93	Novartis-Gruppe Deutschland (Novartis AG)			1	2	5	3
93	69	Henkel AG & Co. KGaA		2	1	1	6	5
95	56	EDEKA Zentrale AG & Co. KG			1		1	
96	–	DEKRA AG		-		-	2	-
97	75	Linde AG	1	1	1 (1)	2 (2)	11	14
99	–	EDEKA Minden eG	1	-		-	1	-

noch Tabelle II.19

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anzahl der Unternehmen …					
			… in deren Kontrollorgane das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat		… die Mitglieder ihrer Geschäftsführung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben[2]		… mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandatsträger in den Kontrollorganen personell verflochten ist	
2008	2006		2008	2006	2008	2006	2008	2006
–	72	ArcelorMittal-Gruppe Deutschland (ArcelorMittal S. A.)	-	1	-		-	
–	85	EWE AG	-		-		-	1
–	91	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V. a. G.	-		-	1	-	7
–	95	LANXESS AG	-		-	1	-	5
–	98	GEA Group AG	-		-	2 (1)	-	2
–	100	Unilever-Gruppe Deutschland (Unilever Deutschland Holding GmbH)	–		–		–	1
Summe Verbindungen			**76**	**84**	**76 (21)**	**84 (24)**	**215**	**234**
Anzahl Unternehmen			**33**	**34**	**43 (18)**	**44 (18)**	**73**	**70**

[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 2006 und 2008 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.

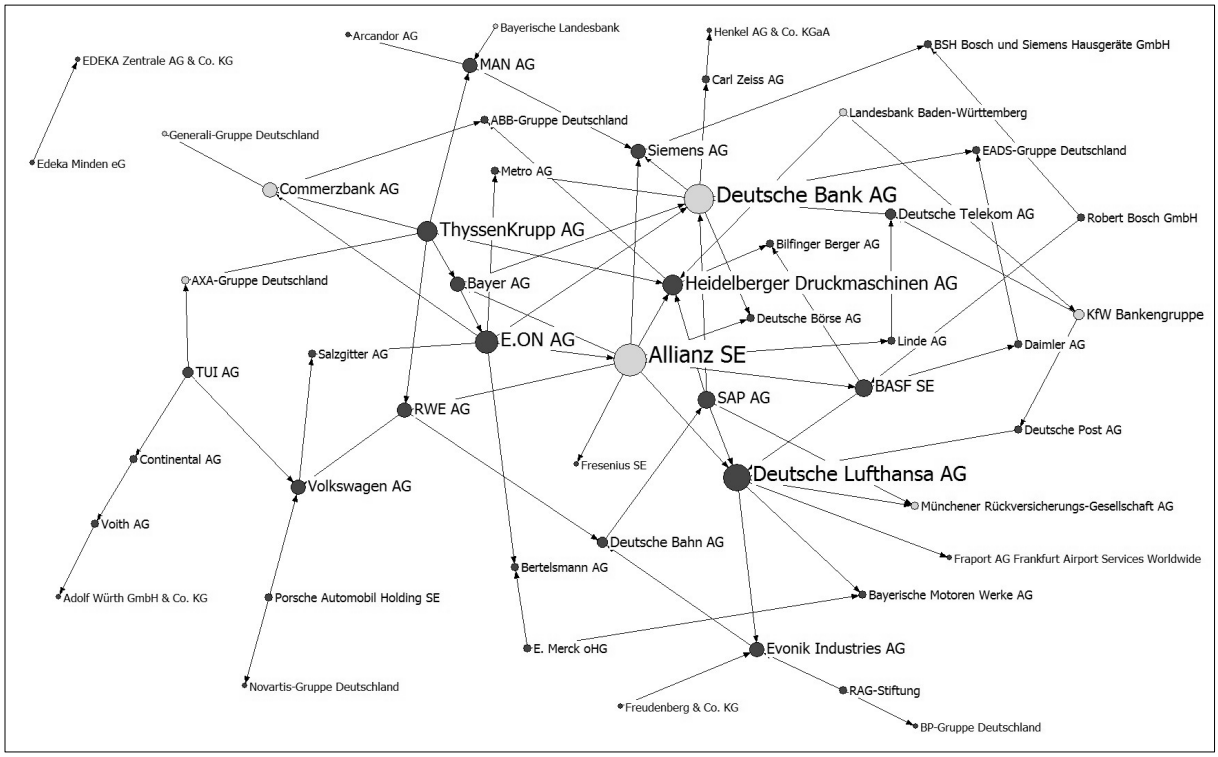
Quelle: Eigene Erhebungen

262. 2008 entsandten 33 Unternehmen (2006: 34 Unternehmen) aus dem Kreis der „100 Größten“ Mitglieder ihrer Geschäftsführung in die Kontrollorgane anderer Unternehmen aus diesem Kreis. Sie waren in den Kontrollorganen von 43 Unternehmen (2006: 44) aus dem Untersuchungskreis vertreten. Die Diskrepanz ist darauf zurückzuführen, dass die Geschäftsführungsmitglieder einiger Unternehmen, hier vor allem von Unternehmen aus dem oberen Bereich der Rangfolge sowie traditionell Vertreter von Banken und Versicherungen, häufig mehrere Mandate gleichzeitig innehatten. Beispiele hierfür sind die Allianz SE mit neun, die E.ON AG und die ThyssenKrupp AG mit je sechs und die Deutsche Bank AG mit fünf Mandaten. Die Deutsche Lufthansa AG und die SAP AG waren 2008 durch Mitglieder ihrer Geschäftsleitung in jeweils vier externen Kontrollorganen repräsentiert. Unter den Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ waren die Deutsche Lufthansa AG, die Deutsche Bank AG und die Heidelberger Druckmaschinen AG in jeweils vier Fällen sowie die Siemens AG, die Volkswagen AG und die Evonik Industries AG in jeweils drei Fällen am häufigsten über externe Geschäftsführungsmitglieder im eigenen Kontrollgremium mit anderen Unternehmen aus dem Untersuchungskreis verbunden.

263. Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich mithilfe einer Netzwerkanalyse veranschaulichen. In Abbildung II.12 sind die Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder in den Kontrollorganen der Unternehmen aus dem Berichtskreis im Jahr 2008 grafisch dargestellt. 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 2008



Quelle: Eigene Erhebungen

264. Die zehn größten Unternehmen hatten 2008 über Geschäftsführungsmitglieder durchschnittlich 2,6 Mandate (2006: 2,4) in den Kontrollorganen anderer Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ inne. Bereinigt um diejenigen Mandate, die zur mehrfachen Vertretung in externen Aufsichtsratsgremien führten, ergab sich für 2008 ein Durchschnittswert von 2,3.[73] 2006 hatte der Durchschnitt bei 2,1 gelegen. Der stärkste Rückgang um je drei externe Mandate von Vorstandsmitgliedern ist bei der Volkswagen AG und der Commerzbank AG festzustellen. Eine zunehmende Präsenz von Mitgliedern des Vorstands in Kontrollorganen anderer Großunternehmen um mehr als ein Mandat gegenüber 2006 ist nur im Falle der SAP AG (+2) zu verzeichnen.

In den Kontrollgremien der Unternehmen auf den Rängen eins bis zehn saßen zum Ende des Geschäftsjahres 2008 durchschnittlich Vertreter von 1,5 (2006: 1,7) Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“.

265. Die Gesamtzahl der Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder in den Kontrollorganen der „100 Größten“ sank bis Ende 2008 um 9,5 Prozent auf 76 gegenüber 84 in 2006.[74] Die Unternehmen auf den ersten zehn Rangpositionen entsandten unter Vernachlässigung von Doppelmandaten in einem Kontrollgremium 30,3 Prozent aller Geschäftsführungsmitglieder. Umgekehrt waren die zehn größten Unternehmen in 19,7 Prozent aller Fälle über Geschäftsführungsmitglieder in ihrem eigenen Aufsichtsrat mit anderen Unternehmen aus dem Untersuchungskreis verbunden. Für die ersten 50 der nach Wertschöpfung größten Unternehmen ergeben sich entsprechende Anteile in Höhe von 80,3 Prozent bzw. 67,1 Prozent. Die Unternehmen auf den Rängen 91 bis 100 entsandten 2008 zwei Mitglieder der Geschäftsführung in das Kontrollorgan eines anderen Unternehmens (2,6 Prozent aller Fälle) und empfingen vier externe Vorstände im eigenen Kontrollgremium (5,6 Prozent der Fälle).

266. Von den im Geschäftsjahr 2008 verbliebenen 76 Verbindungen über Geschäftsführungsmitglieder in externen Kontrollorganen entfielen 21 Verflechtungen (27,6 Prozent) auf sechs Banken und Versicherungen unter den „100 Größten“. 2006 konnten für sieben Banken und

[73] Vgl. Tabelle II.19, Spalte 4.

[74] Vgl. Tabelle II.19, Spalten 4 und 5.

Versicherungen insgesamt 24 Verflechtungen (28,6 Prozent) festgestellt werden. Der Verflechtungsgrad über Geschäftsführungsmitglieder aus Unternehmen der Finanzdienstleistungsbranche nahm gegenüber 2006 erneut überproportional um 12,5 Prozent (2004/2006: -20,0 Prozent) ab.

267. Die seit dem Berichtsjahr 1996 stetig rückläufige Zahl der entsandten Geschäftsführer aus Banken und Versicherungen bewirkte, dass der Anteil der Verflechtungen über die in die Untersuchung einbezogenen Finanzinstitute an der Gesamtzahl der personellen Verbindungen sank. Abbildung II.13 veranschaulicht die abnehmende Bedeutung der Banken und Versicherungen im personellen Verflechtungsnetzwerk zwischen deutschen Großunternehmen. Während im Berichtsjahr 1996 noch 101 Geschäftsführer aus Finanzdienstleistungsunternehmen externe Kontrollmandate ausübten, reduzierte sich diese Zahl bis 2008 um 79,2 Prozent. Die Zahl der Geschäftsführer mit externen Kontrollmandaten aus Unternehmen der Wirtschaftsbereiche Industrie, Handel, Verkehr und Dienstleistungen reduzierte sich im gleichen Zeitraum vergleichsweise schwach um 35,3 Prozent. Diese relativ geringere Abnahme führte dazu, dass der Anteil der Banken und Versicherungen an allen Verflechtungen über Geschäftsführer von 54,3 Prozent in 1996 auf 27,6 Prozent im Jahr 2008 sank. Die Ergebnisse belegen, dass personelle Verbindungen zwischen Unternehmen, die nicht schwerpunktmäßig der Finanzdienstleistungsbranche zuzurechnen sind, trotz eines rückläufigen Trends auch weiterhin einen relevanten Verflechtungstatbestand darstellen. Insgesamt spiegeln die Ergebnisse auch die Entwicklung der Kapitalbeteiligungen im Untersuchungskreis wider, deren Zahl im gleichen Zeitraum um 67,1 Prozent reduziert wurde.[75] Allerdings lässt sich bei einem Vergleich von personellen Verbindungen und Kapitalbeteiligungen feststellen, dass beide Verflechtungsformen nur schwach korreliert sind. Im Berichtjahr 2008 wurden beispielsweise nur 15 der 76 (19,7 Prozent) festgestellten personellen Verflechtungen über Geschäftsführer von einer parallelen Kapitalbeteiligung begleitet. In der Berichtsperiode 1996 waren 61 von 186 Vorstandsentsendungen (32,8 Prozent) durch eine Kapitalbeteiligung abgedeckt.

268. Die letzten beiden Spalten der Tabelle II.19 geben einen Überblick über die Zahl der indirekten Verflechtungen über sonstige gemeinsame Träger von Kontrollmandaten. 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 2008 waren danach 73 der insgesamt 96 (2006: 70 von 96) Unternehmen, deren Kontrollorgane erfasst wurden, mit mindestens einem anderen Unternehmen verbunden. Nach dieser Abgrenzung betrug in 2008 die Gesamtzahl der Unternehmensverflechtungen 215 gegenüber 234 in 2006.[76]

Zwischen 2006 und 2008 setzte sich der seit 1996 zu beobachtende Rückgang derartiger Verflechtungsbeziehungen um 19 Fälle (8,1 Prozent) weiter fort, nachdem die Abnahme personeller Verbindungen über Mandatsträger in der Periode 2004/2006 zwischenzeitlich unterbrochen wurde (vgl. Abbildung II.13).

Die neu in den Kreis eingetretenen Gesellschaften wiesen 25, die ausgeschiedenen dagegen 16 derartige Verbindungen auf. Entsprechend verringerte sich auch die Zahl der Verflechtungen über Mandatsträger der Unternehmen, die in beiden Jahren zum Kreis der „100 Größten“ zählten.

In besonders starkem Maße verringerte sich die personelle Einbindung der Deutschen Lufthansa AG (-7), der Commerzbank AG (-6), der RAG-Stiftung (vormals RAG AG, -6), der Heidelberger Druckmaschinen AG (-6) sowie der Deutschen Bank AG und der Metro AG (jeweils -5). Ein nennenswerter Anstieg dieser Form der personellen Unternehmensverbindung war im Untersuchungszeitraum für die Porsche Automobil Holding SE (+5), die Fresenius SE (+4) sowie die Bilfinger Berger AG (+4) zu verzeichnen. Die höchste Anzahl personeller Verbindungen mit anderen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ weisen die Bayer AG (17 Mandate) und die E.ON AG (16 Mandate) gefolgt von der Daimler AG und der Voith AG mit jeweils 14 Mandaten auf.

269. Die höchstmögliche Anzahl an Verflechtungen zwischen den „100 Größten“ beträgt 4 950.[77] Der Anteil der bestehenden Kontakte über gemeinsame Mitglieder der Kontrollorgane an dieser Maximalzahl stellt ein Maß für den Grad der Verflechtungen dar. Der Verflechtungsgrad reduzierte sich in den Jahren 2006 bis 2008 um 0,4 Prozentpunkte von 4,7 Prozent auf 4,3 Prozent. Gegenüber dem Berichtsjahr 1996, in dem der Anteil noch 8,5 Prozent betragen hatte, ist eine Halbierung des Verflechtungsgrades festzustellen.

270. Tabelle II.20 gibt die Anzahl der Unternehmen, gruppiert nach der Anzahl ihrer indirekten personellen Verflechtungen, wieder. Auffällig ist bei einem Vergleich der Jahre 2006 und 2008 vor allem die Abnahme der Fälle, die in die Kategorien mit mehr als zehn Verflechtungen fielen. Die Abnahme in diesen Kategorien ist vollständig auf den Wechsel von Unternehmen in geringere Klassifizierungsgruppen, insbesondere mit maximal fünf Verflechtungen, zurückzuführen. Die Zahl der verflochtenen Unternehmen insgesamt liegt hierbei auf dem Niveau des Jahres 2002, allerdings bei einer deutlich verringerten Intensität gegenseitiger Verflechtungen.

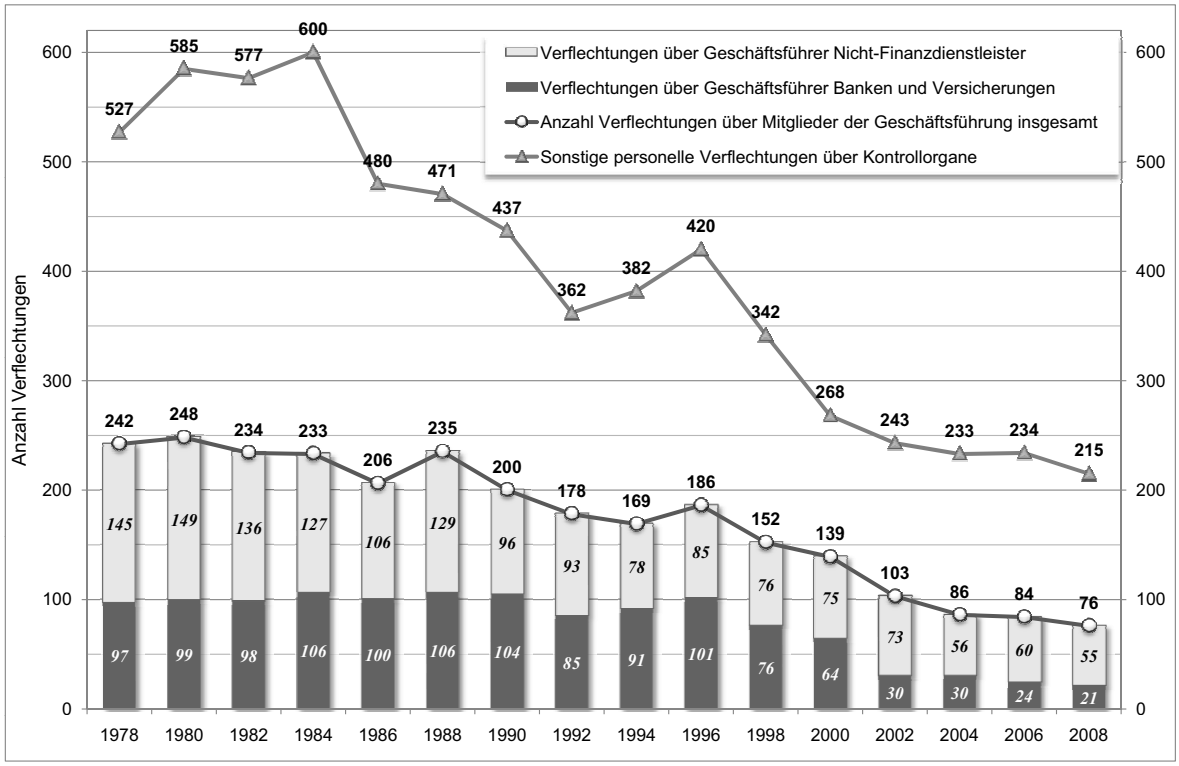
[75] Vgl. Tz. 254.

[76] Hierbei zählte jede Verbindung, an der jeweils zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ beteiligt sind, einfach.

[77] Die maximale Zahl möglicher 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).

Abbildung II.13

Personelle Verflechtungen der „100 Größten“ in den Jahren 1978 bis 2008



Quelle: Eigene Erhebungen

Tabelle II.20

Häufigkeit der personellen Verflechtungen zwischen den 100 größten Unternehmen über Mandatsträger in den Kontrollorganen 1996, 2002, 2006 und 2008

Anzahl der Verflechtungen	Anzahl der Unternehmen			
	1996	2002	2006[1]	2008
1 bis 5	26	41	32	40
6 bis 10	20	15	21	23
11 bis 15	11	9	13	8
16 bis 20	15	6	4	2
21 bis 25	8	2	0	0
Über 25	1	0	0	0
Insgesamt	**81**	**73**	**70**	**73**

[1] Aktualisierte Werte.

Quelle: Eigene Erhebungen

271. In Tabelle II.21 werden die personellen Verbindungen über gemeinsame Mitglieder in Kontrollgremien zwischen den – gemessen an ihrer Wertschöpfung – zehn größten Unternehmen dargestellt. Ergänzend zu den Werten der Jahre 2006 und 2008 werden die entsprechenden Daten für 1978 ausgewiesen. Berücksichtigt wurden nur die Verflechtungen, die die zehn Unternehmen untereinander hatten. Bei maximal 45 Kontakten verringerte sich der Verflechtungsgrad gegenüber 2006 um näherungsweise 2,2 Prozentpunkte auf 24,4 Prozent.[78] Im Untersuchungsjahr

[78] In der Tabelle wird aufgrund der Darstellung auf Unternehmensebene jede Verbindung zweimal ausgewiesen.

1978 lag der Anteil bei 51,1 Prozent. Der Grad der Verflechtungen über Kontrollmandate liegt somit zwischen den zehn größten Unternehmen durchschnittlich um ein Fünf- bis Sechsfaches höher als zwischen den „100 Größten“.

Der leichte Rückgang in den Jahren 2006 und 2008 begründet sich ausschließlich durch den Abbau von Verflechtungen zwischen Unternehmen, die in beiden Perioden zu den zehn größten Unternehmen zählten. Die durch das Ausscheiden der Deutschen Bank AG (-4 Verbindungen) und der Bayerischen Motoren Werke AG (-1 Verbindung) bedingte Abnahme der Verflechtungen wurde durch die neu eingetretenen Unternehmen ThyssenKrupp AG (drei Verbindungen) und die E.ON AG (zwei Verbindungen) vollständig kompensiert.

Tabelle II.21

Die personellen Verflechtungen zwischen den zehn größten Unternehmen 1978, 2006 und 2008 über Kontrollorgane[1]

Rang			Unternehmen	Anzahl der personellen Verflechtungen über Mandatsträger in den Kontrollorganen		
1978	2006	2008		1978	2006	2008
1	2	2	Siemens AG	6	2	3
2	3	1	Daimler AG[2]	5	2	2
3	4	3	Volkswagen AG[3]	4	4	3
4	–	–	RAG-Stiftung[4]	7	–	–
5	–	9	ThyssenKrupp AG[5]	5	–	3
6	10	6	BASF SE[6]	3	2	1
7	–	–	Bayer AG	4	–	–
8	–	–	Hoechst AG	3	–	–
9	–	–	AEG AG[7]	2	–	–
10	–	–	VEBA AG	7	–	–
	1	4	Deutsche Telekom AG	–	2	4
–	5	5	Deutsche Bahn AG	–	1	1
–	6	10	Deutsche Post AG	–	3	2
–	7	–	Deutsche Bank AG	–	4	–
–	8	8	Robert Bosch GmbH	–	3	1
–	9	–	Bayerische Motoren Werke AG	–	1	–
–	–	7	E.ON AG	–	–	2
Insgesamt				**46**	**24**	**22**
Verflechtungsgrad (%)				***51,1***	***26,7***	***24,4***

[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 zehn größten Unternehmen. Zu Anmerkungen, die Umfirmierungen und Umstrukturierungen von Unternehmen und Konzernen betreffen, vgl. ergänzend die Fußnoten zu Tabelle II.1.

[2] 1978: Daimler-Benz AG.

[3] 1978: Volkswagenwerk AG.

[4] 1978: Ruhrkohle AG.

[5] 1978: Thyssen AG.

[6] 1978: BASF AG.

[7] 1978: Allgemeine Elektricitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken.

Quelle: Eigene Erhebungen

4.3.3 Personelle und Kapitalverflechtungen zwischen Unternehmen des gleichen Wirtschaftszweigs

272. Wettbewerbspolitisch ist insbesondere relevant, ob 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.[79] 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 überschnitten, unberücksichtigt geblieben sein. Es ist ferner anzumerken, dass die im Rahmen der Untersuchung vorgenommene Zuordnung nach Wirtschaftszweigen nur eine Annäherung an wettbewerbspolitisch relevante Märkte darstellt.[80] Grundsätzlich wurden bei den Industrieunternehmen die Großhandelsaktivitäten als gemeinsamer Wirtschaftszweig aus der Betrachtung herausgenommen, da diese Aktivitäten überwiegend dem Vertrieb selbst hergestellter Produkte dienen und die Unternehmen somit als Großhändler nicht miteinander in Konkurrenz stehen.

Im Berichtsjahr 2008 lagen 14 Verflechtungen (2006: 16) dieser Art vor. In sechs (2006: neun) Fällen war das den Geschäftsführer entsendende Unternehmen an der anderen Gesellschaft beteiligt. Acht (2006: elf) 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.[81]

- Siemens AG und BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH (Herstellung von elektrischen Haushaltsgeräten; 50,0 Prozent),
- Robert Bosch GmbH und BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH (Herstellung von elektrischen Haushaltsgeräten; 50,0 Prozent),
- ThyssenKrupp AG und MAN AG (Maschinenbau),
- ThyssenKrupp AG und Heidelberger Druckmaschinen AG (Maschinenbau),
- Deutsche Lufthansa AG und Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide (Hilfs- und Nebentätigkeiten für den Verkehr; Verkehrsvermittlung; 9,9 Prozent),
- Bayer AG und E.ON AG (Herstellung von chemischen Erzeugnissen),
- Allianz SE und Deutsche Börse AG (Mit dem Kredit- und Versicherungsgewerbe verbundene Tätigkeiten),
- MAN AG und Siemens AG (Maschinenbau),
- Porsche Automobil Holding SE und Volkswagen AG (Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen; 50,8 Prozent),
- KfW Bankengruppe und Deutsche Post AG (Kreditinstitute; 30,6 Prozent),
- RAG-Stiftung und Evonik Industries AG (Grundstücks- und Wohnungswesen; <75,0 Prozent),
- Landesbank Baden-Württemberg und KfW Bankengruppe (Kreditinstitute),
- Heidelberger Druckmaschinen AG und ABB-Gruppe Deutschland (Maschinenbau),
- Edeka Minden eG und EDEKA Zentrale AG & Co. KG (Handelsvermittlung und Großhandel (ohne Handel mit Kraftfahrzeugen)).

Gegenüber 2006 nahm die Zahl der personellen Verflechtungen zwischen Unternehmen desselben Wirtschaftszweigs geringfügig ab. Die Veränderung der Zahl personeller Verflechtungen zwischen Unternehmen in übereinstimmenden Wirtschaftszweigen resultiert sowohl aus der Veränderung des Kreises der „100 Größten“ als auch aus Umstrukturierungen in den Geschäftsführungsorganen der Großunternehmen. Unter den sieben neuen Verflechtungen sind drei Verbindungen den 2008 in den Berichtskreis eingetretenen Gesellschaften zuzurechnen. Von den neun weggefallenen Unternehmensverbindungen entfiel eine auf die ausgeschiedene ArcelorMittal-Gruppe Deutschland. Als Folge der Umstrukturierung des ehemaligen RAG-Konzerns in die Evonik Industries AG und die RAG AG unter dem Dach der RAG-Stiftung entfielen zudem drei Verbindungen mit der in die Erhebung für das Jahr 2006 einbezogenen RAG AG.[82]

4.3.4 Aufschlüsselung der Kontrollorgane nach Gruppen von Mandatsträgern

273. Eine Analyse der Zusammensetzung der Kontrollorgane der 100 größten Unternehmen erfolgt in Tabelle II.22. Soweit eine eindeutige Zuordnung möglich war, wurden die Kontrollmandate den verschiedenen Gruppen von Mandatsträgern[83] zugerechnet. Der Anteil externer Geschäftsführungsmitglieder von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an allen Arbeitgebervertretern in den Kontrollgremien reduzierte sich im Vergleich zu 2006 insgesamt um 1,3 Prozent auf 9,2 Prozent. Ebenso sank der Anteil von Vertretern aus Banken und Versicherungen, die nicht dem Kreis der „100 Größten“ angehören. Ihr Anteil halbierte sich von 2006 bis Ende des Jahres 2008 auf 1,8 Prozent. Der Anteil der sonstigen nicht zuzuordnenden Mandatsträger erhöhte sich im gleichen Zeitraum von 667 auf 679 Sitze.

---

[79] Für die aktuelle Untersuchung wurde der Abgleich der Hauptwirtschaftsbereiche mindestens auf der Grundlage der Zweistellerebene (Ebene der 60 Abteilungen gemäß der Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003 (WZ 2003) des Statistischen Bundesamtes) durchgeführt. Bei einer Überschneidung auf einer tieferen Gliederungsebene wird der entsprechende exakte Wirtschaftszweig ausgewiesen.

[80] Vgl. Tz. 230.

[81] Falls keine weiteren Erläuterungen gegeben werden, bezieht sich der Kapitalanteil auf die Beteiligung des erstgenannten am zweitgenannten Unternehmen.

[82] Vgl. Tz. 182.

[83] Vgl. Tz. 259.

Die Zahl von Vertretern der öffentlichen Hand reduzierte sich im Referenzzeitraum unwesentlich von 96 auf 93 Personen (10,8 bzw. 10,7 Prozent aller Anteilseignervertreter). 76 dieser 93 Mandatsträger vertraten hierbei im Geschäftsjahr 2008 als Arbeitgebervertreter die öffentliche Hand als Mehrheitseigentümer. Weitere 13 Mandatsträger sind aufgrund einer Minderheitsbeteiligung von über 20 Prozent in einem Kontrollgremium vertreten. Lediglich vier Sitze sind nicht durch eine Kapitalbeteiligung der öffentlichen Hand gestützt. Der empirische Befund auf der Grundlage der 100 größten Unternehmen und der gewählten Operationalisierung vermag die These einer zunehmenden Annäherung von Entscheidungsträgern aus Wirtschaft und Politik nicht zu stützen.[84] In der weit überwiegenden Zahl der Fälle üben die Vertreter der öffentlichen Hand wie skizziert ein Kontrollmandat in ihrer Funktion als Anteilseignervertreter aus.

Die Zusammensetzung der Arbeitnehmerseite in den erfassten Kontrollgremien änderte sich gegenüber der Vorperiode nur geringfügig. Die Zahl der Gewerkschaftsvertreter sank von 183 auf 180 Personen. 512 Mandate wurden wie bereits 2006 durch sonstige Arbeitnehmervertreter besetzt. Die Zahl der Mandatsträger in den Kontrollgremien insgesamt sank um 24 Sitze auf 1 560, 21 der 24 Sitze entfielen auf die Arbeitgeberseite. Der Anteil der Arbeitnehmervertreter in den Kontrollgremien erhöhte sich gegenüber dem Berichtsjahr 2006 entsprechend um 0,5 Prozentpunkte auf 44,4 Prozent. Die durchschnittliche Größe der 96 erfassten Kontrollgremien betrug 16,3 Sitze (2006: 16,5 Sitze).

274. Das anteilsmäßige Gewicht der unterschiedenen Gruppen hängt erheblich von der Zusammensetzung des Kreises der 100 größten Unternehmen ab, teilweise aber auch von Veränderungen innerhalb der Geschäftsführungsorgane. Wechselt beispielsweise ein Vorstand in den Aufsichtsrat desselben Unternehmens, so erfolgt die Zuordnung bei Banken und Versicherungen aus dem Kreis der „100 Größten“ zu den sonstigen Banken- und Versicherungsvertretern, bei allen anderen Unternehmen zu den nicht zuzuordnenden Arbeitgebervertretern.

275. Die Monopolkommission hat für die beiden Berichtsjahre 2006 und 2008 erstmals die Vorsitzenden der 96 Kontrollgremien aufgrund ihrer herausragenden Stellung tiefer gehend analysiert. Die Ergebnisse zeigen, dass 39 oder 40,6 Prozent (2006: 35 bzw. 36,5 Prozent) der Aufsichtsratsvorsitzenden mindestens ein weiteres Geschäftsführungs- bzw. Kontrollmandat in Unternehmen aus dem Untersuchungskreis ausübten. Fünf (2006: sechs) der 96 Aufsichtsratsvorsitzenden waren 2008 als aktives Mitglied in einem Geschäftsführungsgremium eines Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“ tätig.

Die deskriptive Analyse der Kontrollgremien der „100 Größten“ liefert auch Hinweise 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 weit verbreitete 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.[85] § 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 zu den „100 Größten“ zeigen, dass der amtierende Vorsitzende des Kontrollgremiums in 37 Fällen bzw. 38,5 Prozent der Fälle (2006: 36 Fälle, 37,5 Prozent) zuvor ein Geschäftsführungsmandat im gleichen Unternehmen bekleidete.[86] In beiden Jahren handelte es sich in 15 Fällen um Unternehmen, die im DAX 30 notiert waren.

Die Monopolkommission beschränkt sich in ihrem aktuellen Gutachten auf die deskriptive Auswertung der Struktur und Zusammensetzung deutscher Geschäftsführungs- und Kontrollgremien, sieht aber noch 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. 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 wird sich künftig verstärkt mit der empirischen Analyse personeller und kapitalmäßiger Verflechtungsbeziehungen auf Unternehmensebene auseinandersetzen.

276. Die Vertreter der in Tabelle II.22 aufgeführten Gruppen hatten vielfach Mandate in den Kontrollorganen mehrerer Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ inne. So betrug für Geschäftsführungsmitglieder insgesamt die durchschnittliche Anzahl der wahrgenommenen Mandate 1,5 (2006: 1,5), die dazu gehörenden Geschäftsführungsmitglieder von Banken und Versicherungen nahmen im Durchschnitt 1,8 (2006: 1,6) Mandate wahr. Sonstige Vertreter von Banken und Versicherungen waren in durchschnittlich 1,5 (2006: 1,7), Gewerkschaftsvertreter in 1,2 (2004: 1,1) Kontrollorganen vertreten.

[84] Vgl. Tz. 163.

[85] Vgl. Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex, Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 18. Juni 2009, Ziff. 5.4.4, und Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2509.

[86] Hierbei war der amtierende Vorsitzende des Kontrollgremiums im Jahr 2008 in 32 Fällen (2006: 32 Fällen) zuvor der Vorsitzende des zugehörigen Geschäftsführungsgremiums. In fünf Fällen (2006: vier Fällen) handelte es sich um ein anderes Mitglied der Geschäftsführung.

Tabelle II.22

Aufschlüsselung der Mandatsträger in den Kontrollorganen der 100 größten Unternehmen 2006 und 2008 nach Gruppen[1]

Gruppenzugehörigkeit	Zahl der Mandate		Anteil an der jeweiligen Gruppe (%)	
	2008	2006[2]	2008	2006[2]
Arbeitgebervertreter:				
Mitglieder der Geschäftsführung von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	80	93	*9,2*	*10,5*
davon:				
Vertreter von Banken und Versicherungen	(21)	(24)	*(2,4)*	*(2,7)*
Sonstige Vertreter von Banken und Versicherungen[3]	16	33	*1,8*	*3,7*
Vertreter der öffentlichen Hand	93	96	*10,7*	*10,8*
Sonstige Arbeitgebervertreter	679	667	*78,2*	*75,0*
Arbeitgebervertreter insgesamt	**868**	**889**	***100,0***	***100,0***
nachrichtlich:				
Vorsitzende der Kontrollgremien	96	96	*100,0*	*100,0*
davon:				
Mehrfachmandatsträger	39	35	*40,6*	*36,5*
aktive Mitglieder der Geschäftsführung von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	5	6	*5,2*	*6,3*
ehemalige Mitglieder der Geschäftsführung des zugehörigen Unternehmens	37	36	*38,5*	*37,5*
Arbeitnehmervertreter:				
Gewerkschaftsvertreter[4]	180	183	*26,0*	*26,3*
Angestellte des Unternehmens (Betriebsräte, leitende Angestellte)	512	512	*74,0*	*73,7*
Arbeitnehmervertreter insgesamt	**692**	**695**	***100,0***	***100,0***
Mandatsträger in den Kontrollgremien insgesamt	1.560	1.584		
davon:				
Anteil Arbeitgebervertreter			*55,6*	*56,1*
Anteil Arbeitnehmervertreter			*44,4*	*43,9*
Geschäftsführer der „100 Größten“:				
Mehrfachmandatsträger	80	93	*15,0*	*15,8*
davon:				
Geschäftsführer aus Banken und Versicherungen	21	24	*3,9*	*4,1*
Vorsitzende der Geschäftsführung	24	30	*4,5*	*5,1*
Mandatsträger in den Geschäftsführungsgremien insgesamt	**532**	**590**	***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] Hierzu zählen (a) Vertreter von Banken oder Versicherungen, die nicht im Kreis der „100 Größten“ vertreten sind, (b) ehemalige Geschäftsführungsmitglieder von Banken oder Versicherungen aus dem Kreis der „100 Größten“, sofern sie noch Mitglied des Aufsichtsrates sind, sowie (c) nicht zur Geschäftsführung gehörende Mitarbeiter von Banken und Versicherungen aus dem Kreis der „100 Größten“.

[4] Gewerkschaftsvertreter gemäß § 7 Absatz 2, § 16 Absatz 2 MitbestG.

Quelle: Eigene Erhebungen

Die höchste Zahl an Mandaten, die bei Vertretern der jeweiligen Gruppen gezählt wurde, betrug 2008 bei den Geschäftsführungsmitgliedern vier (2006: fünf), bei den sonstigen Vertretern von Banken und Versicherungen fünf (2006: vier) sowie bei den Gewerkschaftsvertretern fünf (2006: vier) Mandate. Die genannte Höchstzahl an Kontrollmandaten in den einzelnen Gruppen wurde jeweils nur durch eine Person ausgeübt. Bei den nicht zuzuordnenden Mandatsträgern der Arbeitgeberseite ist die Wahrnehmung von Mehrfachmandaten ebenfalls üblich. In diese Kategorie fallen unter anderem ehemalige Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder der „100 Größten“ oder Geschäftsführungsmitglieder von Unternehmen, die nicht zum Berichtskreis zählten oder aus diesem ausgeschieden sind. Die maximale Anzahl ausgeübter Mandate betrug in dieser Kategorie im Berichtsjahr 2008 fünf (2006: sieben).

4.4 Kooperationen im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen

4.4.1 Methodische Vorbemerkungen

277. Die Monopolkommission untersucht traditionell die Beteiligung der Großunternehmen an Gemeinschaftsunternehmen als wesentliche Form der Verflechtung. Im Rahmen der folgenden Untersuchung wird ein Gemeinschaftsunternehmen durch die direkte oder indirekte Kapitalbeteiligung von zwei oder mehr Unternehmen aus dem Kreis der jeweils in die Untersuchung einbezogenen Unternehmen mit je mindestens 25 Prozent gekennzeichnet. Die Bildung von Gemeinschaftsunternehmen unterliegt gemäß §§ 35, 37 GWB der Zusammenschlusskontrolle. Bei Vorliegen einer indirekten Beteiligung müssen die zwischengeschalteten Beteiligungsgesellschaften von den betreffenden in- oder ausländischen Konzernobergesellschaften aus dem Betrachtungskreis beherrscht sein. In den Fällen, in denen eines der 20 größten Unternehmen Gemeinschaftsunternehmen eines anderen Unternehmens aus diesem Kreis ist, bleiben gemeinsame Tochtergesellschaften unberücksichtigt. Eine methodische Begrenzung besteht darüber hinaus dahingehend, dass nur Gemeinschaftsunternehmen mit Sitz im Inland berücksichtigt werden.[87]

278. Gegenstand der Betrachtung sind die gemessen an ihrer inländischen Wertschöpfung 20 größten Gesellschaften. Dieser Unternehmenskreis ermöglicht eine ausführliche Analyse der Unternehmensverbindungen über Gemeinschaftsunternehmen bei den Gesellschaften, die von dieser Kooperationsform ohnehin am häufigsten Gebrauch machen. Im Einzelnen kann aufgeschlüsselt werden, welche Unternehmen über Gemeinschaftsunternehmen zusammenarbeiten. Neben dem Ausweis der Wirtschaftsbereiche, denen die Gemeinschaftsunternehmen angehören, erfolgt eine Zuordnung der Rechtsform, in der die Gemeinschaftsunternehmen organisiert sind.

279. Grundlage für die Ermittlung der Gemeinschaftsunternehmen sind im Allgemeinen die in Tz. 167 aufgeführten Datenquellen sowie bis zum Jahr 2006 ergänzend die Meldungen des Bundeskartellamtes über angezeigte Unternehmenszusammenschlüsse. Bei voneinander abweichenden Angaben, die sich in Einzelfällen durch einen unterschiedlichen Stichtag der Berichterstattung ergaben, wurden stets die Angaben der Geschäftsberichte zugrunde gelegt.

Das verwendete Datenmaterial ließ keine lückenlose Erfassung aller Beteiligungen zu. In den Fällen, in denen keine vollständige, von den Unternehmen veröffentlichte bzw. hinterlegte Beteiligungsübersicht zur Verfügung stand, musste auf die oben genannten Quellen zurückgegriffen werden, deren Vollständigkeit im Einzelnen nicht überprüft werden konnte.

4.4.2 Verflechtungen der 20 größten Unternehmen über Gemeinschaftsunternehmen

280. Tabelle II.23 vermittelt einen Überblick über die Verflechtungen der 20 größten Gesellschaften über Gemeinschaftsunternehmen. 2008 bestanden bei 14 Unternehmen (2006 bei 18 Unternehmen) Beteiligungen an Gemeinschaftsunternehmen mit anderen Unternehmen aus diesem Kreis. Dabei zeigen sich bezüglich der Anzahl derartiger Beteiligungen erhebliche Unterschiede. Die meisten Gemeinschaftsunternehmen wies mit 22 die E.ON AG auf, gefolgt von der RWE AG mit 19 Beteiligungen an gemeinsamen Tochtergesellschaften. In vielen Fällen erstreckte sich die Zusammenarbeit mit anderen Großunternehmen auf mehrere gemeinsame Unternehmen. Beispielsweise war die E.ON AG mit vier Unternehmen verflochten, wobei sie mit der RWE AG 19 gemeinsame Beteiligungen an dritten Unternehmen hielt, mit der Deutschen Bahn AG, der ThyssenKrupp AG sowie der Commerzbank AG je eine. Die höchste Anzahl an Verflechtungen wurde für die Siemens AG ermittelt, die über insgesamt sechs Gemeinschaftsunternehmen mit fünf Gesellschaften unter den 20 größten Unternehmen verbunden war. 2006 hatten bei diesem Unternehmen acht Verflechtungen bestanden. An einem Gemeinschaftsunternehmen besaßen drei Unternehmen aus dem Berichtskreis eine Beteiligung.

281. Insgesamt wurden 47 (2006: 58) Gemeinschaftsunternehmen in der Periode 2008 gezählt, an denen mindestens zwei Unternehmen aus dem Kreis der „20 Größten“ beteiligt waren. Die Anzahl gemeinsamer Tochterunternehmen nahm damit im Berichtszeitraum erneut deutlich um 19,0 Prozent ab. Bereits im Zeitraum 2004 bis 2006 wurden 17 bzw. 22,7 Prozent der Gemeinschaftsunternehmen aufgelöst. Abbildung II.14 fasst die Entwicklung der Gemeinschaftsunternehmen unter den „20 Größten“ seit der Berichtsperiode 1994 zusammen. In den Kreis der 20 größten Unternehmen ist die Commerzbank AG (zehn Beteiligungen) und die Continental AG (keine Beteiligungen) neu eingetreten. Die Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG (vier Beteiligungen) und die RAG-Stiftung (2006: RAG AG, fünf Beteiligungen) schieden aus dem Kreis der „20 Größten“ aus. Weitere Veränderungen ergaben sich aus Auflösungen von Gemeinschaftsunternehmen während des Berichtszeitraums. In der Summe kamen 13 Gemeinschaftsunternehmen hinzu, 24 entfielen.

282. Im Berichtsjahr 2008 betrug die Gesamtzahl der Verflechtungen zwischen den „20 Größten“ über Gemein-

[87] Beteiligungsketten, die über kontrollierte Zwischengesellschaften im Ausland verlaufen, wurden im Rahmen der Erhebung berücksichtigt.

schaftsunternehmen 19 gegenüber 30 im Jahr 2006.[88] Berücksichtigt man, dass die theoretisch höchstmögliche Zahl der Verflechtungen zwischen den „20 Größten“ 190 beträgt, dann stellt der Anteil der tatsächlichen Verbindungen an dieser Maximalzahl ein Maß für den Grad der Verflechtung dar.[89] Dieser Anteil reduzierte sich von 15,8 Prozent in 2006 auf 10,0 Prozent bis Ende des Berichtsjahres 2008. Bezieht man nur diejenigen 18 Unternehmen in die Untersuchung ein, die in beiden Berichtsperioden 2006 und 2008 zu den 20 größten Unternehmen nach Wertschöpfung zählten, ergibt sich eine theoretisch höchstmögliche Zahl an Verflechtungen von 153. Bezogen auf diesen Wert (bei 15 Verflechtungen zwischen 18 Unternehmen) ergibt sich für das Jahr 2008 ein Verflechtungsgrad von 9,8 Prozent. Im Jahr 2006 betrug der Verflechtungsgrad dieser 18 Unternehmen (bei 24 Verflechtungen) 15,7 Prozent.

[88] Hierbei zählt jede Verbindung zwischen zwei Unternehmen einfach.

[89] Die höchstmögliche Zahl der Verflechtungen 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).

Tabelle II.23

Die Verflechtungen zwischen den 20 größten Unternehmen 2006 und 2008 über Gemeinschaftsunternehmen[1]

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Beteiligungen an Gemeinschafts-unternehmen	Unternehmen, mit denen über Gemeinschaftsunternehmen zusammengearbeitet wird[2]
1 3	2008 2006	Daimler AG	5 5	Volkswagen AG (2) Deutsche Telekom AG (2) Deutsche Bank AG (Siemens AG) (Bayerische Motoren Werke AG)
2 2	2008 2006	Siemens AG	6 10	Deutsche Telekom AG Deutsche Bahn AG Robert Bosch GmbH ThyssenKrupp AG (2) Deutsche Lufthansa AG (Daimler AG) (Volkswagen AG) (Deutsche Bank AG)
3 4	2008 2006	Volkswagen AG	3 5	Daimler AG (2) Deutsche Bahn AG (Siemens AG) (Bayerische Motoren Werke AG)
4 1	2008 2006	Deutsche Telekom AG	3 2	Daimler AG (2) Siemens AG
5 5	2008 2006	Deutsche Bahn AG	3 7	Siemens AG Volkswagen AG E.ON AG (Deutsche Lufthansa AG) (RAG-Stiftung, 2006: RAG AG)
6 10	2008 2006	BASF SE	0 0	
7 14	2008 2006	E.ON AG	22 25	Deutsche Bahn AG ThyssenKrupp AG RWE AG (19) *Commerzbank AG* (Allianz SE)
8 8	2008 2006	Robert Bosch GmbH	1 1	Siemens AG
9 11	2008 2006	ThyssenKrupp AG	5 5	Siemens AG (2) E.ON AG Allianz SE *Commerzbank AG* (RAG-Stiftung, 2006: RAG AG)

n o c h Tabelle II.23

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Beteiligungen an Gemeinschafts-unternehmen	Unternehmen, mit denen über Gemeinschaftsunternehmen zusammengearbeitet wird[2]
10 6	2008 2006	Deutsche Post AG	1 2	Deutsche Lufthansa AG
11 9	2008 2006	Bayerische Motoren Werke AG	0 1	(Daimler AG) (Volkswagen AG)
12 12	2008 2006	RWE AG	19 23	E.ON AG (19) (Allianz SE)
13 13	2008 2006	Deutsche Lufthansa AG	2 5	Siemens AG Deutsche Post AG (Deutsche Bahn AG) (Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG)
14 7	2008 2006	Deutsche Bank AG	8 7	Daimler AG Allianz SE (3) *Commerzbank AG (5)* (Siemens AG) (Metro AG) (Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG)
15 19	2008 2006	Vodafone-Gruppe Deutschland	0 0	
16 20	2008 2006	Bayer AG	0 1	(RAG-Stiftung, 2006: RAG AG)
17 16	2008 2006	Allianz SE	7 8	ThyssenKrupp AG Deutsche Bank AG (3) *Commerzbank AG (4)* (E.ON AG) (RWE AG) (Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG)
18 17	2008 2006	Metro AG	0 1	(Deutsche Bank AG)
19 –	2008 2006	Continental AG	0 –	
20 –	2008 2006	Commerzbank AG	10 –	*E.ON AG* *Thyssen Krupp AG* *Deutsche Bank AG (5)* *Allianz SE (4)*
– 15	2008 2006	RAG-Stiftung (2006: RAG AG)	– 5	(Deutsche Bahn AG) (ThyssenKrupp AG) (Bayer AG)
– 18	2008 2006	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	– 4	(Deutsche Bank AG) (Deutsche Lufthansa AG) (Allianz SE)

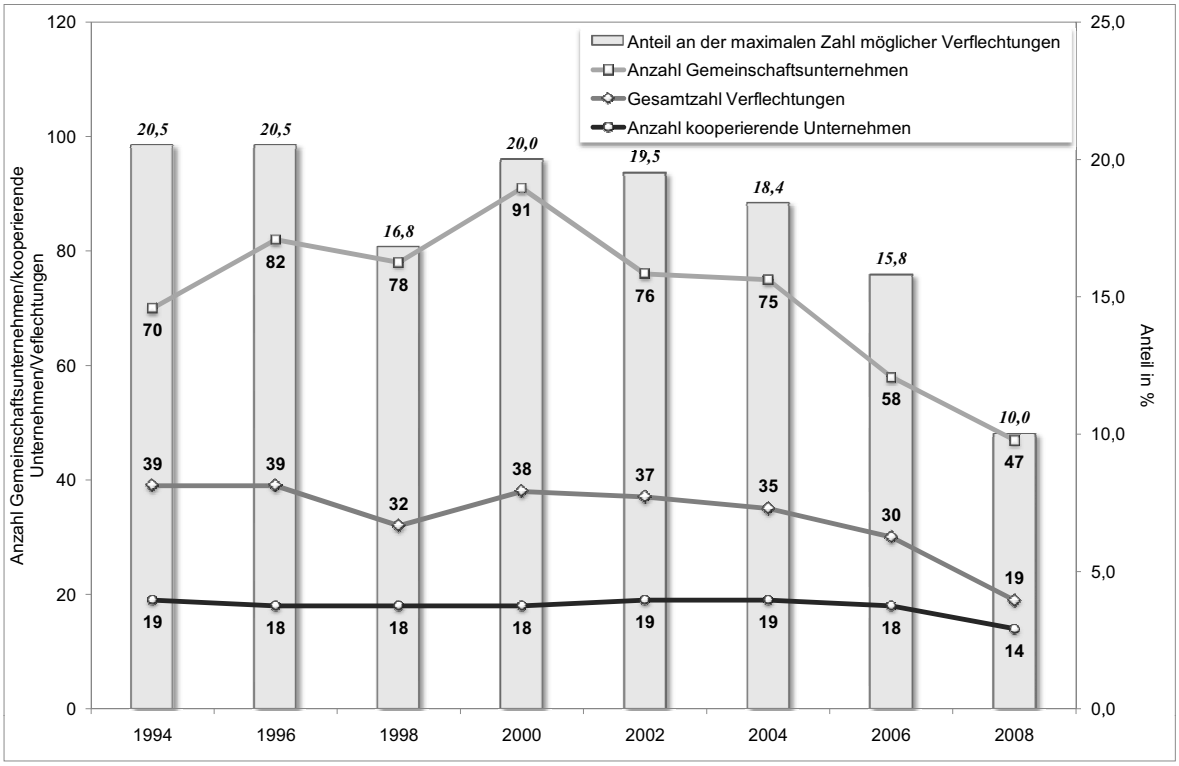
[1] Angaben zu den Unternehmen, die Umfirmierungen oder Umstrukturierungen betreffen, können den Anmerkungen zu Tabelle II.1 entnommen werden.

[2] Unternehmen, mit denen nur 2006 eine Verbindung über Gemeinschaftsunternehmen bestand, sind in Klammern gesetzt, diejenigen, die 2008 als Kooperationspartner neu hinzugekommen sind, wurden kursiv gedruckt. Die Zahlenangaben in Klammern beziehen sich auf die Anzahl der Gemeinschaftsunternehmen mit dem jeweiligen Unternehmen 2008. Die Angaben in Spalte 4 lassen sich nicht direkt aus der letzten Spalte ableiten, wenn an Gemeinschaftsunternehmen mehr als zwei Anteilseigner aus dem Kreis der „20 Größten“ beteiligt sind.

Quelle: Eigene Erhebungen

Abbildung II.14

Entwicklung der Verflechtungen zwischen den 20 größten Unternehmen über Gemeinschaftsunternehmen im Zeitraum 1994 bis 2008[1]



[1] Bis einschließlich 1992 wurden die Gemeinschaftsunternehmen aller 100 Großunternehmen im Untersuchungskreis durch die Monopolkommission ausgewertet.

Quelle: Eigene Erhebungen

283. Neue Gemeinschaftsunternehmen zwischen den Unternehmen, die in beiden Jahren zu den „20 Größten“ zählten, konnten im Berichtsjahr 2008 nicht identifiziert werden. Dagegen wurden die Verbindungen zwischen folgenden Unternehmen, die in beiden Jahren zu den „20 Größten“ zählten, aufgelöst:

- der Daimler AG und der Siemens AG,
- der Daimler AG und der Bayerischen Motoren Werke AG,
- der Siemens AG und der Volkswagen AG,
- der Siemens AG und der Deutschen Bank AG,
- der Volkswagen AG und der Bayerischen Motoren Werke AG,
- der Deutschen Bahn AG und der Deutschen Lufthansa AG,
- der E.ON AG und der Allianz SE,
- der RWE AG und der Allianz SE,
- der Deutschen Bank AG und der Metro AG.

284. Hinsichtlich der Wirtschaftsbereiche, denen die Gemeinschaftsunternehmen angehören, erweisen sich Anlage- und Verwaltungsgesellschaften als die häufigste Kategorie: zwölf Unternehmen (2006: elf Unternehmen) waren in diesem Bereich tätig. Überdurchschnittlich häufig war mit elf Unternehmen (2006: 14 Unternehmen) auch der sonstige Dienstleistungsbereich besetzt. Zehn Unternehmen (2006: 13 Unternehmen) zählten zum Energiesektor, fünf zum Verkehrswesen (2006: sechs Unternehmen) und ein Unternehmen (2006: zwei Unternehmen) zur Chemischen Industrie (ohne Pharma). Zwei weitere Unternehmen (2006: zwei Unternehmen) sind dem Wirtschaftsbereich Umwelt und Entsorgung zuzuordnen.

285. Die Gemeinschaftsunternehmen der Wirtschaftsbereiche Anlage- und Verwaltungsgesellschaften sowie sonstige Dienstleistungen haben größtenteils Obergesellschaften, welche in anderen Branchen tätig sind. Dagegen handelt es sich bei den Muttergesellschaften der Gemeinschaftsunternehmen im Energiesektor ausschließlich um Energieversorgungsunternehmen.

286. Die vorherrschende Rechtsform bei den Gemeinschaftsunternehmen ist die Gesellschaft mit beschränkter

Haftung. 2008 waren 35 (74 Prozent) der erfassten Gemeinschaftsunternehmen in dieser Form organisiert (2006: 40 Unternehmen, 69 Prozent). Je drei Gemeinschaftsunternehmen waren in den Rechtsformen Aktiengesellschaft sowie GmbH & Co. KG organisiert. Bei den verbleibenden Gemeinschaftsunternehmen handelte es sich in sechs Fällen um Gesellschaften bürgerlichen Rechts.

5. Die Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Unternehmenszusammenschlüssen und an den Freigabeentscheidungen

287. Externes Wachstum stellt eine der wesentlichen Ursachen für Unternehmenskonzentration dar. Die Berichterstattung über die 100 größten Unternehmen wird 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, abgeschlossen.[90] Während die vorhergehenden Abschnitte die Verflechtungen der größten Unternehmen untereinander behandeln, wird hier die Zusammenschlusstätigkeit dieser Gruppe insgesamt betrachtet und der Gesamtzahl der Fusionen in Deutschland gegenübergestellt.

288. Anders als in früheren Tätigkeitsberichten wird seit Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle seitens des Bundeskartellamtes ab dem Berichtszeitraum 2005/06 nicht mehr die Zahl der angezeigten vollzogenen Zusammenschlüsse, sondern die Zahl der Anmeldungen statistisch erfasst.[91] Aus diesem Grund wurden der Monopolkommission durch das Bundeskartellamt letztmalig für den Berichtszeitraum 2006/2007 die entsprechenden Vollzugsanzeigen im Rahmen einer Sonderauswertung zur Verfügung gestellt. Ab dem Achtzehnten Hauptgutachten basieren die Untersuchungen der Monopolkommission ausschließlich auf der Zahl der beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlussvorhaben und der Freigabeentscheidungen.[92]

289. In der Berichtsperiode 2008/09 meldeten die Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ insgesamt 483 (2006/07: 602) Zusammenschlüsse an. In den Fällen, in denen mehr als ein Unternehmen aus dem Berichtskreis an einer Fusion teilnahm, wurde diese jedem der Unternehmen zugerechnet. Gegenüber der vorhergehenden Berichtsperiode verminderte sich die Zahl der Fusionen unter Beteiligung der „100 Größten“ um 19,8 Prozent.[93]

290. Die Gesamtzahl der beim Bundeskartellamt im Zeitraum 2008/09 angemeldeten Zusammenschlüsse betrug 2 675 und lag damit um 34,3 Prozent unter der entsprechenden Zahl für den Zeitraum 2006/07, in dem 4 071 Zusammenschlüsse gemeldet worden waren. Verglichen mit einem Anteilswert in der Vorperiode von 14,8 Prozent ergibt sich mit 18,1 Prozent im Zeitraum 2008/09 eine im Vergleich zur Gesamtheit aller Unternehmen erhöhte Zusammenschlussaktivität der betrachteten Großunternehmen.

Der deutliche Rückgang der angemeldeten Zusammenschlüsse im Untersuchungszeitraum lässt sich im Wesentlichen auf zwei Ursachen zurückführen. Einerseits übte das im Zuge der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise abgekühlte Weltwirtschaftsklima einen negativen Einfluss auf die Fusionsaktivität der Unternehmen aus, andererseits ergab sich im Jahr 2009 ein Rückgang der Zahl der anmeldepflichtigen Zusammenschlüsse als Folge der in § 35 Absatz 1 Nummer 2 GWB eingeführten zweiten Inlandsumsatzschwelle.[94] Die relativ schwächere Abnahme der angemeldeten und freigegebenen Zusammenschlüsse von Unternehmen aus dem Untersuchungskreis weist darauf hin, dass Großunternehmen vergleichsweise größere Akquisitionen tätigen, wenngleich sich die Auswirkungen der Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle nicht eindeutig quantifizieren lassen.[95]

291. Im Zeitraum 2008/09 hat das Bundeskartellamt insgesamt 2.484 Fälle mit einer Freigabe abgeschlossen (2006/07: 3 783), von denen 409 bzw. 16,5 Prozent auf die 100 größten Unternehmen entfielen (2006/07: 529 bzw. 14,0 Prozent).

292. In Tabelle II.24 sind für jedes Unternehmen aus dem Berichtskreis die Zahl der angemeldeten Zusammenschlüsse sowie die Zahl der Freigabeentscheidungen in den Perioden 2006/07 und 2008/09 gegenübergestellt.

2008/09 meldeten 78 (2006/07: 77) der 100 größten Unternehmen mindestens einen Zusammenschluss an. Für 75 (2006/07: 76) Unternehmen aus dem Untersuchungskreis war wenigstens eine Freigabeentscheidung zu verzeichnen. Eine im Vergleich zu den Vorjahren relativ starke Abnahme der Zahl der Anmeldungen lässt sich für die Unternehmen in der oberen Hälfte der Rangfolge beobachten. Ihre Beteiligung summierte sich auf 273 oder 56,5 Prozent (2006/07: 402 oder 66,8 Prozent) an den angemeldeten Zusammenschlüssen, die den „100 Größten“ zuzurechnen waren.

---

[90] Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden 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).

[91] Vgl. Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2005/2006 sowie die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung, Bundestagsdrucksache 16/5710 vom 15. Juni 2007, S. 223.

[92] 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.

[93] Bei den übermittelten Daten zu der Zahl der Anmeldungen und den Freigaben für das Jahr 2009 handelt es sich jeweils um vorläufige Werte.

[94] Vgl. BGBl. I 2009, S. 550.

[95] Vgl. Kapitel IV, Tz. 459.

Unter den 25 größten Unternehmen verzeichnete nur die Metro AG keinen angemeldeten Zusammenschluss. Mit je weniger als drei angemeldeten Zusammenschlüssen wiesen die Vodafone-Gruppe Deutschland, die UniCredit-Gruppe Deutschland, die ZF Friedrichshafen AG und die EADS-Gruppe Deutschland ebenfalls nur eine geringe Fusionsaktivität auf.

An zehn und mehr angemeldeten Zusammenschlussvorhaben waren insgesamt 15 (2006/07: 16) Unternehmen beteiligt. Die höchste Fusionsaktivität unter den Großunternehmen wiesen 2008/09 die drei großen Energieversorger E.ON AG (36 Anmeldungen), RWE AG (35 Anmeldungen) und Energie Baden-Württemberg AG (24 Anmeldungen) auf. Eine ebenfalls überdurchschnittliche Zahl von Zusammenschlussvorhaben verzeichneten die DZ Bank AG (24 Anmeldungen), die Bertelsmann AG (23 Anmeldungen), die Rethmann AG & Co. KG (23 Anmeldungen) und die STRABAG-Gruppe Deutschland (22 Anmeldungen).

Tabelle II.24

Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlüssen und der Zahl der Freigabeentscheidungen[1]

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anmeldungen[2]		Freigaben[3]	
2008	2006		2008/09	2006/07	2008/09	2006/07
1	3	Daimler AG	5	8	5	8
2	2	Siemens AG	15	33	15	32
3	4	Volkswagen AG	5	9	5	9
4	1	Deutsche Telekom AG	8	7	8	7
5	5	Deutsche Bahn AG	5	14	5	10
6	10	BASF SE	7	13	6	8
7	14	E.ON AG	36	42	25	32
8	8	Robert Bosch GmbH	11	7	11	7
9	11	ThyssenKrupp AG	3	6	3	6
10	6	Deutsche Post AG	3	5	3	5
11	9	Bayerische Motoren Werke AG	3	4	3	4
12	12	RWE AG	35	12	18	10
13	13	Deutsche Lufthansa AG	3	4	3	3
14	7	Deutsche Bank AG	6	6	6	6
15	19	Vodafone-Gruppe Deutschland (Vodafone Group Plc)	2	2	2	2
16	20	Bayer AG	3	0	3	0
17	16	Allianz SE	3	10	1	8
18	17	Metro AG	0	3	0	2
19	22	Continental AG	3	6	3	6
20	38	Commerzbank AG	3	13	2	12
21	18	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	3	2	3	2
22	23	SAP AG	3	3	3	3
23	33	UniCredit-Gruppe Deutschland (UniCredit S.p.A.)	1	4	0	4

noch Tabelle II.24

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anmeldungen[2]		Freigaben[3]	
2008	2006		2008/09	2006/07	2008/09	2006/07
24	21	ZF Friedrichshafen AG	1	2	1	2
25	25	EADS-Gruppe Deutschland (EADS N.V.)	2	6	2	6
26	-	Evonik Industries AG	10	-	9	-
27	28	Vattenfall-Gruppe Deutschland (Vattenfall AB)	4	4	3	3
28	27	MAN AG	2	9	2	6
29	30	Energie Baden-Württemberg AG	24	14	17	8
30	24	REWE-Gruppe (Rewe Zentralfinanz eG)	3	6	1	6
31	36	Aldi-Gruppe (Aldi Einkauf GmbH & Co. oHG (Nord) und (Süd))	0	0	0	0
32	46	Salzgitter AG	3	2	3	2
33	45	Fresenius SE	6	5	6	5
34	34	Bertelsmann AG	23	24	17	20
35	39	Schwarz-Gruppe (Kaufland Stiftung & Co. KG, Lidl Stiftung & Co. KG)	0	0	0	0
36	40	IBM-Gruppe Deutschland (IBM International Business Machines Corporation)	4	12	4	12
37	42	Ford-Gruppe Deutschland (Ford Motor Company Inc.)	2	0	2	0
38	35	Porsche Automobil Holding SE	0	2	0	2
39	37	Sanofi-Aventis-Gruppe Deutschland (Sanofi-Aventis S. A.)	0	0	0	0
40	43	Total-Gruppe Deutschland (Total S. A.)	4	8	3	7
41	80	K+S AG	1	2	1	2
42	48	C. H. Boehringer Sohn AG & Co. KG	0	0	0	0
43	54	Stadtwerke München GmbH	7	6	7	6
44	60	KfW Bankengruppe	0	1	0	1
45	44	ExxonMobil-Gruppe Deutschland (Exxon Mobil Corporation)	0	0	0	0
46	15	RAG-Stiftung (2006: RAG AG	1	8	1	6
47	41	Shell-Gruppe Deutschland (Royal Dutch Shell plc)	5	0	4	0
48	64	Wacker Chemie AG	0	1	0	1
49	55	Rhön-Klinikum AG	4	6	4	5
50	-	Asklepios Kliniken GmbH	1	-	1	-
51	31	DZ Bank AG	24	26	22	24

noch Tabelle II.24

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anmeldungen[2]		Freigaben[3]	
2008	2006		2008/09	2006/07	2008/09	2006/07
52	65	Liebherr-International-Gruppe Deutschland (Liebherr-International S. A.)	1	1	1	1
53	68	HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH	0	3	0	3
54	99	Procter & Gamble-Gruppe Deutschland (The Procter & Gamble Company)	0	0	0	0
55	62	Otto Group (Otto (GmbH & Co KG))	0	1	0	1
56	51	Roche-Gruppe Deutschland (Roche Holding AG)	2	3	1	3
57	52	E. Merck oHG	0	0	0	0
58	32	Landesbank Baden-Württemberg	14	32	13	29
59	73	Adolf Würth GmbH & Co. KG	2	2	2	2
60	-	Rethmann AG & Co. KG	23	-	21	-
61	67	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland (Compagnie de Saint-Gobain S.A.)	3	7	3	7
62	57	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	0	0	0	0
63	26	ARCANDOR AG	6	9	5	9
64	53	Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG	6	1	6	1
65	-	Deutsche Börse AG	4	-	3	-
66	86	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland (Hewlett-Packard Company)	6	8	6	8
67	79	ABB-Gruppe Deutschland (ABB Ltd.)	0	0	0	0
68	77	TUI AG	1	1	1	0
69	59	Landesbank Berlin Holding AG	1	2	1	1
70	49	Bayerische Landesbank	3	7	3	7
71	50	Bilfinger Berger AG	10	9	10	8
72	83	PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	0	0	0	0
73	66	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	0	0	0	0
74	47	BP-Gruppe Deutschland (BP p.l.c.)	4	4	4	4
75	29	General Motors-Gruppe Deutschland (General Motors Corporation)	1	0	0	0
76	74	Nestlé-Gruppe Deutschland (Nestlé S. A.)	1	3	1	2
77	90	Carl Zeiss AG	2	2	2	2
78	88	Voith AG	6	6	6	6
79	94	STRABAG-Gruppe Deutschland (STRABAG SE)	22	19	21	19

n o c h Tabelle II.24

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anmeldungen[2]		Freigaben[3]	
2008	2006		2008/09	2006/07	2008/09	2006/07
80	58	maxingvest AG	0	0	0	0
81	-	Rheinmetall AG	7	-	6	-
82	61	Heidelberger Druckmaschinen AG	1	2	1	2
83	81	KPMG-Gruppe Deutschland (KPMG Europe LLP)	0	0	0	0
84	71	Axel Springer AG	10	34	8	27
85	87	Generali-Gruppe Deutschland (Assicurazioni Generali S.p.A.)	3	4	1	4
86	-	Dow-Gruppe Deutschland (The Dow Chemical Company)	1	-	1	-
87	70	Debeka-Gruppe (Debeka Lebens- und Krankenversicherungsverein a.G)	1	0	1	0
88	82	AXA-Gruppe Deutschland (AXA S. A.)	9	24	8	22
89	-	DHS – Dillinger Hütte Saarstahl AG	1	-	0	-
90	89	Freudenberg & Co. KG	2	2	2	2
91	93	Novartis-Gruppe Deutschland (Novartis AG)	2	0	2	0
92	92	Stadtwerke Köln GmbH	12	3	8	3
93	69	Henkel AG & Co. KGaA	0	0	0	0
94	97	Miele & Cie. KG	0	0	0	0
95	56	EDEKA Zentrale AG & Co. KG	10	9	9	9
96	-	DEKRA AG	3	-	3	-
97	75	Linde AG	0	3	0	2
98	-	Johnson Controls-Gruppe Deutschland (Johnson Controls Inc.)	2	-	2	-
99	-	EDEKA Minden eG	3	-	3	-
100	76	Philips-Gruppe Deutschland (Koninklijke Philips Electronics N.V.)	1	2	1	2
-	63	Philip Morris International-Gruppe Deutschland (Philip Morris International Inc.)	-	3	-	1
-	72	ArcelorMittal-Gruppe Deutschland (ArcelorMittal S. A.)	-	9	-	8
-	78	WestLB AG	-	5	-	4
-	84	HUK-COBURG (Haftpflicht-Unterstützungs-Kasse kraftfahrender Beamter Deutschlands a. G. in Coburg)	-	0	-	0
-	85	EWE AG	-	14	-	9
-	91	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V. a. G.	-	1	-	1

noch Tabelle II.24

Rang		Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Anmeldungen[2]		Freigaben[3]	
2008	2006		2008/09	2006/07	2008/09	2006/07
-	95	LANXESS AG	-	2	-	2
-	96	H & M Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland (H & M Hennes & Mauritz AB)	-	0	-	0
-	98	GEA Group AG	-	7	-	7
-	100	Unilever-Gruppe Deutschland (Unilever N. V.)	-	1	-	1
Insgesamt			**483**	**602**	**409**	**529**
Anzahl Unternehmen			**78**	**77**	**75**	**76**
Gesamtzahl aller Anmeldungen/Freigaben			**2.675**	**4.071[4]**	**2.484**	**3.783[4]**
Anteil der „100 Größten“ an der Gesamtzahl aller Fälle (%)			**18,1**	**14,8**	**16,5**	**14,0**

[1] Bei den übermittelten Daten für das Jahr 2009 handelt es sich jeweils um vorläufige Werte.
[2] Gezählt werden Vorgänge, die zwischen dem 1. Januar 2008 und dem 31. Dezember 2009 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 2008 und dem 31. Dezember 2009 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

293. Bei einer Aufteilung des Untersuchungskreises in Quartile zeigt sich, dass die 25 größten Unternehmen mit einem Anteil von 35,0 Prozent (2006/2007: 36,2 Prozent) unverändert an mehr als einem Drittel der Zusammenschlüsse beteiligt waren (vgl. Tabelle II.25). Der Anteil der Unternehmen auf den ersten 50 Rangpositionen an der Gesamtzahl der Zusammenschlüsse der Großunternehmen verringerte sich allerdings gegenüber dem Zeitraum 2006/07 von 66,8 Prozent auf nunmehr 56,5 Prozent. Eine mit der Verteilung der angemeldeten Zusammenschlüsse weitestgehende Übereinstimmung besteht für beide Untersuchungszeiträume mit der Zahl der Freigabeentscheidungen.

Tabelle II.25

Häufigkeit der Beteiligungen der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an Unternehmenszusammenschlüssen nach Ranggruppen[1]

Ranggruppe	Anmeldungen				Freigaben			
	2008/09		2006/07		2008/09		2006/07	
	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl	Anteil (%)	Anzahl	Anteil (%)
1 bis 25	169	*35,0*	218	*36,2*	136	*33,3*	190	*35,9*
26 bis 50	104	*21,5*	184	*30,6*	85	*20,8*	162	*30,6*
51 bis 75	111	*23,0*	97	*16,1*	102	*24,9*	83	*15,7*
76 bis 100	99	*20,5*	103	*17,1*	86	*21,0*	94	*17,8*
Insgesamt	483	*100,0*	602	*100,0*	409	*100,0*	529	*100,0*

[1] Bei den übermittelten Daten für das Jahr 2009 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

294. Die nachfolgende Untersuchung beleuchtet erstmalig den Stand und die Bedeutung des personellen Verflechtungsgrades großer Unternehmen in den Staaten der OECD. Die Monopolkommission ermittelt seit 1978 traditionell personelle Verflechtungen zwischen den 100 größten inländischen Unternehmen, gemessen an ihrer inländischen Wertschöpfung.[1] Aufgrund der zunehmenden Globalisierung der Märkte hat die Verflechtung von Unternehmen über Landesgrenzen hinweg stark an Bedeutung gewonnen. Bisher existiert zu internationalen personellen Verflechtungen allerdings nur anekdotische Evidenz, die keinerlei Rückschlüsse auf das tatsächliche Ausmaß bei einer Vielzahl von Unternehmen erlaubt. Auch ein Vergleich des personellen Verflechtungsgrades der deutschen Wirtschaft mit dem personellen Verflechtungsgrad anderer Nationen ist in Ermangelung verfügbarer Statistiken bisher nahezu unmöglich. Mit der vorliegenden Untersuchung präsentiert die Monopolkommission deskriptive Befunde eigener empirischer Analysen, die erstmalig eine Einschätzung der Bedeutung personeller Verflechtungen im internationalen Kontext erlauben. Die Untersuchung hat zwei Schwerpunkte. Zum einen werden personelle Verflechtungen der einzelnen OECD-Staaten gegenübergestellt, um die internationale Bedeutung derartiger Verbindungen zu veranschaulichen. Zum anderen werden auf Branchenebene internationale und nationale Verflechtungen analysiert, um die Relevanz in unterschiedlichen Wirtschaftszweigen aufzuzeigen.

295. Personelle Verflechtungen implizieren keinen Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen. Es kann jedoch grundsätzlich angenommen werden, dass personell verflochtene Unternehmen einen geringeren Anreiz haben, in Konkurrenz zueinander zu treten als nicht verflochtene Unternehmen. Zudem wird durch personelle Verflechtungen der Austausch detaillierter und vertraulicher Firmeninformationen erleichtert. Ein solcher Austausch hat in der Regel ebenfalls nicht zum Ziel, die beteiligten Unternehmen zu mehr Wettbewerb untereinander anzureizen. Aus einer betriebswirtschaftlichen Perspektive können mit personellen Verflechtungen unabhängig von einer verbesserten Wettbewerbsposition positive Effekte für die beteiligten Unternehmen verbunden sein, z. B. durch einen erleichterten Erfahrungsaustausch oder eine verbesserte Unternehmenssteuerung und -kontrolle. Unabhängig von etwaigen positiven Effekten aus betriebswirtschaftlicher Sicht bleiben die wettbewerbsmindernden Anreize jedoch parallel dazu weiterhin bestehen. Aus einer rein wettbewerblichen Perspektive sind personelle Unternehmensverflechtungen daher kritisch zu beurteilen, auch wenn derartige Verflechtungen in anderer Funktion positive Effekte für die beteiligten Unternehmen entfalten können.

296. Gerade in internationalen Märkten können personelle Verflechtungen von wettbewerbspolitischer Bedeutung sein, da sie geeignet sind, den Einfluss einzelner Unternehmen auf bestimmten Beschaffungs- und Absatzmärkten über Ländergrenzen hinweg zu erhöhen. Daneben kann ein hoher inländischer Verflechtungsgrad die internationale Öffnung von Märkten erschweren. Die Vernetzung von Unternehmen in ihren Heimatländern erhält eine weitreichende Bedeutung, wenn dadurch beispielsweise ausländischen Konkurrenten der Zugang zu inländischen Absatz- oder Beschaffungsmärkten erschwert wird. Große Unternehmen können gerade in ihren Heimatländern aufgrund ihrer wirtschaftlichen Bedeutung auch Einfluss auf das politische Geschehen und den ordnungspolitischen Rahmen ausüben, da sie in der politischen Diskussion besondere Aufmerksamkeit erfahren. Gut vernetzten Unternehmen könnte es daher auch gelingen, die Öffnung von internationalen Märkten durch Einflussnahme in ihren jeweiligen Heimatländern zu erschweren. Jüngere empirische Studien aus den USA belegen darüber hinaus die Bedeutung von personellen Verflechtungen für Unternehmensübernahmen und -zusammenschlüsse.

297. Die vorliegende Analyse personeller Verflechtungen großer Unternehmen in den Mitgliedstaaten der OECD ermöglicht es erstmalig, die Ausbreitung nationaler und internationaler personeller Verflechtungen in einem Überblick darzustellen. Die Zielsetzung besteht hauptsächlich darin, eine fundierte Einschätzung der Bedeutung personeller Verflechtungen von Unternehmen weltweit zu gewinnen. Die Untersuchung erhebt nicht den Anspruch, einen empirischen Beweis für wettbewerbsmindernde Effekte personeller Verflechtungen zu erbringen. Hierzu müssten im Vorfeld konkrete wettbewerblich relevante Märkte identifiziert und sowohl sachlich als auch räumlich korrekt abgegrenzt werden. Dies ist derzeit jedoch weder mit öffentlichen noch mit privaten Datenbeständen für eine Großzahl von Unternehmen realisierbar.

298. Die Relevanz von personellen Verflechtungen für die Beurteilung von Wettbewerbsintensität begründet sich in erster Linie aus der Annahme, dass Unternehmensverflechtungen geeignet sind, Unternehmensmacht nicht nur innerhalb eines konkreten Marktes, sondern auch marktübergreifend zu erhöhen. Entsprechend 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 und Verflechtungen mit anderen Unternehmen genannt. Die Wirkungen, die von den aufgeführten Merkmalen ausgehen, lassen

[1] Vgl. Kapitel II, Abschnitt 4.3.

sich nur durch eine unternehmensbezogene Betrachtungsweise darstellen. Insgesamt scheint die Annahme begründet, dass ein höherer Verflechtungsgrad – unabhängig von der korrekten 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. Bei Verflechtungen innerhalb eines konkreten Marktes dürfte dieser Wirkungszusammenhang am stärksten sein. Da die Verflechtung der wirtschaftlichen Akteure jedoch nicht vollständig messbar ist und besonders relevante innermarktliche Verflechtungen 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 einen ersten Ansatz dar, personelle Verflechtungen zwischen einer Großzahl von Unternehmen über Ländergrenzen hinweg transparent zu machen.

2. Empirische und methodische Grundlagen

299. Die empirische Analyse nationaler und internationaler personeller Verflechtungsbeziehungen zwischen einer Vielzahl von Unternehmen erfordert eine Reihe methodischer Vorarbeiten, die bei der Interpretation der Ergebnisse zu berücksichtigen sind. Die Grenzen der Auswertungen werden darüber hinaus maßgeblich durch die Verfügbarkeit und die Qualität der vorhandenen Daten bestimmt. Deshalb werden im Folgenden zunächst die für die Beurteilung der Ergebnisse relevanten Vorarbeiten und zentralen Eigenschaften der verwendeten Daten erläutert.

2.1 Erfassung von personellen Unternehmensverflechtungen

300. Personelle Verflechtungen zwischen Unternehmen sind empirisch schwer zu erfassen. Dies liegt einerseits daran, dass zahlreiche Formen personeller Verflechtungen selbst mit hohem Aufwand kaum zu ermitteln sind. Hierunter fallen z. B. Kreditverträge, stille Teilhaberschaften, Verwandtschaftsbeziehungen, Verbindungen durch Vereins- oder Clubmitgliedschaften und alle sonstigen nicht öffentlich bekannten Beziehungen zwischen verschiedenen Unternehmenseigentümern oder -vertretern. Andererseits wird die Erfassung personeller Verflechtungen maßgeblich durch die wenigen verfügbaren elektronisch verarbeitbaren Datenbestände limitiert. Mitglieder der obersten Leitungs- und Kontrollorgane werden in Geschäftsberichten, öffentlichen Unternehmensregistern oder unternehmenseigenen Internetseiten für einen Großteil aller Unternehmen allgemein zugänglich aufgeführt. Personelle Verflechtungen einzelner Unternehmen über Mehrfachmandate von Vorstandsmitgliedern oder Aufsichtsratsmitgliedern sind daher im Einzelfall mit relativ geringem Aufwand in Erfahrung zu bringen. Dennoch entziehen sich derartige Unternehmensverflechtungen einer systematischen Analyse, da diese Angaben für eine Vielzahl von Unternehmen nicht elektronisch weiterverarbeitet werden können. Bei der Erfassung internationaler Verbindungen ist die Erhebung zusätzlich durch unterschiedliche Veröffentlichungsgewohnheiten und Datenschutzbestimmungen in den einzelnen Ländern erschwert. Eine redaktionelle Aufarbeitung, wie sie für die hundert größten inländischen Unternehmen in Kapitel II vorgenommen wird, kann also wegen des enormen Erhebungsaufwands für die vorliegende Untersuchung nicht durchgeführt werden. In der Folge ist für eine systematische Analyse personeller Unternehmensverflechtungen zwischen einer Vielzahl von Unternehmen auf bestehende Datenbanken zurückzugreifen.

2.2 Datengrundlage

301. Abgesehen von zum Teil prohibitiven Zugangshürden sind öffentliche Datenbestände auf Unternehmensebene in der Regel stark auf nationale Belange zugeschnitten. Internationale Beziehungen werden auf Unternehmensebene nur vereinzelt in einer hohen Qualität abgebildet. Personelle Verflechtungen können zudem nicht oder nur vereinzelt aus öffentlichen Daten ermittelt werden. Ein europäisches Unternehmensregister, welches diesbezüglich Abhilfe schaffen könnte, befindet sich im Aufbau, steht aber derzeit noch nicht für Analysen zur Verfügung. Einen Ausweg zeigen seit einigen Jahren private Datenanbieter (Bureau van Dijk, Dun and Bradstreet, Thomson Financial oder Bloomberg), die mittlerweile sehr umfangreiche Datenbestände für internationale Marktanalysen kommerziell vertreiben.[2] Zur erstmaligen Ermittlung der personellen Verflechtungen zwischen Unternehmen der OECD-Staaten nutzt die Monopolkommission die „Osiris"-Datenbank von Bureau van Dijk. Damit ist es möglich, personelle Verflechtungen zwischen über 18 000 Unternehmen aus dem Kreis der OECD-Länder mit insgesamt rund 145 000 Mitgliedern von Vorständen und Aufsichtsräten zum Berichtsstand Januar 2008 zu analysieren. Unter den betrachteten Unternehmen befinden sich 624 mit Hauptsitz in Deutschland. Tabelle III.1 zeigt die Verteilung der Unternehmen in der Stichprobe über die betrachteten Länder.

302. Mit einem Anteil von über 98 Prozent sind fast alle Unternehmen in der Stichprobe an wenigstens einem internationalen Börsenplatz gelistet. Zudem sind in der Stichprobe mit einem Anteil von rund 72 Prozent hauptsächlich Großunternehmen, gemessen an der KMU-Definition der Europäischen Kommission, im Datensatz vertreten.[3] Es handelt sich damit nicht um eine repräs-

[2] Vgl. Kapitel I, Abschnitt 1.1.1.

[3] Bei der Berechnung wurde auf die zum Januar 2008 aktuellsten verfügbaren Werte zu den erfassten Unternehmen zurückgegriffen. 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. EUR oder eine Bilanzsumme von höchstens 43 Mio. EUR 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. 39.

sentative Auswahl aller Unternehmen der Staaten der OECD.[4] Folglich sind keine Rückschlüsse auf die gesamte Unternehmenslandschaft in einem der erfassten Staaten möglich. Der Hauptgrund für die hier getroffene Auswahl liegt darin, dass gelistete Unternehmen weltweit hohen Publizitätspflichten unterliegen, weshalb für diese im Verhältnis zu nicht an Börsen gelisteten Unternehmen relativ viele Informationen verfügbar sind. Hierzu zählen auch Angaben zu allen Mitgliedern der obersten Unternehmensorgane, auf deren Basis die Verflechtungsinformationen erstellt werden. Alle Unternehmen in der Stichprobe zeichnen sich zudem dadurch aus, dass zwischen ihnen keine kontrollierenden Kapitalbeteiligungen von über 50 % bestehen. In der Regel handelt es sich um Konzernobergesellschaften. Damit ist sichergestellt, dass keine personellen Verflechtungen innerhalb von Konzerngesellschaften das Untersuchungsergebnis beeinflussen.

[4] Von den 30 Mitgliedstaaten der OECD im Berichtsjahr 2008 wurden zudem die Länder Irland, Island, Luxemburg, Österreich, Slowakei, Südkorea, Tschechische Republik und Ungarn aus der Stichprobe ausgeschlossen, da diese Länder entweder zu geringe Fallzahlen aufwiesen oder die Qualität der zugrunde liegenden Daten mit erheblicher Unsicherheit behaftet war.

Tabelle III.1

Fallzahlen und Verteilung der in der Stichprobe erfassten Unternehmen nach Ländern

Land	Zahl der Unternehmen	Anteil an der Stichprobe (%)
USA	6.864	*38,1*
Japan	3.365	*18,7*
Vereinigtes Königreich	1.643	*9,1*
Australien	1.389	*7,7*
Kanada	1.328	*7,4*
Deutschland	624	*3,5*
Frankreich	622	*3,5*
Schweden	321	*1,8*
Italien	237	*1,3*
Schweiz	192	*1,1*
Griechenland	187	*1,0*
Norwegen	158	*0,9*
Niederlande	155	*0,9*
Dänemark	131	*0,7*
Spanien	119	*0,7*
Türkei	116	*0,6*
Belgien	114	*0,6*
Finnland	114	*0,6*
Mexiko	113	*0,6*
Neuseeland	112	*0,6*
Polen	59	*0,3*
Portugal	50	*0,3*
Insgesamt	**18.013**	***100,0***

Quelle: Eigene Berechnungen auf der Basis von Daten von Bureau van Dijk

303. Zwei Unternehmen werden im Folgenden als personell verflochten betrachtet, wenn mindestens ein Mitglied des Vorstands, Aufsichtsrats oder bei ausländischen Unternehmen mit monistischer Unternehmensleitung des Board of Directors in beiden Unternehmen zur selben Zeit ein Mandat innerhalb eines der obersten Unternehmensorgane ausübt.

304. Nach Angaben von Bureau van Dijk werden die Informationen zur Besetzung der Vorstände und Aufsichtsräte den Geschäftsberichten der einzelnen Unternehmen entnommen. Bei Stichprobenuntersuchungen der Monopolkommission konnten Angaben aus der Datenbank zum Teil nicht mit den Angaben aus Geschäftsberichten verifiziert werden. Dies bedeutet nicht zwingend einen Fehler in der Datenbank, da die Datenbankanbieter nach eigener Auskunft zum Teil zusätzlich auf aktuellere Pressemeldungen oder Internetquellen bei der Datenerhebung zurückgreifen und als Berichtsstand vorliegend Januar 2008 gewählt wurde. Dieser Berichtsstand deckt sich zum Teil nicht mit demjenigen von Geschäftsberichten. Dennoch kann die Monopolkommission nicht ausschließen, dass Angaben zur Vorstands- und Aufsichtsratsbesetzung teilweise nicht dem tatsächlichen Stand zum Januar 2008 entsprechen. Die festgestellten Diskrepanzen zwischen den Angaben der Datenbank und eigenen Recherchen lassen darauf schließen, dass keine systematische Verzerrung vorliegt. Es ist jedoch mit vereinzelten Ungenauigkeiten zu rechen.

305. Ein weiterer Grund für leichte Ungenauigkeiten in den Verflechtungsangaben liegt in der Art ihrer Ermittlung. Die Erfassung der personellen Verbindungen zwischen allen Unternehmen in der Stichprobe erfolgt auf der Basis der Namensangaben der einzelnen Manager aus der „Osiris"-Datenbank. Es können somit alle personellen Verflechtungen über Mehrfachmandate von Vorständen und Kontrollorganen zwischen den Unternehmen in der Datenbank ermittelt werden. Nicht erfasst werden dementsprechend alle Verbindungen zu nicht von der Datenbank erfassten Unternehmen und Personen. Zudem kann bei 145 000 betrachteten Personen nur ein computergesteuerter Namensabgleich erfolgen, um Mehrfachmandate zu identifizieren. Hierbei können vereinzelt fehlerhaft gesetzte Trennzeichen oder Fehler bei der Dateneingabe eine Identifikation personeller Mehrfachmandate verhindern. Diese Fehlerquelle lässt sich über die Verfeinerung des Abgleichprozesses nicht vollständig ausschalten. Tendenziell folgt hieraus eine Unterschätzung der tatsächlich vorhandenen personellen Verflechtungen. Vereinzelt kann es aufgrund des Abgleichprozesses indessen auch zu einer Identifikation von personellen Unternehmensverbindungen kommen, die tatsächlich nicht gegeben sind, weil zwei unterschiedliche Personen mit identischem Vor-, gegebenenfalls Mittel- und Nachnamen in verschiedenen Unternehmen eine Leitungs- oder Kontrolltätigkeit ausüben. Um derlei Fehlidentifikationen zu minimieren, wären zusätzliche persönliche Merkmale der betreffenden Personen wie z. B. das Geburtsdatum heranzuziehen, welches aber nur für einen kleinen Teil der betrachteten Manager verfügbar ist. Weil die hier verwendete Methode zur Ermittlung der Mehrfachmandate somit in Einzelfällen zu Ungenauigkeiten führt, kann keine detaillierte Einzelfallbetrachtung analog zu Kapitel II vorgenommen werden. Es wird folglich eine auf Länder- bzw. Branchenebene aggregierte Auswertung der personellen Verflechtungen präsentiert, bei der die beschriebenen Verzerrungen aufgrund ihres dort geringeren Einflusses nur eine untergeordnete Rolle spielen. Bei der Analyse der Ergebnisse ist darauf zu achten, dass die angegebenen Zahlenwerte aus den erläuterten Gründen möglicherweise nicht dem exakten tatsächlichen Wert entsprechen und daher eher als Richtwerte zu interpretieren sind. Sie stellen die bestmögliche Annäherung an den tatsächlichen Verflechtungsgrad dar.

3. Internationale Bedeutung personeller Unternehmensverflechtungen

3.1 Personelle Verflechtungen in den OECD-Staaten

306. Die Monopolkommission untersucht seit mehr als 30 Jahren personelle Verflechtungen zwischen den 100 größten Unternehmen in Deutschland. Aufgrund des enormen Datenerhebungsaufwandes war es bisher nicht möglich, den Untersuchungskreis signifikant zu erweitern. Durch die hier vorgenommene datenbankgestützte Auswertung konnten erstmalig über 18 000 große Unternehmen aus verschiedenen Staaten in eine Untersuchung personeller Unternehmensverflechtungen einbezogen werden. Dies ermöglicht zunächst, die Ausbreitung personell verflochtener Unternehmen zwischen verschiedenen Ländern zu vergleichen. Abbildung III.1 zeigt für jedes in der Stichprobe erfasste Land den Anteil personell verflochtener Unternehmen an allen erfassten Unternehmen des jeweiligen Landes.

307. Die Länder sind in aufsteigender Reihenfolge nach dem Gesamtanteil personell verflochtener Unternehmen sortiert. Alle der 22 in der Stichprobe vertretenen Mitgliedstaaten der OECD weisen sowohl nationale als auch internationale Verflechtungen auf. Der geringste Anteil verflochtener Unternehmen entfällt mit 22,0 Prozent auf Polen, während in Kanada mit 83,8 Prozent im internationalen Vergleich der größte Anteil der beobachteten Unternehmen verflochten ist. Im Durchschnitt über alle Länder sind 59,3 Prozent der Unternehmen mit mindestens einem weiteren Unternehmen personell verflochten. Deutschland liegt mit einem Anteil von 54,6 Prozent verflochtener Unternehmen im Mittelfeld knapp unter dem internationalen Durchschnitt. Offensichtlich sind personelle Verflechtungen zwischen Unternehmen auch außerhalb Deutschlands ein gängiges Phänomen. Da die Unternehmen in der Stichprobe keine repräsentative Auswahl darstellen und aus einigen Ländern nur relativ wenige Unternehmen in den Untersuchungskreis einfließen, kann aus den präsentierten Ergebnissen kein direkter Rückschluss auf den tatsächlichen nationalen personellen Verflechtungsgrad eines Landes geschlossen werden. Dennoch veranschaulichen die Ergebnisse deutlich, dass personelle Verflechtungen eine internationale Dimension besitzen.

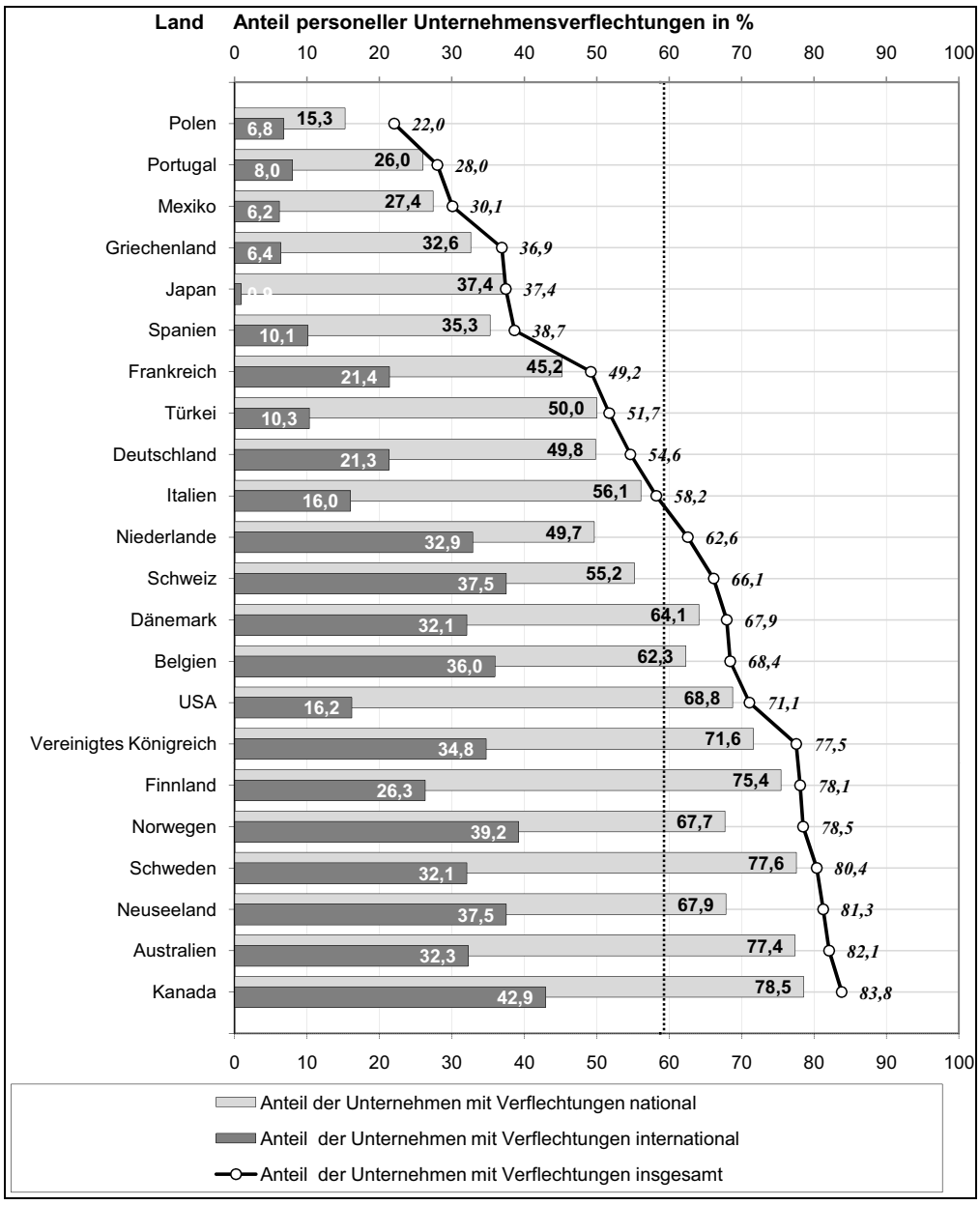
308. Neben dem Gesamtanteil verflochtener Unternehmen zeigt Abbildung III.1 jeweils die Anteile der Unternehmen je Land, die international bzw. national personell verflochten sind. Ein Unternehmen wird als national ver-

flochten betrachtet, wenn wenigstens ein Mitglied der obersten leitenden oder kontrollierenden Gremien zur selben Zeit ein weiteres Mandat in einem anderen Unternehmen desselben Landes wahrnimmt. Wird simultan ein entsprechendes Mandat in einem anderen Unternehmen eines anderen Landes wahrgenommen, werden die beteiligten Unternehmen als international verflochten behandelt.[5] In keinem der betrachteten Länder liegt der Anteil international verflochtener Unternehmen über dem Anteil national verflochtener Unternehmen. Häufig ist der Anteil international verflochtener Unternehmen deutlich geringer als der Anteil inländisch verflochtener Unternehmen. Der größte Anteil verflochtener Unternehmen ist folglich regelmäßig auf rein inländische Verflechtungen zurückzuführen. In 16 Fällen beträgt der Anteil inländisch verflochtener Unternehmen über 40 Prozent. In Deutschland sind knapp die Hälfte der beobachteten Unternehmen inländisch verflochten, während 21,3 Prozent international verflochten sind. Deutschland fällt damit in die Gruppe der 13 OECD-Länder, bei denen über 20 Prozent der Unternehmen in der Stichprobe international verflochten sind. Japan weist mit einem Anteil von 0,9 Prozent die geringste Zahl international verflochtener Unternehmen auf.

[5] Die Summe der Anteile national und international verflochtener Unternehmen kann über dem Anteil der Verflechtungen insgesamt liegen, da Unternehmen zeitgleich sowohl international als auch national verflochten sein können.

Abbildung III.1

Personelle Unternehmensverflechtungen im Ländervergleich



Quelle: Eigene Berechnungen auf der Basis von Daten von Bureau van Dijk

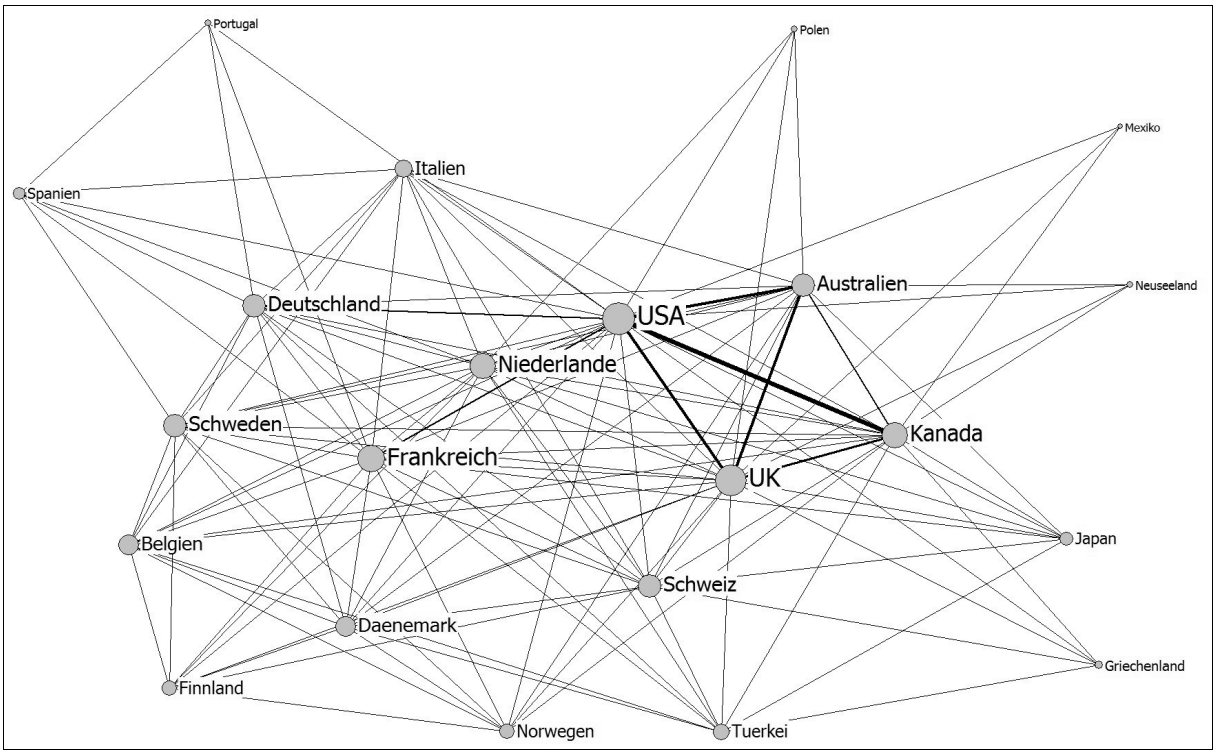
309. Zur Veranschaulichung der Verflechtungsbeziehung werden die internationalen personellen Unternehmensverbindungen anhand von zwei Netzwerkgrafiken in den Abbildungen III.2 und III.3 aufgezeigt. Die in das Verflechtungsnetzwerk eingebundenen Unternehmen werden durch graue Kreise symbolisiert. Der Flächeninhalt eines Kreises ist hierbei eine Funktion der Zahl der Kontakte zu anderen Ländern im Netzwerk. Die Linien zwischen zwei Ländern zeigen die ungerichteten Verflechtungsbeziehungen über personelle Verbindungen zwischen zwei Ländern an. Die Stärke der Linien berechnet sich in Abbildung III.2 über die absolute Zahl der Verflechtungen zwischen zwei Ländern, in Abbildung III.3 ergibt sich 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.

Aus Abbildung III.2 wird ersichtlich, dass erwartungsgemäß die anteilsmäßig am stärksten in der Stichprobe vertretenen Länder mit Ausnahme von Japan absolut die höchste Zahl an Verflechtungsbeziehungen aufweisen. In der gewichteten Netzwerkgrafik in Abbildung III.3 zeigt sich dagegen, dass die höchste Verflechtungsintensität insbesondere zwischen den skandinavischen OECD-Staaten besteht. Zudem verdeutlicht die Abbildung, dass personelle Unternehmensverflechtungen verstärkt zwischen geografisch benachbarten Ländern, z. B. zwischen Portugal und Spanien, den Niederlanden und Belgien oder auch zwischen Deutschland und der Schweiz auftreten.[6]

[6] Vgl. hierzu Tz. 315.

Abbildung III.2

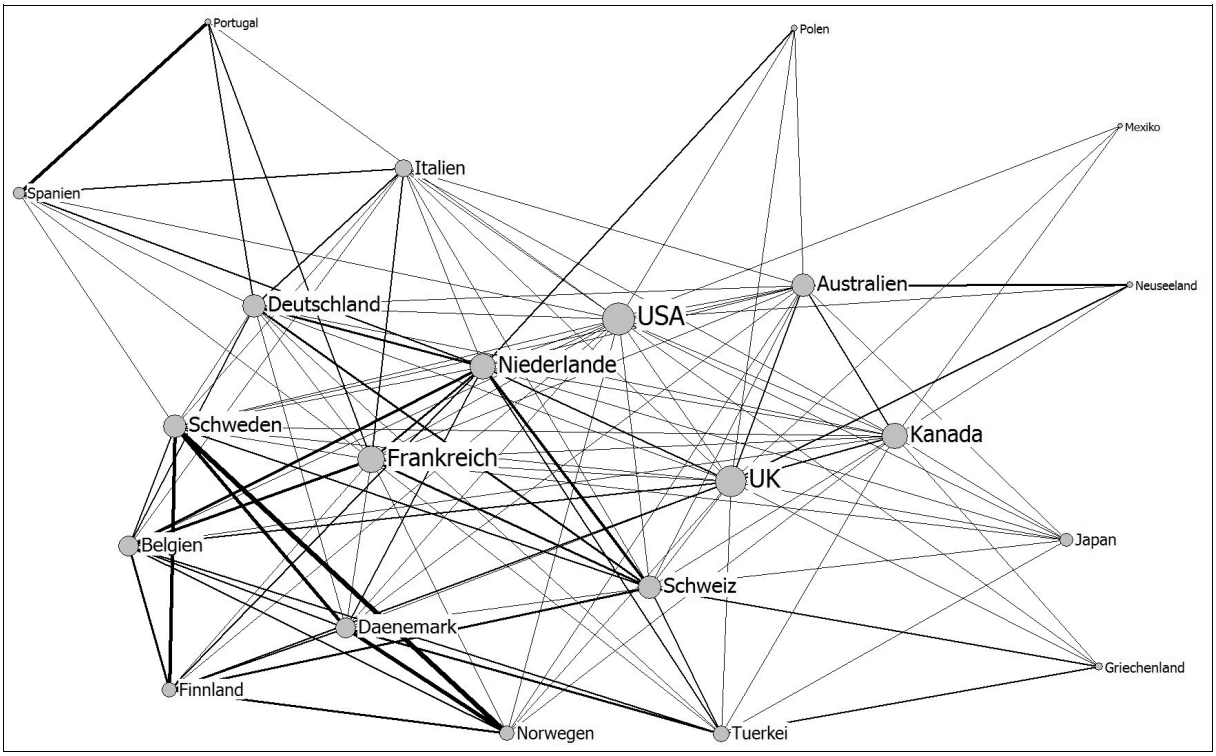
Verflechtungsnetzwerk nach der Anzahl der erfassten internationalen personellen Verbindungen



Quelle: Eigene Berechnungen auf der Basis von Daten von Bureau van Dijk

Abbildung III.3

Verflechtungsnetzwerk nach der gewichteten Anzahl der erfassten internationalen personellen Verbindungen



Quelle: Eigene Berechnungen auf der Basis von Daten von Bureau van Dijk

3.2 Personelle Verflechtungen nach Branchen

310. Die in der Stichprobe erfassten Unternehmen sind häufig nicht nur auf einem nationalen Markt tätig. Sowohl die Absatz- als auch die Beschaffungsmärkte sind regelmäßig internationalisiert. Dies trifft im Besonderen für die meisten erfassten Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft zu. Statistisch fallen hierunter alle Unternehmen, deren Haupttätigkeit in einem der Wirtschaftsabschnitte D (Herstellung von Waren, Branchencode 10-33), E (Energie- und Wasserversorgung, Branchencode 40-41), F (Baugewerbe, Branchencode 45), G (Handel; Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen und Gebrauchsgütern, Branchencode 50-52) oder H (Beherbergungs- und Gaststättengewerbe, Branchencode 55) liegen. Nachfolgend werden daher die personellen Verflechtungen aller gewerbetreibenden Unternehmen auf zweistelliger Branchenebene analysiert. Tabelle III.2 gibt zunächst einen Überblick über die Verteilung der Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft auf die einzelnen Branchen.

311. Insgesamt umfasst die Stichprobe 11 300 Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft.[7] Mit einem Anteil von 10,4 Prozent entfallen die meisten Unternehmen auf die Branche „Herstellung von chemischen Erzeugnissen". Bei der Interpretation der nachfolgenden Berechnungen auf Branchenebene ist zu berücksichtigen, dass die erfassten Unternehmen keine repräsentative Branchenauswahl darstellen. Es können also keine Rückschlüsse auf die Grundgesamtheit aller Unternehmen in einer Branche gezogen werden. Es handelt sich tendenziell um eine Auswahl der größeren Unternehmen in der betreffenden Branche. Alle folgenden Angaben beziehen sich daher auf die im Untersuchungskreis erfassten Unternehmen.

[7] Der Unterschied zwischen der hier betrachteten Anzahl von Unternehmen im Vergleich zu den in Tabelle III.1 enthaltenen Unternehmen ist auf die hier vorgenommene Fokussierung auf die gewerbliche Wirtschaft zurückzuführen.

Tabelle III.2

Fallzahlen und Verteilung der in der Stichprobe erfassten Unternehmen nach Branchenzugehörigkeit

Branchen-code	Wirtschaftszweig[1]	Anzahl der Unter-nehmen	Anteil an der Stich-probe (%)
10	Kohlenbergbau, Torfgewinnung	58	*0,5*
11	Gewinnung von Erdöl und Erdgas, Erbringung damit verbundener Dienstleistungen	721	*6,4*
12	Bergbau auf Uran- und Thoriumerze	50	*0,4*
13	Erzbergbau	240	*2,1*
14	Gewinnung von Steinen und Erden, sonstiger Bergbau	209	*1,8*
15	Herstellung von Nahrungs- und Futtermitteln sowie Getränken	517	*4,6*
16	Tabakverarbeitung	13	*0,1*
17	Herstellung von Textilien	160	*1,4*
18	Herstellung von Bekleidung	128	*1,1*
19	Herstellung von Leder und Lederwaren	42	*0,4*
20	Herstellung von Holz sowie Holz-, Kork- und Flechtwaren (ohne Herstellung von Möbeln)	87	*0,8*
21	Herstellung von Papier, Pappe und Waren daraus	138	*1,2*
22	Herstellung von Verlags- und Druckerzeugnissen, Vervielfältigung von bespielten Ton-, Bild- und Datenträgern	243	*2,2*
23	Kokerei, Mineralölverarbeitung, Herstellung und Verarbeitung von Spalt- und Brutstoffen	57	*0,5*
24	Herstellung von chemischen Erzeugnissen	1.174	*10,4*
25	Herstellung von Gummi- und Kunststoffwaren	167	*1,5*
26	Herstellung von Glas und Glaswaren, Keramik, Verarbeitung von Steinen und Erden	236	*2,1*
27	Metallerzeugung und -bearbeitung	712	*6,3*
28	Herstellung von Metallerzeugnissen	257	*2,3*
29	Maschinenbau	709	*6,3*
30	Herstellung von Büromaschinen, Datenverarbeitungsgeräten und -einrichtungen	228	*2,0*
31	Herstellung von Geräten der Elektrizitätserzeugung, -verteilung u.Ä.	282	*2,5*
32	Rundfunk- und Nachrichtentechnik	910	*8,1*
33	Medizin-, Mess-, Steuer- und Regelungstechnik, Optik, Herstellung von Uhren	621	*5,5*
34	Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen	240	*2,1*
35	Sonstiger Fahrzeugbau	148	*1,3*
36	Herstellung von Möbeln, Schmuck, Musikinstrumenten, Sportgeräten, Spielwaren und sonstigen Erzeugnissen	283	*2,5*
40	Energieversorgung	279	*2,5*
41	Wasserversorgung	32	*0,3*
45	Bau	400	*3,5*
50	Kraftfahrzeughandel; Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen; Tankstellen	123	*1,1*
51	Handelsvermittlung und Großhandel (ohne Handel mit Kraftfahrzeugen)	748	6,6
52	Einzelhandel (ohne Handel mit Kraftfahrzeugen und ohne Tankstellen); Reparatur von Gebrauchsgütern	764	6,8
55	Beherbergungs- und Gaststätten	324	2,9
Insgesamt		**11.300**	**100,0**

[1] NACE Rev. 1.1, analog Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003).

Quelle: Eigene Berechnungen auf der Basis von Daten von Bureau van Dijk

312. Abbildung III.4 gibt einen Überblick zu den personellen Verflechtungen in den Branchen der gewerblichen Wirtschaft auf Zweistellerebene. Die Branchen sind in aufsteigender Reihenfolge nach dem Anteil verflochtener Unternehmen an allen erfassten Unternehmen einer Branche angeordnet. Neben dem Gesamtanteil verflochtener Unternehmen werden personelle Verflechtungen innerhalb und außerhalb eines Wirtschaftszweiges unterschieden. Eine personelle Verflechtung zwischen zwei Unternehmen wird dabei als Intrabranchenverflechtung klassifiziert, wenn beide betroffenen Unternehmen dieselbe Haupttätigkeit auf Zweistellerebene aufweisen. Entsprechend werden alle Verflechtungen zwischen zwei Unternehmen mit unterschiedlicher Haupttätigkeit auf Zweistellerebene als Interbranchenverflechtungen ausgewiesen. Da es sich bei den betrachteten Unternehmen in der Regel um Konzernunternehmen handelt, die häufig in mehreren Branchen aktiv sind, ist davon auszugehen, dass die Intrabranchenverflechtungen tendenziell unterschätzt werden, während die Interbranchenverflechtungen eher überschätzt werden.

313. In allen Wirtschaftszweigen der gewerblichen Wirtschaft auf Zweistellerebene sind mindestens die Hälfte der beobachteten Unternehmen mit mindestens einem weiteren Unternehmen personell verflochten. Im Mittel weisen die Unternehmen in der Stichprobe einen Verflechtungsgrad von 66,3 Prozent auf. Dieser recht hohe Wert ist maßgeblich auf personelle Verflechtungen zu Unternehmen in einem anderen Wirtschaftszweig zurückzuführen. Im Vergleich zu Interbranchenverflechtungen fällt der Anteil der Unternehmen, die mit anderen Unternehmen desselben Wirtschaftszweiges verflochten sind in der Regel deutlich geringer aus. Für die betrachteten Unternehmen scheint es mithin attraktiv zu sein, sich im Besonderen mit branchenfremden Unternehmen zu verflechten. Neben der Konzentration auf die Haupttätigkeit bei der Identifizierung von Intrabranchenverflechtungen könnte eine Erklärung für diesen Befund sein, dass sich in einzelnen Wirtschaftszweigen klassische Zuliefer- bzw. Abnehmerbetriebe wiederfinden. Verflechtungen zwischen Zuliefer- und Abnehmerunternehmen würden vorliegend häufig als Interbranchenverflechtungen eingeordnet. Diese vertikalen Verflechtungsbeziehungen können aus einer Wettbewerbsperspektive besonders attraktiv für die betreffenden Unternehmen sein. Die verfügbaren Daten erlauben jedoch nicht, derartige vertikalen Verbindungen entlang der Wertschöpfungskette aus der Menge aller ermittelten Verbindungen zu identifizieren. Die in Abbildung III.4 zusammengefassten Ergebnisse für Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft bestätigen insgesamt den Hauptbefund der vorliegenden Untersuchung, dass Mehrfachmandate ein in hohem Maße genutztes Instrument zur Verflechtung von Unternehmen darstellen. Die durchweg hohen Anteile verflochtener Unternehmen in Abbildung III.4 deuten auf eine erhebliche Bedeutung im Bereich der gewerblichen Wirtschaft hin.

3.3 Nationale personelle Verflechtungen nach Branchen

314. In Abbildung III.4 wurde die Bedeutung personeller Verflechtungen bei Unternehmen aus der gewerblichen Wirtschaft veranschaulicht. Um zunächst einen Überblick zu gewinnen, wurde auf eine Differenzierung nach nationalen und internationalen Verflechtungen verzichtet. Abbildung III.5 hebt diese Vergröberung dahingehend auf, dass analog zu Abbildung III.4 ebenfalls Inter- und Intrabranchenverflechtungen dargestellt, jedoch in diesem Fall nur inländische Verbindungen berücksichtigt werden. Ausgenommen sind also alle Verbindungen zwischen zwei Unternehmen aus unterschiedlichen Ländern. Diese werden separat im nächsten Abschnitt dargestellt.

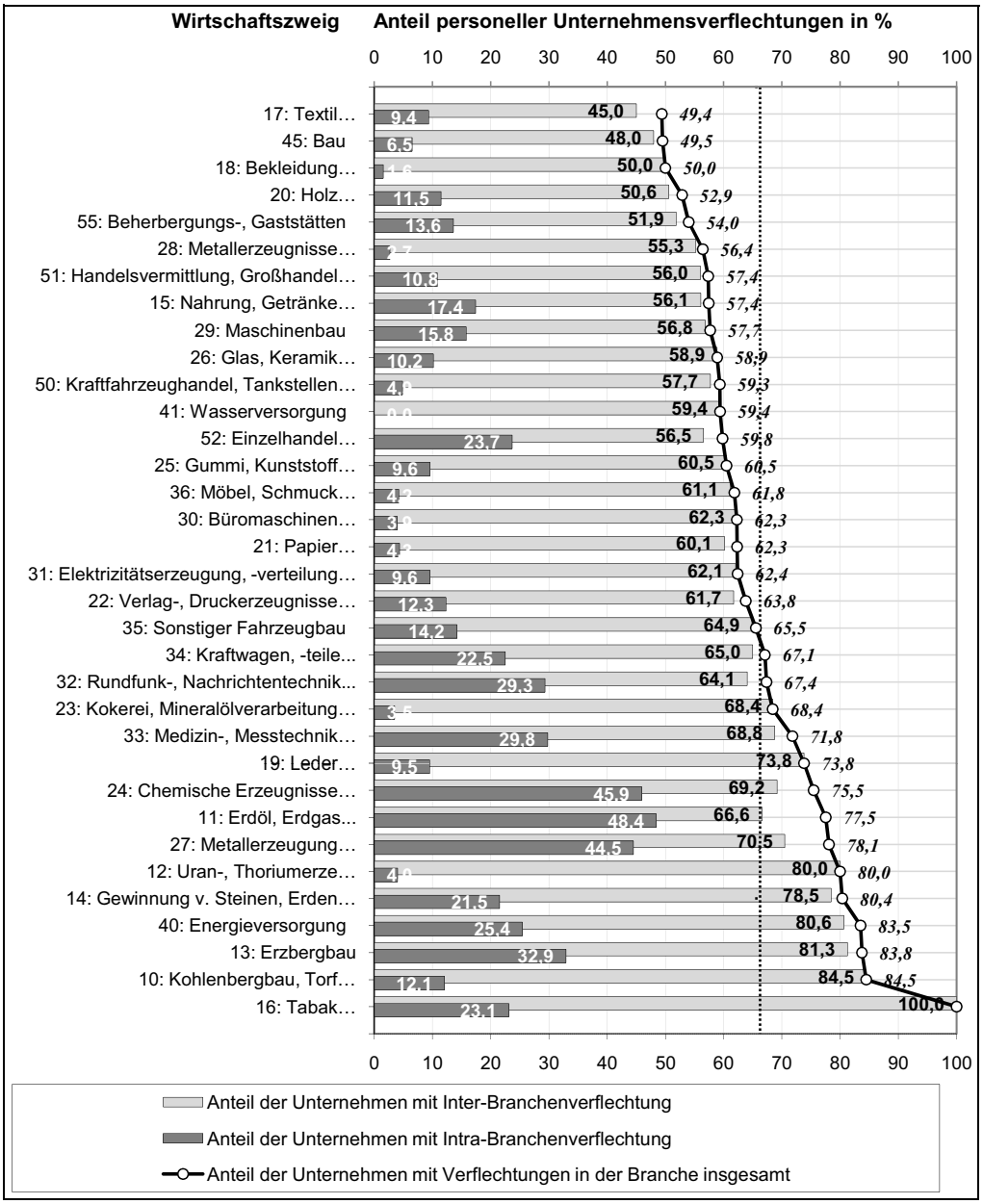
315. Gemäß Abbildung III.5 sind durchschnittlich 63,3 Prozent der beobachteten Unternehmen in einem Wirtschaftszweig mit einem weiteren Unternehmen aus demselben Land verflochten. Hierbei dominieren nationale Verflechtungen zwischen Unternehmen mit unterschiedlichen Haupttätigkeiten auf Zweistellerebene. Ein Vergleich der in Abbildung III.5 ausgegebenen Werte mit denjenigen aus Abbildung III.4 zeigt, dass der Gesamtanteil personeller Verflechtungen in jeder betrachteten Branche hauptsächlich auf inländische Verflechtungen zwischen den Unternehmen zurückzuführen ist. Dies gilt gleichsam sowohl für den Anteil der Inter- als auch den Anteil der Intrabranchenverflechtungen. Der Anteil der Intrabranchenverflechtungen varriiert mit einer Spannweite von 0 bis 44,7 Prozent auf einem deutlich geringeren Niveau als der Anteil der Interbranchenverflechtungen, welcher durchweg auf einem hohen Niveau zwischen 42,5 und 100,0 Prozent liegt. Insgesamt belegen die in Abbildung III.5 aufgeführten Ergebnisse, dass personelle Verflechtungen bei Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft stark national geprägt sind. Dies mag zum Teil sowohl auf Unterschiede in der Arbeitssprache als auch kulturelle Besonderheiten bei den betrachteten Unternehmen zurückzuführen sein. Daneben ist zu vermuten, dass auch die räumliche Nähe zwischen verschiedenen Unternehmen ausschlaggebend für die Etablierung von personellen Verflechtungen ist. Eine große Unternehmensdichte, eine gemeinsame Sprache und geringe kulturelle Unterschiede dürften folglich Verflechtungen zwischen zwei Unternehmen begünstigen.

3.4 Internationale personelle Verflechtungen nach Branchen

316. Gerade für Unternehmen, die auf internationalen Märkten agieren, könnte es von Vorteil sein, sich auch international zu verflechten. In Ergänzung zu den vorangehend präsentierten Abbildungen zeigt Abbildung III.6 daher die Anteile international personell verflochtener Unternehmen in den Branchen der gewerblichen Wirtschaft.

Abbildung III.4

Personelle Unternehmensverflechtungen nach Branchen

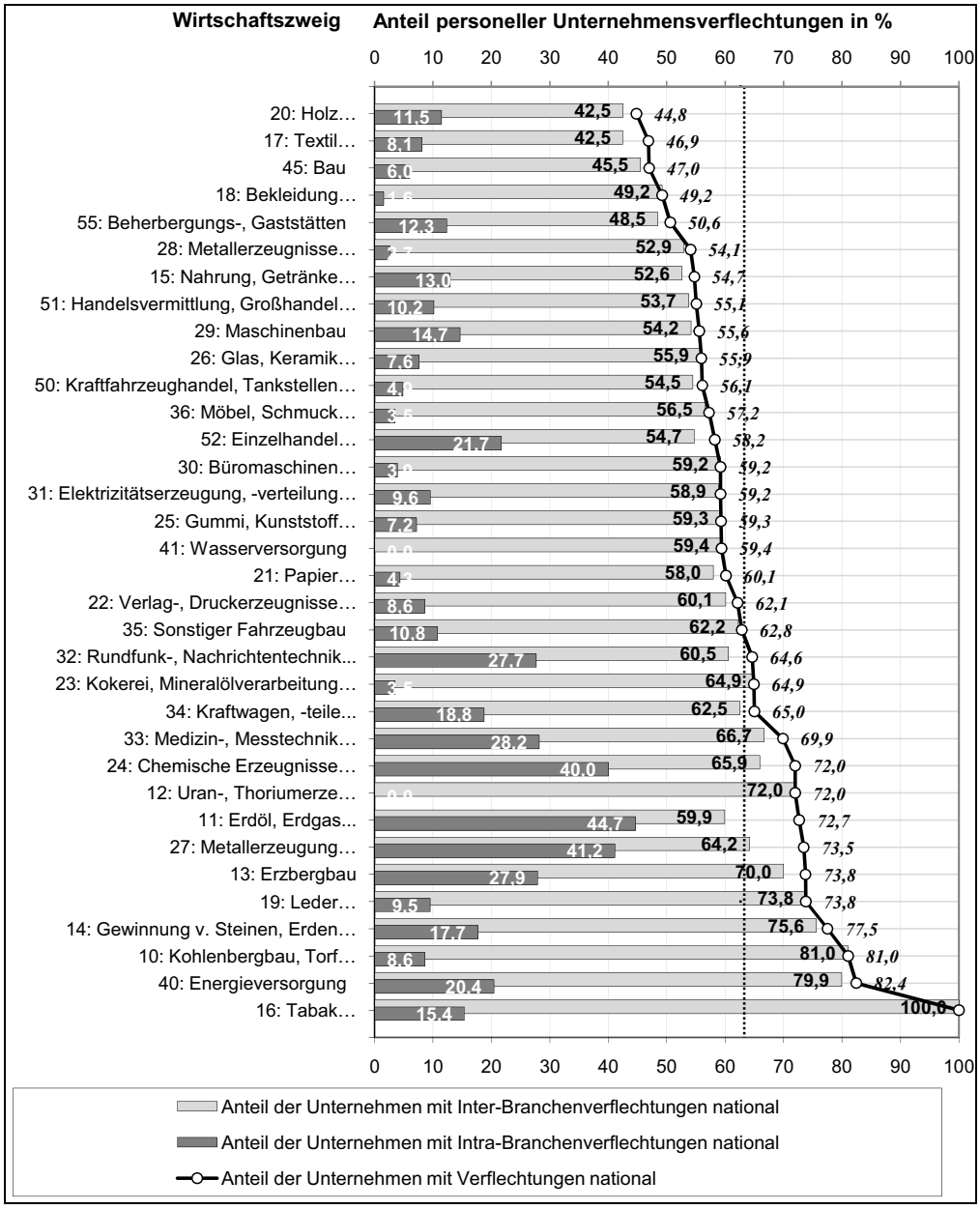


Quelle: Eigene Berechnungen auf der Basis von Daten von Bureau van Dijk

Im Durchschnitt über alle betrachteten Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft sind 20,8 Prozent mit wenigstens einem weiteren Unternehmen aus einem anderen Land personell verflochten. In sechs Branchen beträgt der Anteil international personell verflochtener Unternehmen über 30 Prozent. Nur drei Branchen weisen weniger als 10 Prozent international verflochtener Unternehmen auf. Analog zu nationalen personellen Verflechtungen ist der Gesamtanteil international verflochtener Unternehmen je Branche in der Regel stark durch Interbranchenverflechtungen geprägt. Nur zwei Branchen weisen mehr als 10 Prozent innerhalb einer Branche international verflochtener Unternehmen auf. Die Ergebnisse aus Abbildung III.6 belegen damit, dass Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft häufig international personell verflochten sind. Ein Vergleich mit Abbildung III.5 zeigt, dass das Niveau international verflochtener Unternehmen jedoch deutlich hinter dem Niveau nationaler Verflechtungen zurückbleibt. Dies gilt sowohl für Inter- als auch für Intrabranchenverflechtungen.

Abbildung III.5

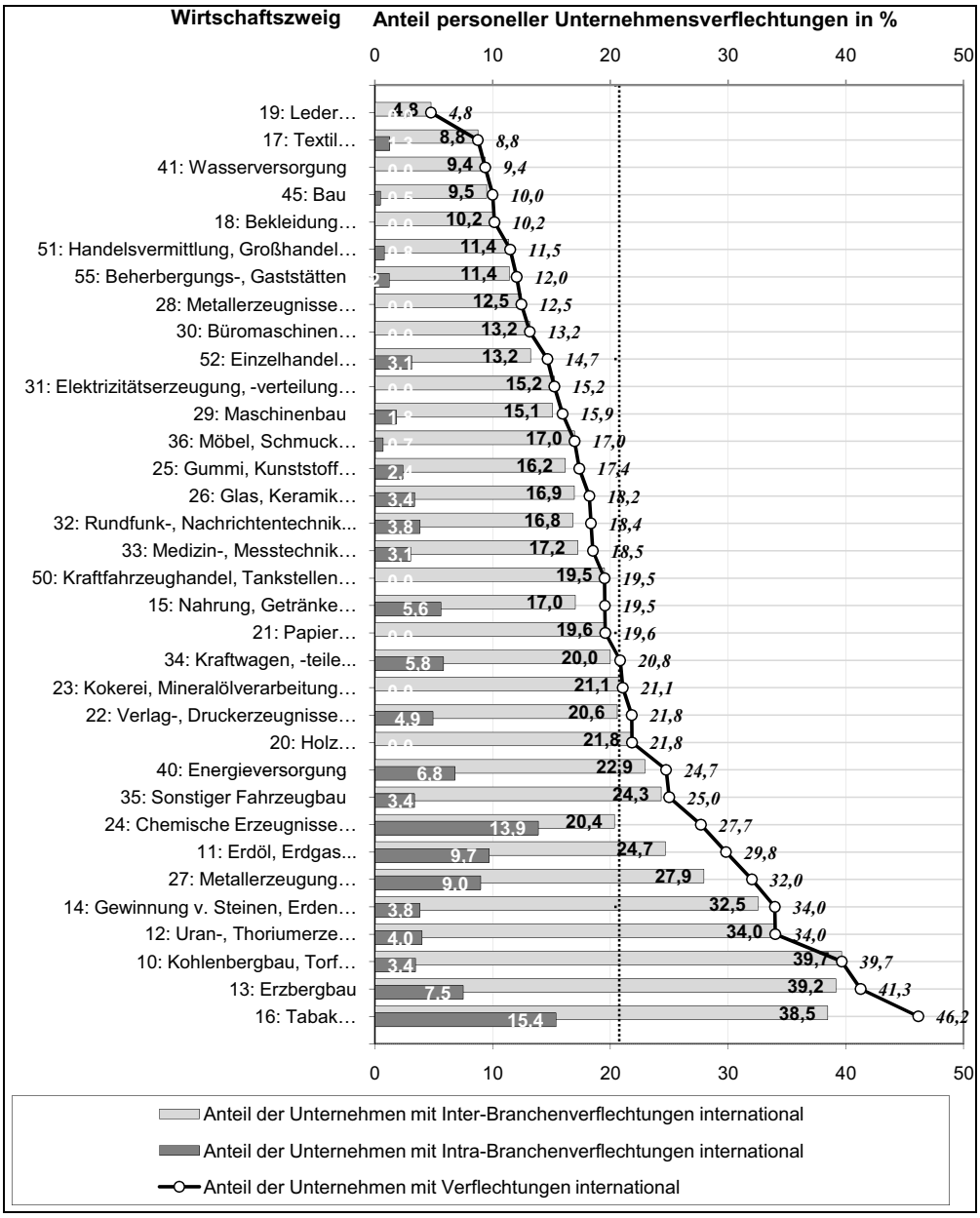
Nationale personelle Unternehmensverflechtungen nach Branchen



Quelle: Eigene Berechnungen auf der Basis von Daten von Bureau van Dijk

Abbildung III.6

Internationale personelle Unternehmensverflechtungen nach Branchen



Quelle: Eigene Berechnungen auf der Basis von Daten von Bureau van Dijk

3.5 Renditen bei personell verflochtenen Unternehmen

317. Sofern personelle Verflechtungen einen positiven Effekt auf die Wettbewerbsposition der beteiligten Unternehmen haben, ist zu erwarten, dass sich dieser positive Effekt aus Sicht eines einzelnen Unternehmens in dessen Rendite niederschlägt. Neben Wettbewerbsvorteilen werden Renditen jedoch durch eine Reihe weiterer Faktoren beeinflusst, die hier nicht betrachtet werden können. Daher kann der unten vorgenommene Renditenvergleich nur sehr eingeschränkt als Hinweis für wettbewerbsmindernde Effekte personeller Verflechtungen gewertet werden. Ebenso gut könnten höhere Umsatzrenditen verflochtener Unternehmen auf einen positiv zu bewertenden Erfahrungsaustausch zwischen den beteiligten Unternehmen oder eine verbesserte Unternehmenssteuerung bzw. -kontrolle zurückzuführen sein. Zudem muss eine umgekehrte Kausalität in der Form in Betracht gezogen werden, dass sich möglicherweise besonders erfolgreiche Unternehmen personell vernetzen. In diesem Fall wären personelle Verflechtungen das Ergebnis erfolgreicher Geschäftstätigkeit und nicht der Grund für den geschäftlichen Erfolg.

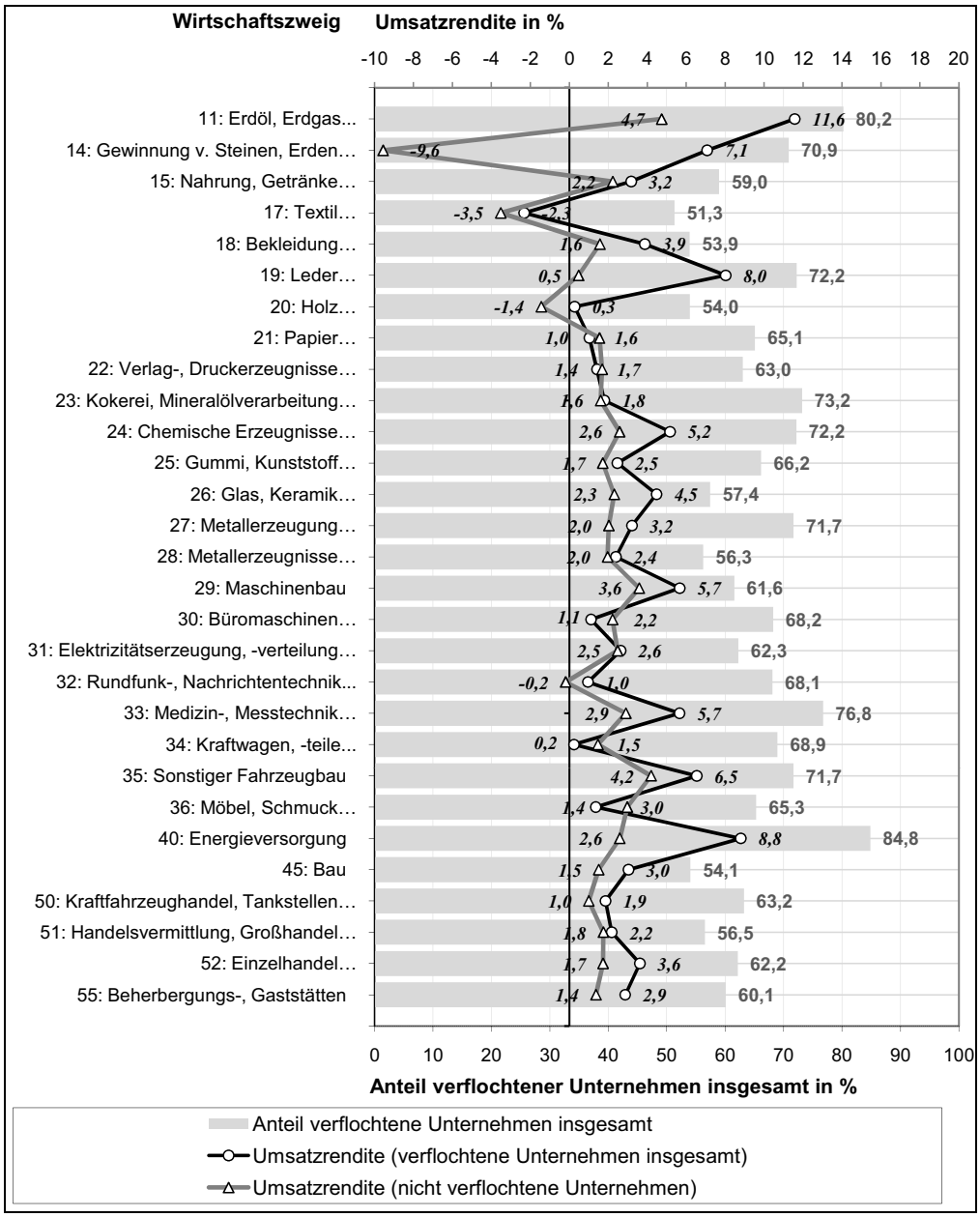
318. Für die nachfolgenden Berechnungen wird auf Umsatzrenditen aus dem Geschäftsjahr 2008 zurückgegriffen, die für 61 Prozent der erfassten Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft vorhanden sind.[8] Die Umsatzrendite wird als Jahresüberschuss vor Steuern im Verhältnis zum erzielten Umsatz berechnet. Basierend auf diesen Angaben wird für jeden Wirtschaftszweig der Median der Umsatzrendite jeweils für die Gruppe der personell verflochtenen und personell nicht verflochtenen Unternehmen berechnet und für jede Branche gegenübergestellt. Im Vergleich zum arithmetischen Mittel wird der Median weniger durch Ausreißerwerte beeinflusst, weshalb ihm für die präsentierten Auswertungen der Vorrang eingeräumt wurde. Abbildung III.7 veranschaulicht die Ergebnisse grafisch.

319. Branchen, in denen entweder die Gruppe der verflochtenen oder die Gruppe der nicht verflochtenen Unternehmen mit weniger als zehn Unternehmen, zu denen Umsatzrenditen verfügbar sind, besetzt sind, werden nicht aufgeführt. In diesem Fall besteht die Gefahr, dass die berechneten Werte zu stark durch untypische Ausnahmefälle verzerrt sind. Wie bereits vorangehend angemerkt, können die Ergebnisse nicht auf die Menge aller Unternehmen in den jeweiligen Wirtschaftszweigen übertragen werden, da es sich bei der betrachteten Stichprobe

[8] Insgesamt liegen der folgenden Analyse der Umsatzrenditen 6 889 Unternehmen zugrunde.

Abbildung III.7

Renditen bei personell verflochtenen Unternehmen nach Branchenzugehörigkeit



Quelle: Eigene Berechnungen auf der Basis von Daten von Bureau van Dijk

nicht um eine repräsentative Auswahl handelt. Die deskriptiven Ergebnisse für die erfassten Unternehmen in Abbildung III.7 deuten auf einen Vorteil personeller Verflechtungen aus Sicht eines einzelnen Unternehmens hin. In 24 der erfassten 29 Wirtschaftszweige weisen die personell verflochtenen Unternehmen eine gemessen am Median höhere Umsatzrendite auf als die nicht verflochtenen Unternehmen derselben Branche. Aufgrund der oben genannten Gründe kann dieser Befund nur eingeschränkt als Hinweis für wettbewerbsmindernde Effekte personeller Verflechtungen gewertet werden. Trotz ungeklärter Gründe für die deskriptiven Befunde deuten die Ergebnisse indessen auch nicht darauf hin, dass personelle Verflechtungen aus wettbewerbspolitischer Sicht irrelevant sind. Vielmehr geben sie begründeten Anlass, personelle Verflechtungen tiefer gehend zu erforschen, um beispielsweise betriebswirtschaftliche Effekte von Wettbewerbseffekten zu trennen und Kausalverläufe zu entschlüsseln.

4. Fazit

320. Die vorgestellten deskriptiven Ergebnisse personeller Verflechtungen in den Mitgliedstaaten der OECD haben zwei Hauptergebnisse hervorgebracht. Zum einen sind personelle Verflechtungen zwischen Großunternehmen kein rein deutsches Phänomen. Zahlreiche andere Staaten weisen ebenfalls einen hohen Anteil personell verflochtener Unternehmen auf. Zum anderen zeigen die Ergebnisse, dass der Gesamtanteil personeller Verflechtungen zwar stark durch nationale Verbindungen geprägt ist, jedoch in einzelnen Branchen auch zahlreiche personelle Verflechtungen über Ländergrenzen hinweg bestehen. Da mit einer weiter zunehmenden Globalisierung der Wirtschaft zu rechnen ist, ist davon auszugehen, dass internationale Verflechtungen zukünftig an Bedeutung gewinnen. Angesichts des hohen Anteils festgestellter nationaler Verbindungen dürften innerstaatliche Verbindungen darüber hinaus zumindest mittelfristig ihre hohe Bedeutung behalten. Die Ergebnisse geben daher Anlass, personelle Verflechtungen im internationalen Kontext auch zukünftig zu thematisieren.

321. Bei dieser erstmaligen Untersuchung personeller Verflechtungen in verschiedenen Ländern lag das Hauptaugenmerk der Arbeit zunächst auf der Beschreibung des aktuellen Standes, um eine fundierte Einschätzung der Bedeutung personeller Verflechtungen im internationalen Kontext zu gewinnen. Dabei sind einige weiterführende Fragestellungen angerissen worden, die aus zeitlichen Gründen und wegen knapper Ressourcen der Monopolkommission nicht bearbeitet werden konnten. Um personelle Verflechtungen aus einer Wettbewerbsperspektive zukünftig besser analysieren zu können, sollten idealerweise auf drei verschiedenen Ebenen Erweiterungen der empirischen Untersuchungen vorgenommen werden. Dies betrifft in erster Linie eine Verbesserung der Datenbasis, an die sich eine Ausweitung der Analysemethoden und die Beobachtung der zeitlichen Entwicklung personeller Verflechtungen aus einer internationalen Perspektive anschließen.

322. Bei der Datenbasis zeichnen sich grundsätzlich deutliche Verbesserungen ab.[9] In den letzten Jahren hat sowohl der Bestand öffentlicher Daten, der für wissenschaftliche Zwecke zur Verfügung steht, als auch der Bestand privater Daten eine rasante Entwicklung zu immer umfangreicheren und qualitativ höherwertigen Angeboten erfahren, die weiter anhält. Dies trifft besonders auf den Datenbestand kommerzieller Anbieter zu. In privaten Datenbanken sind mittlerweile detaillierte Informationen zu einem großen Kreis über die ganze Welt verstreuter Unternehmen zu finden. Zahlreiche Unternehmen nutzen diese Daten bereits für eigene Marktanalysen. Öffentliche Daten haben neben zum Teil eklatanten Zugangshürden regelmäßig den entscheidenden Nachteil, die immer wichtiger werdenden internationalen Aktivitäten von Unternehmen nicht annähernd so gut abbilden zu können, wie es bereits heute mit Daten einiger privater Anbieter möglich ist. Die vorliegende Untersuchung personeller Unternehmensverflechtungen in allen OECD-Mitgliedstaaten mag hierfür als Beispiel herangezogen werden. Zu der einzigen vergleichbar bedeutenden öffentlichen Datenquelle könnte sich das europäische Unternehmensregister entwickeln, welches sich im Aufbau befindet, zurzeit jedoch erst 5 000 Unternehmen umfasst. Die Fertigstellung ist für das Jahr 2013 geplant. Ein Zugang zu den Daten des Registers ist derzeit jedoch nur für nationale statistische Behörden und Zentralbanken vorgesehen. Personelle Unternehmensverflechtungen sollen nicht erfasst werden. Die hier vorgestellten Ergebnisse legen nahe, diesbezüglich über eine Erweiterung nachzudenken, um personelle Unternehmensverflechtungen neben kapitalmäßigen Verflechtungen gleichsam zu erfassen. Unabhängig davon empfiehlt es sich zudem dringend, die Daten des europäischen Unternehmensregisters zumindest anonymisiert allen öffentlichen Einrichtungen in Europa und allgemein für wissenschaftliche Zwecke zugänglich zu machen.

323. Mithilfe einer verbesserten Datenbasis sind auch auf der Ebene der Analysemethoden Erweiterungen möglich, die belastbare Aussagen erlauben. Besonders vorteilhaft wäre es, zumindest für einzelne Branchen alle dort aktiven Unternehmen und deren personelle Verflechtungen zu erfassen, um einer eher marktbasierten Untersuchung näherzukommen. Die im Rahmen der vorliegenden Erhebung gewonnenen Erkenntnisse über Verflechtungsbeziehungen könnten hierbei als Grundlage für tiefer gehende Branchenanalysen dienen. Zudem wären einige personenbezogene Begleitmerkmale, wie etwa das Alter, der Zeitpunkt des Unternehmenseintritts, vorherige Berufsstationen oder die Stellung der betreffenden Person im Unternehmen interessant, um die Funktion personeller Verbindungen zwischen Unternehmen besser qualifizieren zu können. Des Weiteren könnte der Einsatz von speziellen Netzwerkanalysen sinnvoll sein. Damit wäre es zum Beispiel möglich, besonders bedeutende Schlüsselverbindungen oder spezielle Verflechtungsformen wie Dreiecks- und Ringverflechtungen aufzudecken. Schließ-

[9] Vgl. Kapitel I, Tz. 95 ff.

lich legen Studien mit US-amerikanischen Unternehmen einen Zusammenhang zwischen personellen Verflechtungen und Übernahmeaktivitäten nahe, welcher auch in einem internationalen Kontext analysiert werden könnte. Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung zukünftiger Analysen personeller Verflechtungen ist es in jedem Fall sinnvoll, der zeitlichen Entwicklung personeller Verflechtungen ein besonderes Augenmerk zu widmen, da Längsschnittbetrachtungen besonders geeignet sind, kausale Zusammenhänge aufzudecken und Entwicklungstendenzen zu beschreiben. Zukünftigen Studien bleibt es vorbehalten, durch Umsetzung einiger der genannten Punkte Ergebnisse zu liefern, die eine konkrete wettbewerbsbezogene Auswertung personeller Verflechtungen ermöglichen. Da im Zuge der fortschreitenden Globalisierung zudem mit einer Ausweitung personeller und kapitalmäßiger Verflechtungen über Ländergrenzen hinweg zu rechnen ist, plant die Monopolkommission, dieses Thema weiter zu untersuchen und in Zukunft wieder aufzugreifen.

Kapitel IV

Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Fusionskontrolle

1. Allgemeines zur deutschen Kartellrechtspraxis

324. Neben den Einflüssen der Finanzkrise waren im Berichtszeitraum einige verfahrenstechnische Auswirkungen der Siebten Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) 2005 von besonderer Bedeutung, insbesondere die Durchführung von Sektoruntersuchungen und die Erweiterungen der kartellamtlichen Handlungsformen. Die Wirksamkeit kartellamtlichen Handelns außerhalb formeller Verfahren hat darüber hinaus zugenommen. Schließlich war der Umgang mit Nachfragemacht wiederholt und zunehmend Gegenstand kartellrechtlicher Verfahren.

1.1 Kartellrecht in der Finanzkrise

325. In wirtschaftlich schwierigen Zeiten steigt oftmals die Neigung von Unternehmen, rechtswidrige Kartelle zu schließen und ihre wirtschaftliche Macht zu missbrauchen. Zusammenschlussvorhaben werden wegen erschwerter Finanzierungsbedingungen und weniger günstiger Aussichten der Unternehmen zwar zurückgefahren. Allerdings steigt tendenziell auch die Zahl der Unternehmen in Schwierigkeiten. Und zur Rettung eines Unternehmens vor der Liquidation kann unter Umständen auch dessen Übernahme durch einen Wettbewerber zulässig sein. Schließlich ist die Politik in einer Krise eher bereit, ordnungspolitische Grundsätze einzuschränken. Staatlich finanzierte Rettungs- und Konjunkturstützungsprogramme können negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Insgesamt ist in Krisenzeiten regelmäßig ein Ansteigen der wettbewerbsfeindlichen Kräfte zu beobachten. Die Monopolkommission hat bereits im Januar 2009 ihre Befürchtungen öffentlich erläutert, dass staatliche Maßnahmen zur Eindämmung der konjunkturellen Kontraktion die Grundlagen der marktwirtschaftlich-wettbewerblichen Ordnung in Deutschland nicht nur temporär infrage stellen könnten.[1]

1.1.1 Unzulässigkeit unbegründeter Ausnahmen

326. Die Schaffung eines wettbewerblichen Ausnahmebereichs durch § 17 Finanzmarkstabilisierungsbeschleunigungsgesetz[2] ist zwar ordnungspolitisch zu bedauern, hat aber erfreulicherweise – soweit ersichtlich – bislang nicht zu wettbewerbswidrigen Marktveränderungen geführt. Nach dieser Vorschrift gelten die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des GWB nicht für den Finanzmarktstabilisierungsfonds. Die genaue Reichweite dieser Vorschrift ist zwar im Spannungsfeld zwischen deren Wortlaut, der Gesetzesbegründung und dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht klar.[3] Als Ausnahmevorschrift ist sie im Rahmen des Gesetzeszwecks jedoch zwingend eng auszulegen. Dieser Zweck kann nur die Übernahme von Unternehmensanteilen durch den Finanzmarktstabilisierungsfonds rechtfertigen, da nur die Übernahme eilbedürftig sein kann. Die Abgabe dieser Anteile im Rahmen einer Rückprivatisierung aber erscheint nicht eilbedürftig und muss daher, um unnötige Wettbewerbsverschlechterungen zu vermeiden, dem GWB unterliegen. Gleiches gilt für sonstige Wettbewerbsbehinderungen, die vom Finanzmarktstabilisierungsfonds ausgehen. Denn auch solche wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen staatlicher Unternehmen dürften kaum zu einer Linderung der Krise führen.[4] Festzuhalten bleibt somit, dass Rückprivatisierungen von in der Krise zu Stabilisierungszwecken erworbenem staatlichem Eigentum den Vorschriften des GWB unterliegen.

1.1.2 Zur Wirksamkeit der Wettbewerbspolitik in der Krise

327. Die angesichts des konjunkturbedingt gesteigerten Wettbewerbsdrucks gestiegenen Anreize zur Kartellbildung und zur missbräuchlichen Ausübung wirtschaftlicher Macht haben sich bisher noch nicht in konkreten Verfahren des Bundeskartellamtes niedergeschlagen. Allerdings ist insoweit zu berücksichtigen, dass Kartell- wie Missbrauchsverfolgung nachlaufend geschieht, in den kommenden Jahren hier also möglicherweise mit steigenden Verfahrenszahlen zu rechnen ist. Bislang sind jedenfalls keine Missbrauchsauswirkungen der Krise bekannt geworden. Die gesunkene Zahl der Anmeldungen ermöglicht es den Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes im Gegenteil, die freigewordenen Kapazitäten fruchtbar in Verfahren und Bereichen einzusetzen, in denen bisher weniger kartellbehördliche Aktionen stattfanden (etwa zu Preisbindungen der zweiten Hand und in Sektoruntersuchungen).

---

[1] Vgl. Monopolkommission, Stellungnahme zum Finanzmarktstabilisierungsgesetz und dem „zweiten Konjunkturpaket“, Pressemitteilung vom 22. Januar 2009.

[2] Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung des Erwerbs von Anteilen an sowie Risikopositionen von Unternehmen des Finanzsektors durch den Fonds „Finanzmarktstabilisierungsfonds – FMS“ (Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz – FMStBG) vom 17. Oktober 2008 [Artikel 2 des Gesetzes zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG) vom 17. Oktober 2008, BGBl. I S. 1982, in der Fassung des Gesetzes zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung vom 17. Juli 2009, BGBl. I S. 1980].

[3] § 17 FMStBG: „Die Vorschriften des Ersten bis Dritten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen finden keine Anwendung auf den Fonds.“ Im Gesetzentwurf heißt es: „… schließt insbesondere die Anwendung der deutschen Fusionskontrolle auf Beteiligung durch den Fonds aus“; vgl. Bundestagsdrucksache 16/10600 vom 14. Oktober 2008, S. 12.

[4] Zu einer umfassenderen Diskussion der Kartellrechtsunterworfenheit staatlichen Handelns vgl. unten Tz. 397 ff. und 463 ff.

328. Strukturkrisenkartelle verbinden Unternehmen einer Branche, die im Extremfall gemeinsam die in der Krise zu groß gewordenen Kapazitäten reduzieren und die dabei entstehenden Kosten untereinander aufteilen. Solche Kartelle waren nach § 6 GWB a. F. bis 2005 freistellungsfähig, was aber kaum praktische Bedeutung erlangte. Nach europäischem Recht fallen sie unter das Kartellverbot, können jedoch nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV freistellungsfähig sein.[5] Die Voraussetzungen für eine solche Freistellung dürften freilich wie im deutschen Recht nach § 2 Absatz 1 GWB selten vorliegen, da eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an den „Effizienz"-Gewinnen nicht oft gegeben sein dürfte.[6] Diese Wertung deckt sich mit der Beobachtung, dass die Bildung von Kartellen kein effizienter Weg zur Anpassung an Veränderungen darstellt, wenn dadurch die Produktion beschränkt wird.[7]

329. Bislang sind in der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes keine durch die noch andauernde Finanzkrise bedingten Sanierungsfusionen ersichtlich. Solche Zusammenschlüsse umfassen die Übernahme eines Unternehmens durch einen Wettbewerber, der dadurch zwar Marktanteile (auch erhebliche) gewinnt, diese Marktanteile aber aufgrund der Marktsituation ohnehin im Wesentlichen nach einer ohne diese Fusion unvermeidbaren Insolvenz jenes Unternehmens mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit übernommen hätte.[8] Dabei wird die Kausalität des Zusammenschlusses für den Marktmachtzuwachs dann verneint, wenn das sanierungsbedürftige Unternehmen ohne den Zusammenschluss nicht überlebensfähig und kein alternativer Erwerber ersichtlich ist und zudem bei einem Ausscheiden des betroffenen Unternehmens aus dem Markt dessen Marktanteile unmittelbar auf den Erwerber übergehen würden. Voraussetzung dafür ist regelmäßig, dass im Insolvenzfall auch die Produktionsmittel des fraglichen Unternehmens entweder den Markt verlassen oder ohnehin von dem übernehmenden Unternehmen aus der Insolvenzmasse aufgekauft würden.

330. Zwischen November 2008 und Januar 2009 hat das Bundeskartellamt drei Zusammenschlüsse zwischen deutschen Großbanken in der Vorprüfphase freigegeben, weil diese nach Auffassung des Amtes „nicht kausal für die Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen sein dürften": Die Deutsche Bank plante den Erwerb der Alleinkontrolle über die Postbank in mehreren Schritten, deren erster Gegenstand der Fusionskontrollentscheidung war,[9] die Commerzbank erwarb die Dresdner Bank von der Allianz[10] und die Westdeutsche Genossenschafts-Zentralbank (WGZ Bank) fusionierte mit der Deutschen Zentral-Genossenschaftsbank (DZ Bank).[11] Für die kartellbehördliche Beurteilung war die Finanzkrise nicht ausschlaggebend. Denn in den untersuchten Einzelmärkten wurde eine (gemeinsame) Marktbeherrschung weder geschaffen noch verstärkt, da sich die Marktanteile der jeweils Beteiligten auf den meisten betroffenen Märkten auf weniger als 12 Prozent addierten, lediglich in Einzelfällen wurde bis zu 25 Prozent Marktanteil erreicht. Auch unter Oligopolgesichtspunkten war nach Auffassung des Bundeskartellamtes keine erhebliche Wettbewerbsverschlechterung zu befürchten, da das neu geschaffene Dreier-Oligopol aus den drei Großbanken Deutsche Bank/Postbank, Commerzbank (neu) und dem dann drittstärksten Kreditinstitut HypoVereinsbank im deutschen Bankenmarkt noch ausreichendem Wettbewerb ausgesetzt sei. Obwohl die Monopolkommission die zunehmende Konzentration im Bankensektor kritisch betrachtet, ist aus im engeren Sinne wettbewerbspolitischer Sicht gegen diese Entscheidungen nichts einzuwenden.

1.1.3 Struktur des Bankenmarktes und Machtausübung

331. Zahlreiche Staaten haben sich in der jüngsten Finanzkrise zur Rettung solcher Banken gezwungen gesehen, deren Insolvenz die Stabilität des Bankensystems gegebenenfalls gefährdet hätte. Systemrelevanz vermittelt den einzelnen Banken Wettbewerbsvorteile und ermöglicht risikoreiche Geschäftsstrategien. Dies begünstigt die Verdrängung kleinerer, möglicherweise sogar effizienterer Banken. Soweit Vorteile für systemrelevante Institute bestehen, besteht sogar ein Anreiz für Banken, durch internes oder externes Wachstum in die Kategorie der Systemrelevanz zu gelangen.

332. Die Monopolkommission gibt zu bedenken, dass die beschriebenen Effekte nicht nur Wettbewerbsverzerrungen, sondern auch erhebliche negative Wohlfahrtswirkungen zur Folge haben können. Sie weist deshalb auf die Notwendigkeit hin, die Wettbewerbspolitik künftig nicht allein an der Vermeidung der Gewinnung und des Missbrauchs von Marktmacht auszurichten, sondern auch diejenigen Probleme in den Blick zu nehmen, die aus einem erleichterten Zugang von Großunternehmen der Bankwirtschaft, aber auch aus anderen Wirtschaftszweigen, zu staatlichen Unterstützungsleistungen resultieren können.

1.1.4 Fazit: Keine Konjunktur- und Finanzmarktstützung auf Kosten des Wettbewerbs!

333. Zunächst kann festgestellt werden, dass sich bislang die von der Monopolkommission im Winter 2008/2009 befürchteten unmittelbaren Gefährdungen der marktwirtschaftlich-wettbewerblichen Ordnung in Grenzen gehalten haben. Die mittel- und langfristigen Auswirkungen der staatlichen Reaktionen auf die wirtschaftliche

---

[5] Vgl. EuGH, Urteil vom 20. November 2008, C-209/07 „Irish Beef".

[6] Heute so kaum noch nachvollziehbar: EG-Kommission, Entscheidung vom 29. April 1994, IV/34.456 „Stichting Baksteen", Tz. 31.

[7] Vgl. nur Böhm, F., Kartelle und Krise, Wirtschaft und Wettbewerb 4, 1954, S. 367–387.

[8] Eingehender zu Sanierungsfusionen zuletzt Monopolkommission, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Hauptgutachten 2006/2007, Baden-Baden 2008, Tz. 589 ff.

[9] BKartA, Beschlüsse vom 14. November 2008 und vom 18. Februar 2009, B4-133/08, B4-29/09 „Deutsche Bank/Deutsche Postbank".

[10] BKartA, Beschluss vom 10. Dezember 2008, B4-134/08 „Commerzbank/Dresdner Bank und Allianz".

[11] BKartA, Beschluss vom 28. Januar 2009, B4-177/08 „DZ Bank/WGZ Bank".

Kontraktion abzuschätzen, übersteigt jedoch die Möglichkeiten realistischer Prognose.

334. Die bereits geschehenen und zumindest politisch wohl unvermeidbaren Eingriffe in den Wettbewerb müssen allerdings zeitnah und wettbewerbskonform rückgängig gemacht, zurückgeführt oder zumindest kompensiert werden. Vor diesem Hintergrund erinnert die Monopolkommission nachdrücklich daran, dass funktionierende wettbewerbliche Strukturen der beste Garant für eine schnelle und reibungsarme Anpassung von Wirtschaftsstrukturen an veränderte Rahmenbedingungen sind.

335. Gerade in der Krise muss die Erhaltung zukunftsfähiger, selbsttragender und wettbewerblicher Strukturen besonders im Vordergrund stehen. Die Monopolkommission weist in diesem Zusammenhang auf das Grundprinzip jeder Ordnungspolitik hin: Der Gleichlauf von Eigentum, Verantwortung und Haftung muss gewahrt bleiben, um ein Funktionieren gesellschaftlichen wie wirtschaftlichen Austauschs nachhaltig zu gewährleisten.[12]

1.2 Neues Instrument Sektoruntersuchung

336. Das GWB ermächtigt das Bundeskartellamt seit seiner Siebten Novelle von 2005 in § 32e zur Durchführung von Sektoruntersuchungen. Anlass zu einer Sektoruntersuchung können starre Preise oder andere Umstände sein, die vermuten lassen, dass der Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist. Sektoruntersuchungen setzen keine konkreten Kartellrechtsverstöße voraus und richten sich nicht gegen einzelne Unternehmen. Zweck einer Sektoruntersuchung ist ein ganzheitliches Verständnis der Wettbewerbs- und Marktverhältnisse auf dem betroffenen Markt. Das Bundeskartellamt hat durch diese Vorschrift sehr umfangreiche Befugnisse zur Ermittlung unabhängig von einem konkreten Verfahren. Die Befugnisse entsprechen hier weitgehend denen der Europäischen Kommission gemäß Artikel 17 VO 1/2003[13] und umfassen neben Auskunftsersuchen und Auskunftsbeschlüssen auch Gespräche mit Marktteilnehmern und Durchsuchungen wie unangekündigte Nachprüfungen zur Einsichtnahme in geschäftliche Unterlagen. Die Entscheidung zur Durchführung einer Sektoruntersuchung wird dezentral in den Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes getroffen.

337. Bislang hat das Bundeskartellamt zwei Sektoruntersuchungen in den Märkten für Außenwerbung und für Gastransport abgeschlossen. In den Bereichen Milch, Kraftstoffe, Stromgroßhandel sowie Fernwärme dauern die Untersuchungen noch an, in den beiden zuerst genannten Sektoruntersuchungen liegen bereits umfangreiche Zwischenberichte vor. Im Folgenden werden die Sektoruntersuchung Außenwerbung und die Sektoruntersuchungen im Energiebereich näher beleuchtet.

1.2.1 Außenwerbung

338. Die Sektoruntersuchung im Außenwerbungsmarkt war zeitlich die erste Sektoruntersuchung. Anlass waren gehäufte Beschwerden aus dem Markt, teilweise starkes, der Fusionskontrolle nicht unterliegendes externes Wachstum sowie die Erkenntnisse aus einem nach Abmahnung durch das Bundeskartellamt aufgegebenen Zusammenschlussvorhaben. Im Rahmen der Untersuchung befragte das Bundeskartellamt eine Vielzahl von Verpächtern von Außenwerbeflächen sowie Anbietern und Nachfragern auf dem Markt für Außenwerbung. Im Ergebnis wurden weitreichende Einschränkungen des Wettbewerbs auf den Außenwerbemärkten und erhebliche Rigiditäten insbesondere auf den vorgelagerten Angebotsmärkten für Außenwerbeflächen gefunden. Bedeutsam erschienen hier insbesondere einige Vertragsklauseln: Die Verträge, mit denen die Kommunen die Außenwerbeflächen an Außenwerber verpachteten, wiesen sehr lange Laufzeiten bzw. automatische Verlängerungen, Exklusivitätsverpflichtungen, Kopplungen mit Stadtmöblierung sowie englische Klauseln (Vorpachtrechte) auf.

339. Die Veröffentlichung des die Ergebnisse der Sektoruntersuchung zusammenfassenden Eckpunktepapiers und die umfangreichen vom Bundeskartellamt mit Marktteilnehmern geführten Gespräche zeitigten binnen kurzer Frist eine wettbewerbliche Belebung des Marktes. In dem Eckpunktepapier und in Gesprächen hatte das Bundeskartellamt auf die wettbewerblichen Bedenken hingewiesen, denen die oben aufgeführten Vertragsklauseln begegnen. Viele Kommunen wurden dadurch auf die negativen Auswirkungen solcher Vertragsgestaltung aufmerksam; vielfach schreiben diese nunmehr Werbeflächen in kleineren Losen transparent und diskriminierungsfrei aus und verzichten größtenteils auf Exklusivitäts- wie englische Klauseln und teilweise auf Kopplungen mit Stadtmöblierung. Dadurch ist der Markt nach Aussage von Marktteilnehmern teilweise erheblich wettbewerblicher geworden.

1.2.2 Sektoruntersuchungen im Energiebereich

340. Im Energiesektor hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum drei Sektoruntersuchungen eingeleitet, von denen bis dato eine abgeschlossen werden konnte. Die Untersuchungen betreffen den Stromgroßhandel, die Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen und den Fernwärmesektor. Die Untersuchungen des Stromgroßhandels und der Gasfernleitungsnetze wurden bereits Anfang 2009 begonnen, wobei die zweitgenannte im Dezember 2009 abgeschlossen wurde[14] und für die erstgenannte im Sommer 2010 mit ersten Ergebnissen in

[12] Vgl. insoweit statt vieler Eucken, W., Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 4. Aufl., Tübingen 1968/1952, S. 279 ff.

[13] Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG Nr. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1.

[14] Die Untersuchungen wurden in Form eines Abschlussberichts auf der Grundlage von § 32e Absatz 3 GWB veröffentlicht. Die Bundesnetzagentur, die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission sowie das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie erhielten vorab einen Entwurf des Berichts und die Gelegenheit zur Stellungnahme. Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung, Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen, Abschlussbericht gemäß § 32 Absatz 3 GWB, B10-7/09, Dezember 2009.

Form eines Zwischenberichts zu rechnen ist. Die Untersuchungen zum Fernwärmesektor wurden im September 2009 aufgenommen und dauern noch an.

341. Anlass für die Sektoruntersuchung der Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen waren konkrete Beschwerden von Netznutzern, die berichteten, dass die von ihnen benötigten Transportkapazitäten zur Ein- und Ausspeisung von Gas lediglich auf der Basis unterbrechbarer Kapazitäten gebucht werden könnten.[15] Das Bundeskartellamt vermutete, dass durch Langfristbuchungen verursachte vertragliche Kapazitätsengpässe in Fernleitungsnetzen ein branchenweites Phänomen darstellen könnten, und nahm die Untersuchungen auf. Es wurden Netzbetreiber und Transportkunden schriftlich und persönlich befragt sowie Gespräche mit Vertretern der Regulierungsbehörde, des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie sowie der Europäischen Kommission geführt. Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt mehrere Tausend Kapazitätsverträge sowie Gasbezugs-und Gaslieferverträge ausgewertet und kam im Wesentlichen zu den im Folgenden dargelegten Ergebnissen:

342. Zahlreiche Grenzübergangspunkte sind auf lange Sicht hin ausgebucht. Das Bundeskartellamt erkennt hier die Gefahr einer Marktabschottung der nachgelagerten Gasliefermärkte nicht zuletzt deshalb, weil die Kapazitäten in hohem Maße von den Konzernschwestern der Netzbetreiber gehalten werden und neue Anbieter nicht auf dem Markt tätig werden können. Das Bundeskartellamt sieht hier einen dringenden kartellrechtlichen Handlungsbedarf, der die Einleitung von Missbrauchsverfahren nahelegt. Allerdings sollen zunächst die auf politischer und regulatorischer Ebene laufenden Anstrengungen abgewartet werden. Sowohl die Bundesnetzagentur als auch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie sind aktuell aktiv, um eine Verbesserung der Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen herbeizuführen.[16] Im Rahmen der zwar verabschiedeten, aber noch nicht in Kraft getretenen Neufassung der Gasnetzzugangsverordnung werden die Laufzeiten der Kapazitätsbuchungen gesetzlich begrenzt.[17] Dieses Vorhaben wird vonseiten des Bundeskartellamtes begrüßt und im Vergleich zur Einleitung einer Vielzahl kartellrechtlicher Verwaltungsverfahren als sehr viel effizienter betrachtet. Aus diesem Grund geht das Bundeskartellamt zum aktuellen Zeitpunkt in dieser Sache nicht gegen die Gasfernleitungsnetzbetreiber vor.

343. Im Rahmen der Sektoruntersuchung wurden Erkenntnisse erlangt, die zur Einleitung weiterer kartellrechtlicher Schritte Anlass gegeben haben. So hat die Analyse der Gaslieferverträge ergeben, dass darin häufig eine Kombination von Take-or-Pay-Vereinbarungen mit Weiterverkaufsverboten von Gasmengen enthalten ist. Das Bundeskartellamt sieht hier ein erhebliches kartellrechtliches Problem und hat erste Verfahren dazu eingeleitet. Weiterer Anknüpfungspunkt ist die Überprüfung der Untersagung des Abschlusses von langfristigen Gaslieferverträgen aus dem Jahr 2006, die zeitlich befristet bis zum 30. September 2010 vorgenommen wurde.[18] Ausgehend von einem sehr niedrigen Wettbewerbsniveau deuten die Ergebnisse der Sektoruntersuchung auf eine gewisse Belebung des Wettbewerbsgeschehens hin. Dieses gilt im Hinblick auf eine zunehmende Diversifizierung der Lieferantenstruktur im Bereich der Belieferung von Regional- und Ortsgasunternehmen. Um eine abschließende wettbewerbliche Beurteilung der Situation vornehmen zu können, reichen die Eindrücke und Erkenntnisse aus der Sektoruntersuchung jedoch noch nicht aus; insoweit bedarf es weiterer Untersuchungen.

344. Die Monopolkommission hat sich in ihrem Energiegutachten von 2009 dafür ausgesprochen, die Untersagung für weitere zwei Jahre in Betracht zu ziehen.[19] Vor dem Hintergrund der erheblichen Veränderungen im Gassektor in den vergangenen zwei Jahren sieht das Bundeskartellamt keine akute Notwendigkeit zur Verlängerung der Regelungen zur Begrenzung der Laufzeiten von Gaslieferverträgen über den 30. September 2010 hinaus.[20] Die bereits in Kraft gesetzten[21] sowie die weiteren absehbaren Änderungen[22] der rechtlichen Regelungslandschaft, die tatsächlichen Marktentwicklungen in diesem Sektor nicht zuletzt aufgrund der ursprünglichen Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes, aber auch die Tätigkeiten der Bundesnetzagentur in den betroffenen Märkten[23] lassen wettbewerblichere Strukturen im Gassektor dem Bundeskartellamt zufolge auch ohne globale Einschränkung langfristiger Gaslieferverträge durchaus möglich erscheinen. Die Monopolkommission hält es gleichwohl für erforderlich, dass das Bundeskartellamt auch in der Zukunft jedenfalls in geeigneten Einzelfällen gegen wettbewerbswidrige Vertragspraktiken vorgeht.

---

[15] Mit diesem Phänomen setzte sich die Monopolkommission in ihrem zweiten Sondergutachten zur Energiewirtschaft auseinander und sah einen dringenden Handlungsbedarf; vgl. Monopolkommission, Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Sondergutachten 54, Baden-Baden 2009, Tz. 362 ff., insbesondere Tz. 373.

[16] Am 9. Februar 2010 hat die Bundesnetzagentur ein Festlegungsverfahren zur Neugestaltung des Kapazitätsmanagements im Gasbereich eingeleitet, mit dem eine Auflösung der bestehenden vertraglichen Kapazitätsengpässe in den Fernleitungsnetzen erzielt werden soll. Vgl. BNetzA, Festlegungsverfahren zum Kapazitätsmanagement vom 9. Februar 2010, BK7-10-001. Die Festlegung macht Vorgaben zum Kapazitätsmanagement an den Buchungspunkten der nationalen Marktgebietsgrenzen und den internationalen Grenzkoppelpunkten.

[17] Vgl. dazu Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Entwurf zur Neufassung der Gasnetzzugangsverordnung vom 19. Mai 2010 [online verfügbar].

[18] BKartA, Beschluss vom 13. Januar 2006, B8-113-03, WuW/E DE-V 1147 „E.ON Ruhrgas“.

[19] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 502.

[20] BKartA, Bericht über die Evaluierung der Beschlüsse zu langfristigen Gaslieferverträgen vom 15. Juni 2010.

[21] In diesem Zusammenhang sind z. B. das Zweivertragsmodell, GeLiGas und GaBiGas, zu nennen.

[22] Vor allem die bereits am 19. Mai 2010 verabschiedete, aber noch nicht in Kraft getretene Novellierung der Gasnetzzugangsverordnung.

[23] Vgl. etwa die nun eröffnete Anreizregulierung der Netzentgelte für die Gasfernleitungsnetze sowie einige noch in Vorbereitung befindliche Festlegungen der Bundesnetzagentur, insbesondere das laufende Festlegungsverfahren Kapazitätsmanagement, BK7-10-001.

345. Mit erheblichem personellen Aufwand untersucht das Bundeskartellamt derzeit den Stromgroßhandel und die Stromerzeugung. Bereits im März 2009 wurden zahlreiche Auskunftsbeschlüsse versandt und in sehr umfangreichem Maße Erzeugungs- und Kostendaten für die Jahre 2007 und 2008 erhoben, mit denen das Bundeskartellamt annähernd den gesamten deutschen Markt abzubilden vermag. Die Monopolkommission ist zu der Einschätzung gelangt, die auch vom Bundeskartellamt geteilt wird, dass durch die spezielle Situation in Deutschland[24] sowohl Anreize als auch Möglichkeiten zur missbräuchlichen Ausnutzung von Erzeugermarktmacht auf dem Stromgroßhandelsmarkt gegeben sind. Durch unilaterale Maßnahmen oder über implizite oder explizte Koordination vermögen einige marktmächtige Stromanbieter in wohlfahrtsschädigender Weise Einfluss auf die Preisbildung zu nehmen.[25] Es bestehen im Markt Vermutungen, dass strategische Zurückhaltung von Kraftwerkskapazitäten vorgenommen wird, um den Preis an der Strombörse zu beeinflussen; die Monopolkommission erkennt hier jedenfalls eine für gewinnmaximierende marktmächtige Erzeuger rationale Strategie. Um allerdings ein konkretes Missbrauchsverfahren zu eröffnen, fehlte dem Bundeskartellamt bislang der Anfangsverdacht. Ziel der Sektoruntersuchung des Stromgroßhandels und der Stromerzeugung ist demnach die Abbildung der Marktstrukturen und die Überprüfung der Frage, ob der Preis an der Strombörse einen validen Referenzpreis für den Strommarkt darstellt. Darüber hinaus geht das Bundeskartellamt der Frage nach, ob auffällige Muster im Verhältnis von Angebots- und Nachfragekurve zu erkennen sind und die Einleitung von kartellrechtlichen Missbrauchsverfahren angezeigt ist.[26]

346. Die Monopolkommission begrüßt das Vorgehen des Bundeskartellamtes und erwartet mit Spannung die Ergebnisse der Sektoruntersuchung zum Stromgroßhandel und zur Stromerzeugung. Die Untersuchungen erhöhen die Transparenz des Marktgeschehens und werden ermöglichen, das Verhalten der Akteure fundiert zu beurteilen und entsprechend dessen Einordnung weitere Schritte auf der Basis von Fakten vorzunehmen. Problematisch ist nach Auffassung der Monopolkommission dabei, dass es sich um eine Ex-Post-Analyse handelt, die nur rückwirkend den Markt abbilden und Unregelmäßigkeiten aufdecken kann. Sie vertritt die Ansicht, dass für den Stromgroßhandel und die Stromerzeugung ein systematisches „Market Monitoring“ erforderlich ist, mit dem eine dauerhafte Möglichkeit zur Aufdeckung wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens geschaffen werden kann.[27] Die Bundesregierung hat diesen Vorschlag aufgegriffen und plant die Implementierung einer unabhängigen Marktüberwachungsstelle für den Stromgroßhandel.[28] Die Marktüberwachungsstelle soll für den börslichen und außerbörslichen Stromgroßhandel relevante Informationen zeitnah erheben und die Bietstrategien der Börsenteilnehmer auf marktkonformes Handeln und eventuelle Manipulationsversuche hin überprüfen. Die Monopolkommission begrüßt dieses Vorhaben.

347. Nach Vorstellung der Monopolkommission wird eine solche Marktüberwachungsstelle laufend und aktuell die Daten auswerten, die das Bundeskartellamt nun ex post analysiert. Sie versteht die Marktüberwachungsstelle als ein Alarm- und Kontrollsystem, welches laufend Informationen für die Aufsichtsbehörden Bundeskartellamt, Bundesnetzagentur und Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht bereitstellt. Vor dem Hintergrund, dass das Bundeskartellamt in den vergangenen Monaten erhebliche Erfahrungen bei der Datengewinnung und Datenauswertung gesammelt hat, und weil es um einen Bereich des Strommarktes geht, der nicht der Regulierung durch die Bundesnetzagentur unterliegt, spricht sich die Monopolkommission auch dafür aus, die unabhängige Marktüberwachungsstelle organisatorisch beim Bundeskartellamt anzusiedeln.

348. Die dritte Sektoruntersuchung, die die Energiemärkte betrifft, hat das Bundeskartellamt im September 2009 eingeleitet.[29] Der Fernwärmesektor wird einer detaillierten Untersuchung unterzogen mit dem Ziel, mehr Transparenz im Hinblick auf Preise und Strukturen zu gewinnen. Fernwärme nimmt mit einem Anteil von ca. 13 Prozent den dritten Platz der eingesetzten Heizmittel nach Erdgas (ca. 48 Prozent) und Heizöl (ca. 30 Prozent) ein. Grund für die Einleitung der Untersuchungen war, dass die Anbieter von Fernwärme innerhalb ihres Leitungsnetzes über eine Alleinstellung verfügen, welche in der Regel durch einen Anschluss- und Benutzungszwang rechtlich abgesichert ist. Durch diese Konstellation entstehen nach Auffassung des Bundeskartellamtes Preissetzungsspielräume, die im Fall von wettbewerblicher Konkurrenz nicht möglich gewesen wären. Die Kunden der Fernwärmeunternehmen gelten aus Sicht des Amtes als besonders schutzwürdig, da sie keine Wechselmöglichkeiten haben und in der Regel „gefangen“ sind. Die Untersuchung deckt wiederum die Jahre 2007 und 2008 ab.

1.2.3 Fazit: Effizientes Instrument mit Ausbaupotenzial

349. Die durch die Ergebnisse der Sektoruntersuchungen teilweise bereits ausgelösten Marktveränderungen zeigen deren Mehrwert deutlich: Nur ein umfassendes

[24] Die Stromerzeugung gilt als weitestgehend vermachtet und weist eine hohe Konzentration auf. Hinzu kommt eine Engpasssituation an den meisten internationalen Grenzen der Übertragungsnetzbetreiber, die verhindert, dass potenzieller Wettbewerb disziplinierend wirkt.

[25] Vgl. Monopolkommission, Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Sondergutachten 49, Baden-Baden 2008, Tz. 215 ff., sowie Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 82, 180.

[26] Indizien für eine physische Kapazitätszurückhaltung wären zum Beispiel dann vorhanden, wenn verfügbare Kapazitäten nicht angeboten werden. Für eine ökonomische Kapazitätszurückhaltung spräche, wenn die Preisforderungen über den Grenzkosten liegen würden. Auf der Basis dieser Indizien könnte das Bundeskartellamt kartellrechtliche Missbrauchsverfahren einleiten.

[27] Vgl. zu diesem Vorschlag Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O. Tz. 211, und Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 181 ff.

[28] Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, Wachstum. Bildung. Zusammenhalt., Berlin 2009, S. 30, Tz. 132 [online verfügbar].

[29] BKartA, Pressemitteilung vom 14. September 2009.

Verständnis der Wettbewerbs- und Marktverhältnisse eines bestimmten Marktes ermöglicht es, die Hindernisse, die sich wirksamem Wettbewerb in diesem Markt entgegenstellen, in ihrer Gesamtheit und ihrem Zusammenwirken zu würdigen. Während das Kartell- und das Missbrauchsverfahren, mehr noch das eng fristengebundene Fusionskontrollverfahren, auf konkretes Fehlverhalten bzw. das engere Umfeld der Zusammenschlussbeteiligten konzentriert sind und darüber hinaus im Regelfall weder Erkenntnisinteresse noch Handlungsbefugnisse haben, ermöglicht eine Sektoruntersuchung die Ermittlung der strukturellen Wettbewerbshindernisse. Überspitzt ausgedrückt: Während das klassische Verwaltungsverfahren oft auf ein Kurieren von Symptomen beschränkt bleibt, kann eine Sektoruntersuchung die Ursachen mangelnder Wettbewerblichkeit aufzeigen. Für die Beseitigung dieser Ursachen kommen entweder die üblichen genannten Instrumente der Kartellbehörde oder, wie im Falle der Außenwerbung, ein Einwirken auf die strukturellen Wettbewerbshindernisse des Marktes in Betracht.

350. Nach Einschätzung der Monopolkommission stellt die Sektoruntersuchung ein hervorragendes Instrument dar, um Informationsasymmetrien zwischen Wettbewerbsbehörde und Unternehmen abzubauen. Ziel der Sektoruntersuchungen ist daher die Erlangung umfassender Einblicke in die Wettbewerbsbedingungen und die Identifikation möglicher Kartellrechtsverstöße. Insbesondere im Energiesektor hat sich dieses Instrument bis dato als sehr erfolgreich und nach Auskunft des Bundeskartellamtes auch als sehr informativ herausgestellt.

351. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Sektoruntersuchung eine wertvolle Bereicherung des Handlungsarsenals des Bundeskartellamtes darstellt. Nicht unproblematisch scheint allerdings, dass die einzelnen Beschlussabteilungen eine Sektoruntersuchung mit der vorhandenen personellen Kapazität zusätzlich zu ihrem „Tagesgeschäft“ bewältigen müssen. Das mag zwar in Zeiten mit vergleichsweise wenig Fusionsanmeldungen dazu führen, dass schon länger als problematisch erachtete Märkte einer vertieften übergreifenden Untersuchung unterzogen werden können. Auch bietet eine Ansiedlung innerhalb der fachlich zuständigen Beschlussabteilung erhebliche informatorische und synergetische Effizienzen. Dennoch könnte – auch vor dem Hintergrund einer dedizierten Mannstärke der bei der Europäischen Kommission geführten Sektoruntersuchungen von teilweise weit über 30 – die Durchführung von Sektoruntersuchungen allein durch die Beschlussabteilungen ohne zusätzliche personelle Unterstützung auf Dauer unsicher erscheinen. Zur zentralen Akkumulation und Verfügbarkeit verfahrenstechnischer Erfahrung ist eine zentral angesiedelte Unterstützungseinheit für Sektoruntersuchungen (etwa innerhalb der Grundsatzabteilung) in Betracht zu ziehen.

352. Wie sich insbesondere am Beispiel der Außenwerbung gezeigt hat, sich auch in anderen Sektoruntersuchungen abzeichnet und aus anderen Verfahren hinlänglich bekannt ist, bestehen erhebliche Wettbewerbshindernisse oft in Strukturen und Normen, die nur teilweise von den Marktteilnehmern selbst abhängen. Solche Hindernisse kann das Bundeskartellamt nur zum Teil mit Überzeugungsarbeit gegenüber den Verantwortlichen abbauen. Vor diesem Hintergrund fordert die Monopolkommission das Bundeskartellamt auf, wie bisher dysfunktionale Marktordnungen in den untersuchten Wirtschaftsbereichen nicht hinzunehmen, sondern auf verschiedenen Wegen auf eine Möglichmachung von Wettbewerb, nötigenfalls durch Gesetzesänderung, zu dringen.

353. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass das Mandat des Bundeskartellamtes zum Wettbewerbsschutz schon heute auch öffentliche Stellungnahmen zu dysfunktionalen Marktordnungen, deren Ineffizienzen und Verbesserungspotenzialen umfasst. Zur Ausräumung etwaiger Zweifel und gewisseren verfahrenstechnischen Einbindung aufseiten anderer Behörden, Ministerien und der Gesetzgeber ist diesbezüglich eine gesetzliche Klarstellung in Betracht zu ziehen. Die Monopolkommission verkennt an dieser Stelle nicht, dass solchermaßen weitergehendes Wirken des Bundeskartellamtes zur Folge haben müsste, dass Interessenvertreter Einfluss zu nehmen versuchten und das Bundeskartellamt stärker in der Öffentlichkeit, auch in der öffentlichen Kritik, stünde. Solches demonstrieren ansatzweise bereits die Erfahrungen aus den Sektoruntersuchungen und aus anderen Verfahren mit besonderer politischer und gesellschaftlicher Bedeutung. Die Monopolkommission ist jedoch zuversichtlich, dass das Bundeskartellamt auch unter gesteigerten Einflussnahmeversuchen seine Unabhängigkeit bewahren kann.

1.3 Neue Handlungsformen des Bundeskartellamtes

354. Grundsätzlich liegt es im Ermessen der Kartellbehörde, wann sie ein Kartell- oder Missbrauchsverfahren einleitet, während Fusionskontrollverfahren auf eine Anmeldung hin zu eröffnen sind und innerhalb enger Fristen abgeschlossen sein müssen. In dem von Aufgreifermessen geprägten Bereich hat die Siebte GWB-Novelle mit der Änderung von § 32 und der Einfügung der §§ 32a bis d GWB eine Reihe von Erweiterungen der Kartellamtsbefugnisse eingeführt:[30] die Möglichkeit der positiven Tenorierung und der nachträglichen Feststellung eines Kartellverstoßes gemäß § 32 Absatz 2 und 3 GWB, das Instrument der Verpflichtungszusagen in § 32b GWB, Entscheidungen, mit denen festgestellt wird, dass gemäß § 32c GWB kein Anlass zum Tätigwerden besteht, die Möglichkeit zum Entzug der Vorteile einer Gruppenfreistellungsverordnung gemäß § 32d GWB. Erste Anwendungserfahrungen lassen nunmehr erste vorsichtige Einschätzungen der Vorschriften und ihrer Umsetzung zu.

[30] Vgl. hierzu bereits Monopolkommission, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten 41, Baden-Baden 2004, Tz. 18 ff.

1.3.1 Auferlegung positiver Maßnahmen gemäß § 32 Absatz 2 GWB

355. § 32 GWB gestattet dem Bundeskartellamt seit 2005, Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die gegen eine Vorschrift des GWB verstoßen haben, alle Maßnahmen aufzugeben, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind. Aus der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes sind bislang kaum Verfahren ersichtlich, in denen das Amt nach § 32 Absatz 2 GWB den Beteiligten positive Maßnahmen aufgegeben hätte.[31] Das dürfte wohl vor allem daran liegen, dass in Fällen, in denen eine solche Verfügung erwogen wird, die Beteiligten Verpflichtungsangebote abgeben, die das Bundeskartellamt, so diese die Wettbewerbsbeschränkung vollständig ausräumen, schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nach § 32b GWB annehmen muss. Trotz dieser offenbar geringen direkten praktischen Bedeutung wirkt die Kompetenz des Bundeskartellamtes zur Auferlegung positiver Maßnahmen als Drohpotenzial, das Beteiligte zur Abgabe von entsprechenden Verpflichtungszusagen bewegt und so die Effektivität der Kartellrechtsdurchsetzung stärkt.

1.3.2 Verpflichtungszusagen gemäß § 32b GWB

356. Grundsätzlich liegt es im Ermessen der Kartellbehörde, welche Maßnahmen sie anordnet, um das illegale Verhalten abzustellen. Sie ist dabei allerdings an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden und muss im Rahmen des Erforderlichen bleiben. Das betroffene Unternehmen dagegen kann meist am besten abschätzen, welche Maßnahmen einfacher durchzuführen sind. Aus diesem Grund sind – wie praktisch schon lange im Fusionskontrollverfahren – verhandelte Verpflichtungszusagen oftmals die beste Möglichkeit, Wettbewerbshindernisse mit geringstmöglichem Aufwand aus der Welt zu schaffen und teilweise darüber hinaus Impulse für die Entstehung von Wettbewerb zu geben. Zwei Verfahren im Berichtszeitraum erscheinen besonders geeignet, die Funktionsweise, die Vorzüge und die Nachteile dieses Instruments anschaulich zu machen: der Versuch, wettbewerbliche Strukturen beim Rundholzvertrieb zu schaffen, sowie Teilerstattungen bzw. Senkungen und Nichterhöhungen missbräuchlich überhöhter Gaspreise.

1.3.2.1 Wettbewerbsförderung im Rundholzvertrieb

357. In der Vergangenheit übernahmen vielfach Landesforstverwaltungen oder -betriebe die zentrale Vermarktung auch von privat und kommunal angebautem Holz, was zur Bündelung der Vermarktung von regelmäßig mehr als zwei Dritteln des Rundholzmarktes in den einzelnen Bundesländern führte. Nach einem über siebenjährigen Verfahren haben die verfahrensbeteiligten Bundesländer Verpflichtungszusagen abgegeben, die einerseits eine solche Zentralvermarktungsdienstleistung auf das Sinnvolle und Notwendige beschränken und andererseits die Entstehung neuer wettbewerblicher Strukturen dezentraler Holzvermarktung fördern sollen.[32]

358. Durch diese nach § 32b GWB als verpflichtend erklärten Zusagen erscheint es möglich, die bisherige zentrale Vormachtstellung der Landesforstverwaltungen durch dezentrale (private und kommunale) kooperative Vermarktungsstrukturen zu ersetzen. Der Inhalt der Zusagen beruht auf einem zwischen dem Bundeskartellamt und den verschiedenen Landesforstbehörden in einem reiterativen Prozess und im Rahmen der Forstchefkonferenz der Länder abgestimmten „Konkretisierungspapier“, das die Bedenken des Bundeskartellamtes sowie die kartellrechtskonformen Grundsätze einer zukünftigen Vermarktungspraxis darlegt und ergänzende Grundlage der Zusagenentscheidungen ist. Die deckungsgleichen Zusagen der Länder haben drei Schwerpunkte:

- Holzvermarktungskooperationen mit staatlicher Beteiligung werden auf ein notwendiges Mindestmaß reduziert. Dabei sind solche dauernden Vermarktungskooperationen mit staatlicher Beteiligung generell zulässig, bei denen keiner der nicht staatlichen Holzproduzenten den Schwellenwert von 3 000 ha Forstbetriebsfläche bzw. 8 000 ha für teilnehmende nicht staatliche Kooperationen übersteigt. Im Einzelfall sind solche Vermarktungskooperationen mit staatlicher Beteiligung gestattet, die kapazitiv, zeitlich oder wirtschaftlich notwendig sind, um die Nachfrage eines bestimmten Abnehmers zu einem bestimmten Liefertermin oder Lieferzeitraum zu befriedigen; dabei muss dieser Abnehmer der Angebotsbündelung und der staatlichen Beteiligung an der Kooperation zumindest zustimmen.
- Private und kommunale Holzvermarktungsinitiativen werden durch die betroffenen Bundesländer gefördert, im Wesentlichen durch Nichtbehinderung und Unterstützung seitens der Länder im Sinne einer „Hilfe zur Selbsthilfe“ (etwa mittels „Nutzung und Fortentwicklung der landes- und bundesrechtlichen Instrumente zur forcierten Bildung und Vergrößerung forstwirtschaftlicher Kooperationen“, mittels Schulungstätigkeit oder organisatorischer und gegebenenfalls finanzieller Unterstützung). In einem Fünfjahreszeitraum sollen mindestens fünf gesondert zu benennende Pilotprojekte als Neugründungen, Vergrößerungen, Vereinigungen oder Intensivierungen eigenständiger Vermarktungskooperationen besonders gefördert werden.
- Ein Monitoring-Rahmen, nach dem die Bundesländer dem Bundeskartellamt detaillierte Daten über noch ak-

[31] Vgl. jedoch bereits BKartA, Beschluss vom 9. Februar 2006, B3-39/03, WuW/E DE-V 1177 „Soda-Club“; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. März 2007, VI-Kart 5/06 (V), WuW/E DE-R 1935 „Soda-Club“; BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVR 21/07, WuW/E DE-R 2268 „Soda-Club II“, sowie zu Rückerstattungsverpflichtungen auf dieser Grundlage BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2008, KVR 2/08, WuW/E DE-R 2538 „Stadtwerke Uelzen“; BKartA, Beschluss vom 16. September 2009, B10-11/09, WuW/E DE-V 1803 „Gasversorgung Ahrensburg“.

[32] Vgl. zu diesen Verfahren auch unten Tz. 408 ff.

tiv bestehende und zukünftige, nur im Einzelfall zulässige Vermarktungskooperationen zuleiten. Daneben sind Jahresübersichten zu erstellen, die sämtliche Lieferverträge mit einem Liefervolumen von mehr als 1 000 Ernte-Festmeter mit staatlicher Beteiligung erfassen. Zusätzlich sind die Daten zu beidem prüffähig vorzuhalten. Auch über den Fortschritt der Pilotprojekte sind die Länder berichtspflichtig.

359. Diese Zusagen machen die mögliche Komplexität von Zusagenentscheidungen anschaulich, die weit über eine bloße Untersagung hinausgeht. Eine solche hätte im Übrigen in diesen Fällen auch das Wettbewerbsproblem kaum gelöst, vielmehr zu einem zumindest teilweisen Zusammenbrechen der betroffenen Märkte geführt. Hier sollen erstmals in einem Kartellverfahren durch Zusagen auf einem bisher weitestgehend monopolisierten Markt in absehbarer Zeit wettbewerbliche Strukturen geschaffen werden. Solche Förderung von Wettbewerbern in bislang vermachteten Märkten mit dem Ziel der nachhaltigen Schaffung von Wettbewerb wird zwar in Fusionskontrollfällen schon länger in gewissem Rahmen verfolgt, in Kartellfällen jedoch und von der überschießenden Tendenz (Schaffung neuen statt bloßer Erhaltung bestehenden Wettbewerbs) her stellt dies ein Novum dar.

360. Die Monopolkommission billigt das Vorgehen des Bundeskartellamtes und hält die gewählten Mittel – soweit abschätzbar – für geeignet, tatsächlich die Entstehung von wettbewerbsfähigen Anbietern auf den betroffenen Märkten zu fördern. Gleichzeitig bleibt auf verschiedene Schwierigkeiten und Limitationen solcher Ansätze hinzuweisen. So sind zum einen so weitreichende Zusagen wie hier nur von Beteiligten zu erhalten, die tatsächlich an der Schaffung von Wettbewerb interessiert oder zumindest nicht abgeneigt sind. In diesem Fall etwa haben die Ministerialverwaltungen, der Überzeugungsarbeit des Bundeskartellamtes folgend, das Ziel des Aufbaus von wettbewerblichen Marktstrukturen ganz überwiegend in den eigenen Zielkatalog mit aufgenommen. Solches Entgegenkommen der Verfahrensbeteiligten wird nicht immer gegeben sein. Damit hängt zum Zweiten die Schwierigkeit zusammen, die Umsetzung der Zusagen zu kontrollieren. Es dürfte schon in diesem besonders umsetzungsfreundlich gelagerten Fall das prinzipiell unbefristete Monitoring und die besondere Beobachtung von Pilotprojekten mit erheblichem Arbeitsaufwand für das Bundeskartellamt verbunden sein.[33] So füllte beispielsweise der erste Monitoringbericht eines Bundeslandes mehr als 1 500 Seiten. Insoweit kann die verfahrensführende Beschlussabteilung nur ermuntert werden, den Kontrollaufwand in einem Lernprozess vermittels angepasster Reporting-Strukturen zu vermindern. Zum Dritten stellt sich in solchen Fällen positiver Maßnahmen das in (nahezu) allen Entscheidungen des Bundeskartellamtes vorhandene Informations- und Prognoseproblem in verschärfter Weise. So ist die entscheidungsleitende Prognose, weil auf positive Ergebnisse statt auf die bloße Vermeidung von Verschlechterungen gerichtet, mit zusätzlicher Unsicherheit belastet. Insoweit dürfte ein enges Monitoring mit Anpassung der Zusagen im Bedarfsfall meist unumgänglich sein. Zuletzt drohen die Grenzen zwischen politisch mehr oder weniger detailliert mandatierter Regulierung und reinem Wettbewerbsschutz zu verschwimmen.

361. Die genannten Schwierigkeiten schließen aber nach Ansicht der Monopolkommission den Aufbau von praktischen Erfahrungen in dieser Richtung nicht aus; im Gegenteil lassen sich nur durch solche Erfahrungen die oben besprochenen Gesetzesänderungen durch die Siebte GWB-Novelle mit Leben erfüllen. Ein rein negativ untersagender „Schutz“ nicht mehr existenten Wettbewerbs in der Hoffnung auf spontanes Entstehen wettbewerblicher Strukturen dürfte oftmals ins Leere gehen. Die sich hier abzeichnende Entwicklung bedeutet schließlich eine Annäherung der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes an die der Europäischen Kommission, die mit der Gesetzesänderung auch intendiert war.

1.3.2.2 Gaspreismissbrauch

362. 2009 hat das Bundeskartellamt 30 Verfahren gegen Gasversorger wegen des Verdachts überhöhter Gaspreise für Haushalts- und Gewerbekunden nach § 29 GWB gegen Zusagen der Unternehmen nach § 32b GWB beendet.[34] Die Zusagen enthielten insbesondere den Verzicht auf Preiserhöhungen oder deren zeitliche Verschiebung, soweit sie auf Bezugskostensteigerungen basierten. Des Weiteren wurden Bonuszahlungen und Preisnachlässe für die Vergangenheit und die Überarbeitung der Preisgestaltung zugesichert. Nach Angaben des Bundeskartellamtes beläuft sich das Volumen aller Zusagen auf ca. 130 Mio. Euro (ca. 45 Prozent Gutschriften und ca. 55 Prozent Preismaßnahmen). Darüber hinaus haben die Gasversorger in einem Umfang von ca. 110 Mio. Euro[35] auf die Weitergabe gestiegener Gasbezugskosten verzichtet. Dieser Verzicht erfolgte bereits vor Abschluss der Verfahren und lässt sich sowohl durch das vom Bundeskartellamt eingeleitete Verfahren als auch durch den dadurch gesteigerten öffentlichen Druck auf die Unternehmen erklären. In allen Verfahren erhielt das Bundeskartellamt die Zusage, dass die erfolgten Senkungen für den Verbraucher nicht im Rahmen von späteren Preismaßnahmen im Jahr 2009 ausgeglichen werden. Der Umfang der Zusagen entspricht laut Auskunft des Bundeskartellamtes dem erwarteten Volumen der anderenfalls ergangenen Verfügungen. Zugeständnisse seien nicht beim Volumen, sondern nur hinsichtlich der Modalität der Rückerstattung gemacht worden.

363. Die Monopolkommission hat bereits in früheren Gutachten auf die problematischen Wirkungen hingewie-

[33] Vgl. das aus diesem Grund in § 40 Absatz 3 Satz 2 GWB normierte Verbot von Verhaltensauflagen und -bedingungen im Fusionskontrollverfahren.

[34] Eingehender zu diesen Verfahren bereits Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 503 ff.

[35] Die angegebenen Beträge sind Nettobeträge. Für den Endkunden wären zusätzlich noch Steuern und Abgaben hinzugekommen.

sen, die von Preiskontrollen nach § 29 GWB ausgehen.[36] Insbesondere steht sie den Auszahlungsmodalitäten kritisch gegenüber, die teilweise wie ein Kundenbindungsprogramm wirkten. Vor allem bedauert sie, unabhängig von generellen Fragen der Wirkungen von Preismissbrauchsverfahren,[37] dass in keinem Fall eine gerichtliche Klärung erfolgt ist oder erfolgen wird. Denn dadurch bleibt sowohl für das Bundeskartellamt und die Beteiligten als auch vor allem für andere Anbieter im Markt unsicher, wieweit der vom Bundeskartellamt zugrunde gelegte Erlösvergleich als mengengewichtete Zeitraumbetrachtung und die so ermittelten Vergleichspreise tatsächlich auf Dauer die zulässigen Höchstpreise abbilden. Eine verbindliche Klärung der Grenzen zulässiger Preisbildung wurde versäumt.

1.3.2.3 Fazit: Effizientes Verfahren mit schwacher Vorfeldwirkung

364. Eine Verfahrensbeendigung mit Verpflichtungszusagen kann komplizierte Verfahren zu einem relativ raschen Abschluss auch bei aufwendigen Abhilfeverpflichtungen bringen. Dadurch, dass die Entscheidungen (jedenfalls im Regelfall) nicht von Gerichten überprüft werden und insoweit weniger intensiven Begründungsaufwand erfordern und dass die Beteiligten kooperativ an einer konstruktiven Lösung mitarbeiten, erhöht sich die Verfahrenseffizienz deutlich. Allerdings werden offene Fragen des Kartellrechts dadurch nur zu einem Teil einer verbindlichen Lösung zugeführt. Zwar verpflichtet die Entscheidung die beteiligten Unternehmen in Bezug auf das mit ihr erfasste Verhalten. Die sich in Anwendung der einer Zusagenentscheidung zugrunde liegenden Kartellrechtsnormen ergebende Rechtslage aber bleibt insgesamt ungeklärt. Für Dritte entfaltet eine solche Entscheidung keine, für Beteiligte nur eine eingeschränkte Vorfeldwirkung. Ein Minimum an Vorfeldwirkung lässt sich immerhin dadurch auch in einem solchen Verfahren erzielen, indem weitere potenzielle Verfügungsadressaten, soweit praktikabel, von Anfang an informell an dem Verfahren beteiligt werden.

365. 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.

1.3.3 Kein Anlass zum Tätigwerden gemäß § 32c GWB

366. Grundsätzlich liegt es im Ermessen der Kartellbehörde, ob sie ein Missbrauchsverfahren ohne oder mit einer Verfügung einstellt. Nach § 32c GWB kann die Behörde entscheiden, dass für sie kein Anlass zum Tätigwerden besteht, da die Voraussetzungen für ein Verbot nach den §§ 19 bis 21 GWB sowie Artikel 102 AEUV (ex-Artikel 82 EGV) nach den vorliegenden Erkenntnissen nicht gegeben sind. Der Zweck von Entscheidungen gemäß § 32c GWB liegt vor allem darin, die Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer zu erhöhen. In einem Verfahren hat das Bundeskartellamt über zwei Jahre lang ermittelt, konnte aber keinen Verstoß feststellen, vor allem weil die Märkte sich zwischenzeitlich weiterentwickelt hatten. Dennoch wurde erwogen, in einer Entscheidung nach § 32c GWB zumindest festzustellen, dass die beiden Beteiligten ein wettbewerbsloses Oligopol bildeten und deshalb gemeinsam marktbeherrschend waren. Letztlich wurde auf eine solche Entscheidung verzichtet. Dennoch zeigt der Fall anschaulich die mögliche Anwendungswirkung dieser Norm: Durch eine Entscheidung nach § 32c GWB hätte das Bundeskartellamt seine Rechtsauffassung kundtun und den Beteiligten wie Dritten hiermit in Hinblick auf die Beurteilung des konkreten Falles Rechtssicherheit sowie Orientierung für ähnlich gelagerte Fälle geben können. Das Bundeskartellamt setzt diese Möglichkeit einer Erhöhung der Vorfeldwirkung bisher nur zurückhaltend ein.

1.3.4 Entziehung der Vorteile einer Gruppenfreistellungsverordnung gemäß § 32d GWB

367. Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Union gelten nach § 2 Absatz 2 GWB entsprechend auch für rein innerdeutsche Sachverhalte.[38] Diese Verordnungen stellen bestimmte, grundsätzlich gegen das Kartellverbot verstoßende Verhaltensweisen und Vertragsklauseln von diesem Verbot frei, wenn gewisse Bedingungen erfüllt werden.[39] Die Unanwendbarkeit einer Gruppenfreistellungsverordnung führt zu der Anwendbarkeit der Illegalitätsvermutung des Kartellverbots. Gruppenfreistellungsverordnungen bieten Rechtssicherheit für Unternehmen mit relativ geringen Marktanteilen und für vergleichsweise wettbewerbsneutrale Verhaltensweisen. Allerdings gelten sie typisiert für die gesamte Europäische Union, nehmen (mit Ausnahme marktspezifischer Gruppenfreistellungsverordnungen) Besonderheiten einzelner Märkte kaum auf und berücksichtigen ins-

---

[36] Eingehender zu dieser Kritik bereits Monopolkommission, Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB, Sondergutachten 47, Baden-Baden 2007, Tz. 5 ff., sowie Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 515 ff.

[37] Vgl. dazu eingehend Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 510 m. w. N., sowie unten Tz. 420 ff.

[38] Vgl. etwa Verordnung (EG) 2658/2000 vom 29. November 2000 (Spezialisierungsvereinbarungen), ABl. EG Nr. L 304 vom 5. Dezember 2000, S. 3; Verordnung (EU) Nr. 267/2010 vom 24. März 2010 (Versicherungssektor), ABl. EU L 83 vom 30. März 2010, S. 1; Verordnung (EG) 772/2004 vom 27. April 2004 (Technologietransfer), ABl. EG Nr. L 123 vom 27. April 2004, S. 11; Verordnung (EG) 330/2010 vom 20. April 2010 (Vertikalvereinbarungen), ABl. EG Nr. L 102 vom 23. April 2010, S. 1. Weitere Gruppenfreistellungsverordnungen bestehen für den Automobilvertrieb, für Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen, die Landwirtschaft, das Transport- sowie das Postwesen.

[39] Regelmäßig ist eine Marktanteilsschwelle vorgesehen (meist 30 Prozent), daneben Vertragsklauseln und Verhaltensweisen, die die Gruppenfreistellungsverordnung unanwendbar machen, solche, die nur alternativ zulässig, und solche, die im Regelfall unbedenklich sind.

besondere nicht die im Einzelfall tatsächlich gegebene Marktstruktur.

368. Um diesen Anpassungsdefiziten zu begegnen, hat die Europäische Kommission in Artikel 29 Absatz 1 VO 1/2003 und das Bundeskartellamt in Artikel 29 Absatz 2 VO 1/2003 wie in § 32d GWB die Befugnis erhalten, die Freistellung durch eine Gruppenfreistellungsverordnung für bestimmte Märkte zu 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 Wettbewerblichkeit ein strengeres Wettbewerbsregime benötigen als andere Märkte. So kann etwa ein Geflecht gleichartiger Verträge auch bei jeweils sehr geringen Marktanteilen stark wettbewerbseinschränkend wirken oder die Besonderheit der betroffenen Produkte einzelne, an sich unbedenkliche Praktiken wettbewerbsschädlich erscheinen lassen.

369. Das Bundeskartellamt hat bislang von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht und ihre Anwendung – soweit ersichtlich – nur in einem Fall erwogen. Vor dem Hintergrund von in Sektoruntersuchungen oder einzelnen Zusammenschluss-, Kartell- oder Missbrauchsverfahren gewonnenen Erkenntnissen könnte aber in Zukunft häufiger die Notwendigkeit bestehen, Besonderheiten eines Marktes spezifisch gerecht zu werden und anderweitig erlaubtes Verhalten dort generell einzudämmen.

1.4 Competition Advocacy: Vorfeldwirkung und effektiver Staat

370. Mit dem Begriff „Competition Advocacy“ verknüpfen Kartellbehörden ihre Aufgabe, als Anwalt des Wettbewerbs tätig zu werden. Darunter wird einerseits die Erweiterung der Vorfeldwirkung des Kartellrechts durch Öffentlichkeitsarbeit im weitesten Sinne, andererseits die offensive Vertretung des Wettbewerbsgedankens innerhalb der staatlichen Organisationsstrukturen gefasst.[40] In diesen letzteren Rahmen sind auch das im jüngsten Entwurf zur Änderung des GWB vorgeschlagene Stellungnahmerecht des Bundeskartellamtes in Gesetzgebungsverfahren[41] und das oben dargestellte Initiativ-Stellungnahmerecht des Bundeskartellamtes in Bezug auf wettbewerbswidrige Marktordnungen[42] einzuordnen. Entsprechend lässt sich die Tätigkeit im Rahmen von „Competition Advocacy“ einteilen in marktbezogene und in staatsbezogene Aktivitäten.

371. Die Vorfeldwirkung macht effektiv den Großteil der Wirkung von Kartell- und Missbrauchsverbot aus. Selbstverantwortliche Kartellrechts-„Compliance“ der Unternehmen findet statt durch Formung von Industrie- und Handelspraktiken, ohne dass das Bundeskartellamt unmittelbar tätig würde.[43] Diese Vorfeldwirkung ergibt sich – soweit sie sich nicht spontan einstellt – aus dem Bemühen der handelnden Unternehmen, Bußgelder oder Schadensersatzverpflichtungen, aber auch schon die bei Kartellamtsverfahren unvermeidliche „schlechte Presse“ zu vermeiden. Dies setzt ein Bewusstsein der Handelnden und der Entscheidungsträger im Unternehmen darüber voraus, wo sich die Grenzen des Zulässigen befinden und dass ein Überschreiten dieser Grenzen mit unangenehmen Folgen verknüpft ist. Für den Aufbau und den Erhalt einer Normbefolgungsbereitschaft ist die effektive Verfolgung von Verstößen weitgehend unverzichtbar.

372. Die Verfolgung von Rechtsverstößen stellt den klassischen Schwerpunkt der kartellbehördlichen Tätigkeit dar. Allerdings führt die Notwendigkeit des Erlasses gerichtsfester Entscheidungen regelmäßig zu einer Beschränkung der Verfolgung auf wenige herausragende Verstöße. Diese eingeschränkte Regeldurchsetzung kann dazu führen, dass in der Wahrnehmung von Managern die Reichweite eines kartellrechtlichen Verbots gegenüber seiner eigentlichen Geltung weit zurücksteht. Vornehmlich aus diesen Erwägungen nimmt bei allen modernen Kartellbehörden die „weiche“ Förderung der Durchsetzung des Kartellrechts eine wachsende Bedeutung ein.[44]

373. Das Spektrum marktbezogener Advocacy-Aktivitäten im klassischen Geltungsbereich des Kartellrechts reicht von (Einzel-)Rechtsakten mit normativer Wirkung bis hin zu klassischer Öffentlichkeitsarbeit. Im Einzelnen lassen sich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – folgende bereits heute nach dem GWB vorgesehene oder zulässige Handlungen der Kartellbehörde feststellen: die Entziehung der Vorteile einer Gruppenfreistellungsverordnung nach § 32d GWB, die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung nach § 32c GWB, die Veröffentlichung von Leitlinien, Merkblättern, Prioritätenlisten, „Vorsitzendenschreiben“, Workshops, Konferenzvorträge, Interviews, (gezielte) Pressearbeit, Veröffentlichung allgemeiner Informationen wie etwa des Tätigkeitsberichts und der Fallberichte. Effektiv dürfte vor allem ein Verbund verschiedener konzertierter Aktionen sein, etwa bestehend aus der Entscheidung konkreter Pilotfälle unter gleichzeitiger gezielter Information der Entscheidungsträger einer betroffenen Branche und/oder der Veröffentlichung allgemeinerer Dokumente wie Leitlinien.

374. Beispielhaft können hier die Aktivitäten des Bundeskartellamtes in Bezug auf Preissetzungsabstimmungen

---

[40] Vgl. insoweit statt vieler US DoJ Antitrust Division Manual, Stand 2009, Chapter V, sowie die für das britische Office of Fair Trading erstellte Studie „Choice and Competition in Public Services. A guide for policy makers“ [alle online verfügbar].

[41] Vgl. Referentenentwurf vom 8. Januar 2010, S. 7; dazu bereits Monopolkommission, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Sondergutachten 58, Baden-Baden 2010, Tz. 132 ff.

[42] Vgl. oben Tz. 352 f.

[43] Vgl. etwa den Report des britischen Office of Fair Trading „Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law“, Mai 2010 [online verfügbar].

[44] Vgl. das überblicksartige Papier der OECD „Competition Advocacy: Challenges for Developing Countries“ von Juni 2004, die Arbeitsergebnisse der ICN-Arbeitsgruppe Advocacy, etwa den Report von 2002: „Advocacy and Competition Policy“, sowie umfangreiche weitere Dokumente; sowie den für das britische Office of Fair Trading erstellten Evaluationsbericht „Evaluation of OFT Competition Advocacy“ von Aril 2010 [alle online verfügbar].

im Lebensmitteleinzelhandel herangezogen werden. Nachdem sich die Hinweise auf Unregelmäßigkeiten bei der Preissetzung in dieser Branche verdichtet hatten, durchsuchte das Bundeskartellamt schließlich im Januar 2010 die Verwaltungen zahlreicher Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels, des Drogeriewarenhandels und des Tierbedarfshandels sowie einiger Hersteller von Markenartikeln des Konsumgüterbereichs.[45] Aufgrund der Vielzahl der in den Asservaten belegten Vertragspraktiken entschloss sich die zuständige Beschlussabteilung, die größten Marktteilnehmer unmittelbar mit den gesetzlichen Vorschriften zu Preiskoordinationen bekannt zu machen. Das an einige Konzernzentralen verschickte und in Anlehnung an den Aufbau von Gruppenfreistellungsverordnungen erstellte „Vorsitzendenschreiben" erklärte die Anwendung weit verstreuter Vorschriften in allgemein verständlicher und unmittelbar praktischer Form. Da sich im Laufe des Verfahrens herausstellte, dass ein Bewusstsein der Marktteilnehmer in Bezug auf die kartellrechtlichen Restriktionen gegenüber Preiskoordinationen teilweise überhaupt nicht, ganz überwiegend jedoch allenfalls ungenügend ausgeprägt war, erwägt das Bundeskartellamt die Veranstaltung eines „Workshops", in dessen Rahmen Multiplikatoren und Entscheidungsträger aus den betroffenen Branchen über die genauen Regeln des Kartellrechts in diesen Bereichen informiert werden sollen. Ein intendierter Nebeneffekt dürfte insoweit auch eine unmittelbare Rückkoppelung der zuständigen Beschlussabteilung an die Sorgen und Bedürfnisse der Marktteilnehmer sein. Entscheidend ist jedoch in den Augen der Monopolkommission die Weckung eines allgemeineren kartellrechtlichen Bewusstseins in den betroffenen Unternehmen.

375. Begrenzt wird der Aktionsraum des Bundeskartellamtes in diesen Bereichen in zwei Richtungen: Zum einen kann und darf die Behörde keine Rechtsberatung für Private leisten; zum anderen kann sie als Teil der Exekutive nur insoweit Rechtsvorschriften erlassen, als eine gesetzliche Ermächtigung dazu besteht. Beide Restriktionen stehen aber den hier in Bezug genommenen Behördenaktivitäten nicht in grundsätzlicher Weise entgegen. Die gezielte Information Einzelner über bestimmte Kartellrechtsvorschriften stellt so lange keine unzulässige Rechtsberatung dar, wie die Tätigkeit der Durchsetzung des Kartellrechts dient. Entsprechend unproblematisch ist die Information von Verbänden, Branchen oder Gruppen von Unternehmen zur Kartellrechtsprävention. Auch der Spielraum des Bundeskartellamtes hinsichtlich einer normierenden Tätigkeit ist relativ weit: Selbstbindende Leitlinien, Merkblätter oder Erläuterungen sind von der allgemeinen Verwaltungskompetenz des Bundeskartellamtes abgedeckt; daneben steht die gesetzlich ausdrücklich vorgesehene Entziehung der Vorteile einer Gruppenfreistellungsverordnung. In (öffentlichkeitswirksamen) Einzelfallentscheidungen hat das Bundeskartellamt, unter Kontrolle der Gerichte, schon seit Beginn seiner Tätigkeit die Rechtspraxis geprägt.

376. Die staatsbezogene Seite von „Competition Advocacy" ist jüngeren Datums, gewinnt aber an Bedeutung mit einer Dynamisierung staatlicher Strukturen und staatlichen Handelns sowie der allgemeineren Einsicht in die Notwendigkeit, bis zu gewissem Grade auch innerhalb der staatlichen Verwaltung das Effizienzgebot zu beachten und die Vorteile von Wettbewerb auch darüberhinaus in Grenzbereichen zwischen Staat und Gesellschaft zu nutzen.

377. Das Spektrum staatsbezogener Advocacy-Aktivitäten der Kartellbehörde lässt sich im Einzelnen – wiederum ohne Anspruch auf Vollständigkeit – an folgenden Akten festmachen: Initiativ-Stellungnahmen zu Gesetzen und Gesetzgebungsprojekten, Einbindung in Gesetzgebungsprozesse, Auftritt als amicus curiae vor Gerichten sowie Einbindung in Verwaltungsvorgänge anderer Behörden. Während Initiativ-Stellungnahmen aus wettbewerbspolitischer Perspektive in relevanten Gesetzgebungsprozessen bereits heute vom Mandat des Bundeskartellamtes zum Wettbewerbsschutz umfasst werden und die Teilnahme an Drittprozessen als amicus curiae nach § 90 Absatz 2 GWB bereits in der Urfassung des GWB 1958 vorgesehen war, bedarf die formelle Einbindung des Bundeskartellamtes in Gesetzgebungsprozesse und in Verwaltungsvorgänge anderer Behörden noch einer gesetzlichen Regelung. Hinsichtlich der letzteren beiden Ziele gibt die Monopolkommission aus einer allgemeinen Perspektive Folgendes zu bedenken: Dafür spricht die zu erwartende, durch eine formelle Einbindung erheblich gesteigerte Wirksamkeit der Interventionen des Bundeskartellamtes, dagegen der unübersehbare zusätzliche Arbeitsaufwand und die mit einer regelmäßigen Beteiligung an solchen Verfahren unvermeidlich einhergehende lobbyistische „Belagerung" des Einflussträgers Bundeskartellamt. Wenngleich die Unabhängigkeit des Bundeskartellamtes nach den Erfahrungen der Monopolkommission auch in schwierigen Situationen außer Frage steht, könnten doch entsprechende interessengeleitete Versuche von Einflussnahme die Arbeitseffizienz der Kartellbehörde gefährden. Dennoch ist die Monopolkommission der Auffassung, dass die entsprechende gesetzliche und organisatorische Ausgestaltung einer formellen Einbindung des Bundeskartellamtes jedenfalls in Gesetzgebungsverfahren die erheblichen Vorzüge einer frühzeitigen Berücksichtigung wettbewerblicher Aspekte von Gesetzgebungsprojekten durchaus mit begrenzten Kosten verwirklichen könnte.

378. Zur Illustration der Funktionsweise von „Competition Advocacy" im staatlichen Bereich werden im Folgenden die Vorgänge um die Novellierung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (KrW/AbfG) geschildert. Bereits in dem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in der Frage der Voraussetzungen einer Untersagung privater Altpapiersammlungen hatte das Bundeskartell-

[45] Die bundesweite Aktion erstreckte sich auf insgesamt 15 Unternehmen, davon elf Handelsunternehmen. An der Durchsuchung waren 56 Mitarbeiter des Bundeskartellamtes und 62 Polizeibeamte beteiligt. Parallel sind Verfahren gegen weitere Handelsunternehmen schriftlich eingeleitet worden.

amt als amicus curiae teilgenommen.[46] Das Gericht berücksichtigte bei seiner Entscheidung dennoch wettbewerbliche Aspekte nur begrenzt und entschied, dass bereits „mehr als nur geringfügige Auswirkungen auf die Organisation und die Planungssicherheit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers“ nach § 13 Absatz 3 Satz 1 Nr. 3 KrW/AbfG ausreichen, um private Sammlungen von Altpapier zu untersagen.[47] Mit dieser Judikatur wurde der ohnehin zu beobachtenden Re-Kommunalisierung der Abfall- und Recyclingwirtschaft Vorschub geleistet. Im Gesetzgebungsverfahren um die Novellierung dieses Gesetzes hat das Bundeskartellamt zur Verhinderung weiterer hoheitlicher Wettbewerbsbeschränkungen eine öffentliche Stellungnahme abgegeben, die Lösungswege für eine wettbewerbsfreundliche Novellierung aufzeigt.[48]

379. Wenn auch in diesem Verfahren noch keine unmittelbaren Erfolge zu verzeichnen sind, dürften sich doch die vom Bundeskartellamt bereits in früheren Gesetzgebungsverfahren teilweise nicht öffentlich abgegebenen Stellungnahmen ebenso wie marktbezogene Advocacy-Aktivitäten schon nicht unerheblich zugunsten der Berücksichtigung des Wettbewerbsgedankens ausgewirkt haben. Die Monopolkommission begrüßt die dargelegten Erfolge und Leistungen des Bundeskartellamtes sowohl mit Markt- als auch mit Staatsbezug. Weitergehend empfiehlt sie dem Gesetzgeber, in die nächste Novelle des GWB die formelle Einbindung des Bundeskartellamtes jedenfalls in Gesetzgebungsverfahren mit aufzunehmen.[49]

1.5 Erfassung und Bewertung von Nachfragemacht

380. Das Thema Nachfragemacht hat in der kartellrechtlichen Praxis und in der wissenschaftlichen Diskussion an Bedeutung zugenommen. Gründe dafür sind die weiterhin zunehmende Konzentration der Handelsstufe, speziell des Lebensmitteleinzelhandels, weitere Großfusionen im Handel wie EDEKA/Tengelmann oder auch die Proteste von Milchbauern über zu niedrige Milchpreise, die ebenfalls mit der Nachfragemacht des Handels in Verbindung gebracht werden. Die Diskussion über die Nachfragemacht des Handels wird zudem nicht nur in Deutschland, sondern auch auf der Ebene der Europäischen Union sowie in einzelnen Mitgliedstaaten wie Großbritannien geführt. So hat die britische Competition Commission den Lebensmitteleinzelhandel zuletzt im Jahr 2008 einer Sektoruntersuchung unterzogen und dabei in einigen Bereichen bedenkliche Praktiken der Supermärkte bei der Beschaffung festgestellt.[50] Die Europäische Kommission hat zur Beseitigung unausgewogener Vertragsverhandlungen zwischen Industrie und Handel die Einführung eines Verhaltenskodex („code of conduct“) für die Lebensmittelbranche vorgeschlagen.[51]

381. Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle werden die Existenz und die Auswirkungen von Nachfragemacht in zweifacher Weise geprüft. Analog zur Angebotsmacht wird auf Beschaffungsmärkten untersucht, ob das beschaffende Unternehmen gegenüber seinen Lieferanten über eine marktmächtige Position verfügt. Das betrifft etwa das Verhältnis zwischen Handelsunternehmen und Herstellern von Markenartikeln, zwischen Automobilherstellern und ihren Zulieferern oder zwischen Molkereien und Milchbauern bzw. zwischen nachfragendem Handel und Molkereien. Nachfragemacht wird unter bestimmten Umständen auch in Form der gegengewichtigen Marktmacht erfasst. Beispielsweise kann Nachfragemacht die Angebotsmacht eines marktstarken Herstellers begrenzen. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum Nachfragemacht in unterschiedlichen Zusammenhängen untersucht. Im Fall EDEKA/Tengelmann führte die Verstärkung von Nachfragemacht im Ergebnis dazu, dass die mit der Fusion angestrebte Einkaufskooperation der beiden Handelsunternehmen nicht durchgeführt werden durfte. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Nachfragemacht eine marktmächtige Position auf Angebotsmärkten relativiert, wurde im Rahmen der Fusion der Automobilzulieferer Webasto AG und Edscha AG geprüft. Ausführlich wurde die Marktmachtverteilung auf den verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette zudem in der Sektoruntersuchung Milch des Bundeskartellamtes analysiert, für die ein Zwischenbericht vorliegt.[52]

382. Ausgangspunkt jeder Analyse von Nachfragemacht ist die Abgrenzung des relevanten (Beschaffungs-)Marktes. Dabei stellt das Bundeskartellamt – ebenso wie bei der sachlichen Abgrenzung von Angebotsmärkten – auf das Bedarfsmarktkonzept im Sinne einer funktionellen Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite ab. Die Marktgegenseite des Lebensmitteleinzelhandels sind die Herstellerunternehmen. Im Lebensmitteleinzelhandel grenzt das Bundeskartellamt die relevanten Beschaffungsmärkte anhand von 29 Produktgruppen ab. Es unterscheidet zudem zwischen Handelsmarken und Herstellermarken. Beide gehören nach Auffassung des Bundeskartellamtes nicht demselben relevanten Markt an, da die Hersteller ihre Produktion in aller Regel nicht

---

[46] BKartA, Stellungnahme vom April 2009 im Verfahren 7 C 16.08 vor dem Bundesverwaltungsgericht zum Verhältnis von europäischem Wettbewerbsrecht und nationalem Abfallwirtschaftsrecht (§ 13 KrW/AbfG) [online verfügbar].

[47] BVerwG, Entscheidung vom 18. Juni 2009, U 7 C 16.08 „Altpapier Kiel“.

[48] BKartA, Stellungnahme vom 13. März 2010 zum Arbeitsentwurf des Bundesumweltministeriums für ein Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG-E) vom 22. Februar 2010 [online verfügbar].

[49] Vgl. dazu bereits Monopolkommission, Sondergutachten 58, a. a. O., Tz. 132 ff.

[50] Die Sektoruntersuchung ist abrufbar unter http://www.competition-commission.org.uk.

[51] Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Lebensmittelpreise in Europa, 9. Dezember 2008, KOM(2008) 821 endg., S. 13; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Die Funktionsweise der Lebensmittelversorgungskette in Europa verbessern, 28. Oktober 2009, KOM(2009) 591 endg.

[52] BKartA, Sektoruntersuchung Milch, Zwischenbericht Dezember 2009, B2-19/08.

kurzfristig in die eine oder andere Richtung umstellen können. Dies liegt vor allem daran, wie die Produkte vermarktet werden. Während Handelsmarken im Auftrag eines Handelsunternehmens und häufig überwiegend oder ausschließlich durch diese vermarktet werden, werden Herstellermarken von den Produzenten selbstständig im Markt platziert und beworben sowie in der Regel an mehrere konkurrierende Händler geliefert. Markenartikelhersteller verfügen zudem häufig neben dem Einzelhandel über weitere Vertriebskanäle.

383. Als Kriterien für das Bestehen einer marktmächtigen Stellung in Beschaffungsmärkten wurden im Fall EDEKA/Tengelmann einerseits die Marktanteile des nachfragenden Handelsunternehmens auf den nach 29 Produktgruppen und zwischen Handels- und Herstellermarken differenzierten Beschaffungsmärkten und andererseits die individuelle Abhängigkeit der Lieferanten von einem Handelsunternehmen herangezogen. Ausdruck der individuellen Abhängigkeit ist die Verhandlungsmacht, über die das nachfragende Handelsunternehmen verfügt. Die Verhandlungsmacht steigt an, je weniger Ausweichalternativen ein Herstellerunternehmen 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 etwa von der Europäischen Kommission im Fall Rewe/Meinl bei einem Anteil von 22 Prozent am Gesamtumsatz des Herstellers gesehen.[53]

384. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Nachfragemacht überhaupt Wettbewerbsprobleme aufwirft, hängt maßgeblich von dem Leitbild des Wettbewerbs ab, welches verfolgt wird. Das GWB und das Bundeskartellamt in seiner Anwendungspraxis sehen den Wettbewerb an sich oder die Wettbewerbsfreiheit als Schutzobjekt. Bei diesem Ausgangspunkt erscheint Wettbewerb auf Beschaffungsmärkten ebenso schützenswert wie der Wettbewerb auf Angebotsmärkten. Zu einer anderen Beurteilung kann man gelangen, wenn – mit der Europäischen Kommission – angenommen wird, dass wettbewerbspolitisches Leitbild die Konsumentenwohlfahrt ist. 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 ein Wettbewerbsproblem, wenn negative Auswirkungen auf die nachgelagerten Handelsmärkte, etwa Marktstruktureffekte, zu erwarten sind.

385. In der neueren ökonomischen Theorie wird Nachfragemacht nicht mehr analog zur Angebotsmacht im Rahmen eines Monopson-Modells mit wenigen großen Nachfragern und vielen kleinen Anbietern analysiert, sondern als Verhandlungsmacht interpretiert und im Rahmen verhandlungstheoretischer Modelle untersucht.[54] Danach gibt es im Wesentlichen drei Effekte, die durch Nachfragemacht auf den nachgelagerten Märkten ausgelöst werden können:

- Erzielt ein marktmächtiger Nachfrager bessere Einkaufskonditionen als seine Wettbewerber, führt dies auf dem nachgelagerten Handelsmarkt gegebenenfalls zu einem Ausscheiden von Anbietern, die lediglich zu schlechteren Konditionen beschaffen können. Dem marktmächtigen Nachfrager wachsen dann Marktanteile zu, die seine Nachfragemacht weiter stärken und für nochmalige Verbesserungen der Beschaffungskonditionen sorgen (Spiraleffekt).
- Hersteller versuchen ihre Margen dadurch zu sichern, dass sie Verluste durch das Einräumen besserer Einkaufskonditionen für marktmächtige Nachfrager durch die Verschlechterung der Konditionen für nicht marktmächtige Nachfrager ausgleichen (Wasserbetteffekt).
- Nachfragemacht führt dazu, dass Hersteller weniger in die Entwicklung neuer Produkte investieren können (Innovationseffekt).

In diesem Zusammenhang lässt sich auch auf den allgemeineren Begriff der „Marktverschließung“ („(market) foreclosure“) abstellen, der die genannten Effekte teilweise mit erfasst, teilweise über diese hinausgeht.[55] Grundgedanke dieses noch in der Entwicklung begriffenen heuristischen Werkzeugs ist, dass durch die Verschließung von Märkten die Wirkung der Wettbewerbskräfte stark eingeschränkt werden kann und insbesondere dynamische Marktprozesse leiden können. Typische Formen von Marktverschließung sind etwa die Beeinträchtigung des Zugangs zu Vorproduktmärkten („input foreclosure“) und zu Absatzmärkten („customer foreclosure“).

386. Das Bundeskartellamt bezieht wie die Europäische Kommission bei der Analyse von Nachfragemacht die Erkenntnisse der neueren ökonomischen Forschung zunehmend mit ein. Im Fall der Übernahme von 25 Prozent der zur Tengelmann Warenhandelsgesellschaft KG gehörenden Plus Warenhandelsgesellschaft durch die EDEKA Zentrale KG, die dem Ziel diente, die Discountaktivitäten beider Unternehmen zusammenzuführen, hat das Bundeskartellamt erhebliche Auswirkungen auf die Beschaffungsmärkte festgestellt:[56]

---

[53] Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Februar 1999, IV/M.1221 „Rewe/Meinl“, Rn. 101.

[54] Vgl. für einen Überblick Inderst, R., Wey, C., Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 9, 2008, S. 465–485.

[55] Zu diesem Begriff vgl. bereits umfassender Monopolkommission, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden 2004, Tz. 644 ff.; zuletzt Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 787. Eingehend werden Marktverschließungseffekte besprochen in: Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU Nr. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 19 ff. Zum verwandten Begriff der Marktabschottung insbesondere im Oligopolkontext vgl. EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. C 265 vom 18. Oktober 2008, S. 7, Tz. 29 ff.

[56] Vgl. BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07, WuW/E DE-V 1607 „EDEKA/Tengelmann“.

– Der Zusammenschluss führt zu erheblichen Additionen von Beschaffungsmarktanteilen. Dabei erlangen die Beteiligten im Vergleich zu ihren Wettbewerbern erhebliche Vorteile beim Zugang zu Beschaffungsmärkten. Das wiederum führt zu besseren Konditionen und damit zu Wettbewerbsvorsprüngen auf den Absatzmärkten des Handels (Spiraleffekt).

– Gleichzeitig nimmt die Abhängigkeit der Lieferanten zu, da diese wegen der Bedeutung von EDEKA auf den Absatzmärkten nicht auf die Lieferungen an EDEKA verzichten können.

– Die verbleibenden fünf großen Einzelhandelsketten im Lebensmitteleinzelhandel stellen für eine Vielzahl von Herstellern einen „Flaschenhals“ dar. Viele Hersteller sind darauf angewiesen, bei den führenden Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels gelistet zu sein. Die Abhängigkeit der Produzenten von sog. Zweit- und Drittmarken ist deutlich höher als die der Produzenten von sog. Erstmarken.

– Bei Erstmarken geht das Bundeskartellamt im Grundsatz von einer gegenseitigen Abhängigkeit zwischen Lieferant und Handelsunternehmen aus, wobei der Handel aber auch hier über Disziplinierungsinstrumente verfügt, wie etwa die Auslistung von Zweit- und Drittmarken des Herstellers oder Einschränkungen bei Marketingaktionen.

387. Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluss EDEKA/Tengelmann unter weitreichenden Nebenbestimmungen freigegeben. Dazu gehört, dass die Unternehmen auf den gemeinsamen Einkauf oder sonstige Kooperationen bei der Beschaffung verzichten.

388. Die Frage, ob Nachfragemacht ein wirksames Gegengewicht zur Angebotsmacht auf einem nachgelagerten Markt darstellen kann, hat das Bundeskartellamt für die Automobilindustrie im Fall der Übernahme der Edscha AG durch die Webasto AG untersucht.[57] Betroffen war der europäische Markt für die Entwicklung und Produktion von Cabrio-Dachsystemen, auf dem es zum damaligen Zeitpunkt noch vier Anbieter gab. Die These einer gegengewichtigen Marktmacht der Automobilindustrie gegenüber den marktstarken Zulieferunternehmen lehnt das Bundeskartellamt ab. Festgestellt wird, dass die Automobilindustrie sehr unterschiedliche Aufträge vergibt. Lediglich bei attraktiven Großserien bewerben sich mehrere Zulieferunternehmen, sodass der Automobilhersteller mit der Aufnahme von Verhandlungen mit anderen Anbietern drohen kann. In anderen Fällen scheitert eine Ausübung von Nachfragemacht bereits daran, dass keine alternativen Bezugsmöglichkeiten vorhanden sind und auch die Eigenentwicklung und Eigenerstellung in der Regel nicht möglich ist. In solchen Fällen könne – so das Bundeskartellamt – das Aufeinandertreffen von Angebots- und Nachfragemacht zu einer ineffizienten Allokation der Ressourcen führen, d. h. zu einem Verlust an Konsumentenwohlfahrt. Dies sei dann der Fall, wenn die gegenseitige Marktmacht auf dem nachgelagerten Markt zu höheren Preisen oder auf dem vorgelagerten Markt zu geringeren Produktions- und Absatzmengen führe. Im Übrigen bezweifelt das Amt, dass das Einkaufsverhalten marktstarker Nachfrager überhaupt Anbieterwettbewerb, der Funktionen wie Preis- und Kostenbegrenzung, die Förderung von technischem Fortschritt und eine optimale Ressourcenallokation erfüllt, auf einem vorgelagerten Markt ersetzen kann.

389. Ebenfalls untersucht wird gegengewichtige Nachfragemacht im Fall der von der Europäischen Kommission entschiedenen Fusion der beiden führenden holländischen Molkereien Campina und Friesland.[58] Das fusionierte Unternehmen hat auf dem holländischen Markt für Frischmilch einen Marktanteil von 70 bis 80 Prozent. Der nachfragende marktstarke Handel verfügt nach Auffassung der Europäischen Kommission in diesem Fall nicht über gegengewichtige Marktmacht, da keine alternativen Bezugsmöglichkeiten für Frischmilch existieren. Grundsätzlich stellt die Europäische Kommission fest, dass Nachfragemacht nur dann ein Gegengewicht zur Angebotsmacht bilden kann, wenn nicht lediglich die nachfragemächtigen Handelsunternehmen vor der Angebotsmacht der Lieferanten geschützt werden, sondern auch die Handelsunternehmen, die über keine marktmächtige Position verfügen.

390. Ausführlich behandelt wird das Thema Nachfragemacht in der Sektoruntersuchung Milch des Bundeskartellamtes.[59] Gefragt wird, ob die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels gegenüber den Molkereien über Nachfragemacht verfügen und diese dazu nutzen, Preissenkungen auf den Beschaffungsmärkten für Milchprodukte durchzusetzen. Endgültige und verallgemeinerbare Antworten werden nicht gegeben. Gleichwohl trifft das Amt einige Feststellungen derart, dass das Bestehen von Nachfragemacht seitens der Handelsunternehmen maßgeblich davon bestimmt wird, welche alternativen Absatzmöglichkeiten eine Molkerei hat:

– Je höher der Lieferanteil einer Molkerei bei einem Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels ist, desto größer ist tendenziell seine Abhängigkeit.

– Je kleiner die Anzahl der nachfragenden (Handels-) Unternehmen ist, desto weniger Ausweichmöglichkeiten hat der einzelne Lieferbetrieb.

– Für Handelsmarken, die nach spezifischen Vorgaben einzelner Handelsunternehmen hergestellt werden, ist der Abnehmerkreis stark eingeschränkt.

– Die Verhandlungsposition von Lieferanten und Nachfragern hängt auch davon ab, wer den ersten Konditionenvorschlag macht und ob Produkte im Paket mit anderen oder getrennt verhandelt werden.

391. Insgesamt sieht das Bundeskartellamt die nachfragenden Handelsunternehmen auf dem Markt für Milchprodukte in einer besseren Verhandlungsposition als die Molkereien. Diese könnten ihre Verhandlungsposition

[57] Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Dezember 2009, B9-84/09, WuW/E DE-V 1837 „Edscha/Webasto“.

[58] Vgl. unten Tz. 735 ff.

[59] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Milch, a. a. O., S. 92 ff.

unter anderem durch Kooperationen und Konzentration verbessern, die ihre wettbewerbsrechtlichen Grenzen nach Einschätzung des Amtes gegenwärtig eher in den Marktverhältnissen auf den Beschaffungmärkten für Rohmilch als auf den Absatzmärkten der Molkereien finden.

392. Die Monopolkommission hat sich in ihren bisherigen Gutachten stets gegen die Auffassung gewendet, dass Handelsunternehmen über eine bedenklich starke Nachfragemacht gegenüber den Herstellerunternehmen verfügen.[60] Diese Auffassung wird durch die aktuellen Entwicklungen nicht infrage gestellt. Der Leistungstausch der Unternehmen ist grundsätzlich durch gegenseitige Abhängigkeiten gekennzeichnet. Bezogen auf einzelne Austauschverhältnisse gibt es individuelle und wechselnde Verhandlungsmachtkonstellationen. Dabei hängt die Verhandlungsstärke der einen oder der anderen Marktseite maßgeblich von deren Leistungsfähigkeit ab.[61] Hersteller von Markenartikeln, insbesondere die Produzenten von sog. Must-have-Produkten verfügen über tendenziell stärkere Verhandlungspositionen. Das gilt nicht zwingend nur für die führenden international agierenden Markenartikelhersteller, sondern auch für kleine und mittlere Produzenten, deren Produkte auf regionalen oder lokalen Märkten anerkannte oder sogar führende Stellungen innehaben. Schwächere Verhandlungspositionen haben dagegen im Regelfall Hersteller, die nicht über die notwendige produktionswirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügen und etwa lediglich Zweit- oder Drittmarken anbieten. Ähnliches gilt umgekehrt für die Handelsunternehmen, deren absatzwirtschaftliche Leistungsfähigkeit hinter der anderer Handelsunternehmen zurückbleibt.

393. Nachfragemacht von Handelsunternehmen setzt voraus, das die Lieferanten keine adäquaten Ausweichmöglichkeiten besitzen. Das ist im Handel, speziell im Lebensmitteleinzelhandel, nach den Erkenntnissen der Monopolkommission nicht der Fall. Den Herstellern steht weiterhin eine größere Anzahl von untereinander unabhängigen Handelsunternehmen und Einkaufskooperationen als Nachfrager gegenüber. Festzustellen ist allerdings, dass die Handelsunternehmen aufgrund ihrer zunehmenden Nachfragevolumina für die Hersteller wichtiger werden. Insbesondere die Hersteller von eingeführten Markenartikeln verfügen oftmals aber auch über alternative Absatzkanäle, wie den Fachhandel, den Eigenvertrieb oder den Export.

394. Gegen die Existenz von Nachfragemacht im Sinne von unkontrollierten Verhaltensspielräumen spricht auch der intensive Wettbewerb auf der Handelsstufe. Dieser führt dazu, dass erstens die Handelsunternehmen auch auf den Beschaffungsmärkten intensiv konkurrieren und dass zweitens die erzielten Einkaufsvorteile an die Verbraucher weitergegeben werden. Die Untersuchungen des Bundeskartellamtes bestätigen dies ausdrücklich für Milchprodukte. Das Amt hat bei seinen Markterhebungen keine Anzeichen dafür gefunden, dass der Handel die im Einkauf erzielten Preisvorteile nicht zeitnah an die Verbraucher weitergegeben hat.[62]

395. Abschließend lässt sich feststellen, dass die – abstrakte – Bewertung von Nachfragemacht stark abhängt von den Grundannahmen einer Analyse. Geht man mit dem neoklassischen Modell grundsätzlich von perfekten Märkten aus, erhöht Nachfragemacht automatisch die Konsumentenwohlfahrt, sofern nur Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt besteht. Sieht man mit dem GWB oder aus ordnungsökonomischer Perspektive den Schutz der (Wirtschafts-) Freiheit oder den Schutz vor der Ausübung wirtschaftlicher Macht als bedeutsam an, wird Nachfragemacht dann ein Problem, wenn sie sich zu echter Marktmacht in Beschaffungsmärkten auswächst. Vor diesem Hintergrund erinnert die Monopolkommission daran, dass das GWB grundsätzlich unabhängig davon vor Ausbeutung schützt, ob die vom nachfragemächtigen Unternehmen so erworbenen Vorteile in nachgelagerten Märkten aus Wettbewerbsgründen weitergegeben werden (müssen).[63] Andererseits weist die Monopolkommission darauf hin, dass das Kartellrecht nicht den Schutz ineffizienter Strukturen bezwecken kann.[64] Nicht zu vernachlässigen, wohlfahrtstheoretisch und quantitativ jedoch nur schlecht zu erfassen sind zudem dynamische Marktprozesse, die durch die Konzentration einer mittleren Produktionsstufe (wie dem Handel) in ihrer Diversität eingeschränkt sein können. Durch die (oligopolistische) Vermachtung einer bedeutenden Vertriebsplattform treten Marktverschließungseffekte auf, die sowohl die statische als auch die dynamische Effizienz der betroffenen Märkte vermindern können. Festzuhalten bleibt, dass Marktmacht in Beschaffungsmärkten stets eine sorgfältige Prüfung der wettbewerblichen Beziehungen und Effekte im Einzelfall erfordert.

2. Missbrauchsaufsicht nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

396. Die Missbrauchsaufsicht stellt neben dem Kartellverbot und der Fusionskontrolle den dritten Pfeiler des GWB dar. Mit ihr soll eine missbräuchliche Ausnutzung wirtschaftlicher Machtstellungen unterbunden werden, bei denen marktmächtige Unternehmen nicht durch Wettbewerb kontrollierte Verhaltensspielräume nutzen, um am Markt entweder Wettbewerber zu behindern oder Lieferanten und/oder Abnehmer auszubeuten. Entsprechend ihrer Stoßrichtung werden solche Marktmachtmissbräuche traditionell in Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch unterteilt. Daneben lässt sich eine Unterscheidung nach der Ausübung der missbräuchlichen Handlungsweise vornehmen: Während verhaltensbasierte Missbräuche sich in der Art des Verhaltens manifestieren und als qualitativ vergleichsweise einfacher erkennbar sind, ist der Nachweis quantitativen, preisbasierten Missbrauchs

[60] Vgl. zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 47, a. a. O., Tz. 78 ff.

[61] Vgl. Monopolkommission, Marktstruktur und Wettbewerb im Handel, Sondergutachten 23, Baden-Baden 1994, Tz. 215 ff.

[62] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Milch, a. a. O., S. 124.

[63] Vgl. § 19 Absatz 4 Nr. 2 GWB.

[64] Gleichsinnig bereits BGH, Beschluss vom 31. Mai 1972, KVR 2/71, WuW/E BGH 1221 „Stromtarif“; zuletzt wieder ausdrücklich BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010, KVR 66/08 „Wasserpreise Wetzlar“.

im Regelfall schwieriger, da hier Kosten und Vergleichsmärkte identifiziert werden müssen, was regelmäßig komplizierte Abgrenzungen und Berechnungen nötig macht. Der Fokus dieser Untersuchung liegt daher, neben der Auslotung hoheitlich-wettbewerbsfreier Räume, auf den Grenzen der Missbrauchsaufsicht bei preisbasierten Missbrauchsvorwürfen.

2.1 Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über staatliches Handeln

397. Wieweit Staatshandeln dem Kartellrecht und der kartellbehördlichen Kontrolle unterliegt, ist in den Einzelheiten noch immer nicht völlig geklärt. Hier wirkt sich das Fehlen einer ausdrücklichen nationalen gesetzlichen Beihilfen- oder Monopolkontrolle wie in Artikel 106 ff. AEUV ebenso aus wie die praktisch noch immer zu geringe Bedeutung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Wettbewerbsfreiheit. Dennoch besteht über weitreichende Grundlagen Einigkeit.

Neben dem bereits im Einleitungskapitel diskutierten Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) in Sachen „Wasserpreise Wetzlar“ erscheinen hier vor allem drei in den Berichtszeitraum fallende Verfahren bedeutsam: Der BGH hat die Untersagung des Bundeskartellamtes in Sachen „Lottoblock“ bestätigt, der früher vielfach als Sternkartell organisierte Holzvertrieb der Bundesländer ist durch Zusagenentscheidungen auf dem Weg in den Wettbewerb und in Bezug auf die von verschiedenen Landesforstverwaltungen berechneten Entgelte für nicht hoheitliche forstliche Dienstleistungen führt das Bundeskartellamt verschiedene Verfahren fort.[65] Weitere Probleme der kartellrechtlichen Erfassung staatlichen Handelns stellen sich in Fusionskontrollverfahren; diese werden weiter unten in Abschnitt 3 behandelt.[66]

2.1.1 Grundlagen

398. Die Ausübung von Hoheitsgewalt unterliegt nicht dem Kartellrecht. Wirtschaftliche Betätigung des Staates hingegen ist dem GWB unterworfen. Das gilt insbesondere für Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden (§ 130 Absatz 1 GWB).[67] Dabei kann es nicht auf die bloße Form des problematischen Handelns als öffentlich- oder privatrechtlich ankommen. Entscheidendes Kriterium ist vielmehr die hoheitliche Natur der Tätigkeit.[68]

399. Entsprechend wird allgemein in Auslegung des § 130 Absatz 1 GWB von einem funktionalen Unternehmensbegriff ausgegangen, der alle Betätigungen von staatlicher Hand erfasst, die von einem Gleichordnungsverhältnis gekennzeichnet werden.[69] Darüber hinaus erfasst das GWB jedoch richtigerweise auch solche öffentlich-rechtlich ausgestalteten Leistungsbeziehungen zum Bürger, die die öffentliche Hand in Konkurrenz zu anderen Unternehmen am Markt anbietet oder nach Wegfall eines (unzulässig errichteten) staatlichen Monopols anbieten müsste.[70]

400. Neben der Auslegung des GWB spricht entscheidend das Grundgesetz selbst für eine grundsätzliche Unterworfenheit nicht genuin-hoheitlicher staatlicher Tätigkeit unter das GWB. Denn das Grundgesetz schützt den freien Wettbewerb.[71] Zwar findet dieser bislang keine ausdrückliche Erwähnung in der Verfassung. Die bestehende Wirtschaftsverfassung enthält jedoch den grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines ihrer Grundprinzipien.[72] Auch die Schutzpflichten des Staates für Eigentum und Berufsfreiheit der Bürger gebieten eine Kontrolle willkürlich wettbewerbsverzerrenden unternehmerischen Handelns des Staates.[73] Dabei lässt die Bedeutung dieser Schutzgüter keine rein formale Abgrenzung nach Handlungsformen zu. Staatliche Stellen dürfen sich nicht durch die willkürliche Wahl einer hoheitlichen Handlungsform der eigentlich vorgesehenen wettbewerbsrechtlichen Kontrolle ihres Handelns entziehen. Diese Beschränkung staatlicher Monopole auf das zu ihrer Funktionserfüllung unverzichtbare Mindestmaß ist im Übrigen auch nach Artikel 106 Absatz 1 und 2 AEUV unionsrechtlich zwingend.

---

[65] Bei dem Boykott der Landeslottogesellschaften und den Vertriebskartellen handelt es sich nicht im strengeren Sinne um Missbrauchsaufsicht; wegen ihrer besonderen Sachnähe und illustrativen Bedeutung werden diese Verfahren jedoch hier mit behandelt.

[66] Vgl. Tz. 463 ff.

[67] Ausgenommen sind lediglich die Deutsche Bundesbank und die Kreditanstalt für Wiederaufbau in Bezug auf Kartell- und Missbrauchsverbot (§ 130 Abs.1 Satz 2 GWB).

[68] So ausdrücklich BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1972, I C 24.69, BVerwGE 39, 329 ff. „Bestattungswesen“; BGH (Großer Senat), Beschluss vom 22. März 1976, GSZ 1/75, BGHZ 66, 269 ff. „Studentenversicherung“; Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 29 Oktober 1987, GmS-OGB 1/86, BGHZ 102, 280 ff. „Krankenhilfsmittel“.

[69] Die Einschränkung des Unternehmensbegriffs bei hoheitlicher Beschaffungstätigkeit durch das EuG, Urteil vom 4. März 2003, T-319/99 „FENIN“, Rn. 36 ff., bestätigt durch EuGH, Urteil vom 11. Juli 2006, C-205/03 P „FENIN“, Rn. 26, gilt zum einen nach überzeugender Auffassung nur im Unionsrecht und betrifft zum anderen lediglich die Beschaffung, wenn diese nicht wettbewerblicher Verwendung dient. Vgl. dazu auch Abschnitt 6.2.1 in Kapitel VI dieses Gutachtens.

[70] So bereits BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1972, I C 24.69 „Bestattungswesen“; BGH (Großer Senat), Beschluss vom 22. März 1976, GSZ 1/75, BGHZ 66, 269 ff. „Studentenversicherung“; ähnlich auch Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 29 Oktober 1987, GmS-OGB 1/86, BGHZ 102, 280 ff. „Krankenhilfsmittel“.

[71] 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, Loseblattsammlung, Artikel 2 Absatz 1 GG Rn. 116 ff. m. w. N. 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 umfassenden Nachweisen.

[72] So wörtlich BVerfG, Beschluss vom 8. Februar 1972, 1 BvR 170/71, BVerfGE 32, 311, 316 „Steinmetz“. Dieser Schutz der Wettbewerbsfreiheit in der bestehenden Wirtschaftsverfassung steht nicht im Widerspruch zu der vom Bundesverfassungsgericht wiederholt betonten wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes, denn er betrifft die Gütergewichtungen innerhalb der bestehenden Wirtschaftsordnung, nicht die Festlegung der Verfassung auf diese.

[73] Für eine Ausweitung der früher insoweit zuweilen zurückhaltenden Rechtsprechung bereits Di Fabio, a. a. O., Rn. 122 f.

401. Aus diesen Gründen gilt das GWB auch in Bereichen, in denen den Staat eine gesetzliche Förderungspflicht trifft. Denn die Teilnahme am allgemeinen Geschäftsverkehr durch einen Träger hoheitlicher Gewalt verliert den Charakter einer geschäftlichen, den Bindungen des Kartellrechts unterliegenden Tätigkeit nicht schon dadurch, dass mit ihr auch öffentliche Aufgaben erfüllt werden sollen oder dass ein öffentliches Interesse verfolgt wird. Greift ein Hoheitsträger bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu den von der Privatrechtsordnung bereitgestellten Mitteln, unterliegt er den gleichen Beschränkungen wie jeder andere Teilnehmer am privatrechtlich organisierten Markt und hat dabei insbesondere die durch das Wettbewerbsrecht gezogenen Grenzen einer solchen Tätigkeit zu beachten.[74] Die Erreichung des Förderziels kann zwar Einschränkungen des Wettbewerbs rechtfertigen. Doch je stärker der Wettbewerb beeinträchtigt würde, desto höher sind die Anforderungen an eine klare gesetzliche Grundlage für eine wettbewerbsschädliche Verwirklichung des Förderzwecks.[75]

402. Die Monopolkommission weist ausdrücklich darauf hin, dass die Ausnahme hoheitlicher Tätigkeit von der Anwendbarkeit des GWB eine gültige rechtliche Grundlage des gegenständlichen Verwaltungshandelns erfordert. Entscheidend für die Wirksamkeit des einem Monopol zugrunde liegenden Rechtsaktes sind regelmäßig die oben dargelegten Maßstäbe des Grundgesetzes sowie die Maßstäbe des europäischen Rechts, vor allem Artikel 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) und Artikel 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit). Insbesondere das europäische Recht setzt für ein solches hoheitlich eingerichtetes Monopol voraus, dass dieses tatsächlich dem es begründenden Anliegen gerecht wird und seinen Zweck in kohärenter und systematischer Weise verfolgt.[76] Zu einer Kontrolle dieser Voraussetzungen im Einzelnen sind das Bundeskartellamt und die Gerichte auch verpflichtet.[77]

[74] So bereits BGH, Beschluss vom 9. März 1999, KVR 20/97, WuW/E DE-R 289 „Lottospielgemeinschaft“, Tz. 31.

[75] Anschaulich BVerfG, Urteil vom 11. Juli 2006, 1 BvL 4/00 „Tariftreueregelung Berlin“. Dort befand das Bundesverfassungsgericht erst nach eingehender Prüfung des angegriffenen Berliner Tariftreuegesetzes, dass ein ansonsten rechtmäßiges Landesgesetz einen sachlichen Grund für eine Diskriminierung nach § 20 Absatz 1 GWB darstellen kann. Dabei kommt es wie oben dargestellt entscheidend auf die Abwägung des Gesetzeszweckes mit der Einschränkung der – in diesem Urteil aus anderen Gründen nicht ausdrücklich geprüften – Wettbewerbsfreiheit an.

[76] Bei Eignung der Maßnahme zur Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels; vgl. EuGH, Urteil vom 6. März 2007, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-1891 „Placanica“, Rn. 53; EuGH, Urteil vom 10. März 2009, C-169/07, Slg. 2009, I-1721 „Hartlauer“, Rn. 55, sowie EuGH, Urteil vom 8. September 2009, C-42/07 „Liga Portuguesa“, Rn. 62.

[77] Vgl. zur unmittelbaren Anwendbarkeit der europarechtlichen Vorschriften schon EuGH, Urteil vom 16. August 1962, 26/62, Slg. 1963, 3 „van Gend en Loos“, sowie EuGH, Urteil vom 20. Februar 1964, 6/64, Slg. 1964, 1203 „Costa/ENEL“. Die Unanwendbarkeit europarechtswidriger nationaler Rechtsvorschriften ist von der Kartellbehörde ex nunc festzustellen; vgl. EuGH, Urteil vom 9. September 2003, C-198/01, Slg. I 2003, 8055 „CIF“, Tz. 51, 55; vgl. auch BGH, Beschluss vom 14. August 2008, KVR 54/07 „Lottoblock“, Rn. 83, wonach das Bundeskartellamt Unternehmen zur Nichtanwendung rechtswidriger Monopolvorschriften verpflichten muss.

2.1.2 Keine Rechtfertigung eines Boykotts durch unionsrechtswidrige Gesetze

403. Den im Deutschen Lotto- und Totoblock organisierten Lotteriegesellschaften der deutschen Bundesländer hatte das Bundeskartellamt untersagt, nur solche Lottoscheine anzunehmen, die auf dem Gebiet ihres jeweiligen Bundeslandes abgegeben worden waren.[78] Diese restriktive Praxis diente in erster Linie zur Unterbindung des Aufbaus privater Netze von Annahmestellen für Lottoscheine und beruhte auf einer Aufforderung des Rechtsausschusses des Deutschen Lotto-und Totoblocks sowie entsprechenden gesetzlichen Normen des damals geltenden Lotteriestaatsvertrages und von Landesgesetzen. Die – zwischenzeitlich vom BGH bestätigte – Entscheidung des Bundeskartellamtes konstatiert, dass die Aufforderung des Deutschen Lotto- und Totoblocks sowohl gegen § 1 GWB und Artikel 81 EGV (jetzt Artikel 101 AEUV) als auch gegen § 21 Absatz 1 GWB und Artikel 82 EGV (jetzt Artikel 102 AEUV) verstoße. Daneben stellt sie fest, dass die entsprechenden Vorschriften sowohl von Lotteriestaatsvertrag und Regionalisierungsstaatsvertrag als auch der jeweiligen Landesgesetze gegen Artikel 81 EGV verstoßen, soweit sie die Tätigkeit der Landeslotteriegesellschaft auf das jeweilige Bundesland beschränkten.

404. Im Beschwerdeverfahren wurde diese Entscheidung ganz überwiegend bestätigt; das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf beschränkte jedoch den Untersagungsausspruch auf den Fortbestand des damals geltenden Lotterierechts, da Beschränkungen der gewerblichen Spielevermittlung nicht grundsätzlich verboten seien, sondern zum Schutz überwiegender Rechtsgüter prinzipiell zulässig sein könnten.[79]

405. Der BGH bestätigte wiederum diese beiden Entscheidungen weitgehend auf der Grundlage des Kartellverbots; ob darüber hinaus ein rechtswidriger Boykott vorgelegen hat, wurde offengelassen.[80] Allerdings hielt der BGH die Feststellung des Bundeskartellamtes nach § 32 GWB, gesetzliche Vorschriften verstießen gegen Gemeinschaftsrecht, für unzulässig. Das Kartellverfahren richte sich lediglich gegen Unternehmen, denen aufgegeben werden könne, ihr Verhalten nicht an den gemeinschaftsrechtswidrigen und deshalb unanwendbaren Gesetzen auszurichten. Daher sei ein Verstoß mitgliedstaatlicher Regelungen gegen Artikel 10 EGV (jetzt Artikel 4 Absatz 3 AEUV) i. V. m. Artikel 81 EGV (jetzt Artikel 101 AEUV) zwar geeignet, eine Abstellungsverfügung zu begründen. Er könne aber nicht als solcher im Verfügungstenor festgestellt werden.[81]

406. Die Monopolkommission begrüßt die Entscheidung des BGH dem Grunde nach. Denn diese stellt klar fest, dass auch hoheitliche Einschränkungen des Wettbe-

[78] BKartA, Beschluss vom 23. August 2006, B10-148/05, WuW/E DE-V 1251 „Deutscher Lotto- und Totoblock“; vgl. dazu bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 485 ff.

[79] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Oktober 2006, VI-Kart 15/06 (V), WuW/E DE-R 1869 „Deutscher Lotto- und Totoblock“.

[80] BGH, Beschluss vom 14. August 2008, KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408 „Lottoblock“.

[81] Vgl. ebenda, Rn. 83.

werbs einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, die dem sie begründenden, vorrangigen Anliegen gerecht wird und ihren Zweck in kohärenter und systematischer Weise verfolgt. Allerdings erscheint vor dem Hintergrund der oben ausgeführten verfassungsrechtlichen Anforderungen bedauerlich, dass der BGH die entsprechenden Gesetze lediglich am Maßstab des europäischen Rechts, nicht jedoch des deutschen Verfassungsrechts prüft.

407. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass die Einschränkung der Feststellungskompetenz des Bundeskartellamtes durch den BGH nicht mit der in seinem Urteil zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in Einklang steht, die ausdrücklich von einer solchen Feststellung durch die Kartellbehörde spricht.[82] Danach gebietet vor allem die Wirkung der kartellbehördlichen Feststellung gegenüber den Unternehmen eine solche Feststellung, um auch deren zukünftigen Verhaltensrahmen deutlich zu definieren. Grundsätzlich dürfte zwar auch eine lediglich in Verfügungsgründen festgestellte Unanwendbarkeit solcher Gesetze die Wirkung haben, dass sich die Verfahrensbeteiligten zur Rechtfertigung ihrer Wettbewerbsverstöße nicht mehr auf deren Geltung berufen können. Auch liegen die staatsorganisatorischen Probleme und die Einbußen an Rechtssicherheit und -klarheit einer Verwerfung von Gesetzen durch Verwaltungsbehörden auf der Hand. Dennoch hält die Monopolkommission eine Kompetenz des Bundeskartellamtes, unionsrechtswidrige Gesetze ausdrücklich im Verfügungstenor als unanwendbar zu erklären, für einerseits geboten, um den effet utile des Unionsrechts nicht zu gefährden, und andererseits für wünschenswert, um unzulässige wettbewerbsfeindliche Gesetzgebung unattraktiver zu machen und ihr wirksam begegnen zu können.[83]

2.1.3 Keine Mittelstandsförderung durch hoheitliche Kartelle

408. In der Vergangenheit übernahmen vielfach die Landesforstverwaltungen die zentrale Vermarktung auch von privat und kommunal angebautem Holz, was zur Bündelung der Vermarktung von regelmäßig mehr als zwei Dritteln des Rundholzmarktes in den einzelnen Bundesländern führte. Nach einem über siebenjährigen Verfahren haben nun die verfahrensbeteiligten Bundesländer Verpflichtungszusagen abgegeben, die erstens eine solche Zentralvermarktungsdienstleistung auf das Sinnvolle und Notwendige beschränken und zweitens die Entstehung neuer wettbewerblicher Strukturen dezentraler Holzvermarktung fördern sollen.[84]

409. Viele Bundesländer bewirtschaften erhebliche Anteile der Landeswaldflächen als Staatsforste selbst[85] entweder hoheitlich oder in Eigenbetrieben. Neben dem in den Staatsforsten erzeugten Holz wurden in der Vergangenheit vielfach auch die von Privaten und Kommunen produzierten Rundholzmengen (Stammholz, Industrieholz, Energieholz, Waldrestholz) teilweise unentgeltlich auf öffentlich-rechtlicher, teilweise entgeltlich auf vertraglicher Grundlage zentral über die Vermarktungsstrukturen der Landesforste vermarktet. Diese Zusammenfassung von ca. 40 bis 80 Prozent der in den jeweiligen Bundesländern eingeschlagenen Rundholzmengen zu einem einheitlichen Angebot (mit einheitlichen Preisen und/oder Konditionen) führte dazu, dass am Markt keine Vermarktungsdienstleistungen für Rundholz angeboten wurden. Aufgrund der vielfach auf die Gebiete einzelner Bundesländer begrenzten Rundholzmärkte waren darüber hinaus Benachteiligungen der Abnehmerseite zu beobachten.

410. Das förmliche Verfahren hatte im Oktober 2001 mit dem Versand von Vorwurfsschreiben an die – als Holzvermarkter bedeutendsten – Bundesländer Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Thüringen begonnen und wurde zwischen Dezember 2008 und September 2009 mit Entscheidungen nach § 1 und 32b GWB abgeschlossen. Diese erklären Zusagen der betroffenen Bundesländer für bindend und stellen die jeweiligen Verfahren ein. Der Inhalt der Zusagen beruht auf einem zwischen dem Bundeskartellamt und den verschiedenen Landesforstbehörden in einem reiterativen Prozess abgestimmten „Konkretisierungspapier“, das die Bedenken des Bundeskartellamtes sowie die kartellrechtskonformen Grundsätze einer zukünftigen Vermarktungspraxis darlegt und ergänzende Grundlage der Zusagenentscheidungen ist. Gegen fünf weitere Bundesländer[86] wurden kürzlich ebenfalls Verfahren wegen kartellrechtswidriger Vermarktungsbündelung eingeleitet. Da diese Bundesländer an den Verhandlungen mit dem Bundeskartellamt im Rahmen der Forstchefkonferenz der Länder teilhatten und so mit der Entwicklung näher vertraut sind, ist hier mit einer raschen Verfahrensbeendigung durch vergleichbare Verpflichtungsverfügungen zu rechnen.

411. Die mit den Zusagenentscheidungen abgestellten Vertriebspraktiken stellten je nach Ausprägung einfache Kartelle (bei Vereinbarungen oder Verhaltensabstimmungen über den gemeinsamen Holzverkauf zu einheitlichen Preisen und/oder Konditionen) oder Sternkartelle (bei hinsichtlich der Preise und Konditionen bewusst und gewollt inhaltsgleichen Lieferverträgen, die auf entsprechenden Rahmenverträgen der Landesforstverwaltung/des Landesforstbetriebs mit den Abnehmern beruhten) dar, die grundsätzlich gegen § 1 GWB verstoßen. Ausnahmen gelten lediglich, wenn und soweit die beteiligten Unternehmen etwa allein mangels ausreichender Größe

---

[82] Vgl. EuGH, Urteil vom 9. September 2003, C-198/01, Slg. I 2003, 8055 „CIF“, Tz.. 51, 55.

[83] Zum 1. Januar 2008 hat der Glücksspielstaatsvertrag den früheren Lotteriestaatsvertrag abgelöst. Auch dieser ist bereits mehrfach Gegenstand von Gerichtsverfahren und wird in nächster Zeit Gegenstand von Entscheidungen des EuGH sein; vgl. dazu im Einzelnen unten Tz. 468 f.

[84] BKartA, Beschluss vom 9. Dezember 2008, B2-90/01-4 „Baden-Württemberg“; BKartA, Beschluss vom 29. Januar 2009, B2-90/01-2 „Nordrhein-Westfalen“; BKartA, Beschluss vom 3. März 2009, B2-90/01-3 „Rheinland-Pfalz“; BKartA, Beschluss vom 17. September 2009, B2-90/01-1 „Thüringen“.

[85] Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz jeweils ca. 24 Prozent, Nordrhein-Westfalen ca. 13 Prozent der Landeswaldfläche.

[86] Brandenburg, Hessen, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt.

nicht in der Lage sind, bestimmte Lieferaufträge wegen deren Größenordnung ganz oder teilweise zu bedienen („Arbeitsgemeinschaft“), oder wenn die mit ihrer Vereinbarung bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung nach Ausmaß und/oder Intensität nicht geeignet ist, die Marktverhältnisse in einer für andere Wettbewerber oder die Marktgegenseite spürbaren Weise zu beeinflussen (Spürbarkeit, de minimis).

412. Die in § 40 Bundeswaldgesetz[87] vorgesehene Ausnahme vom Kartellverbot für Forstbetriebsgemeinschaften, Forstbetriebsverbände etc. war schon deshalb nicht anwendbar, weil die Vertriebskoordination gerade nicht in Form der von dieser Vorschrift erfassten Organisationsformen forstlicher Kooperationen erfolgte, sondern durch Vollmacht an die Forstbehörde/den Forstbetrieb des Landes oder durch deren Vermittlung. Eine Freistellung dieser Holzvermarktungskartelle nach § 2 GWB bzw. Artikel 81 Absatz 3 EGV (jetzt Artikel 101 Absatz 3 AEUV) kam ebenso wenig in Betracht, da mehrere der erforderlichen Freistellungsvoraussetzungen nicht vorlagen. Insbesondere war eine Verbesserung der Warenerzeugung lediglich für die Bündelung von unterhalb der Marktfähigkeit liegenden Angebotsmengen zu bejahen. Darüber hinaus wurde durch die Marktdominanz ihres gemeinsamen Angebots den Landesforstbehörden/-betrieben die Möglichkeit eröffnet, den Preiswettbewerb auszuschließen.

413. Die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes für die beschriebenen Vertriebspraktiken war im Verlauf des Verfahrens immer wieder bestritten worden. Denn zum Ersten handelte es sich teilweise um in hoheitliche Form gekleidete Tätigkeiten von Landesbehörden. Zum Zweiten ist im Bundeswaldgesetz, in einigen Landesverfassungen und den meisten Landesforstgesetzen eine Förderungspflicht des Staates für privaten Waldbesitz festgeschrieben. Zum Dritten war diese Art der Vertriebsbündelung teilweise über Jahrzehnte unbeanstandet praktiziert worden. Die praktischen Schwierigkeiten, denen ein solches Verfahren in politisiertem Bereich gegenübersteht, werden besonders anschaulich anhand der Verfahrensdauer von bislang über sieben Jahren, anhand der Notwendigkeit der von der zuständigen Beschlussabteilung in einer Vielzahl von Foren und Veranstaltungen wirksam geleisteten Überzeugungsarbeit und nicht zuletzt anhand der („weichen“) Verfahrensbeendigung durch Zusagenentscheidungen. Gleichwohl und gerade deshalb zeigen diese Entscheidungen, dass die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes weder rechtlich noch praktisch auf rein innermarktliche Sachverhalte beschränkt ist noch sein sollte. Die Vermachtung von Märkten durch oder unter der Führung von Landesverwaltungen oder -eigenbetrieben unterliegt vielmehr auch soweit dem Kartellgesetz, als den handelnden Stellen öffentlich-rechtliche Förderpflichten obliegen. Denn einerseits hat der Gesetzgeber, der die Förderungspflicht in das Gesetz aufnahm, im Regelfall nicht an einen Ausschluss des Wettbewerbs gedacht; auch gebietet schon das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip, solche Förderpflichten mit möglichst geringen Eingriffen in den Wettbewerb zu erfüllen. Andererseits geht erfahrungsgemäß gerade von funktionsfähigem Wettbewerb diejenige Stimulation aus, die die stärksten nachhaltig fördernden Wirkungen zeitigt. Wettbewerb und öffentlich-rechtliche Förderungspflicht widersprechen einander also regelmäßig nur auf den ersten Blick.

414. Die Erreichung eines Förderziels kann zwar in Einzelfällen Einschränkungen des Wettbewerbs rechtfertigen. Doch je stärker der Wettbewerb beeinträchtigt würde, desto höher sind die Anforderungen an eine klare gesetzliche Grundlage für eine wettbewerbsschädliche Verwirklichung des Förderzwecks. In Fällen wie diesem, in denen einerseits nicht erkennbar ist, dass ein Rückgriff auf Marktkräfte der Effektivität einer Förderung abträglich sein könnte, und andererseits Wettbewerb weitestgehend unmöglich gemacht wird, erschiene eine auch nur partielle Nichtanwendung des GWB schon mit dem verfassungsmäßigen Gebot der Verhältnismäßigkeit unvereinbar. Diese Grenzziehung liegt auch deutlich § 40 Absatz 1 und 4 Bundeswaldgesetz zugrunde, der das Kartellverbot des GWB nur für manche Beschlüsse von Vereinigungen kleinerer Forstbetriebe für unanwendbar erklärt, für alle anderen forstbezogenen Sachverhalte die Vorschriften des GWB jedoch ausdrücklich unberührt lässt. Ebenso gestattet § 22 Absatz 2 Nummer 2 Bundeswaldgesetz die Bildung von Forstbetriebsverbänden nur unter der Voraussetzung, dass „der Zusammenschluss einen wesentlichen Wettbewerb auf dem Holzmarkt bestehen lässt“. Festzuhalten bleibt also, dass wettbewerbsschädliches Verhalten staatlicher Akteure stets einer Legitimierung bedarf.

415. Die Monopolkommission begrüßt diese Erfolge und Bestrebungen des Bundeskartellamtes. Der erhöhte Verfahrensaufwand hat sich nach heutigem Erkenntnisstand amortisiert. Wenn auch Umsetzung und Wirkung der wettbewerbsschaffenden Zusagen noch nicht im Einzelnen voll realisiert sind, zeichnen sich doch bereits 2010 erste Erfolge ab. Allerdings ist nicht absehbar, wie die so herbeigeführten Änderungen des Rundholzvertriebs sich auf die immer stärker konzentrierte Nachfrageseite und die so entstehende Nachfragemacht auswirken. Insgesamt stellt die Monopolkommission fest, dass durch dieses Verfahren des Bundeskartellamtes die bislang weniger wettbewerblich, sondern durch Staatswirtschaft und überkommenen Konsens geprägte Forstwirtschaft bereits viele wettbewerbliche Impulse empfangen hat. Am wichtigsten jedoch erscheint der Monopolkommission, ein allgemeineres Bewusstsein dafür zu wecken, dass auch in Bereichen staatlicher Förderung das Wettbewerbsprinzip zu gelten hat.

2.1.4 Kostendeckung und Förderungsauftrag bei staatlichen Forstdienstleistungen

416. Neben Vermarktungsdienstleistungen erbringen viele Landesforstverwaltungen und -betriebe auch andere

[87] Gesetz zur Erhaltung des Waldes und zur Förderung der Forstwirtschaft vom 2. Mai 1975, BGBl. I S. 1037, in der Fassung des Gesetzes vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2585.

Forstdienstleistungen[88] für andere Waldbesitzer. Die Entgelte, die für diese Dienstleistungen berechnet werden, dürften in vielen Fällen nicht kostendeckend sein, was den Wettbewerb privater Anbieter wesentlich erschwert oder gar unmöglich macht. Die Verfahren des Bundeskartellamtes auf der Grundlage von § 20 Absatz 4 GWB wegen unbilliger Behinderung von kleinen oder mittleren Wettbewerbern gestalten sich allerdings schwieriger als in den Fällen der Vermarktungsbündelung und wurden aus verfahrensökonomischen Gründen vorerst auf zwei Bundesländer beschränkt: Während Brandenburg bereits Unterkostendeckung bestreitet, hat Nordrhein-Westfalen zwar bereits vor zwei Jahren eine grundlegende Umstellung seiner Förder- und Dienstleistungspraxis im Forstsektor angekündigt. Eine konkrete Sachverhaltsermittlung und rechtlich-wettbewerbliche Untersuchung dieser Praxis durch das Bundeskartellamt steht jedoch bislang aus.

417. Ebenso wie bei der eben beschriebenen Vermarktungsbündelung sind vielfach die jeweiligen Landeswaldgesetze Grundlage für die teils unentgeltliche Erbringung dieser Dienstleistungen zur Förderung des nicht staatlichen Waldbesitzes. Ein solches System, in dem die staatliche Förderung nur erhält, wer die Forstdienstleistungen auch beim Staat bestellt, bewirkt jedoch in der Folge erhebliche und nicht gerechtfertigte Marktverzerrungen zulasten des privaten Angebotssektors; Markteintritte und wettbewerbliche Angebote privater Dienstleister werden wesentlich erschwert oder gar unmöglich gemacht.

418. Wie oben dargelegt, darf staatliche Förderung nicht ohne Notwendigkeit den Marktmechanismus vollständig aushebeln. Soweit der Staat wirtschaftlich als Nachfrager oder Anbieter im allgemeinen Wirtschaftsverkehr auftritt, unterliegt er den Vorschriften des GWB. Auch unter dem Einfluss gesetzlicher Förderungspflichten bedarf wettbewerbsschädliches Verhalten staatlicher Akteure stets einer an verfolgten Zielen und Unvermeidbarkeit der Wettbewerbswidrigkeit ausgerichteten Rechtfertigung. Das Fehlen einer solchen Rechtfertigung ist im Fall der allgemeinen Forstdienstleistungen schwieriger festzustellen als bei der Vermarktungsbündelung. Denn hier ist die Trennung zwischen hoheitlicher Forstaufsicht und Forstdienstleistungen weder praktisch noch kostenmäßig einfach. Die Synergien zwischen (fakultativen) Forstdienstleistungen und der (verpflichtenden) hoheitlichen Forstaufsicht erschweren die Berechnung eines Kostenbenchmarks (Problem der „Sowieso-Kosten“). So hat das Bundesland Brandenburg bereits bestritten, dass die von der Landesforstverwaltung berechneten Dienstleistungsentgelte die Kosten der jeweiligen Dienstleistungen nicht decken. Aber auch über die tatsächlich vorgenommenen Änderungen der Nordrhein-westfälischen Forstförderung stehen dem Bundeskartellamt bis heute keine verlässlichen Informationen zur Verfügung. Dieser vorläufige Verfahrensstand, auch und gerade in Bezug auf die noch ungeklärte Praxis in anderen Bundesländern, ist direkte Folge der Fokussierung der zuständigen Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes auf den oben beschriebenen Rundholzvertrieb, wohl auch der politischen Bedeutung der Verfahren und jedenfalls des damit zusammenhängenden Verfahrensaufwands.

419. Die Monopolkommission bedauert den nur vorläufigen Stand des Verfahrens und unterstützt die Bestrebungen des Bundeskartellamtes. Angesichts des hinsichtlich der Entgeltpraxis bei Forstdienstleistungen unwägbaren Verfahrensaufwands und des hohen sonstigen Arbeitsanfalls in der Beschlussabteilung billigt die Monopolkommission die Schwerpunktsetzung des Bundeskartellamtes in diesem Fall. Dennoch sollten die betroffenen Bundesländer weiterhin nachdrücklich zu einer Marktkonformität ihrer (forstlichen) Förderpraxis angehalten werden. Die marktgerechte Ausgestaltung von staatlichen Förderprogrammen dient nicht allein der Nutzung von Marktkräften, sondern fördert auch Flexibilität und Privatinitiative und dürfte nicht zuletzt – jedenfalls mittel- und langfristig – erfahrungsgemäß zu Kosteneinsparungen bei gleichem oder höherem Zielerreichungsgrad führen. Die Monopolkommission verkennt nicht, dass eine Umstellung in solchen Fällen mit Aufwand und Einschnitten verbunden sein kann. Auch aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive sollten jedoch – insbesondere im Interesse der Effizienz, der Transparenz und der Zukunftsfähigkeit, aber auch zur Erfüllung von Verfassungsvorgaben – staatliche Fördermaßnahmen soweit wie möglich auf Marktmechanismen zurückgreifen. Zusammenfassend weist die Monopolkommission darauf hin, dass einerseits Restriktionen des freien Wettbewerbs durch Hoheitsträger engen Grenzen unterworfen sind, andererseits das Effizienzgebot und verfassungsmäßige Grundsätze staatliche Stellen zur weitestmöglichen Nutzung von Marktmechanismen verpflichten.

2.2 Preisbasierte Missbräuche – Grenzen der Missbrauchsaufsicht?

420. Anders als bei verhaltensbasierten Missbräuchen setzt die Verfolgung preisbasierter Missbräuche oft die genaue Zurechnung von Kosten und die Identifizierung von Vergleichsmärkten voraus, was im Einzelnen fast immer Betroffene und Bundeskartellamt zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen über die Grenzen des Zulässigen kommen lässt. Aus diesen Gründen ist für die Verfolgung preisbasierter Missbräuche die Verfügbarkeit von Kostendaten und die (gesetzliche) Beweislastverteilung oft von entscheidender Bedeutung. Ein klarer Vergleichsmaßstab erleichtert die Einordnung gesetzter Preise als missbräuchlich auch bei preisbasierten Missbräuchen ganz erheblich.

421. Vor diesem Hintergrund erscheinen insbesondere folgende Verfahren im Berichtszeitraum bedeutsam: die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere im Telekommunikationssektor, die Zurechnung von Werbekostenzuschüssen auf Einstandspreise, Ausbeutungsmissbräuche durch überhöhte Gaspreise bei Haushalts- und Gewerbekunden

[88] Der Begriff der Forstdienstleistungen umfasst ein breites Spektrum von Tätigkeiten der Betreuung von Waldflächen; hierzu zählen (neben der Holzvermarktung) unter anderem die sog. forstwirtschaftliche Einrichtung (Bestandserfassung), der Revierdienst, die Planung, Durchführung und Überwachung der forstlichen Arbeiten.

sowie Behinderungsmissbräuche durch diskriminierende Konzessionsabgaben. Das erste Verfahren illustriert im Grenzbereich zur sektorspezifischen Regulierung die Bedeutsamkeit von Kostenbenchmarks. Das zweite und dritte Verfahren, die das Untereinstandspreisverbot und das spezielle Preismissbrauchsverbot in der Energiewirtschaft anwenden, werfen ein Schlaglicht auf die erst 2007 verschärften §§ 20 Absatz 4 und 29 GWB.[89] Unter Vorbehalten lassen sich aus den Anwendungserfahrungen der zur Erleichterung und Erweiterung der kartellbehördlichen Verfolgung preisbasierten Missbrauchsverhaltens bereits mehrfach verschärften Vorschriften auch die möglichen Grenzen kartellrechtlich erfassbaren Marktverhaltens ablesen. Das vierte Verfahren demonstriert schließlich – ebenfalls im Grenzbereich zur Regulierung – anschaulich, wie Gesetzesunklarheiten zur Wettbewerberbehinderung genutzt werden können.

2.2.1 Preis-Kosten-Schere

422. Ein Behinderungsmissbrauch im Sinne der §§ 19 und 20 GWB, des Artikels 102 AEUV in Form einer Preis-Kosten-Schere kann vorliegen, wenn die Differenz zwischen dem Endkundenpreis eines marktbeherrschenden Anbieters (bzw. dem Preis für erbrachte Leistungen auf einem nachgelagerten Markt) und dem Entgelt für die Vorleistungen nicht dazu ausreicht, dass ein Wettbewerber vergleichbare Leistungen gegenüber Endkunden oder Nachfragern auf dem nachgelagerten Markt kostendeckend erbringen kann. Die Voraussetzung für eine missbräuchliche Behinderung mittels einer Preis-Kosten-Schere ist das Vorliegen von Marktbeherrschung auf dem Vorleistungsmarkt. Nicht erforderlich ist, dass der vertikal integrierte Anbieter zugleich auf dem nachgelagerten Markt über eine beherrschende Stellung verfügt.[90] Allerdings ist jedenfalls nach Auffassung des Bundeskartellamtes bei Marktbeherrschung nur auf dem Vorleistungsmarkt (einfache Marktbeherrschung) nicht, wie bei gleichzeitiger Marktbeherrschung auf dem Endkundenmarkt (doppelte Marktbeherrschung), jede Preis-Kosten-Schere missbräuchlich. Bei einfacher Marktbeherrschung sind vielmehr die konkreten Marktverhältnisse und die konkreten Wirkungen der Preis-Kosten-Schere zu berücksichtigen, da Eingriffe in die Preisgestaltungsfreiheit nur zulässig sind, wenn die Preisgestaltung des Marktbeherrschers in einer Verdrängungsabsicht erfolgt oder aus der Behinderung des Wettbewerbs eine konkrete und ernste Gefahr für den Bestand des Wettbewerbs erwächst.

423. Missbräuchlich ist eine Preis-Kosten-Schere nach Kartellrecht im Regelfall dann, wenn die Differenz zwischen dem Vorleistungspreis und dem Entgelt für den nachgelagerten Dienst negativ ist, ohne dass eine sachliche Rechtfertigung für solche Kostenstrukturen vorliegt.[91] Für diesen Fall nimmt das Bundeskartellamt eine Verdrängungsabsicht an, da die Behinderungswirkung einer solchen Preisgestaltung offenkundig sei.[92] Ist die Differenz zwischen dem Vorleistungspreis und dem Preis für den nachgelagerten Dienst nicht negativ, ist zu prüfen, ob die Spanne zwischen den Entgelten ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens für die Erbringung seiner eigenen Dienste im nachgelagerten Markt zu decken. Als Kostenmaßstab ist für ein vertikal integriertes Unternehmen im Bereich der Telekommunikation das Konzept der langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten maßgeblich.[93] Gemeint sind damit die langfristigen durchschnittlichen variablen und fixen Kosten, die einem Unternehmen bei der Herstellung eines Produktes oder einer Leistung zusätzlich zu seiner übrigen Produktion entstehen. Davon zu unterscheiden ist das Konzept der variablen Durchschnittskosten, bei dem ausschließlich die zusätzlichen variablen Kosten berücksichtigt werden. Bei Netzindustrien ist dieser Ansatz, so das Bundeskartellamt, wegen des hohen Anteils fixer Kosten nicht sinnvoll. Bei Telekommunikationsdienstleistungen könne ein Preis, der ausschließlich den variablen Kosten entspricht, erheblich unterhalb des kostendeckenden Preises liegen. Weitere sachliche Rechtfertigungen für entsprechende Preis-Kostenstrukturen lassen sich nicht abschließend aufzählen, können aber insbesondere in den Besonderheiten des Marktes oder der betroffenen Produkte begründet sein, etwa zur Markteinführung eines neuen Produkts oder zur Erreichung von Lern- oder Skaleneffekten.

424. Das Bundeskartellamt hat im Jahr 2009 ein Missbrauchsverfahren gegen die Deutsche Telekom AG (DTAG) wegen eines möglichen Verstoßes gegen die §§ 19 und 20 GWB sowie Artikel 82 EGV (jetzt Artikel 102 AEUV) geführt. Dem Unternehmen wurde vorgeworfen, den Anbieter von Mehrwertdiensten Next ID GmbH durch die Anwendung einer Preis-Kosten-Schere missbräuchlich behindert zu haben. Next ID bietet – wie die DTAG – Programmanbietern sog. „Massenverkehrsdienste zu bestimmten Zielen“ (MABEZ-Dienste) an. Massenverkehrsdienste sind Telekommunikationsdienste wie die Entgegennahme, Bearbeitung und Auswertung von Anrufen, z. B. für Gewinnspiele, Abstimmungen oder Meinungsumfragen. Rufnummern für Massenverkehrsdienste werden aus dem Rufnummernbereich 0137 zur Verfügung gestellt. Charakteristisch für Massenverkehrsdienste ist ein hohes Verkehrsaufkommen in kurzer Zeit mit einer jeweils kurzen Belegungsdauer.

425. MABEZ-Dienste werden von der DTAG und von alternativen Mehrwertdiensteanbietern angeboten. Die Voraussetzung für das Angebot ist eine eigene technische Plattform, das sog. „Interactive Voice Response“(IVR)-System. Alternative Mehrwertdiensteanbieter müssen für

---

[89] Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 15. November 2007, BGBl. I S. 2966.

[90] Vgl. dazu auch Mitteilung der Europäischen Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU Nr. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Rn. 51.

[91] So bereits BKartA, Beschluss vom 9. August 2000, B8-77/00, WuW DE-V 289 „Freie Tankstellen“.

[92] Vgl. BKartA, Beschluss vom 6. August 2009, B7-11/09, WuW/E DE-V 1769 „MABEZ“, Rn. 53.

[93] Vgl. ebenda, Rn. 26.

das Angebot von MABEZ-Diensten zusätzlich Vorleistungen bei der DTAG einkaufen. Kommen die Gespräche aus dem Teilnehmernetz der DTAG, werden Zuführungsleistungen erbracht; kommen sie aus anderen Teilnehmernetzen, erbringt die DTAG Transitleistungen. Darüber hinaus erfolgt die Abrechnung der Gespräche oftmals über die Telefonrechnung der DTAG, d. h. diese erstellt die Rechnungen, zieht die Beträge ein und übernimmt das Ausfallrisiko. Die Endkundenbeziehungen unterhält in diesen Fällen die DTAG als Teilnehmernetzbetreiber. Sie schüttet die Entgelte abzüglich der Entgelte für Vorleistungen entweder direkt an den Programmanbieter oder den zwischengeschalteten alternativen Mehrwertdiensteanbieter aus. Das Endkundenentgelt für Anrufe aus dem Festnetz zu Nummern aus den Bereichen 0137-8 und -9 wird gemäß § 67 Absatz 2 TKG von der Bundesnetzagentur festgelegt und beträgt gegenwärtig 0,50 Euro pro Anruf. Ebenfalls reguliert sind die Entgelte für Zusammenschaltungsleistungen im Festnetz, die der alternative Mehrwertdiensteanbieter in Anspruch nimmt.

426. Gegenstand des Missbrauchsverfahrens war die Preisgestaltung der DTAG für MABEZ-Dienste gegenüber der 9Live Fernsehen GmbH. Der zur ProSiebenSat.1-Gruppe gehörende Sender finanziert sich vorwiegend über sog. Call-in-Gewinnspiele. Er hatte Mitte 2008 MABEZ-Dienste ausgeschrieben und dabei unter anderem Angaben zu einer fixen Vorauszahlung an den Sender (Signing Fee), dem Ausschüttungsanteil pro Anruf sowie weiteren Konditionen angefordert. Die DTAG hatte diese Ausschreibung gewonnen. Next ID sah sich missbräuchlich behindert, weil der Incumbent als marktbeherrschender Anbieter bei den Verhandlungen und dem Abschluss des Vertrags den Tatbestand der Preis-Kosten-Schere zur Anwendung gebracht habe. Das Bundeskartellamt sah diesen Vorwurf nach seinen Ermittlungen nicht bestätigt und schloss das Verfahren mit einer Entscheidung gemäß § 32c GWB ab, in der es feststellt, keinen Anlass zum Tätigwerden zu haben. In der Entscheidung finden sich grundsätzliche Aussagen des Amtes zu einem Prüfkonzept für Preis-Kosten-Scheren, welches im Zusammenhang mit der weiteren Deregulierung von Telekommunikationsmärkten an Bedeutung gewinnen kann.

427. In diesem Fall ergab die Prüfung des Bundeskartellamtes, dass keine negative Differenz zwischen den Entgelten der DTAG für die Vorleistungen gegenüber Next ID und den mit 9Live vereinbarten Entgelten für die MABEZ-Dienste festzustellen ist. Diese Feststellung gilt nach den Untersuchungen des Bundeskartellamtes für alle denkbaren Anrufvolumina sowie unterschiedliche Annahmen im Hinblick auf die Vorleistungsentgelte. Als produktbezogene zusätzliche Kosten für die Erbringung der vertraglich mit 9Live vereinbarten MABEZ-Dienste hat das Bundeskartellamt die Aufbau- und Entwicklungskosten für das jeweilige Projekt, die (Personal-)Kosten für den laufenden Betrieb sowie die Netzkosten für den Transport der eingehenden Gespräche anerkannt. Nicht anerkannt wurden die Kosten für die IVR-Plattform, da es sich hier nicht um langfristige zusätzliche Kosten handele.

428. Die Monopolkommission begrüßt, dass das Bundeskartellamt seine Untersuchungen in dem vorliegenden Fall zum Anlass nimmt, grundlegende Aussagen zur Behandlung von Preis-Kosten-Scheren im Rahmen der kartellbehördlichen Missbrauchsaufsicht zu veröffentlichen. Sie ist wie das Amt der Auffassung, dass die Verhaltenskontrolle nach den Vorschriften des GWB im Bereich der Telekommunikation an Bedeutung gewinnt, je mehr Märkte aus der Regulierung entlassen werden. Darüber hinaus sind die Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht des europäischen Wettbewerbsrechts auch neben dem sektorspezifischen nationalen Recht anwendbar. Die Preis-Kosten-Schere ist ein typischer Missbrauchstatbestand im Bereich der Telekommunikation, der in § 28 Absatz 2 TKG ausdrücklich als Vermutungstatbestand für missbräuchliches Verhalten genannt wird. Ein marktbeherrschendes, vertikal integriertes Unternehmen kann es seinen Wettbewerbern auf dem nachgelagerten Markt durch eine entsprechende Preisgestaltung unmöglich machen, ein wirtschaftlich tragfähiges Angebot ohne Inkaufnahme von temporären Verlusten zu machen. Das Ziel einer solchen Behinderungsstrategie ist es, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen oder den Marktzutritt von Konkurrenten zu verhindern.

429. Der klassische Fall für eine Preis-Kosten-Schere auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt betraf die Entgelte für den analogen Teilnehmeranschluss.[94] Diese lagen über einen längeren Zeitraum unterhalb der Entgelte, die die Wettbewerber der DTAG für die Vorleistung, nämlich den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, zahlen mussten. Die Bundesnetzagentur akzeptierte diese Preisgestaltung, da sie die analogen Anschlüsse im Verbund mit den höherpreisigen ISDN-Anschlüssen sah und sich bei einer Durschnittspreisbetrachtung keine Preis-Kosten-Schere ergab. Anders sah dies die Europäische Kommission, die ein Missbrauchsverfahren gegen die DTAG einleitete, welches im Jahr 2003 mit der Untersagung der Preis-Kosten-Schere sowie einer Geldbuße gegen die DTAG abgeschlossen wurde.[95] Die Europäische Kommission hat ein zweites Verfahren wegen einer Preis-Kosten-Schere gegen den spanischen Telekommunikationskonzern Telefonica geführt.[96] Dem Unternehmen wurde vorgeworfen, auf den spanischen Märkten für Internet-Breitbandzugänge über mehrere Jahre eine Preis-Kosten-Schere praktiziert zu haben. Auch gegen Telefonica wurde eine empfindliche Geldbuße verhängt.

---

[94] Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Baden-Baden 2002, Tz. 104 f.; Monopolkommission, Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols, Sondergutachten 39, Baden-Baden 2004, Tz. 143 f.

[95] Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 21. Mai 2003, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 „Deutsche Telekom AG“. Diese Entscheidung wurde bestätigt durch EuG, Urteil vom 10. April 2008, Rs. T-271/03 „Deutsche Telekom/Kommission“, und ist nunmehr vor dem EuGH anhängig, Rs. C-280/08 P.

[96] Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 2. Juli 2007, COMP/38.784 „Wanadoo España/Telefónica“.

430. Das Bundeskartellamt hat sich bei der Entwicklung seines Prüfkonzeptes für Preis-Kosten-Scheren eng an die von der Europäischen Kommission in den genannten Fällen entwickelten Grundsätze angelehnt. Das betrifft unter anderem den Bezug auf die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens und die Verwendung des Konzeptes der langfristigen Durchschnittskosten bei der Prüfung der Spanne zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelten. Die langfristigen Durchschnittskosten beinhalten neben den produktspezifischen variablen auch die produktspezifischen Fixkosten. Damit entspricht dieser Kostenstandard weitgehend dem der Ex-ante-Regulierung nach dem Telekommunikationsgesetz. Dort wird auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung abgestellt, die als langfristige zusätzliche Kosten der Leistungsbereitstellung plus einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten definiert werden. Die Monopolkommission begrüßt diesen Bezug, weil damit der Missbrauchsaufsicht Entgelte zugrunde gelegt werden, die sich auf einem fiktiven, durch Wettbewerb gekennzeichneten Markt ergeben würden. Das Abstellen auf „pure“ langfristige Zusatzkosten, wie etwa vom EuGH mit dem Konzept der durchschnittlichen variablen Kosten praktiziert[97] oder von der Europäischen Kommission für die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunkterminierungsentgelte vorgeschlagen[98], hieße, die Missbrauchsaufsicht und die Regulierung an einem theoretischen Effizienzoptimum zu orientieren, welches der Realität nicht entspricht.[99] Die Telekommunikation ist eine Industrie mit hohen Gemeinkosten. Auf wettbewerblich organisierten Märkten werden in der Regel alle Geschäftsbereiche zur Deckung der Gemeinkosten herangezogen. Nimmt man den Marktteilnehmern die Möglichkeit, die entsprechenden Gemeinkostenanteile geltend zu machen, besteht das Risiko, dass es zu einer Gesamtkostenunterdeckung kommt. Dies ginge zulasten des Wettbewerbs, da gegebenenfalls effiziente Anbieter aus dem Markt ausscheiden müssten und die Marktzutrittsbarrieren für Newcomer erhöht würden.

431. Noch nicht letztgültig geklärt ist, welche Kosten nach deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht maßgeblich für die Beurteilung der Preisspanne zwischen den Vorleistungs- und Endkundenentgelten sind. Die beiden Möglichkeiten werden mit „As-Efficient-Competitor-Test“ und „Reasonably-Efficient-Competitor-Test“ umschrieben;[100] dabei ist entscheidend, ob als Kostenmaßstab die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens, mithin die des Adressaten des Missbrauchsvorwurfs, herangezogen werden oder ob es auf die Kosten eines kleineren oder jüngeren Wettbewerbers ankommt, die etwa bei Anwesenheit von Skalen-, Netzwerk-, und/oder Lerneffekten wesentlich höher sein können. Das Gericht erster Instanz (EuG) und teilweise die Europäische Kommission sowie das Bundeskartellamt in diesem Fall ziehen die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens heran. Nach Auffassung der Europäischen Kommission und des EuG kann der Marktbeherrscher für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit seiner Preispolitik nicht auf die Kostenstruktur der Wettbewerber verwiesen werden. Ansonsten liefe man Gefahr, gegen den allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit zu verstoßen. Denn hinge die Rechtmäßigkeit der Preispolitik eines Unternehmens von der im Allgemeinen unbekannten spezifischen Situation und der Kostenstruktur der Wettbewerber ab, wäre das Unternehmen nicht in der Lage, die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens zu beurteilen.[101]

432. Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass bei der kartellrechtlichen Prüfung von Preis-Kosten-Scheren – anders als bei der Prüfung nach dem Telekommunikationsgesetz[102] – auf die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens abzustellen ist. Selbst wenn die Kosten eines Wettbewerbers aufgrund fehlender Verbund- und Größenvorteile (kurzfristig) höher sein können als die des marktbeherrschenden Unternehmens, muss ein effizienter Wettbewerber seine Leistungen auf längere Sicht zumindest ebenso effizient bereitstellen wie der etablierte Betreiber. Zusätzlich weist die Monopolkommission auf die anderweitigen sachlichen Rechtfertigungen hin, die entsprechende Preis-Kostenstrukturen legitimieren können.

2.2.2 Untereinstandspreisverbot und Werbekostenzuschüsse

433. Das Unterbieten der Preise von Wettbewerbern zur Steigerung des eigenen Absatzes ist grundsätzlich erwünschter Preiswettbewerb. In Einzelfällen, wie der gezielten Kampfpreisunterbietung oder dem Verkauf von Waren unter Einstandspreis nach § 20 Absatz 4 GWB, kann jedoch eine unbillige Behinderung von Wettbewerbern vorliegen. Mit dem Untereinstandspreisverbot soll insbesondere der kleine und mittlere Einzelhandel geschützt werden, dessen Kunden durch „Lockvogelangebote“ unter Einstandspreis „abgeworben“ werden können. Die Anwendung der zuletzt 2007 verschärften Vorschrift wurde durch das mittlerweile vor dem BGH angefochtene Urteil des OLG Düsseldorf im Verfahren „Rossmann“ empfindlich in ihrer Reichweite eingeschränkt. Streitentscheidend war dabei die Frage der Zurechnung von Werbekostenzuschüssen, die für ein gesamtes Herstellersortiment gewährt werden, auf einzelne beworbene Produkte.[103]

---

[97] Vgl. EuGH, Urteil vom 3. Juli 1991, Rs. C-62/86 „AKZO/Kommission“, Slg. 1991, I-3359.

[98] Vgl. Empfehlung der Europäischen Kommission vom 7. Mai 2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU, ABl. EU Nr. L 124 vom 20. Mai 2009, S. 67.

[99] Vgl. Monopolkommission, Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten, Sondergutachten 56, Baden-Baden 2010, Tz. 173 f.

[100] Zu dieser Unterscheidung vgl. etwa Generalanwalt Mazak, Schlussanträge in der Verhandlung am 22. April 2010, Rs. C-280/08 P „Deutsche Telekom AG/Europäische Kommission“, Tz. 49.

[101] Vgl. EuG, Urteil vom 10. April 2008, Rs. T-271/03 „Deutsche Telekom/Kommission“, Rn. 192.

[102] Vgl. BNetzA, Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i. S. d. § 28 Absatz 2 Nr. 2 TKG vom 14. November 2007, S. 6 ff.

[103] Vgl. eingehend Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 474 ff.

434. Das Bundeskartellamt hat 2007 Bußgeldbescheide gegen die Dirk Rossmann GmbH und deren Geschäftsführer erlassen, weil diese es wiederholt und fahrlässig unterlassen hätten, ordnungswidrige Handlungen von Mitarbeitern zu verhindern, die darauf gerichtet waren, unter Ausnutzung überlegener Marktmacht kleine und mittlere Unternehmen unbillig durch den nicht nur gelegentlichen und nicht gerechtfertigten Verkauf von Waren unter Einstandspreis zu behindern.[104] Die Rossmann GmbH hatte Werbekostenzuschüsse, die gemäß vertraglicher Vereinbarungen mit den Herstellern pauschal als prozentualer Anteil des Gesamtumsatzes zwischen dem Hersteller und Rossmann gewährt wurden, bei der Ermittlung der Einstandspreise lediglich auf die tatsächlich beworbenen Produkte dieses Herstellers umgelegt. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes war diese Praxis unzulässig. Alle nicht direkt zurechenbaren Abzüge wie Jahresboni, Werbekostenzuschüsse, Verkaufsförderungsentgelte usw. sind nach dieser Auffassung anteilig bei allen Produkten, die der betreffende Hersteller an das Handelsunternehmen liefert, anzurechnen. Um unangemessene Manipulationen der Einstandspreise auszuschließen, gelte dies grundsätzlich auch, wenn bestimmte Konditionen nur für die Förderung eines einzelnen Produktes, für befristete Kaufaktionen oder einzelne Vertriebsschienen vereinbart wurden. Derartige Zuordnungen könnten zwar im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung von Untereinstandspreisen berücksichtigt werden, im vorliegenden Fall fehle es allerdings an Vorgaben der Hersteller, dass die Werbekostenzuschüsse für die Bewerbung bestimmter Produkte einzusetzen seien.

435. Das OLG Düsseldorf hat im November 2009 den Beschluss des Bundeskartellamtes aufgehoben.[105] Das Gericht sieht keinen Verstoß gegen § 20 Absatz 4 Satz 1 GWB, da die Zurechnungsmethode von Rossmann in Bezug auf die Werbekostenzuschüsse zulässig und damit kein Verkauf unter Einstandspreisen erfolgt sei. Das Gericht stellt fest, dass Werbekostenzuschüsse, die Hersteller gegenüber einem Händler als Prozentsatz des Gesamtumsatzes mit diesem Händler gewähren, nicht pauschal auf sämtliche bezogenen Produkte umgelegt werden müssen, sondern auf die tatsächlich beworbenen Produkte umgelegt werden können. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Hersteller dem Händler eine solche Zurechnung gestattet haben. Im vorliegenden Fall seien die ursprünglich in Form einer gezielten und individuellen Bezuschussung bestimmter, produktbezogener Werbemaßnahmen gewährten Werbekostenzuschüsse ab Anfang der 1990er Jahre durch einen pauschalen Rabatt vom Gesamtumsatz des Herstellers mit dem Händler ersetzt worden. Mit dieser Umstellung – so das OLG – sei keine Änderung bei der Zweckbestimmung der Werbekostenzuschüsse verbunden gewesen. Sie diente lediglich der Vereinfachung der Verfahrensabläufe und sollte für eine höhere Planungs- und Kalkulationssicherheit sowohl bei den Herstellern als auch bei dem Handelsunternehmen sorgen. Werbekostenzuschüsse waren nach dem übereinstimmenden Willen aller Beteiligten ein Mittel der Absatzförderung und sollten preiswirksam einsetzbar und nicht lediglich eine Beteiligung der Hersteller an den unmittelbaren Kosten der Produktwerbung sein. Die Hersteller hätten es dabei Rossmann überlassen, welche Artikel im Laufe eines Jahres beworben werden und ihm mindestens stillschweigend gestattet, die pauschal gewährten Werbekostenzuschüsse auf die Rechnungspreise für die beworbenen Artikel zu verrechnen. Im Gegenzug war Rossmann verpflichtet, Werbemaßnahmen mindestens in dem Umfang des vorangegangenen Jahres oder marktgerecht zu erbringen. Mit einem Vorlauf von mehreren Wochen waren den Herstellern konkrete Werbeplanungen vorzulegen, damit diese die Möglichkeit hatten, den Umfang der Werbeaktionen zu prüfen und ihre Produktion danach auszurichten.

436. Die Monopolkommission hat die gesetzliche Verankerung eines Verbots von Verkäufen unter Einstandspreisen im Rahmen der Sechsten GWB-Novelle sowie die Verschärfung der Norm für den Handel mit Lebensmitteln im Jahr 2007 von Beginn an kritisch gesehen.[106] Ein Gegenargument war stets, dass die Norm in der Praxis mit erheblichen Anwendungsproblemen verbunden ist, weil bereits die Feststellung der Einstandspreise im Einzelhandel schwierig ist. Probleme bereitet insbesondere die Zuordnung der unterschiedlichen Rabatte und Boni, die die Geschäftsbeziehungen zwischen Herstellern und Handelsunternehmen prägen. Die Zuordnung der Werbekostenzuschüsse stellt ein besonderes Problem dar, weil es sich hier um die bei weitem werthaltigste Bezugsvergünstigung handelt. Die Kosten der eigentlichen Werbemaßnahmen werden damit – jedenfalls im Drogeriehandel – oftmals um ein Vielfaches übertroffen. Besteht die Möglichkeit, die Werbekostenzuschüsse einzelnen Artikeln zuzurechnen, können Einstandspreise – zumindest im Zusammenspiel mit anderen Rabatten und Boni – nahezu beliebig reduziert werden. Die Handelsunternehmen besitzen einen Gestaltungsspielraum, der das Verbot der Untereinstandspreisverkäufe des § 20 Absatz 4 GWB ins Leere laufen lassen kann. Andererseits würde ein generelles Gebot, Werbekostenzuschüsse stets auch allen anderen als den beworbenen Artikeln zuzurechnen, die Preisgestaltungsfreiheit der Hersteller und Händler sehr weitgehend einschränken. Es ist fraglich, ob der Gesetzgeber bei der Einführung des § 20 Absatz 4 GWB eine derart hohe Eingriffsintensität im Sinn hatte. Das Bundeskartellamt wendet die Vorschrift jedenfalls restriktiv an, indem die Zuordnung bestimmter Boni auf einzelne Produkte durch den Hersteller lediglich im Rahmen der Prüfung der sachlichen Rechtfertigung eines Untereinstandspreises berücksichtigt werden kann. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Hauptgutachten zum Ausdruck gebracht, dass sie dieses Vorgehen für nicht gerechtfertigt hält.[107] Es sollte den betroffenen Un-

[104] BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2007, B9-167/05.

[105] OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. November 2009, VI-2 Kart 9/08 OWi.

[106] Vgl. nur Monopolkommission, Marktöffnung umfassend verwirklichen, Hauptgutachten 1996/1997, Baden-Baden 1998, Tz 99 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 47, a. a. O.

[107] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 479 ff.

ternehmen – Herstellern und Händlern – überlassen bleiben, in welcher Weise die Zurechnung der Werbekostenzuschüsse bei der Bestimmung der Einstandspreise erfolgt. Das OLG Düsseldorf argumentiert im Fall Rossmann ähnlich. Die Generalstaatsanwaltschaft beim OLG Düsseldorf hat gegen das Urteil Rechtsbeschwerde eingelegt. Die Entscheidung des BGH bleibt abzuwarten.

2.2.3 Ausbeutungsmissbrauch durch überhöhte Gaspreise bei Haushalts- und Gewerbekunden

437. Im Jahre 2007 wurde zur Erleichterung der Verfolgung von Preismissbräuchen in der Energiewirtschaft mit § 29 GWB eine Vorschrift eingeführt, die die prinzipiellen Nachweisschwierigkeiten der Kartellbehörde in Preismissbrauchsverfahren ausräumen soll:[108] Eine Erweiterung des auch im Rahmen der allgemeinen Vorschrift des § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB geltenden Vergleichsmarktkonzeptes, eine förmliche Beweislastumkehr sowie die zusätzliche Normierung eines an den Kosten einer wettbewerblichen Leistungserstellung orientierten, eigenständigen Entgeltmaßstabs ermöglichen dem Bundeskartellamt eine effektivere Preismissbrauchsaufsicht in der Energiewirtschaft. Mittlerweile wurden die ersten Verfahren nach § 29 GWB abgeschlossen und ermöglichen eine Würdigung der Wirksamkeit dieser vorerst bis Ende 2012 geltenden Sondervorschrift.[109]

438. Im Jahr 2008 hat das Bundeskartellamt Missbrauchsverfahren gegen 35 Gasversorger wegen des Verdachts überhöhter Gaspreise für Haushalts- und Gewerbekunden geführt. Gegenstand der Verfahren war die Preisgestaltung in den Jahren 2007 und 2008. Geführt wurden die Verfahren auf der Basis des neuen § 29 GWB für das Jahr 2008 und auf der Basis von § 19 Absatz 1 i. V. m. Absatz 4 Nummer 2 GWB für das Jahr 2007.[110] Drei Verfahren wurden eingestellt, weil kein Missbrauch nachgewiesen werden konnte, eines der betroffenen Unternehmen diente als Vergleichsunternehmen und ein Fall wurde an die zuständige Landeskartellbehörde verwiesen. Die übrigen 30 Verfahren wurden gegen Zusagen der Unternehmen eingestellt.

439. Diese Zusagen enthielten insbesondere den Verzicht auf Preiserhöhungen oder deren Verschiebung, soweit sie auf Bezugskostensteigerungen basierten. Des Weiteren wurden Bonuszahlungen und Preisnachlässe auf verbrauchte Kilowattstunden und die Überarbeitung der Preisgestaltung zugesichert. Das Bundeskartellamt gibt an, dass sich das Volumen aller Zusagen auf ca. 130 Mio. Euro beläuft und sich zu ca. 45 Prozent aus Gutschriften und zu ca. 55 Prozent aus Preismaßnahmen zusammensetzt. Darüber hinaus haben die Gasversorger in einem Umfang von ca. 110 Mio. Euro[111] auf die Weitergabe gestiegener Gasbezugskosten verzichtet. Dieser Verzicht erfolgte bereits vor Abschluss der Verfahren und lässt sich sowohl durch das vom Bundeskartellamt eingeleitete Verfahren als auch durch eine Steigerung des öffentlichen Drucks erklären. In allen Verfahren erhielt das Bundeskartellamt die Zusage, dass die erfolgten Senkungen für den Verbraucher nicht im Rahmen von späteren Preismaßnahmen im Jahr 2009 ausgeglichen werden. Der Umfang der Zusagen entspricht nach Angaben des Bundeskartellamtes dem erwarteten Volumen der andernfalls ergangenen Verfügungen. Zugeständnisse seien nicht beim Volumen, sondern nur hinsichtlich der Modalität der Rückerstattung gemacht worden.

440. Die Monopolkommission sieht, wie bereits in ihrem Sondergutachten zur Novellierung des GWB dargelegt, in der Anwendung von § 29 GWB kein geeignetes Instrument zur Verfolgung des Ziels eines funktionsfähigen Wettbewerbs im Gasmarkt.[112] Hauptkritikpunkt ist, dass mit § 29 GWB nicht an den eigentlichen Ursachen eines fehlenden Wettbewerbs im Energiesektor angesetzt wird, sondern lediglich auf seine Symptome reagiert wird. Die Verfahren haben in Deutschland ein großes öffentliches Interesse auf sich gezogen, worin die Monopolkommission einen der Gründe für die umfangreichen Zusagenangebote der betroffenen Unternehmen sieht. Der grundsätzlichen Anwendungspraxis des § 29 GWB durch das Bundeskartellamt möchte die Monopolkommission nicht widersprechen, sie sieht jedoch einige Punkte kritisch.[113]

441. Die zeitgleiche Einleitung von 35 Verfahren gegen Gasversorgungsunternehmen führt dazu, dass erhebliche Markteintrittsbarrieren entstehen. Die durch § 29 Satz 1 Nummer 1 GWB induzierte Gefahr eines Parallelverhaltens und damit einer Preisgleichschaltung erhöht sich, für neue Anbieter wird ein Markteintritt weniger attraktiv und die Anreize für neue Investitionen werden erheblich gemindert. Die Monopolkommission gibt zu bedenken, dass gerade die signifikanten Preisunterschiede die Endverbraucher zu einem Anbieterwechsel motivieren können. Ein neuer Anbieter kann dann Kunden akquirieren, wenn er die etablierten Anbieter unterbietet. Nach Auffassung der Monopolkommission wäre es vor diesem Hintergrund wesentlich sinnvoller gewesen, die Wechselbereitschaft der Endkunden zu fördern und den dadurch entstehenden Preisdruck wirken zu lassen. Auch wird sich nur schwerlich eine Vielfalt von Angeboten entwi-

---

[108] Vgl. dazu Monopolkommission, Sondergutachten 47, a. a. O.

[109] Vgl. dazu bereits ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 504 ff.

[110] § 29 GWB trat Ende 2007 in Kraft und ist bis zum 31. Dezember 2012 befristet. Originär ist das Bundeskartellamt nur für rund 5 Prozent der deutschen Gasversorgungsunternehmen zuständig, die rund 15 Prozent der Gaskunden bedienen. Die restlichen 85 Prozent fallen in den Zuständigkeitsbereich der Landeskartellbehörden. Von den 35 Gasversorgungsunternehmen fielen 20 Unternehmen in die Zuständigkeit des Amtes, die übrigen wurden von den zuständigen Landesregulierungsbehörden übernommen. Damit waren rund 35 Prozent der deutschen Gaskleinkunden und 25 Prozent der abgesetzten Gasmenge in Deutschland Gegenstand der Verfahren.

[111] Die angegebenen Beträge sind Nettobeträge. Für den Endkunden wären zusätzlich noch Steuern und Abgaben hinzugekommen.

[112] Vgl. dazu und zum Folgenden Monopolkommission, Sondergutachten 47, a. a. O., sowie Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., 2009, Tz. 503 ff.

[113] Vgl. zu dieser Vorschrift bereits umfassend Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., 2009, Tz. 504 ff.

ckeln, weil das Unterscheidungsmerkmal Preis in den Regionen, in denen ein Verfahren gelaufen ist oder noch zu laufen droht, seine Wirkungen nicht entfalten kann.

442. Die von den Zusagen implizierten Wirkungen schätzt die Monopolkommission als höchst problematisch ein. Die betroffenen Unternehmen haben zugesagt, Rückerstattungen und Bonuszahlungen zu tätigen und auf Preiserhöhungen zu verzichten. Hier entstehen erhebliche Marktverschlusseffekte, weil die Zusagen wie ein „Quasi-Kundenbindungsprogramm“ wirken. Ein Anbieterwechsel wird gar bestraft, da nur diejenigen Kunden von den Zusagen profitieren, die auch aktuell zu den Kunden des entsprechenden Unternehmens zählen. Gegenüber der Monopolkommission wurde vor allem vonseiten der neuen Anbieter im Markt geäußert, dass insbesondere in den regionalen Märkten die Position der Wettbewerber durch diese Konstellation sehr stark gefährdet ist und bereits vermehrt in Betracht gezogen wurde, sich aus der Fläche zurückzuziehen. Nach Auffassung der Monopolkommission ist diese Problematik dem § 29 GWB immanent und kann auch nicht, wie vom Bundeskartellamt beabsichtigt, im Rahmen der Berücksichtigung des Erheblichkeitszuschlags[114] ausgeglichen werden.

443. Die finanzielle Kompensation der Endkunden hat zwar eine erfreuliche Öffentlichkeitswirkung, kann allerdings nicht zur Wettbewerbsförderung beitragen. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Monopolkommission das Vorgehen des Bundeskartellamtes im Falle der GASAG, in der die Zusagenentscheidung neben einer Gaspreissenkung auch eine strukturelle Zusage enthielt. Die GASAG sagte zugunsten der neuen Wettbewerber zu, eine Gasnetzkarte von Berlin zu veröffentlichen, die anonymisierte Angaben, differenziert nach Straßen und Postleitzahlen, zu Gasnetzanschlüssen enthält. Eine solche Gasnetzkarte stellt eine erhebliche Erleichterung für den Markteintritt neuer Wettbewerber dar und wird von der Monopolkommission als wettbewerbsfördernd eingestuft. Die Monopolkommission würde eine Einigung auf der Basis von strukturellen Zusagen in eventuellen zukünftigen Fällen daher als sehr sinnvoll erachten und empfiehlt dem Bundeskartellamt ein solches Vorgehen.

444. Die Monopolkommission sieht die grundsätzlich falschen Signalwirkungen, die von den Verfahren an die Endkundenebene gesendet werden, sehr kritisch. Es entsteht der Eindruck, dass das Bundeskartellamt die disziplinierende Wirkung eines Anbieterwechsels durch die Regulierung der Preise übernimmt. Der Kunde erhält den Eindruck, er zahle einen marktgerechten Preis. Das Bundeskartellamt stellt damit den kurzfristigen Konsumentenschutz vor den Schutz des Wettbewerbs. Es wird abzuwarten sein, ob sich die Verfahren negativ auf die grundsätzlich zunehmende Wechselbereitschaft der Gaskunden auswirken werden.

2.2.4 Ausbeutungsmissbrauch durch überhöhte Heizstrompreise?

445. Gegen Anbieter von Heizstrom wurden durch das Bundeskartellamt im September 2009 weitere Verfahren nach §§ 29, 32 GWB eingeleitet, die zu Redaktionsschluss im Juni 2010 noch andauern. Im Fokus der Verfahren steht der vom Bundeskartellamt als eigenständig angesehene Markt für Heizstrom. Heizstrom wird vornehmlich nachts zum Betrieb von Nachtspeicherheizungen und Wärmepumpen bezogen. Auf diesem Markt besteht kein wirksamer Wettbewerb: Alternative Anbieter, die Wechselmöglichkeiten für die Kunden anbieten würden, sind, anders als auf dem Markt für die Belieferung mit Haushaltsstrom, nicht vorhanden. Etwa 4 Prozent aller Wohnungen in Deutschland werden mit Strom beheizt. Die vom Bundeskartellamt zu untersuchenden Unternehmen beliefern ca. 1,2 Millionen Kunden. Auch preisgünstige Anbieter, die als Vergleichsunternehmen herangezogen werden können, werden betrachtet. Die Verfahren werden auf der Basis des Vergleichsmarktkonzeptes geführt. Ebenso wie bei den Gaspreisverfahren prüft das Bundeskartellamt nicht die Preiserhöhungen einzelner Versorger, sondern deren Preisniveau im Vergleich zu anderen günstigen Vergleichsunternehmen.

446. Ebenso wie das Bundeskartellamt betrachtet die Monopolkommission den Markt für die Belieferung mit Heizstrom als eigenständigen Markt[115] und sieht hier aufgrund der besonderen Konstellation erhebliches Potenzial für Ausbeutungsmissbrauch. Sie begrüßt daher, dass das Bundeskartellamt eine detaillierte Untersuchung vornimmt. Gründe für den fehlenden Wettbewerb auf dem Heizstrommarkt finden sich in geringen Gewinnmargen und einem hohen Kommunikationsaufwand mit den zuständigen Netzbetreibern. Ein Gutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur kommt zu dem Schluss, dass eine Vereinfachung des Zugangs für neue Stromanbieter mit sehr hohen Kosten für den Netzbetreiber verbunden sei. Daraus wiederum resultieren steigende Netznutzungsentgelte, die ihrerseits zu höheren Strompreisen führen. Eine Überarbeitung des Zugangsregimes lehnt das Gutachten daher ab.[116]

2.2.5 Behinderungsmissbrauch durch diskriminierende Konzessionsabgaben

447. Die durch die oben behandelten Preismissbrauchsverfahren im Gassektor gewonnenen vertieften Markteinblicke waren Anlass für weitere Verfahren. Das Bundeskartellamt sieht in der unterschiedlichen Handhabung der Erhebung von Konzessionsabgaben bei Grundversorgern und Drittlieferanten Anhaltspunkte für einen Behinde-

[114] Um regionale Unterschiede zwischen den Unternehmen zu berücksichtigen und um Vergleichbarkeit herzustellen, hat das Bundeskartellamt nach der Rechtsprechung des BGH einen Erheblichkeitszuschlag gewährt. Vgl. dazu BGH, Urteil vom 22. Juli 1999, WuW/E DE-R 375, 379 „Flugpreisspaltung“. Die Höhe des Erheblichkeitszuschlags richtet sich nach der Intensität des auf dem relevanten Markt vorhandenen Restwettbewerbs. Das Bundeskartellamt berücksichtigt diesen im vorliegenden Fall anhand der Wechselquote im betreffenden Versorgungsgebiet.

[115] Zur Marktabgrenzung im Stromkleinkundenbereich unten Tz. 578 ff.

[116] Vgl. Ecofys Germany GmbH, Standardlastprofile für unterbrechbare, temperaturabhängige Verbrauchseinrichtungen, Gutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur, Köln, Januar 2008.

rungsmissbrauch nach § 19 Absatz 4 Nummer 1 GWB. Das Amt leitete Verfahren gegen Netzbetreiber ein, die überwiegend in kommunaler Hand sind und gleichzeitig eine maßgebliche Beteiligung am Grundversorgungsunternehmen haben. Von den ursprünglich zwölf eingeleiteten Verfahren wurden aktuell neun abgeschlossen, von denen wiederum in sechs Fällen kein Missbrauch nachgewiesen werden konnte bzw. das beanstandete Verhalten unverzüglich aufgegeben wurde, zwei mittels Zusagenangeboten beendet wurden und in einem Verfahren eine Verfügung gemäß § 32 GWB erging. Ein Unternehmen, die Gasversorgung Ahrensburg, hat Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingereicht.[117] Vor dem Hintergrund, dass im Laufe der kommenden Monate ca. 2 000 Konzessionsverträge auslaufen und neue geschlossen werden, sieht das Bundeskartellamt dieses Verfahren als Musterverfahren an, um gerichtlich Klarheit zum folgenden Sachverhalt zu schaffen.

448. Die Konzessionsabgabenverordnung und der jeweilige Konzessionsvertrag zwischen dem Netzbetreiber und der Kommune stellen die Rechtsgrundlage für die Konzessionsabgaben dar. Gemäß § 1 Absatz 2 der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) sind Konzessionsabgaben „Entgelte für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Strom und Gas dienen.“ Konzessionsabgaben werden von den Netzbetreibern an die Gemeinden für das Versorgungsrecht und für die Erlaubnis der Infrastrukturnutzung entrichtet. Es besteht kein Zwang zur Vereinbarung von Konzessionsabgaben. Die Grenzen für ihre Höhe werden jedoch von der Konzessionsabgabenverordnung festgelegt. Es wird differenziert zwischen Tarifkunden und Sondervertragskunden, wobei die Konzessionsabgaben für Tarifkunden um ein Vielfaches höher sind als die für Sondervertragskunden. So darf die Gasversorgung Ahrensburg gemäß § 2 Absatz 2 KAV 0,61 Cent/kWh für Kochgaskunden und 0,27 Cent/kWh für Heizgaskunden vereinbaren, wobei die Höhe durch die Gemeindegröße determiniert wird.[118] Für Sondervertragskunden darf unabhängig von der Einwohnerzahl der Gemeinde ein Betrag von maximal 0,03 Cent/kWh als Konzessionsabgabe vereinbart werden.

449. Die Kommunen verfügen über ein Monopol auf dem Markt für die entgeltliche Vergabe von Wegerechten. Durch die Konzessionierung des lokalen Netzbetreibers erwirbt dieser eine Alleinstellung im Hinblick auf die Sekundärvermarktung dieser Wegerechte für die Fälle der Durchleitung von Gas durch unabhängige Gaslieferanten. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes missbraucht der Netzbetreiber, der zugleich auch Grundversorger ist, seine Alleinstellung, wenn er von dritten Gaslieferanten, die Gas an Letztverbraucher im Gemeindegebiet durchleiten wollen, die überhöhte Tarifkundenkonzessionsabgabe einfordert. Dieses Verhalten behindert neue Gasanbieter und damit den aufkommenden Wettbewerb. Das Bundeskartellamt hat im Rahmen der Gaspreisverfahren erhoben, dass die Wechselquoten in manchen Gebieten im Jahr 2008 auf bis zu 8 Prozent von zuvor maximal 1 bis 2 Prozent gestiegen sind. Dabei geht jedoch ein hoher Konzessionsabgabensatz in aller Regel mit geringen Wechselquoten einher und umgekehrt ein durchschnittlich geringer Konzessionsabgabensatz mit hohen Wechselquoten.

450. Die Gasversorgung Ahrensburg stufte Gewerbekunden mit einem jährlichen Verbrauch von mehr als 10 000, aber weniger als 100 000 kWh als Tarifkunden ein. Diese Einstufung ist nicht vereinbar mit der Konzessionsabgabenverordnung und führte zu einer überhöhten Einnahme von Konzessionsabgaben. Das Bundeskartellamt führt aus, dass die Gasversorgung Ahrensburg ihre marktbeherrschende Stellung durch ihre Praxis der Hinzurechnung überhöhter Konzessionsabgaben zum Durchleitungsentgelt missbraucht. Die grenzwertabhängige Einstufung bewirkt, dass von Gaslieferanten zusätzlich zum Durchleitungsentgelt ein Entgelt in Höhe des Konzessionsabgabensatzes für Tariflieferungen erhoben wird, welches gegenüber dem Satz für Sondervertragslieferungen sehr viel höher liegt. Für den Drittlieferanten ergibt sich eine Steigerung der Kosten, daher fällt dieses Verhalten in die Missbrauchsfallgruppe des Behinderungsmissbrauchs „Raising Rivals‘ Costs“. Die Belastung trifft zwar in gleichem Maße auch den örtlichen Grundversorger, der in kommunaler Trägerschaft geführt wird, doch sei die Margeneinbuße hier weniger relevant, weil durch die höheren Konzessionsabgaben entsprechende Einnahmen in der Kommune anfallen. Bezogen auf den kommunalen Unternehmensverbund wird die Marge lediglich verschoben.

451. Auch besteht grundsätzlich ein Problem darin, Drittlieferanten, die per definitionem kein Grundversorger sind, als Tarifkunden einzustufen, da Tarifkunden laut § 1 Absatz 3 KAV Kunden sind, die auf der Grundlage von Verträgen nach den §§ 36 und 38 sowie § 115 Absatz 2 und § 116 EnWG beliefert werden, also Grundversorger sind. Alle Kunden, die keine Tarifkunden sind, sind laut § 1 Absatz 4 KAV Sondervertragskunden. Dieses gilt damit zwangsläufig für Drittlieferanten. Allerdings besteht gemäß § 2 Absatz 6 Satz 1 KAV die Möglichkeit, von Drittlieferanten Konzessionsabgaben in der Höhe zu verlangen, die der Netzbetreiber in vergleichbaren Fällen zu zahlen hat.

452. Schließt das kommunale Unternehmen im betreffenden Gebiet ausschließlich Grundversorgungsverträge ab bzw. tut es dies bis zu einer mit der Kommune vereinbarten Mengengrenze, kann es die höhere Konzessionsabgabe verlangen und diese dann auch dem Drittlieferanten in Rechnung stellen. Den Behinderungsmissbrauch sieht das Bundeskartellamt darin, dass vom Grundversorgungsunternehmen bis zur definierten Mengengrenze ausschließlich Grundversorgungsverträge angeboten werden, die dem Netzbetreiber – und damit letztlich der Kommune – zu hohen Konzessionseinnahmen verhelfen.

[117] BKartA, Beschluss vom 16. September 2009, B10-11/09, WuW/E DE-V 1803 „Gasversorgung Ahrensburg“.

[118] Ahrensburg ist eine Stadt in Schleswig-Holstein mit etwa 31 000 Einwohnern.

Für den Drittlieferanten entstehen damit höhere Kosten, womit sich die Margen und damit die Attraktivität des Markteintritts verringern. Bedingt durch die eigentumsrechtliche Verflechtung von Kommune und Grundversorgungsunternehmen spielt für das Grundversorgungsunternehmen die Höhe der Konzessionsabgabe keine Rolle, da davon ausgegangen werden kann, dass sowohl die Konzessionsabgabe als auch die realisierte Marge an die Kommune fließen. Das Bundeskartellamt sieht hier eine verdeckte Gewinnausschüttung an die Kommune und eine Wettbewerbsbehinderung für Drittlieferanten.

453. Nach Auffassung der Monopolkommission stellt die geschilderte Konstellation eine Situation dar, die wettbewerblich sehr bedenklich ist.[119] Für neue Wettbewerber ergibt sich eine erhebliche Markteintrittsbarriere, deren Wirkung sich in den erhobenen Wechselquoten manifestiert. Ursprüngliches Ziel der Regelung war, die kommunalen Unternehmen gegenüber den Drittlieferanten wettbewerblich nicht schlechter zu stellen, indem diesen deutlich niedrigere Konzessionsabgaben als dem kommunalen Anbieter abverlangt werden.[120] Die Monopolkommission sieht den systemimmanenten Anreiz, sehr hohe Konzessionsabgaben zu verlangen und so die Margen der Drittlieferanten deutlich herabzusetzen. Das Ziel des Verordnungsgebers, eine wettbewerbsneutrale Ausgestaltung der Regelungen zu den Konzessionsabgaben zu finden, wurde nach Auffassung der Monopolkommission verfehlt. Sie schlägt daher eine rechtliche Klarstellung durch den Verordnungsgeber und damit auch eine Entscheidung darüber vor, wie hoch das Aufkommen der Konzessionsabgaben sein wird.

2.2.6 Einstellen eines langwierigen Missbrauchsverfahrens nach Marktveränderungen

454. Verfahren des Bundeskartellamtes benötigen Zeit. Bis zur Entscheidungsreife eines Verfahrens können sich die zugrunde liegenden Marktdaten entscheidend verändert haben. Das ist zum einen der erforderlichen sorgfältigen Sachverhaltsaufklärung und der hohen Arbeitsbelastung in den einzelnen Beschlussabteilungen geschuldet. Zum Zweiten ist das Missbrauchsverfahren aufgrund seiner Förmlichkeit strukturell nicht besonders für schnelle Eingriffe geeignet. Denn § 32a GWB fordert für einstweilige Maßnahmen, dass die Gefahr eines ernsten, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht. Dabei müssen einerseits bei einer summarischen Prüfung konkrete Gründe vorliegen, die das Bestehen eines Kartellrechtsverstoßes wahrscheinlich machen, was bei umfangreichen quantitativen Überprüfungen und komplizierten Wirkungszusammenhängen kaum je ausreichend binnen Kurzem ermittelt werden kann. Andererseits ist die konkrete Gefahr eines nicht wiedergutzumachenden ernsten Schadens für den Wettbewerb selten vor der Verwirklichung der Gefahr mit hinreichender Wahrscheinlichkeit abzuschätzen, wenn nicht gerade der Weiterbestand eines Wettbewerbers unmittelbar gefährdet ist. In der überwiegenden Anzahl der Fälle verbleiben erhebliche Unsicherheiten, die die Schwelle für ein Eingreifen des Bundeskartellamtes selten erreichen. Anschaulich demonstriert dieses Problem ein Verfahren, das über zweieinhalb Jahre geführt wurde, ohne zu einer Entscheidung zu kommen. Am Ende wurde das Verfahren eingestellt, da sich die betroffenen Märkte so verändert hatten, dass das vorgeworfene Verhalten nicht mehr die frühere erhebliche Wettbewerbsrelevanz hatte.

455. Das Bundeskartellamt hat im Ende Dezember 2009 ein gegen die Mobilfunknetzbetreiber T-Mobile Deutschland und Vodafone D2 geführtes Verfahren wegen des Verdachts des Missbrauchs einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung eingestellt, welches im Juli 2007 eingeleitet worden war. T-Mobile und Vodafone wurde unter anderem vorgeworfen, ihre Wettbewerber auf dem Markt für Mobilfunkdienste durch Preisdifferenzierung zwischen On-Net- und Off-Net-Tarifen (Anrufe in das Mobilfunknetz des Vertragspartners und in die Netze anderer Betreiber) missbräuchlich im Sinne der §§ 19 und 20 GWB sowie Artikel 82 EGV (jetzt Artikel 102 AEUV) zu behindern. Sind die Tarife für Gespräche innerhalb eines Mobilfunknetzes spürbar günstiger als die Tarife für Gespräche in andere Mobilfunknetze, kann dies zu Vorteilen bei der Akquisition neuer Kunden (Netzwerkeffekt) und bei der Bindung alter Kunden (Lock-in-Effekt) führen. Auslöser des Verfahrens war eine Beschwerde des Konkurrenten E-Plus Mobilfunk.

456. In der Sache hatte das Bundeskartellamt zu klären, ob T-Mobile und Vodafone auf dem relevanten Markt für Mobilfunkgespräche (inklusive Kurznachrichten, SMS) gemeinsam marktbeherrschend sind und ob die Preisdifferenzierung missbräuchlich ist. Beide Fragen wurden trotz eines nicht unerheblichen Ermittlungsaufwands letztlich offengelassen. Zwar hatten die Ermittlungen eine Reihe von Anhaltspunkten für fehlenden Binnenwettbewerb zwischen den beiden führenden Netzbetreibern ergeben. Dazu gehört der hohe gemeinsame Marktanteil, die über Jahre zu beobachtende Symmetrie der Marktanteile, die weitgehend ähnliche Ausstattung mit Frequenzen, die Verfügbarkeit über ähnlich ausgestattete Netze, ähnliche Finanzkraft und EBITDA-Margen. Hinzu kommt das weitgehend parallele Marktverhalten im Hinblick auf Preisänderungen und die Einführung neuer Tarife oder Produkte sowie der Umstand, dass Wettbewerbsimpulse auf dem Mobilfunkmarkt in der Vergangenheit nur von Oligopolaußenseitern, nämlichen den beiden kleineren Mobilfunknetzbetreibern, ausgingen. Auch können niedrigere On-Net-Tarife nach Auffassung des Bundeskartellamtes im Zusammenhang mit zweijährigen Tariflaufzeiten Marktverschließungseffekte haben. Gleichwohl verzichtete das Amt sowohl auf die Ausermittlung der Marktbeherrschung als auch auf die Feststellung der Missbräuchlichkeit der praktizierten Tarife. Begründet wird dies damit, dass die On-Net-Tarife als Grundlage für den Missbrauchsvorwurf im Markt an Bedeutung verlieren. Stattdessen seien dort zunehmend sog.

[119] Vgl. dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 520.

[120] Vgl. Bundesregierung, Erste Verordnung zur Änderung der Konzessionsabgabenverordnung, Bundesratsdrucksache 358/99 vom 9. Juni 1999, S. 4.

All-Net-Tarife anzutreffen, bei denen die Gespräche in sämtliche Netze gleich bepreist werden. Ein eventueller Missbrauch sei vor diesem Hintergrund für die Zukunft nicht mehr zu erwarten.

457. Kritisch an diesem Fall sind die lange Verfahrensdauer und der Umstand, dass das Verfahren trotz eines nicht unerheblichen Ermittlungsaufwands ohne Verfügung eingestellt wurde. Eine Verfahrensdauer von zweieinhalb Jahren überschreitet nach Auffassung der Monopolkommission den tolerierbaren Zeitrahmen im Missbrauchsverfahren. Zwar sehen weder das nationale Recht noch das Unionsrecht im Rahmen der kartellbehördlichen Missbrauchsaufsicht Fristen vor. Auch sind längere Verfahrenszeiträume eher die Regel denn die Ausnahme. Ein Grund dafür mag sein, dass die Zusammenschlusskontrolle nach deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht an vergleichsweise enge Fristen gebunden ist, was dazu führt, dass Missbrauchsverfahren in der kartellbehördlichen Praxis zeitlich nachrangig behandelt werden. Lange Verfahrensdauern gehen allerdings zulasten der von den missbräuchlichen Verhaltensweisen betroffenen Unternehmen oder Konsumenten. Im Fall von Behinderungsmissbräuchen sind die Geschädigten des Missbrauchs Unternehmen mit einer nachgeordneten Marktstellung. Je länger sie einem etwaigen Behinderungsmissbrauch ausgesetzt sind, desto größer ist die Gefahr, dass sie im Wettbewerb mit dem oder den marktmächtigen Unternehmen dauerhaft zurückfallen oder gar aus dem Markt ausscheiden.

3. Zusammenschlusskontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

3.1 Statistischer Überblick

458. Die Fusionskontrollstatistik des Bundeskartellamtes weist für den Berichtszeitraum 2008/2009 der Monopolkommission einen deutlichen Rückgang der Fallzahlen gegenüber den Vorjahren auf. Die Zahl der angemeldeten Zusammenschlüsse sank von 4 069 in den Jahren 2006 und 2007 auf etwa 2 675 in diesem Berichtszeitraum.[121]

459. Dieser Rückgang ist zum einen zurückzuführen auf die weltweite Krise an den Finanzmärkten, die im Berichtszeitraum ihren (vorläufigen) Höhepunkt erreichte, den daraus folgenden Finanzierungsschwierigkeiten von Unternehmen und deren genereller Zurückhaltung. Zum anderen hat die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle in § 35 Absatz 1 Nummer 2 GWB die vom Gesetzgeber intendierte erhebliche Reduzierung der Anmeldezahlen im Fusionskontrollverfahren zur Folge gehabt.[122] Eine Quantifizierung der Einzeleffekte ist hier jedoch nicht möglich. Darüber hinaus ist festzustellen, dass ein signifikanter Rückgang sämtlicher ausgewiesener Einzeldaten bereits zwischen den Berichtsjahren 2007 und 2008, also vor dem (vollen) Einsetzen der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise und vor der Einführung der zweiten Inlandsumsatzschwelle, stattgefunden hat.

460. Die Statistik der angezeigten vollzogenen Zusammenschlüsse kann nicht weiter fortgeführt werden, da Vollzugsanzeigen in der Statistik des Bundeskartellamtes nicht mehr gesondert erfasst werden und insoweit statistische Daten nicht verfügbar sind. Seit Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle 2005 werden Vollzugsanzeigen nicht mehr im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Der Vollzug von Zusammenschlüssen wird dem Bundeskartellamt weiterhin angezeigt, aber nicht mehr statistisch aufbereitet. Daher wird seit dem Berichtszeitraum 2005/2006 des Bundeskartellamtes auf die Zahl der Anmeldungen abgestellt. Um einen Bruch in der Berichterstattung zu vermeiden und die Vergleichbarkeit zu den Vorperioden zu gewährleisten, wurden die entsprechenden Vollzugsanzeigen letztmalig für den vorigen Berichtszeitraum 2006/2007 im Rahmen einer Sonderauswertung erhoben und sind hier nochmals aufgeführt.

461. Erstmals erfasst werden hier Vorfeldfälle und nachträgliche Prüfungen bereits vollzogener Zusammenschlüsse im Entflechtungsverfahren. Als Vorfeldfälle werden solche Zusammenschlussvorhaben bezeichnet, die wegen wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartellamtes entweder nicht bzw. modifiziert angemeldet worden sind; die hier angegebene Zahl enthält mangels gesonderter statistischer Erfassung grundsätzlich auch insoweit veranlasste Rücknahmen in erster und zweiter Phase. In diesen Fällen kann auch ohne abschließende Verfügung die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verhindert werden. Die Prüfung von anmeldepflichtigen, aber unangemeldet vollzogenen Zusammenschlüssen durch das Bundeskartellamt erfolgt seit Mai 2008 in einem einzügigen Entflechtungsverfahren.[123]

462. Für die Interpretation der Zahlen und der Abweichungen der angemeldeten Zusammenschlüsse von den angezeigten vollzogenen Zusammenschlüssen sind die zeitlichen Abstände zu beachten, die zwischen dem Zeitpunkt, zu dem die Unternehmen einen Zusammenschluss beschließen, dem Zeitpunkt der Anmeldung des Vorhabens beim Bundeskartellamt, dem Zeitpunkt des tatsächlichen Vollzugs, dem Zeitpunkt der Anzeige des Vollzugs und – bei Fällen vor dem 1. Juli 2005 – der Bekanntmachung im Bundesanzeiger liegen können. Die Zeit zwischen tatsächlichem Vollzug und Bekanntmachung und damit der statistischen Erfassung eines Falles betrug durchschnittlich drei bis sechs Monate. Teilweise sind die Angaben nicht völlig kongruent, da die Zahlen nach Kalenderjahren erfasst werden. So wird etwa über einen im Dezember eines Jahres angemeldeten Zusammenschluss vielfach erst im darauffolgenden Jahr entschieden; Anmeldung und Entscheidung werden in diesem Fall in getrennten Kalenderjahren erfasst.

---

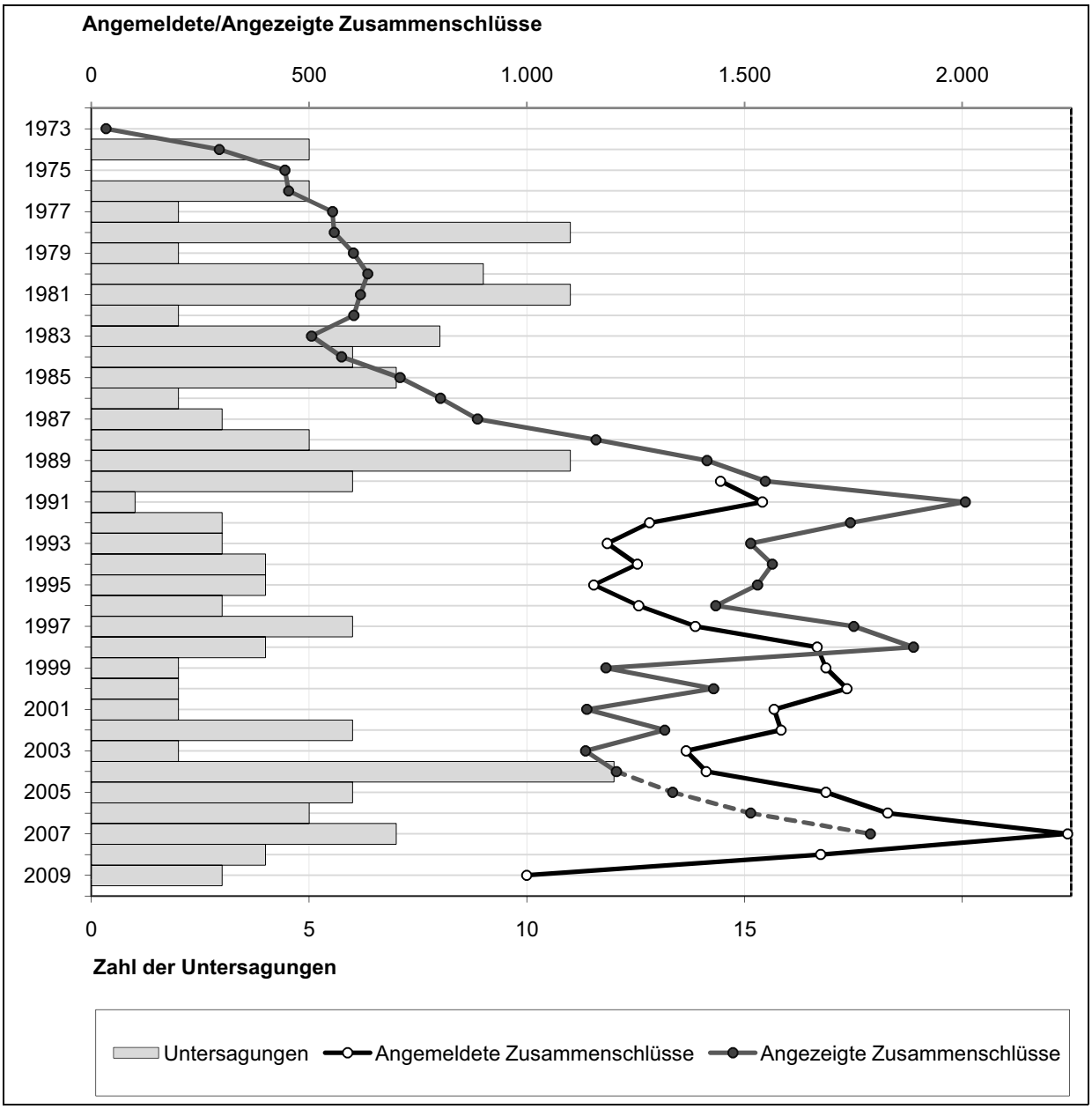
[121] Vgl. für eine umfassendere statistische Übersicht für das erste Jahr des Berichtszeitraums den Anhang des Tätigkeitsberichts des Bundeskartellamtes, Bundestagsdrucksache 16/13500 vom 22. Juni 2009, S. 177 ff.

[122] Fundierte Schätzungen gingen von einer Reduzierungswirkung von etwa einem Drittel der Fallzahlen aus; vgl. näher dazu unten Tz. 472 f.

[123] Vgl. eingehend unten Tz. 496 ff.

Abbildung IV.1

Anzahl der Fusionskontrollverfahren und der Untersagungsentscheidungen



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 Sechste GWB-Novelle. Wegen der Erhöhung der Schwellenwerte von 500 Mio. Deutsche Mark auf 1 Mrd. Deutsche Mark im Rahmen dieser Novelle hat sich die Zahl der anmeldepflichtigen Zusammenschlüsse insgesamt verringert. Im Übrigen wird auf die Anmerkungen zur inhaltsgleichen Tabelle IV.1 verwiesen.

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

Tabelle IV.1

Übersicht über die Anzahl der angezeigten und vollzogenen Zusammenschlüsse und der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission

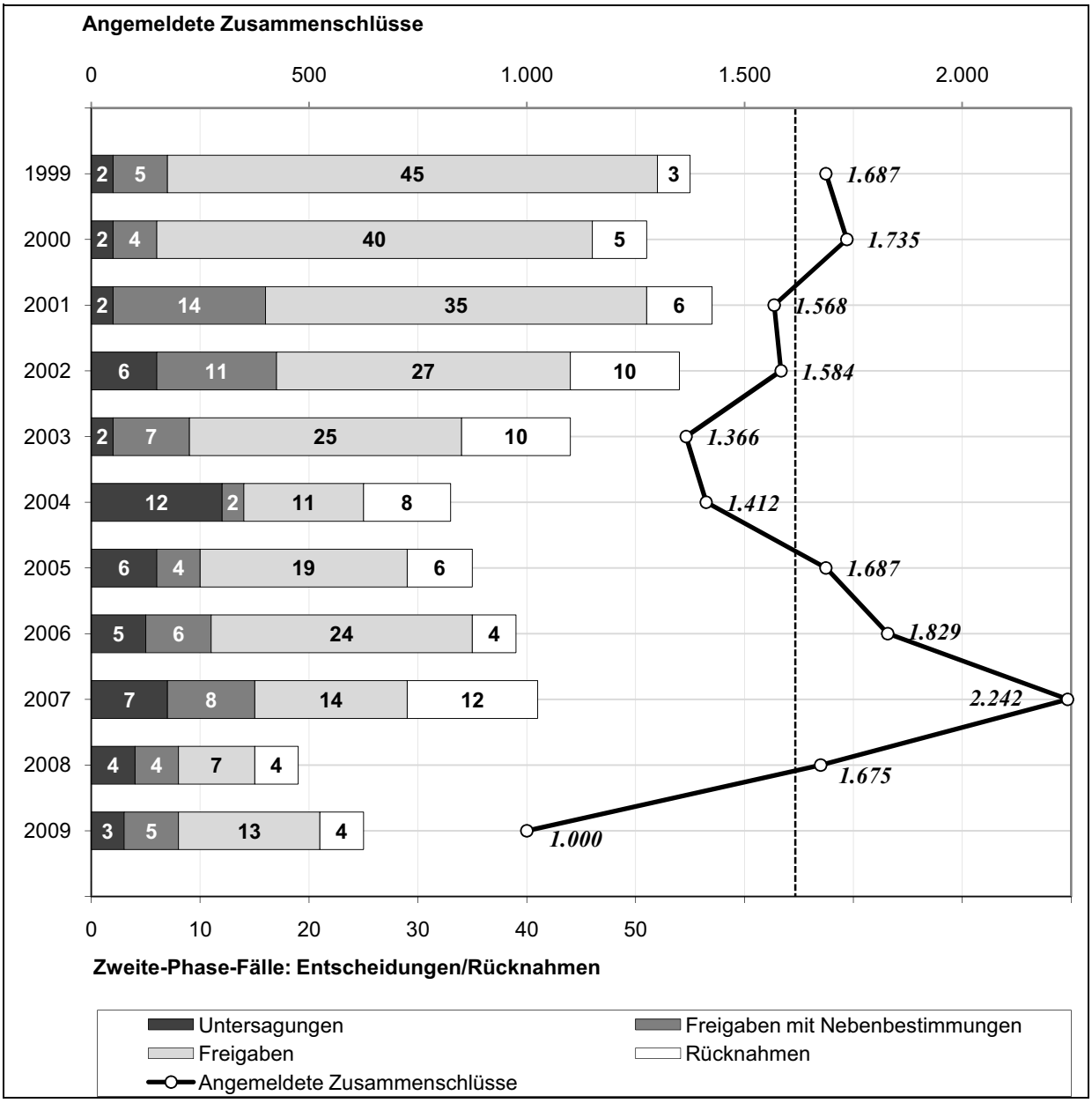
Jahr	Anzeigen vollzogener Zusammenschlüsse[1,3]	Angemeldete Zusammenschlüsse[1]	Zahl der Untersagungen
1973/1975	773		5
1976/1977	1.007		7
1978/1979	1.160		14
1980/1981	1.253		21
1982/1983	1.109		10
1984/1985	1.284		13
1986/1987	1.689		5
1988/1989	2.573		16
1990/1991	3.555	2.986	7
1992/1993	3.257	2.467	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	3.099	18
2006/2007	3.303[2]	4.071	12
2008/2009	–[3]	2.675[4]	7
davon: 2008	–[3]	1.675	4
2009	–[3]	1.000[4]	3
Insgesamt	**(bis 2007) 37.872[3]**	**(seit 1990) 29.957[4]**	**178**

[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] Der Vollzug von Zusammenschlüssen wird seit 2007 nicht mehr gesondert statistisch erfasst. Daher wird ab diesem Zeitpunkt nur mehr auf die Zahl der Anmeldungen abgestellt. Zur besseren Vergleichbarkeit sind die Zahlen über Vollzugsanzeigen bis 2007 weiterhin aufgeführt.
[4] Vorläufiger Wert.

Quelle: Bundeskartellamt

Abbildung IV.2

Anzahl der Fusionskontrollanmeldungen und der Hauptprüfverfahren



Anmerkung: Zur Erläuterung der Einzelheiten vgl. die Anmerkungen zur teilweise inhaltsgleichen Tabelle IV.2.

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben des Bundeskartellamtes

Tabelle IV.2

Übersicht über den Stand der deutschen Zusammenschlusskontrolle 2006 bis 2009

		2006	2007	2008	2009[1]
I.	Fusionskontrollverfahren				
	Eingegangene Anmeldungen nach § 39 GWB	1.829	2.242	1.675	rd. 1.000
	Vorfeldfälle[2]	15	19	20	
	Fusionsprüfung im Entflechtungsverfahren[3]	–	–	[4]	
II.	Vorprüfverfahren (Erste-Phase-Fälle)				
	Freigabe ohne Nebenbestimmungen	1.649	2.082	1.573	
	Eintritt ins Hauptprüfverfahren	39	41	19	25
	Rücknahme/Einstellung	40	26	52	
	Keine Kontrollpflichtigkeit[5]	91	126	117	
III.	Hauptprüfverfahren (Zweite-Phase-Fälle)				
	Entscheidungen	35	29	15	21
	davon: Freigabe ohne Nebenbestimmungen	24	14	7	13
	Freigabe mit Nebenbestimmungen	6	8	4	5
	Untersagung	5	7	4	3
	Rücknahme/Einstellung	4	12	4	4

1 Teilweise vorläufige Zahlen; fehlende Angaben waren bis Redaktionsschluss nicht verfügbar.

2 Als Vorfeldfälle werden solche Zusammenschlussvorhaben bezeichnet, die wegen wettbewerblicher Bedenken des Bundeskartellamtes entweder nicht bzw. modifiziert angemeldet worden sind; die hier angegebene Zahl enthält mangels gesonderter statistischer Erfassung grundsätzlich auch insoweit veranlasste Rücknahmen in erster und zweiter Phase. In diesen Fällen kann auch ohne abschließende Verfügung die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verhindert werden. Die Zahlen waren vom Bundeskartellamt nicht für Einzeljahre verfügbar und werden daher als Mittel der verfügbaren Zweijahreswerte angegeben.

3 Unangemeldet vollzogene, aber anmeldepflichtige Zusammenschlüsse werden nach der neueren Praxis des Bundeskartellamtes seit 2008 im Entflechtungsverfahren geprüft. Für 2008 werden in Zukunft die Verfahren ab Veröffentlichung des entsprechenden Merkblatts des Bundeskartellamtes am 13. Mai 2008 erfasst.

4 Angabe bis Redaktionsschluss nicht verfügbar.

5 Die Feststellung fehlender Kontrollpflichtigkeit erfolgt lediglich in absoluten Ausnahmefällen erst im Hauptprüfverfahren, etwa wenn die genaue Marktabgrenzung zur Anwendung der Bagatellmarktklausel des § 35 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB führt.

Quelle:Bundeskartellamt

Tabelle IV.3

Art des Zusammenschlusstatbestands der beim Bundeskartellamt zwischen 2006 und 2009 angemeldeten Unternehmenszusammenschlüsse

		2006	2007	2008	2009[1]
Insgesamt		1.829	2.242	1.675	ca. 1.000
I.	Vermögenserwerb	422	394	271	
II.	Kontrollerwerb	1.253	1.445	1.142	
	davon: Anteilserwerb	928	1.204	948	
	durch Vertrag	121	60	65	
	Gemeinschaftsunternehmen	144	181	129	
III.	Anteilserwerb	145	286	180	
	davon: Mehrheitserwerb	24	30	26	
	Minderheitserwerb	37	76	47	
	Gemeinschaftsunternehmen	84	180	107	
IV.	Veränderung der Kontrolle	60	95	58	
V.	Wettbewerblich erheblicher Einfluss	9	22	24	
Insgesamt		**1.829**	**2.242**	**1.675**	

1 Fehlende Angaben waren bis Redaktionsschluss nicht verfügbar.

Quelle:Bundeskartellamt

3.2 Verfahrensfragen und Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften

3.2.1 Anwendung in hoheitlich überlagerten Bereichen

463. Die Fusionskontrollvorschriften des GWB werden seit ihrer Einführung auch auf Zusammenschlüsse von Unternehmen in Staatshand angewandt[124]. Bei Unternehmenszusammenschlüssen in wesentlich durch staatlichen Einfluss oder Sondergesetze bestimmten Wirtschaftsbereichen wird jedoch immer wieder vorgebracht, eine Transaktion unterliege nicht der Fusionskontrolle, weil das GWB durch sondergesetzliche Bereichsausnahmen verdrängt würde oder weil die Transaktion als hoheitliches Handeln dem Anwendungsbereich des GWB entzogen sei. In diesem Zusammenhang hervorzuheben sind vor allem zwei in den Berichtszeitraum fallende, rechtskräftige Entscheidungen des OLG Düsseldorf mit Bezug auf den Glücksspiel- und auf den Krankenhausmarkt, die anschaulich die geringe Tragkraft solcher Ausnahmeargumente demonstrieren.

3.2.1.1 Fusionskontrolle im Krankenhaussektor

464. Die uneingeschränkte Anwendbarkeit der Vorschriften über die Fusionskontrolle auf Zusammenschlüsse von Krankenhäusern hatte bereits der BGH in seinem Urteil im Verfahren Kreiskrankenhaus Bad Neustadt festgestellt.[125] Danach stehen die Vorschriften über die Fusionskontrolle und die über die Krankenhausfinanzierung gleichrangig nebeneinander. Der Beschluss des OLG Düsseldorf im Verfahren Asklepios/Mariahilf führt weitergehend aus, dass auch die verbindliche Aufnahme der fusionierenden Krankenhäuser als einzelne Betriebseinheit in den Krankenhausplan nach Krankenhausfinanzierungsgesetz die Anwendbarkeit der Zusammenschlusskontrolle nicht hindert.[126] Denn aus dieser einheitlichen Aufnahme in den Krankenhausplan ergeben sich zwar Rechte der Einheit nach der Fusion. Entscheidend aber sei das Fehlen einer Verpflichtung der beiden Krankenhausträger zur Fusion aus dem Krankenhausplan, weshalb auch in diesem Falle der Zusammenschluss als unternehmerisches Handeln erfasst werde.

3.2.1.2 Fusionskontrolle im Glücksspielmarkt

465. Im Verfahren Lotto Rheinland-Pfalz entschied das OLG Düsseldorf[127] unter Aufhebung der Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes[128], dass die Übernahme der Lotto Rheinland-Pfalz GmbH durch das Land Rheinland-Pfalz deshalb nicht den Fusionskontrollvorschriften unterliege, weil nach der vorangegangenen Änderung des Glücksspielstaatsvertrags und des Landesglückspielgesetzes Rheinland-Pfalz[129] der betroffene Lotteriemarkt als öffentliches Monopol organisiert und insoweit der Fusionskontrolle entzogen sei. Diese Entscheidung der Bundesländer in Glücksspielstaatsvertrag und Landesglückspielgesetzen aber unterliege als hoheitliches Handeln keiner Aufsicht des Bundeskartellamtes. Auch aus Artikel 31 GG („Bundesrecht bricht Landesrecht“) ergebe sich nichts anderes, da infolge der hoheitlichen Monopolbestimmung der betroffene Markt keinem Wettbewerb unterliege und das bundesrechtliche GWB deshalb schon nicht anwendbar sei, also auch kein Normenkonflikt vorliege.

3.2.1.3 Effektive Reichweite der Fusionskontrolle

466. Während das OLG im Fall Lotto Rheinland-Pfalz die Kausalität des Zusammenschlusses für die Wettbewerbsverschlechterung ablehnt, ist es im Verfahren Asklepios/Mariahilf deutlicher auf die Voraussetzungen eingegangen, nach denen Zusammenschlüsse infolge hoheitlicher Vorgabe der Fusionskontrolle entzogen sein können. Es wendet dabei den Grundsatz an, dass das GWB nur die Aufsicht über unternehmerisches Handeln begründet, hoheitliches Handeln jedoch grundsätzlich nicht der allgemeinen Wettbewerbskontrolle durch das Bundeskartellamt unterliegt. Allerdings gilt bei Zusammenschlüssen von Unternehmen der öffentlichen Hand nach allgemeinen Grundsätzen generell das Fusionskontrollrecht (§ 130 Absatz 1 GWB). Dabei kann angesichts der möglichen Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht die bloße Form der Veranlassung des Zusammenschlusses über dessen Fusionskontrollpflichtigkeit entscheiden. Denn dann hätten die Bundesländer die beliebige Möglichkeit, ihnen gehörigen Unternehmen zu rechtswidriger Marktbeherrschung zu verhelfen. Insoweit kommt allein dem Unternehmensbegriff die Unterscheidungsfunktion hinsichtlich der Wettbewerbskontrolle zu:[130] Unternehmerische Strukturmaßnahmen unterliegen dem GWB, allein staatsorganisationsrechtliche Strukturmaßnahmen sind als inhaltlich hoheitliche Maßnahmen von der Fusionskontrolle ausgenommen.[131]

Entscheidend für diese Auffassung spricht weiter, dass bereits in § 24a Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 GWB a. F. bis 1998 ausdrücklich geregelt war, dass auch und gerade solche Zusammenschlüsse anzumelden (und also unabhängig vom Erreichen der Umsatzschwellen fusionskontrollpflichtig) waren, die „nach Landesrecht durch Gesetz

---

[124] Zuerst im Zusammenschlussverfahren BKartA, Beschluss vom 7. Januar 1974, B8-33/74, WuW/E BKartA 1457 „VEBA/Gelsenberg“; vgl. dazu zuletzt Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 530 ff.

[125] Vgl. BGH, Beschluss vom 16. Januar 2008, KVR 26/07, WuW/E DE-R 2327 „Kreiskrankenhaus Bad Neustadt“; vgl. dazu ausführlich Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 531 f.

[126] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Oktober 2008, VI-Kart 10/07 (V) „Asklepios/Mariahilf“; vgl zu dem Verfahren Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 530 ff.

[127] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. September 2008, VI-Kart 19/07 (V), WuW/E DE-R 2436 „Lotto Rheinland-Pfalz“.

[128] BKartA, Beschluss vom 29. November 2007, B6-158/07, WuW/E DE-V 1517; vgl. dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 593 ff.

[129] Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland, in Kraft getreten zum 1. Januar 2008, Landesgesetz zu dem Glücksspielstaatsvertrag vom 3. Dezember 2007, GVBl. RP 2007, Nr. 16, S. 240.

[130] Vgl. eingehender zum Unternehmensbegriff oben Tz. 398 ff.

[131] So schon BKartA, Beschluss vom 13. Dezember 2006, B3-1001/06, vormals B10-29/06 „Region Hannover/Klinikum Region Hannover“, Tz. 36 ff.; vgl. dazu bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 533.

oder durch sonstigen Hoheitsakt bewirkt werden“ sollten. Ein Wille des Gesetzgebers zur Änderung dieser Erfassung hoheitlich bewirkter Fusionen ist ausweislich der Gesetzesbegründung und auch sonst nicht ersichtlich.[132]

467. Aber auch auf nach diesen Kriterien prima facie nicht dem GWB unterworfene Zusammenschlüsse kann nach genauerer Prüfung die Fusionskontrolle anwendbar sein. So betont das OLG im Beschluss Asklepios/Mariahilf zu Recht, dass nur die rechtlich verbindlichen, notwendigen Verpflichtungen aufgrund von Hoheitsakten die Unanwendbarkeit des GWB auf Unternehmenszusammenschlüsse zur Folge haben können. Das setzt zum einen das direkte Gebot des hoheitlichen Rechtsaktes an den/die Normunterworfenen zum Zusammenschluss, zum anderen die Wirksamkeit des zugrunde liegenden Rechtsaktes voraus.

468. Entscheidend für die Wirksamkeit des dem Monopol zugrunde liegenden Rechtsaktes sind regelmäßig die Maßstäbe des Grundgesetzes, namentlich des Artikel 12 Absatz 1 (Berufsfreiheit), sowie die Maßstäbe des europäischen Rechts, vor allem Artikel 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) und Artikel 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit). Insbesondere das europäische Recht setzt für ein solches hoheitlich eingerichtetes Monopol voraus, dass dieses tatsächlich dem es begründenden Anliegen gerecht wird und seinen Zweck in kohärenter und systematischer Weise verfolgt.[133] Ob vorliegend die Vorschriften des Glücksspielstaatsvertrags bzw. des rheinland-pfälzischen Glücksspielgesetzes diesen Anforderungen genügen, vermag hier nicht abschließend beurteilt zu werden.[134] Angesichts der weiterhin dominierenden Gewinnerzielungsabsicht des staatlichen Lotteriebetriebs und der fehlenden Erfassung des Automatenglücksspiels erscheinen Zweifel vorliegend jedoch nicht unangebracht.

469. Im Fall Lotto Rheinland-Pfalz lagen bereits zwei in der Entscheidung des OLG Düsseldorf zitierte, die Vereinbarkeit des Glückspielstaatsvertrags mit deutschem Verfassungs- und mit Europarecht bestätigende zweitinstanzliche Verwaltungsgerichtsentscheidungen vor, sodass dort eine genauere Auseinandersetzung des OLG mit diesen auch politisch problematischen Fragen entbehrlich geschienen haben mag. Grundsätzlich jedoch ist eine detaillierte Überprüfung solcher Monopole schaffenden Vorschriften an den maßgeblichen höherrangigen Normen unentbehrlich. Denn eine unkritische Annahme der Verdrängung des GWB durch jegliche derart wirkende (Landes-)Vorschrift liefe nicht allein den Grundwertungen der genannten verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Vorschriften sowie der Vorschrift des § 130 Absatz 1 Satz 1 GWB zuwider. Sie würde darüber hinaus auch die politisch determinierte Schaffung ineffizienter Monopole unnötig erleichtern und den grundsätzlichen Vorrang des bundesgesetzlichen GWB vor landesrechtlichen Normen (Artikel 31 GG: „Bundesrecht bricht Landesrecht“) aushebeln.

470. Festzuhalten bleibt, dass die Anwendung der Fusionskontrollvorschriften zwar in engen Ausnahmefällen durch verbindliche, den Wettbewerb ausschließende hoheitliche Anordnungen verdrängt sein kann, die zugrunde liegenden Vorschriften und Entscheidungen allerdings – auch bei Verfolgung öffentlicher Zwecke[135] – strengen Anforderungen in Bezug auf den mit der Monopolanordnung verfolgten Zweck sowie die Geeignetheit, Verhältnismäßigkeit und Kohärenz dieses Mittels unterliegen. Zu einer Kontrolle dieser Voraussetzungen im einzelnen sind das Bundeskartellamt und die Gerichte auch verpflichtet.[136] Auf diese Verpflichtung weist die Monopolkommission ausdrücklich hin und begrüßt die Erfolge und Bestrebungen des Bundeskartellamtes zum Schutze des Wettbewerbs auch in hoheitlich determinierten Bereichen.

3.2.2 Zusammenschlüsse mit Auslandsberührung

471. Zusammenschlüsse, deren Parteien nicht in Deutschland ansässig sind, können gleichwohl der deutschen Fusionskontrolle unterliegen. Voraussetzung einer Anwendung des GWB sind Auswirkungen auf den Wettbewerb in Deutschland. Dieses in § 130 Absatz 2 GWB verankerte Auswirkungsprinzip hat im Berichtszeitraum zwei Präzisierungen erfahren: Nach Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle müssen für die Anwend-

[132] Vgl. Bundestagsdrucksache 13/9720 vom 29. Januar 1998, S. 55, 58, sowie die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft, Bundestagsdrucksache 13/10633 vom 6. Mai 1998.

[133] Bei Eignung der Maßnahme zur Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels; vgl. EuGH, Urteil vom 6. März 2007, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-1891 „Placanica“, Rn. 53; EuGH, Urteil vom 10. März 2009, C-169/07, Slg. 2009, I-1721 „Hartlauer“, Rn. 55, sowie EuGH, Urteil vom 8. September 2009, C-42/07 „Liga Portuguesa“, Rn. 62.

[134] Der Glücksspielstaatsvertrag ist Gegenstand verschiedener – allerdings in erster Linie auf Sportwetten bezogener – Vorlageverfahren vor dem EuGH, unter anderem Verfahren C-46/08 „Carmen Media Group“, sowie eines Vertragsverletzungsverfahrens der Europäischen Kommission; vgl. das Aufforderungsschreiben der Europäischen Kommission, Vertragsverletzung-Nr. 2007/4866 vom 31. Januar 2008. Zwischenzeitlich hat eine Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts die Vereinbarkeit des Glücksspielstaatsvertrags mit deutschem Verfassungsrecht angenommen, vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 14. Oktober 2008, 1 BvR 928/08. Demgegenüber sind verschiedene Gerichte zumindest von einer Europarechtswidrigkeit von Vorschriften des Glückspielstaatsvertrags ausgegangen, vgl. etwa VG Berlin, Urteil vom 22. September 2008, 35 A 15.08; LG Hamburg, Urteil vom 20. Februar 2009, 408 O 12/09. Der Glücksspielstaatsvertrag tritt regulär erst Ende 2011 außer Kraft, zumindest ein Bundesland dringt offenbar bereits seit Ende 2009 auf vorzeitige Kündigung. Die Erforderlichkeit einer Neuregelung durch regulierte Marktöffnung wird mittlerweile weitgehend nicht mehr infrage gestellt.

[135] Vgl. dazu bereits oben Tz. 398 ff., 401.

[136] Vgl. zur unmittelbaren Anwendbarkeit der europarechtlichen Vorschriften schon EuGH, Urteil vom 16. August 1962, 26/62, Slg. 1963, 3 „van Gend en Loos“, sowie EuGH, Urteil vom 20. Februar 1964, 6/64, Slg. 1964, 1203 „Costa/ENEL“. Die Unanwendbarkeit europarechtswidriger nationaler Rechtsvorschriften ist von der Kartellbehörde ex nunc festzustellen: vgl. EuGH, Urteil vom 9. September 2003, C-198/01, Slg. I-2003, 8055 „CIF“, Tz. 51, 55; vgl. auch BGH, Beschluss vom 14. August 2008, KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408 „Lottoblock“, Rn. 83, nach dem das Bundeskartellamt Unternehmen zur Nichtanwendung rechtswidriger Monopolvorschriften verpflichten muss.

barkeit der deutschen Fusionskontrolle nunmehr mindestens zwei fusionsbeteiligte Parteien signifikante Umsätze in Deutschland aufweisen. Daneben hat eine Entscheidung des OLG Düsseldorf klargestellt, dass nach dem GWB auch solche Fusionen vollständig untersagt werden können, deren beteiligte Unternehmen nur einen Bruchteil ihrer Umsätze in Deutschland erzielen, wenn die im Ausland veranlasste Wettbewerbsbeschränkung aufgrund konkreter Umstände geeignet ist, den inländischen freien Wettbewerb unmittelbar und spürbar zu beeinträchtigen.

3.2.2.1 Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle

472. Bis März 2009 war die deutsche Fusionskontrolle schon dann auf einen Zusammenschluss anwendbar, wenn lediglich eines der beteiligten Unternehmen Umsätze in Deutschland aufwies. Seither hat das Dritte Mittelstandsentlastungsgesetz[137] in § 35 Absatz 1 Nummer 2 GWB eine zweite Inlandsumsatzschwelle eingefügt. Danach unterliegen Zusammenschlüsse nur dann der deutschen Fusionskontrolle, wenn die beteiligten Unternehmen weltweite Jahresumsatzerlöse von mehr als 500 Mio. Euro sowie im Inland mindestens ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. Euro und (dies das neue Kriterium) ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 5 Mio. Euro aufweisen.[138]

473. Diese Gesetzesänderung reduziert die den Unternehmen durch die Anmeldepflicht nach § 39 GWB obliegenden Pflichten, entsprechende Belastungen der Privatwirtschaft und Verwaltungskosten.[139] Zudem wurde damit der Forderung nach einer Reduzierung der nationalen Anmeldepflichten für (internationale) Zusammenschlüsse ohne erhebliche Inlandsauswirkungen entsprochen, die in letzter Zeit angesichts der stark zunehmenden Anzahl nationaler Fusionskontrollsysteme und entsprechender Anmeldepflichten immer dringlicher gestellt worden war. Die Beschränkung der Anwendung des deutschen Kartellrechts nach § 130 Absatz 2 GWB auf Sachverhalte mit „spürbarer“ Auswirkung in Deutschland kann diese Aufgabe nicht allein erfüllen, da die beteiligten Unternehmen die „Spürbarkeit“ und ihre daraus folgende Anmeldepflicht oft selbst schlecht einschätzen können. Die zweite Inlandsumsatzschwelle bringt also Rechtssicherheit und reduziert bei Fusionen ohne erhebliche Inlandsberührung den Transaktionsaufwand für beteiligte Unternehmen und das Bundeskartellamt.[140] Allerdings dürfte in Einzelfällen so auch der Weg für manche Zusammenschlüsse geöffnet werden, die wettbewerbsschädlich sind und nunmehr keiner Kontrolle unterliegen. Die Anzahl solcher Zusammenschlüsse ist zwar schlecht abzuschätzen. Allerdings ist, auch da viele Auslandszusammenschlüsse von der Europäischen Kommission überprüft werden, in den letzten beiden Berichtszeiträumen kein deutscher Untersagungsfall ersichtlich, der heute nicht mehr erfasst würde. Eine konkret nachweisbare Absenkung des Schutzniveaus ist also zumindest für diesen Zeitraum nicht feststellbar. Das ist entscheidend dem im Vergleich mit der früheren Diskussion niedrig angesetzten Umsatzwert von 5 Mio. Euro zu verdanken.[141] Den von der Monopolkommission früher geäußerten Bedenken[142] ist so weitgehend Rechnung getragen worden. Die Monopolkommission geht davon aus, dass die mit der Gesetzesänderung verbundene Einschränkung des GWB grundsätzlich durch den anderweitigen Einsatz von solcherart eingesparten Ressourcen aufgewogen wird.

474. Dieses zweite Umsatzerfordernis nimmt entsprechend seiner Intention auch jene Zusammenschlüsse von der Fusionskontrolle aus, die ohne Auslandsberührung auf einer Seite ein Unternehmen betreffen, das die nunmehr geforderten 5 Mio. Euro Jahresumsatz (knapp) nicht erreicht. Das mag in vielen Fällen von tatsächlich geringen gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen sein. Allerdings wird so dem Bundeskartellamt die Möglichkeit genommen, in (seltenen) Fällen einer beginnenden Konzentrationstendenz oder in noch relativ jungen Märkten unterschwellige Zusammenschlüsse zu kontrollieren, die mittelfristig erhebliche Auswirkungen haben können. Diese reinen Inlandsauswirkungen erscheinen auch der Monopolkommission jedoch vor dem Hintergrund der dadurch erreichten Transaktions- und Verwaltungskostenersparnis zumindest vorläufig gerechtfertigt.

475. Ein Folgeproblem allerdings bedarf der zeitnahen Nachbesserung. Durch die zweite Inlandsumsatzschwelle sind für Unternehmen Anreize entstanden, zur Vermeidung der deutschen Fusionskontrolle größere Transaktionen mit Auslandsbezug so aufzuteilen, dass jeder einzelne (Teil-)Zusammenschluss nicht mehr durch das GWB erfasst wird. In der Praxis des Bundeskartellamtes haben sich bereits mehrfach Hinweise auf solche künstlich aufgespaltenen Zusammenschlüsse ergeben. Diese Umgehungsstrategien sind im Gesetzgebungsverfahren offenbar nicht vorhergesehen worden,[143] lassen sich aber, etwa wie in der europäischen Fusionskontrollverordnung,[144] durch eine Zusammenrechnungsvor-

---

[137] Drittes Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft (Drittes Mittelstandsentlastungsgesetz) vom 17. März 2009, BGBl. I S. 550.

[138] Bei ausschließlicher Zuständigkeit der Europäischen Kommission nach der Fusionskontrollverordnung allerdings wird die deutsche Fusionskontrolle verdrängt; vgl. § 35 Absatz 3 GWB.

[139] So zu Recht die Gesetzesbegründung, Bundestagsdrucksache 16/10490 vom 7. Oktober 2008, S. 8, 10 ff.

[140] Eine konkrete Auswirkung nach Anmeldezahlen lässt sich nicht isolieren, da deren erheblicher Rückgang zum Teil auch anderen Gründen, insbesondere der wirtschaftlichen Gesamtsituation zuzuschreiben ist; Schätzungen gehen aber von einer durch die Gesetzesänderung bedingten Reduktion um bis zu einem Drittel aus; vgl. die statistische Übersicht oben in Abschnitt 3.1.

[141] Bei einer zweiten Inlandsumsatzschwelle von – wie im Gesetzgebungsverfahren diskutiert – 25 Mio. Euro hingegen wären in diesem Zeitraum mehrere untersagte bzw. nur mit Nebenbestimmungen freigegebene Zusammenschlüsse nicht von der deutschen Fusionskontrolle erfasst worden.

[142] Vgl. schon Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Hauptgutachten 1994/ 1995, Baden-Baden 1996, Tz. 990; zuletzt Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 60, 529.

[143] Vgl. Gesetzesbegründung, Bundestagsdrucksache 16/10490 vom 7. Oktober 2008, S. 19.

[144] Vgl. Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG Nr. L 24 vom 29. Januar 2004, S. 1, Artikel 5 Absatz 2 Satz 2.

schrift erfassen, nach der die Umsätze von innerhalb eines Zeitraums zwischen den gleichen Beteiligten übertragenen Unternehmen für die Berechnung der Inlandsumsatzschwelle addiert werden müssten. Vor diesem Hintergrund rät die Monopolkommission dringend zur Anfügung einer solchen Summierungsklausel an § 35 Absatz 1 Satz 1 GWB. Deren Wortlaut könnte in Anlehnung an die FKVO etwa lauten:

„Zwei oder mehr Erwerbsvorgänge im Sinne von Satz 1 Nr. 2, die innerhalb von zwei Jahren zwischen denselben Personen oder Unternehmen[145] getätigt werden, werden hingegen als ein einziger Zusammenschluss behandelt, der zum Zeitpunkt des letzten Erwerbsvorgangs stattfindet."

3.2.2.2 Zusammenschlüsse mit Schwerpunkt im Ausland

476. Nach § 130 Absatz 2 GWB ist das deutsche Kartellrecht auch auf alle außerhalb Deutschlands veranlassten Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar, soweit sie sich im deutschen Inland auswirken. Das OLG Düsseldorf hat dieses – international anerkannte – Auswirkungsprinzip in seiner Entscheidung im Fall Phonak/ReSound im Einzelnen präzisiert.[146]

In der durch das OLG bestätigten Entscheidung des Bundeskartellamtes war die Übernahme dänischer, deutscher und US-amerikanischer Tochtergesellschaften der dänischen GN ReSound durch die in der Schweiz ansässige Phonak untersagt worden,[147] während die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen weniger als 10 Prozent ihres weltweiten und weniger als 20 Prozent ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in Deutschland erwirtschaften. Das Staatssekretariat für Wirtschaft der Schweizerischen Eidgenossenschaft hatte in einer Eingabe geltend gemacht, dass sich der Schwerpunkt des Zusammenschlusses im Ausland befinde, die Auswirkungen der geplanten Fusion vor allem in den beiden Hauptsitzländern anfielen und das Vorhaben dort entweder kontrollfrei oder kartellbehördlich gestattet worden sei. Deshalb müsse das Interesse der Bundesrepublik Deutschland, die mit der Fusion verbundenen Inlandswirkungen abzuwehren, dem nationalen Interesse Dänemarks und der Schweiz an dem Zusammenschlussvorhaben Vorrang gewähren.

477. Die durch den Zusammenschluss im Ausland veranlasste Wettbewerbsbeschränkung war auch nach Ansicht des OLG Düsseldorf aufgrund konkreter Umstände geeignet, den inländischen freien Wettbewerb auf dem Markt für Hörgeräte „unmittelbar und spürbar" zu beeinträchtigen. Das solcherart verstandene Auswirkungsprinzip gemäß § 130 Absatz 2 GWB stelle eine völkerrechtlich unbedenkliche Anknüpfung für die Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts auf Auslandssachverhalte dar, weil der Schutz der eigenen Wettbewerbsordnung gegen Auslandsbeschränkungen ein legitimes Anliegen des Auswirkungsstaates sei. Dem berechtigten Interesse des ausländischen Veranlassungsstaates, dass das nationale Kartellrecht nur bei relevanten Inlandsberührungen zur Geltung komme, sei durch diese qualifizierten Anforderungen an die Inlandswirkung nach § 130 Absatz 2 GWB im Sinne einer konkreten Eignung zur unmittelbaren und spürbaren Wettbewerbsbeeinträchtigung Genüge getan: Beide Zusammenschlussbeteiligten unterhielten im Bundesgebiet Vertriebsgesellschaften, eine Tochtergesellschaft der ReSound stellte zudem in Deutschland Hörgeräte her. Durch den beabsichtigten Zusammenschluss wären Phonak sämtliche Produktions- und Vertriebsaktivitäten, die ReSound im Inland unterhielt, zugefallen, was mit einem Marktanteilszuwachs von zwischen 5 und 10 Prozent zu einer spürbaren, also mehr als nur unbedeutenden Veränderung der inländischen Wettbewerbsstruktur geführt hätte.

478. Eine Nichtanwendung der deutschen Fusionskontrollvorschriften ungeachtet vorhandener Inlandswirkungen aufgrund völkerrechtlicher Grundsätze käme – so das OLG – allein in einem Extremfall in Betracht, der hier nicht vorliege. So verbiete das völkerrechtliche Missbrauchsverbot Staaten die Anwendung und Durchsetzung ihres nationalen Kartellrechts bei Auslandssachverhalten nur dann, wenn der Nachteil, den die Rechtsanwendung dem anderen Staat zufügt, in einem krassen Missverhältnis zu dem eigenen Regelungs- und Rechtsanwendungsinteresse stehe. Das ebenfalls völkerrechtliche Einmischungsverbot verbiete es, durch Ausübung von Druck Einfluss auf die Willensbildung eines fremden Staates zu nehmen. Daraus werde überwiegend das Gebot abgeleitet, die Interessen des handelnden Staates an der Durchsetzung seiner eigenen Rechtsordnung mit den gegenläufigen Interessen der negativ betroffenen Staaten abzuwägen, was bei deutlichem Überwiegen der letztgenannten Belange in extremen Fällen zur Unanwendbarkeit des nationalen Kartellrechts führen könne.

479. Ohne über die aufgeführten völkerrechtlichen Prinzipien im Einzelnen zu entscheiden, stellte das OLG fest, dass jedenfalls schon keine berücksichtigungsfähigen Belange der betroffenen Veranlasserstaaten Schweiz und Dänemark geltend gemacht worden seien. Die Anwendung der deutschen Fusionskontrollvorschriften setzten nicht voraus, dass der Schwerpunkt eines Zusammenschlusses in Deutschland liege. Allein hier nicht vorgetragene überwiegende Interessen, keinesfalls aber wie hier die ausländische kartellrechtliche Genehmigung oder Genehmigungsfreiheit des Zusammenschlusses, vermöchten in Einzelfällen aus völkerrechtlichen Gründen die Nichtanwendung deutschen Kartellrechts zu erwirken.

480. Die Monopolkommission teilt die ausgeführte Auffassung des OLG Düsseldorf. Der Schutz des Wettbewerbs auf deutschen Märkten in Anwendung des GWB kann aufgrund völkerrechtlicher Erwägungen lediglich in besonderen Ausnahmefällen hinter erheblichen, konkre-

---

[145] Dabei werden von dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff auch nach § 36 Absatz 2 GWB verbundene Unternehmen erfasst; vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 2009, KZR 21/08 „Entega".

[146] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. November 2008, VI-Kart 8/07 (V), WuW/E DE-R 2477 „Phonak/ReSound"; insoweit unbeanstandet von BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 „Phonak/ReSound".

[147] BKartA, Beschluss vom 11. April 2007, B3-578/06, WuW/E DE-V 1365 „Phonak/ReSound".

ten und klar überwiegenden Interessen dritter Sitzstaaten von Zusammenschlussparteien zurücktreten, und dies auch nur unter der Voraussetzung, dass keine dritte Lösung, etwa vermittels Nebenbestimmungen, möglich ist. Die Anwendung nationalen Kartellrechts entsprechend dem international anerkannten Auswirkungsprinzip als Ausformung des objektiven Territorialitätsprinzips verlangt gerade nicht, dass der Schwerpunkt der gegenständlichen Handlung in dem Staat liegt, der Maßnahmen ergreift. Vielmehr ist auch nach Völkerrecht für eine nationale Zuständigkeit bereits ausreichend, wenn konkrete Umstände eine unmittelbare und spürbare Beeinträchtigung des Inlandswettbewerbs befürchten lassen.

3.2.3 Umsatzzusammenrechnung bei Anwendung der Bagatellmarktklausel

481. Die Bagatellmarktklausel des § 35 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB nimmt diejenigen Zusammenschlüsse von der Fusionskontrolle aus, die, obwohl sie deren übrige Anwendungsvoraussetzungen erfüllen, nur einen Markt betreffen, der seit mindestens fünf Jahren besteht und auf dem im letzten Kalenderjahr vor der Anmeldung weniger als 15 Mio. Euro umgesetzt wurden. Diese Ausnahme setzt die Abgrenzung des sachlich betroffenen Marktes voraus, betrifft aber die formellen Voraussetzungen der Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften. Insbesondere die Kriterien einer Zusammenrechnung der Umsätze auf verwandten betroffenen Märkten haben im Berichtszeitraum eine Behandlung durch die Gerichte erfahren, die einen schon früher aufgezeigten gesetzlichen Regelungsbedarf erneut indiziert.

482. Der Bagatellausnahme liegt die Erwägung zugrunde, dass in Märkten von geringer volkswirtschaftlicher Bedeutung auch die im schlimmsten Fall zu befürchtenden Wettbewerbsverschlechterungen angesichts des geringen Umsatzvolumens in solchen Märkten nur geringen volkswirtschaftlichen Schaden verursachen dürften. § 35 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB trifft somit eine typisierende Abwägung zwischen der Belastung für die Marktteilnehmer und das Bundeskartellamt durch die Anmelde- und Kontrollpflicht auf der einen Seite sowie den gesamtwirtschaftlichen Risikokosten von Wettbewerbsverschlechterungen durch unkontrollierte Zusammenschlüsse in Bagatellmärkten auf der anderen Seite. Vor diesem Hintergrund besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass die Umsätze separater Bagatellmärkte für die Prüfung der Umsatzschwellen der Bagatellmarktklausel immer dann zusammenzufassen sind, wenn zu erwartende Auswirkungen einem Zusammenschluss eine gesamtwirtschaftliche Bedeutung verleihen, die über die vom Gesetzgeber erfassten Kleinmärkte hinausgeht, wenn also eine isolierte Betrachtung der betroffenen Einzelmärkte dem Sinn und Zweck der Bagatellmarktklausel nicht gerecht würde, Vorhaben von der Fusionskontrolle auszunehmen, die einen gesamtwirtschaftlich unbedeutenden Markt betreffen.[148]

483. Die Frage, unter welchen konkreten Voraussetzungen sachlich relevante Märkte im Hinblick auf die Bagatellmarktklausel zusammengefasst werden können, ist allerdings auch nach Anwendung und Judikatur über nahezu vierzig Jahre weder in der Praxis des Bundeskartellamtes noch in der wissenschaftlichen Diskussion hinreichend geklärt.[149] Einige Konstellationen sind höchstrichterlich bestätigt und weitgehend anerkannt:

- der Fall einer künstlichen Marktaufteilung, in dem die Abgrenzung lokaler Teilmärkte durch ein am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen willkürlich herbeigeführt worden war,[150]
- der Fall, dass von dem Zusammenschluss eine Vielzahl benachbarter, jeweils entsprechend strukturierter räumlicher Märkte betroffen ist, die von den Zusammenschlussbeteiligten durch flächendeckende Organisationsstrukturen abgedeckt werden und die über die Bagatellmarktschwelle wesentlich hinausgehen,[151]
- der Fall, dass die Zusammenschlussbeteiligten gleichzeitig auf dem Bagatellmarkt und einem vor- oder nachgelagerten Nichtbagatellmarkt tätig sind und die Wettbewerbsbedingungen auf dem Bagatellmarkt unmittelbar darüber entscheiden, welche Wettbewerber rechtlich und tatsächlich in der Lage sind, ihre Waren oder Dienstleistungen auch auf dem anderen Markt anzubieten.[152]

484. Die ständige Praxis des Bundeskartellamtes fasst darüber hinaus sachlich eng verwandte oder benachbarte Bagatellmärkte auch dann zusammen, wenn die an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten eine einheitliche Unternehmenspolitik verfolgen und die Märkte durch im Wesentlichen homogene Wettbewerbsbedingungen gekennzeichnet sind.[153] Eine Gesamtbetrachtung sei deshalb insbesondere dann geboten, wenn die benachbarten Märkte durch eine moderate Angebotsumstellungsflexibilität geprägt seien, die den Markt bestimmenden Anbieter und Nachfrager im Wesentlichen identisch seien und die Produkte über dieselben Vertriebswege abgesetzt und einheitlich vermarktet

[148] Gesetzesbegründung zur Zweiten GWB-Novelle 1971, Bundestagsdrucksache VI/2520 vom 18. August 1971, S. 32.

[149] So wörtlich BGH, Beschluss vom 25. September 2007, KVR 19/07, WuW/E DE-R 2133 „Sulzer/Kelmix“, Rn. 22.

[150] Vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, WuW/E BGH 1810 „Transportbeton Sauerland“.

[151] Vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 1995, KVR 6/95, WuW/E BGH 3037, 3043 „Raiffeisen“; dabei sind wohl die Kriterien einer übergreifenden Betriebsstruktur und des erheblichen Überschreitens der Bagatellmarktschwelle nicht mehr in vollem Umfang erforderlich; vgl. BGH, Beschluss vom 11. Juli 2006, KVR 28/05, WuW/E DE-R 1797 „Deutsche Bahn/KVS Saarlouis, Rn. 15; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Februar 2008, VI-Kart 18/07 (V), WuW DE-R 2383 „Asphaltmischwerke Langenthal“, Rn. 31 f. sowie erneut OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2009, VI-Kart 18/07 (V), WuW DE-R 2622 „Faber/Basalt“, Rn. 82.

[152] Vgl. BGH, Beschluss vom 11. Juli 2006, KVR 28/05, WuW/E DE-R 1797,1799 „Deutsche Bahn/KVS Saarlouis“, Rn. 16.

[153] So z. B. BKartA, Beschluss vom 9. Dezember 1999, B4-106/99, WuW/E DE-V 203 „Krautkrämer/Nutronik“; BKartA, Beschluss vom 20. Dezember 2001, B 2-75/01, WuW/E DE-V 527 „Marzipanrohmasse“; BKartA, Beschluss vom 14. Februar 2007, B5-10/07, WuW/E DE-V 1340 „Sulzer/Kelmix“, Rn. 35.

würden. Die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf fordert allerdings das Vorliegen „besonderer Gründe“ als Voraussetzung für eine Zusammenrechnung der Umsätze.[154] Solche Gründe sollen insbesondere dann vorliegen, wenn die Einzelmärkte als gleichartig anzusehen sind, also in sachlicher Hinsicht und auch hinsichtlich ihrer Marktstruktur hinreichende Übereinstimmungen aufweisen. Vollständige Einigkeit besteht also hinsichtlich der Umsatzzusammenrechnung bei Bagatellmärkten über weite Strecken nur insoweit, als es sich um eine mehr oder weniger eng auszulegende Ausnahme handelt, die an besondere Voraussetzungen geknüpft ist.

485. Das Vorliegen solcher Voraussetzungen wird von Zusammenschlussparteien, Wettbewerbern und Bundeskartellamt häufig unterschiedlich bewertet, letztlich hängt mitunter auch die Untersagung des Zusammenschlusses vom Eingreifen der Bagatellmarktausnahme ab. Die beschriebene Uneindeutigkeit der Rechtslage hinsichtlich des Vorliegens spezifischer Voraussetzungen solcher Zusammenrechnung kann Verfahren erheblich belasten und bedeutende Unsicherheiten und Konfliktpotenzial in sich bergen, zumal das Vollzugsverbot des § 41 Absatz 1 GWB auch im Streitfall gilt.[155] Entscheidend kommt hinzu, dass Fusionen mit Auswirkungen auf mehreren Bagatellmärkten typischerweise ein sehr viel höheres Potenzial zur Schädigung des Wettbewerbs und damit der Gesamtwirtschaft aufweisen als die vom Gesetzgeber mit dieser Vorschrift gemeinten einzelnen Bagatellmärkte.

486. Um das Fusionskontrollverfahren von diesen Belastungen zu befreien und dem potenziellen Schaden von Zusammenschlüssen gerecht zu werden, fordert die Monopolkommission eine gesetzliche Vorschrift, die die Zusammenrechnung von Umsätzen verwandter betroffener Märkte bei Anwendung der Bagatellmarktklausel und deren Voraussetzungen ausdrücklich regelt. Dabei kann nicht auf eine unscharfe wesentliche Betroffenheit abgestellt werden. Vielmehr sollte ausdrücklich eine ungefähre Marktanteilsschwelle von etwa 10 Prozent zugrunde gelegt werden, wie sie für De-minimis-Regelungen allgemein anerkannt ist. Denn ihre Funktion der Transaktionskostenminderung kann die Bagatellmarktklausel nur dann sinnvoll erfüllen, wenn sie einen effektiven und leicht einzuschätzenden Vorfilter bietet. Für Grenzfälle dem Bundeskartellamt eingeräumtes Ermessen ließe zudem die Möglichkeit, bei drohenden erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf mehreren Bagatellmärkten im Zweifel die materiellen Fusionskontrollvorschriften anzuwenden.

487. Eine solche gesetzliche Klarstellung entspricht der wiederholten Forderung der Monopolkommission[156] und erscheint nach wie vor als die einzige Möglichkeit, Unsicherheiten über eine Umsatzsummierung und entsprechende Transaktionskosten zu vermeiden und wieder der ursprünglichen Konzeption des Gesetzgebers zu entsprechen. Die Monopolkommission empfiehlt dem Gesetzgeber daher, die Zusammenfassung mehrerer Inlandsmärkte explizit in § 35 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 GWB aufzunehmen. Der Wortlaut könnte etwa lauten:

„Sind Auswirkungen auf mehrere solche Märkte zu erwarten, so werden für die Anwendung dieser Vorschrift die Umsätze auf allen berührten Märkten zusammengerechnet.“

3.2.4 Geltung des Vollzugsverbots ex lege nach Anmeldung

488. § 41 Absatz 1 GWB verbietet den Vollzug von nicht freigegebenen fusionskontrollpflichtigen Zusammenschlüssen vor Ablauf der Fusionskontrollfristen. Verschärft wird dieses Verbot durch die Nichtigkeit von entsprechenden Rechtsgeschäften und durch eine Bußgeldbewehrung.[157] Diese Sanktionen bieten Zusammenschlussparteien einen wesentlichen Anreiz, ein Fusionsvorhaben beim Bundeskartellamt anzumelden. Ein Urteil des BGH hat nunmehr klargestellt, dass dieses Vollzugsverbot unmittelbar aus dem Gesetz für alle angemeldeten Zusammenschlüsse gilt, also auch bei einem Streit über die formelle Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften.

489. In dem Verfahren Faber/Basalt war zwischen den Parteien und dem Bundeskartellamt streitig, ob die betroffenen Märkte der Bagatellmarktklausel unterfallen.[158] Das OLG Düsseldorf hatte im einstweiligen Rechtsschutzverfahren die aufschiebende Wirkung der von den Parteien eingelegten Beschwerde nach § 65 Absatz 3 Satz 3 GWB gegen den Untersagungsbeschluss des Bundeskartellamtes angeordnet, da der zweite betroffene Markt lediglich ein Bagatellmarkt sei und somit mangels Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften nicht dem Vollzugsverbot des § 41 Absatz 1 GWB unterliege.[159] Demgegenüber hat der BGH klargestellt, dass das Vollzugverbot für alle beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlüsse gilt, gleichgültig ob letztlich die formellen und materiellen Voraussetzungen für die Untersa-

[154] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. März 2007, VI-Kart 3/07 (V), WuW/E DE-R 1931 „Sulzer/Kelmix“; vom BGH im Rahmen eines Rechtsbeschwerdeverfahrens in lediglich summarischer Prüfung insoweit unbeanstandet, vgl. BGH, Beschluss vom 25. September 2007, KVR 19/07, WuW/E DE-R 2133 „Sulzer/Kelmix“; zuletzt erneut OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2009, VI-Kart 18/07 (V), WuW DE-R 2622 „Faber/Basalt“, Rn. 75.

[155] BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2008, KVR 30/08, WuW/E DE-R 2507 „Faber/Basalt“, Rn. 7 f.

[156] Vgl. Monopolkommission, Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen, Hauptgutachten 1984/1985, Baden-Baden 1986, Tz. 428; Monopolkommission, Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik, Hauptgutachten 1990/1991, Baden-Baden 1992, Tz. 544 f.; zuletzt Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 520.

[157] § 81 Absatz 2 Nr. 1 GWB.

[158] BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2008, KVR 30/08, WuW/E DE-R 2507 „Faber/Basalt“, Rn. 7 f.; zuvor BKartA, Beschluss vom 15. November 2007, B1-190/07, WuW DE-V 1507 „Asphaltmischwerke Langenthal“.

[159] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Februar 2008, VI-Kart 18/07 (V), WuW DE-R 2383 „Asphaltmischwerke Langenthal“, Rn. 16 f., 31 f.

gung des Zusammenschusses vorliegen.[160] Dies folge aus der Zielsetzung des Gesetzes, unkontrollierte strukturelle Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen zu verhindern. Dieser weitreichende Strukturschutz sei nicht gewährleistet, wenn wie häufig Streit über die Überschreitung der Umsatzgrenzen des § 35 GWB, das Vorliegen eines Zusammenschlusses im Sinne des § 37 GWB oder das Eingreifen der Bagatellmarktklausel bestünde und infolgedessen die Parteien während des Verfahrens legal vollziehen dürften. Vielmehr sei daher für das Vollzugsverbot allein auf den ohne Weiteres zu bestimmenden Umstand abzustellen, dass das Vorhaben angemeldet worden ist.

490. Die Monopolkommission begrüßt diese Klarstellung einer Anknüpfung des Vollzugsverbots an den formellen Umstand der Anmeldung. Zwar kann dieses Kriterium Anreize der Unternehmen verstärken, in Zweifelsfällen nun gar nicht erst anzumelden. Doch aufgrund der oben erwähnten Sanktionen, die auch in formell und materiell der Fusionskontrolle unterliegenden, unangemeldeten Zusammenschlussfällen gelten, und angesichts der üblichen Praxis des Bundeskartellamtes, auch gegen sonst bekannt gewordene unangemeldete Fusionen vorzugehen und deren Beteiligte bei vorwerfbarem Verhalten mit hohen Bußgeldern zu belegen, dürfte die Zahl der bewusst nicht angemeldeten Zweifelsfälle sehr gering sein. Vor diesem Hintergrund bedeutet die Befreiung des Vollzugsverbots von materiellen Unwägbarkeiten eine Stärkung des Strukturschutzes im Fusionskontrollverfahren an wichtiger Stelle.

3.2.5 Zuständigkeiten im einstweiligen Rechtsschutzverfahren

491. Die Entscheidung über eine Befreiung von Zusammenschlussparteien vom Vollzugsverbot des § 41 Absatz 1 GWB obliegt nach § 41 Absatz 2 GWB dem Bundeskartellamt. Der BGH hat nunmehr entgegen einer anderslautenden Entscheidung des OLG Düsseldorf festgestellt, dass ab Anfechtung einer Untersagungsverfügung das Beschwerdegericht über die Befreiung vom Vollzugsverbot zu befinden hat.[161]

492. Das OLG hatte sich durch die mit der Sechsten GWB-Novelle eingeführte ausdrückliche Kompetenznorm des § 41 Absatz 2 GWB zugunsten des Bundeskartellamtes an einer Entscheidung über das Vollzugsverbot gehindert gesehen.[162] Unter der alten Rechtslage hatte bereits das Kammergericht diese Kompetenz für sich in Anspruch genommen unter Hinweis darauf, dass die Kompetenz zum Erlass von einstweiligen Anordnungen auf das Beschwerdegericht übergehe.[163] Der BGH hat nunmehr die Bedenken des OLG abgewiesen und mit der weit überwiegenden Literatur zugunsten einer unmittelbaren Zuständigkeit des Beschwerdegerichts über die Entscheidung über eine Befreiung vom Vollzugsverbot entschieden. Als ausschlaggebend wurde wie unter der alten Rechtslage der Umstand angesehen, dass nach Erlass der Untersagungsverfügung das Beschwerdegericht in erster Linie dazu berufen sei, die nach § 41 Absatz 2 GWB gebotene Abwägung auch unter Berücksichtigung des Umstandes zu treffen, dass die angefochtene Entscheidung möglicherweise unter schweren formellen oder materiellen Fehlern leidet. Hinzu komme, dass der Rechtsschutz der Zusammenschlussbeteiligten erheblich beschränkt wäre, wenn stets zunächst das Bundeskartellamt über den Antrag auf Befreiung vom Vollzugsverbot entscheiden müsste und diese Entscheidung vom Beschwerdegericht nur auf Ermessensfehler überprüft werden könnte.

493. Prüfungsmaßstab auch des Beschwerdegerichts sind dabei – dem Wortlaut des § 41 Absatz 2 GWB entsprechend und anders als bei § 65 Absatz 3 Satz 3 GWB – wichtige Gründe, insbesondere ein den Beteiligten oder Dritten drohender schwerer Schaden. Die Erfolgsaussichten der Beschwerde stellen dabei lediglich einen Faktor der Abwägung dar. Im Rahmen dieser Abwägung kann für eine Befreiung sprechen, dass die Untersagungsverfügung aus der Sicht des Beschwerdegerichts an schweren formellen oder materiellen Fehlern leidet. Gegen eine Befreiung kann demgegenüber sprechen, dass durch einen vorläufigen Vollzug Fakten geschaffen werden, die im Falle einer Bestätigung der Untersagungsverfügung nicht mehr oder nur eingeschränkt rückgängig gemacht werden können.[164]

494. Aus der Kompetenzzuweisung an das Beschwerdegericht ergeben sich zwar eine Reihe von Schwierigkeiten. So erscheint eine Überleitung der Zuständigkeit eines im Laufe des kartellamtlichen Verfahrens gestellten Antrags auf Befreiung vom Vollzugsverbot mit Anfechtung schon praktisch problembehaftet. Zudem ist jedenfalls bei einem Antrag im frühen Verfahrensstadium die Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes mit den Fakten des Falls genauer vertraut und wäre insoweit auch der sachnähere Entscheider. Dennoch begrüßt die Monopolkommission diese Kompetenzklarstellung, da das Bundeskartellamt so der Pflicht enthoben wird, teilweise als Richter in eigener Sache aufzutreten. Zudem erscheint eine Zuständigkeitskonzentration beim Beschwerdegericht ab Anfechtung der Verfahrenseffizienz zuträglich und insoweit konsequent.

495. Besonders begrüßt die Monopolkommission die Klarstellung des BGH, dass für eine Freistellung vom Vollzugsverbot nicht allein ernstliche Zweifel am Bestand der angegriffenen Untersagungsverfügung ausreichen. Vielmehr kommt es insoweit auf eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einem Schutz der Märkte vor strukturellen Wettbewerbsverschlechterun-

---

[160] Vgl. BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2008, KVR 30/08, WuW/E DE-R 2507 „Faber/Basalt“, Rn. 14 f.

[161] BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2008, KVR 30/08, WuW/E DE-R 2507 „Faber/Basalt“, Rn. 17 f.

[162] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. August 2007, VI-Kart 8/07 (V), WuW DE-R 2069, „Phonak/ReSound“.

[163] Nach § 63 Absatz 3 GWB a. F., § 64 Absatz 3 Satz 1 GWB n. F.; KG, Beschluss vom 26. November 1980, Kart 17/80, WuW/E OLG 2419 „Synthetischer Kautschuk I“; KG, Beschluss vom 17. Juli 1981, WuW/E OLG 2571 „Gaslöschanlagen“.

[164] Vgl. BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2008, KVR 30/08, WuW/E DE-R 2507 „Faber/Basalt“, Rn. 24.

gen und den konkreten schutzwürdigen Interessen betroffener Privater an. Dabei muss für die betroffenen Privaten die Aufrechterhaltung des generellen Vollzugsverbots eine besondere Härte darstellen.

3.2.6 Entflechtungsvoraussetzungen bei vollzogenen unangemeldeten Zusammenschlüssen

496. Nach § 41 Absatz 3 Satz 1 GWB ist ein vollzogener Zusammenschluss, der die Untersagungsvoraussetzungen nach § 36 Absatz 1 erfüllt, aufzulösen. Bis zur Siebten GWB-Novelle 2005 war ausdrückliche Voraussetzung einer solchen Entflechtungsanordnung die Rechtskraft einer vorausgegangenen Untersagungsverfügung. Nach Wegfall dieser formellen Voraussetzung prüft das Bundeskartellamt nunmehr anmeldepflichtige, doch ohne Anmeldung vollzogene Zusammenschlüsse unmittelbar im Entflechtungsverfahren. Auflösungsvoraussetzung ist nicht mehr eine formelle Untersagung, sondern allein die materielle Kartellrechtswidrigkeit des Zusammenschlusses. Entsprechendes gilt für die Auflösung eines nach § 41 Absatz 2 GWB vorläufig vom Vollzugsverbot befreiten vollzogenen Zusammenschlusses, der untersagt wird[165], für Zusammenschlüsse, die aufschiebend bedingt freigegeben und vor Bedingungseintritt vollzogen wurden, für auflösend bedingt freigegebene Zusammenschlüsse nach Bedingungseintritt sowie für Zusammenschlüsse, deren Freigabe nach § 40 Absatz 3a GWB widerrufen wurde.

497. Eine nachträgliche „Anmeldung“ eines vollzogenen Zusammenschlusses hat das Amt erstmals im Fall Sulzer/Kelmix im Entflechtungsverfahren geprüft, und zusammen mit der Untersagung eine Auflösungsverpflichtung ausgesprochen.[166] Die zweite kombinierte Untersagungs- und Auflösungsanordnung erging im Fall A-Tec,[167] gefolgt von einer Mitteilung des Bundeskartellamtes zu diesem Thema.[168]

498. Praktisch ergeben sich durch diese Änderung erhebliche Nachteile für betroffene Unternehmen. So sind die kurzen Fristen des Zusammenschlusskontrollverfahrens unanwendbar, was das Verfahren für die Zusammenschlussbeteiligten zeitlich unabsehbar macht; zudem werden dadurch deren Rechtsschutzmöglichkeiten eingeschränkt. Entsprechend umstritten ist die neue Praxis des Bundeskartellamtes in der Literatur. Die kritischen Argumente vermögen aber letztlich nicht zu überzeugen.

499. Im Einzelnen lässt sich feststellen, dass der Wortlaut des Gesetzes[169] insoweit eindeutig ist: Voraussetzung für die Pflicht des Bundeskartellamtes zur Auflösung ist nach § 41 Absatz 3 Satz 1 Halbsatz 1 GWB (neben dem Fehlen einer Ministererlaubnis) allein die Erfüllung der (materiellen) Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Absatz 1 GWB. Eine eventuelle Unklarheit der Gesetzesbegründung bezieht sich jedenfalls nicht auf die Voraussetzungen des Auflösungsverfahrens.[170]

500. Auch die nach § 41 Absatz 3 Satz 1 Halbsatz 2 GWB explizit weiterhin zulässige Beantragung einer Ministererlaubnis wird durch ein kombiniertes Untersagungs-Entflechtungsverfahren nicht ausgehöhlt. Zwar setzt der Wortlaut des § 42 Absatz 1 GWB für einen Ministererlaubnisantrag an einer „Untersagung“ eines Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt an, wie auch die Monatsfrist des § 42 Absatz 3 GWB zur Stellung der Ministererlaubnis erst ab Zustellung der Untersagung bzw. deren Unanfechtbarkeit läuft. Das führt aber nicht dazu, dass solche kombinierten Untersagungs- und Auflösungsverfügungen mangels Erfüllung ihrer Voraussetzungen – zumindest bis zum Ablauf Monatsfrist des § 42 Absatz 3 GWB – immer rechtswidrig wären.[171] Dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich dadurch Genüge tun, dass das Bundeskartellamt die – endgültigen – Entflechtungsverpflichtungen durch den Fristablauf oder die Versagung der Ministererlaubnis aufschiebend bedingt ausspricht, was freilich vorläufige Sicherungsmaßnahmen zusätzlich notwendig machen kann. Entsprechend werden auch in der Praxis des Bundeskartellamtes Untersagung und Auflösungsverpflichtung getrennt tenoriert,[172] sodass auch dem Wortlaut des diese Konstellation offenbar nicht berücksichtigenden[173] § 42 GWB Genüge getan wird. Insgesamt wird ohnehin erfahrungsgemäß nur für einen verschwindend geringen Teil der Zusammenschlussvorhaben eine Ministererlaubnis infrage kommen, was eine Ausrichtung der übrigen, völlig überwiegenden Zusammenschlüsse an der rein hypothetischen Möglichkeit eines Ministererlaubnisantrags als wenig angemessen erscheinen ließe.

---

[165] Dabei kommt es nicht auf die Bestandskraft des Untersagungsbescheides, sondern allein auf dessen Zustellung an, und zwar unabhängig von einer – regelmäßig vom Bundeskartellamt ausgesprochenen – auflösenden Bedingung der vorläufigen Befreiung durch eine Untersagung.

[166] Vgl. BKartA, Beschluss vom 14. März 2007, B5-10/07, WuW/E DE-V 1340 „Sulzer/Kelmix“, S. 45 f., insoweit unbeanstandet von OLG und BGH; vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 517.

[167] Vgl. BKartA, Beschluss vom 27. Februar 2008, B5-198/07, WuW/E DE-V 1553 „A-TEC/Norddeutsche Affinerie“, S. 71 f., insoweit nicht überprüft vom OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. November 2008, VI-Kart 5/08, Rn. 109 ff.

[168] BKartA, Keine nachträgliche Anmeldung bereits vollzogener Zusammenschlüsse, Mitteilung vom 13. Mai 2008.

[169] § 41 Absatz 3 Satz 1 GWB: „Ein vollzogener Zusammenschluss, der die Untersagungsvoraussetzungen nach § 36 Absatz 1 erfüllt, ist aufzulösen, wenn nicht der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie nach § 42 die Erlaubnis zu dem Zusammenschluss erteilt.“

[170] Vgl. Bundestagsdrucksache 15/3640 vom 12. August 2004, S. 59. Die in der Literatur angeführten Unklarheiten beziehen sich teils auf die Gesetzesbegründung zur Sechsten GWB-Novelle, teils auf systematische Bezüge der Gesetzesbegründung. Der Wille des Gesetzgebers aber ist in Bezug auf die direkte Einleitung eines Entflechtungsverfahrens eindeutig erkennbar.

[171] So aber die Feststellung in OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. November 2008, VI-Kart 5/08, WuW/E DE-R 2462 „A-TEC/Norddeutsche Affinerie“, Rn. 130, dort allerdings im Rahmen der Gebührenbeschwerde nur beiläufig bemerkt. In jenem Fall war die Beschwerde gegen die Entflechtungsanordnung bereits unzulässsig.

[172] BKartA, Beschluss vom 14. März 2007, B5-10/07, WuW/E DE-V 1340 „Sulzer/Kelmix“; BKartA, Beschluss vom 27. Februar 2008, B5-198/07, WuW/E DE-V 1553 „A-TEC /Norddeutsche Affinerie“.

[173] Vgl. die Gesetzesbegründung zur Sechsten GWB-Novelle, Bundestagsdrucksache 15/3640 vom 12. August 2004, S. 59.

501. Die von Gegnern dieser Verfahrensänderung vielfach ins Feld geführte Rechtssicherheit und Praktikabilität des Entflechtungsverfahrens erscheint nicht wesentlich eingeschränkt. Zwar stehen den Beteiligten nicht mehr wie früher zwei getrennte Rechtsschutzverfahren (gegen die Untersagung und gegen die Auflösungsanordnung) zur Verfügung. Die in solch getrennten Verfahren geprüften Tatbestände sind jedoch identisch mit den nunmehr in einem einheitlichen Rechtsschutzverfahren geprüften: das Vorliegen der Untersagungsvoraussetzungen und die Notwendigkeit der Entflechtung zur Wiederherstellung des Wettbewerbs. Eine vorläufige Möglichkeit für die Beteiligten, mit der rechtswidrig erlangten Marktmacht während der Dauer der Verfahren am Markt aufzutreten, erscheint weder zur Rechtssicherheit noch zur Praktikabilität des Entflechtungsverfahrens erforderlich. Ebenso wenig ist ein schutzwürdiges Interesse der Beteiligten an „vorläufiger" Ausübung der so rechtswidrig erlangten Marktmacht erkennbar. Bereits unter der früheren Gesetzesfassung hatte das Bundeskartellamt die Möglichkeit, einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der wettbewerblichen Situation zu treffen. Insoweit stellt sich die Situation lediglich mit umgekehrten Vorzeichen dar: Das Bundeskartellamt muss nicht mehr einstweilige Maßnahmen zur Sicherung des Wettbewerbs verhängen und rechtfertigen, sondern die Zusammenschlussbeteiligten müssen solche zur Verhinderung wesentlicher Nachteile auf ihre Unternehmen erwirken. Grundsätzlich sind nach der neuen Regelung in erster Linie nicht mehr die vorzeitig vollziehenden Beteiligten, sondern der Wettbewerb geschützt. Dies ist aus Sicht der Monopolkommission zu begrüßen.

502. Nur auf den ersten Blick mag problematisch erscheinen, dass das Bundeskartellamt im Entflechtungsverfahren nicht mehr an die kurzen Fristen des § 40 Absatz 1 GWB gebunden, die Phase der Unsicherheit für die Unternehmen also rechtlich nicht begrenzt ist. Denn zum einen hätten die Beteiligten im Falle eines Vollzugs ohne vorhergehende Anmeldung die einfache Möglichkeit gehabt, den Fristlauf mit einer rechtzeitigen Anmeldung des Zusammenschlusses auszulösen. Bei Vollzug unter vorläufiger Befreiung vom Vollzugsverbot oder vor Eintritt der aufschiebenden Bedingung der Freigabe wurde unter bewusster Inkaufnahme des Entflechtungsrisikos vollzogen. Bei Eintritt einer auflösenden Bedingung oder beim Vorliegen von Widerrufsgründen liegt sogar regelmäßig eigenes, oftmals vorsätzliches Missverhalten der betroffenen Unternehmen vor. Zudem liegt dem Bundeskartellamt im Entflechtungsverfahren nach nicht angemeldeten Zusammenschlüssen regelmäßig keine der Anmeldung vergleichbare Marktübersichtsgrundlage vor, auch die Kooperationsbereitschaft der Beteiligten dürfte weniger ausgeprägt sein, was beides eine Bindung des Bundeskartellamtes an kurze Fristen wenig angezeigt erscheinen lässt.

503. In der Gesamtschau erscheinen der Monopolkommission die Interessen der ohne Anmeldung oder auf vorläufiger Grundlage fusionierenden Parteien wenig schutzwürdig. Da der infrage stehende Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt und trotz der in solchen Fällen schon wegen des Umfangs und der Komplexität solcher Transaktionen unumgänglichen anwaltlichen Beratung nicht angemeldet oder nur vorläufig vollzogen wurde, erscheint ein ungehindertes Fortwirken des neuen Marktbeherrschers zulasten von dessen Wettbewerbern während eines Ministererlaubnisverfahrens oder auch nur während des Laufs der Monatsfrist zur Antragstellung kaum tragbar. Schließlich haben die Beteiligten im Regelfall ordnungswidrig gegen das Vollzugsverbot aus § 41 Absatz 1 Satz 1 GWB verstoßen. Die Monopolkommission begrüßt die neue Entflechtungspraxis vor dem Hintergrund dieser Interessenlage, der ausgeführten problemlosen Möglichkeit, mit der mangelnden Präzision des Gesetzes umzugehen, sowie der zugunsten des Wettbewerbs wirkenden, mit der Vereinfachung eintretenden Verfahrensbeschleunigung und der so verstärkten Abschreckungswirkung des Vollzugsverbots.

504. Um dem in der Literatur geführten Streit um diese Frage jeglichen Grund zu entziehen, empfiehlt die Monopolkommission dem Gesetzgeber weitergehend, in § 41 Absatz 3 GWB eine Klarstellung einzufügen. Danach könnte § 41 Absatz 3 etwa lauten:

„Ein vollzogener Zusammenschluss, der die Untersagungsvoraussetzungen nach § 36 Absatz 1 erfüllt, ist aufzulösen. Das Bundeskartellamt ordnet die zur Auflösung des Zusammenschlusses erforderlichen Maßnahmen an. Die Wettbewerbsbeschränkung kann auch auf andere Weise als durch Wiederherstellung des früheren Zustands beseitigt werden. Soweit die Parteien einen Antrag nach § 42 stellen wollen, können sie diesen mit einem Antrag nach Absatz 2 verbinden."

3.3 Gemeinschaftsunternehmen als Koordinationsplattformen

505. Gemeinschaftsunternehmen sind Unternehmen, die von zwei oder mehr voneinander unabhängigen Muttergesellschaften kontrolliert werden. Solche oft auch Joint-Ventures genannten Unternehmen werden zur Kooperation zwischen Unternehmen gegründet, die ihre Unabhängigkeit – weitgehend – weiter bewahren, und dienen etwa gemeinsamer Entwicklung, Produktion oder gemeinsamem Vertrieb. Sie entstehen regelmäßig durch die Zusammenlegung von Betriebsteilen oder Tochterunternehmen der Muttergesellschaften, durch Veräußerung von Anteilen an Tochtergesellschaften an Dritte oder als Neugründung durch mehrere Muttergesellschaften. Vielfach ist die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens fusionskontrollpflichtig. Daneben gilt für die Koordinationswirkungen zwischen den Muttergesellschaften weitgehend auch das Kartellverbot (§ 1 ff. GWB, Artikel 101 AEUV).

3.3.1 Ökonomische Effekte von Gemeinschaftsunternehmen

506. Die Auswirkungen von Gemeinschaftsunternehmen sind im Regelfall sowohl effizienzsteigernd als auch wettbewerbsbeschränkend.[174] Einerseits ermöglichen sie

[174] Vgl. statt vieler bereits die umfassende Analyse bei Monopolkommission, Mehr Wettbewerb ist möglich, Hauptgutachten 1973/1975, Baden-Baden 1976, Tz. 886 ff., sowie die Übersicht bei Kogut, B., Joint Ventures: Theoretical and Empirical Perspectives, Strategic Management Journal 9, 1988, S. 319–332.

in vielen Fällen erst die Forschung und Entwicklung in großem Maße, sie verteilen Risiken, ermöglichen Verbund- und Skaleneffizienzen. Andererseits schwächen sie den Wettbewerb dreifach: zum einen unmittelbar durch die Vergemeinschaftung der Aktivitäten des Gemeinschaftsunternehmens, wodurch etwa bei einem Einkaufs-Gemeinschaftsunternehmen der Nachfragewettbewerb auf den Beschaffungsmärkten, bei einem Forschungs- und Entwicklungs-Gemeinschaftsunternehmen der F&E-Wettbewerb eingeschränkt wird; zum Zweiten durch Wettbewerbsbeschränkungen zwischen den Muttergesellschaften und dem Gemeinschaftsunternehmen, etwa durch Wettbewerbsverbote, Produktions- und Absatzregelungen; drittens kann die Zusammenarbeit in dem Gemeinschaftsunternehmen den Wettbewerb auch auf nur mittelbar betroffenen Märkten beeinträchtigen: Mit Gemeinschaftsunternehmen sind in gewissem Grade etwa stets zusätzliche Transparenz zwischen den Mutterunternehmen, eine gewisse Gleichrichtung von deren Interessen und zusätzliche wechselseitige Sanktionspotenziale verbunden, was sich insbesondere in konzentrierten oder oligopolistisch strukturierten Märkten schädlich auswirken kann. Diese Gruppeneffekt („spillover effect“) genannte, mittelbare Koordinationswirkung des das Gemeinschaftsunternehmen umgebenden Beziehungsgeflechts wird allgemein anerkannt, lässt sich jedoch nur sehr schwer im Einzelnen erfassen. Zusätzlich können Gemeinschaftsunternehmen die Stabilität von Kartellen auch zwischen Minderheitsbeteiligten fördern.[175]

Über diese Effekte hinaus bedeutet die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (stärker als die meisten Zusammenschlüsse zwischen zwei Unternehmen) in der Regel auch die Reduktion der Vielfalt in dem betroffenen Markt. Dadurch wird die Funktion des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren eingeschränkt, Pfadabhängigkeiten entstehen oder werden verfestigt. Insbesondere diese Wirkung lässt sich in Bezug auf die Wohlfahrtsauswirkungen kaum quantitativ erfassen, kann aber auf mittlere und längere Sicht erhebliche Bedeutung entwickeln.

507. Aufgrund der Ambivalenz positiver und negativer Auswirkungen der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen lassen sich diese nicht mit einer allgemeinen Formel erfassen; vielmehr muss grundsätzlich jeder einzelne Fall geprüft werden. Die kombinierten Marktanteile der betreffenden Unternehmen sind jedoch ein guter erster Anhaltspunkt. Allgemein lässt sich lediglich festhalten, dass die koordinierende Wirkung von Gemeinschaftsunternehmen auf das zur Erreichung der möglichen Skalen-, Verbund- und sonstigen Effizienzen notwendige Mindestmaß beschränkt bleiben sollte. Praktisch problematisch bleibt diese Richtschnur zwar aufgrund der bei der Gründung kaum absehbaren dynamischen Auswirkungen solcher Kooperationen. Hinzu kommen insbesondere die mit einer Unsicherheit über die Grenzen des Erlaubten verbundenen Kosten und negativen Anreizeffekte. Die tatsächliche Kosten-Nutzenbilanz der Kartellrechtsschranken für Gemeinschaftsunternehmen lässt sich jedoch optimieren durch eine Art beweglicher Schranken zum Schutz des in den betroffenen Märkten bestehenden Restwettbewerbs: Je schützenswerter der noch verbleibende wirksame Wettbewerb ist, desto kritischer ist aus wettbewerbstheoretischer Perspektive jede marktanteilsrelevante Kooperation und desto eher ist diese auf ein Minimum an koordinierenden Wirkungen zu beschränken.

3.3.2 Erfassung von Gemeinschaftsunternehmen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

508. Die konzentrativen Wirkungen von Gemeinschaftsunternehmen werden durch die Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB, die kooperativen Wirkungen durch das Kartellverbot nach §§ 1 ff. GWB erfasst. Dabei sind Fusionskontrolle und Kartellverbot grundsätzlich nebeneinander anwendbar, da sie unterschiedliche Gegenstände regeln, die sich nur bei einigen Sachverhalten überschneiden.[176] Einfluss auf die Missbrauchsaufsicht nach den §§ 19 ff. GWB haben Gemeinschaftsunternehmen in erster Linie als Mitverursacher gemeinschaftlicher Marktbeherrschung mehrerer Unternehmen.

509. Die Doppelkontrolle nach § 1 ff., § 35 ff. GWB lässt kein in der Literatur vor allem früher teilweise angenommenes Konzentrationsprivileg als (ausschließlichen) Vorrang der Fusionskontrolle gelten. Vielmehr ist jedes Gemeinschaftsunternehmen auf die von seiner Gründung ausgehenden koordinierenden Wirkungen vor dem Hintergrund der Strukturen der betroffenen Märkte zu würdigen. Der oftmals verwendeten Unterscheidung nach der Struktur und Funktionsweise des Gemeinschaftsunternehmens in konzentrative und kooperative Gemeinschaftsunternehmen kommt daher lediglich der Rang einer Abgrenzungshilfe zu.[177] Dabei berücksichtigt das Bundeskartellamt bei fusionskontrollpflichtigen Gemeinschaftsunternehmen koordinierende Wirkungen weitestmöglich, ein späteres Einschreiten auf der Grundlage des Kartellverbots bleibt aber möglich. Solche Doppelkontrolle bedeutet zwar eine gewisse Rechtsunsicherheit und damit eine Belastung für die Muttergesellschaften. Denn diese können sich nicht auf eine auch die koordinierenden Wirkungen des Gemeinschaftsunternehmens abschließend bewertende Freigabeentscheidung der Kartellbehörde berufen. Da aber vielfach die effektiven Wettbewerbsauswirkungen zwischen den Muttergesellschaften erst im Verlaufe der tatsächlichen Zusammenarbeit im Rahmen des Gemeinschaftsunternehmens abzusehen sind, wäre eine abschließende Prüfung auch des Gruppeneffekts bereits in der vorher abzuschließenden Fusionskontrolle jedoch gar nicht wirksam möglich. Zudem wirkt

[175] Vgl. etwa Kamien, M., Muller, E., Zang, I., Research Joint Ventures and R&D Cartels, American Economic Review 82, 1992, 1293–1306.

[176] Vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, BGHZ 81, 56, 66, WuW/E BGH 1810 „Transportbeton Sauerland“, Tz. 28; zuletzt BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07, WuW DE-R 2361 „Nord-KS/Xella“, Tz. 14.

[177] Vgl. BGH Beschluss vom 1. Oktober 1985, KVR 6/84, BGHZ 96, 69, WuW/E BGH 2169 „Mischwerke“; zuletzt BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07, WuW DE-R 2361 „Nord-KS/Xella“, Tz. 14.

die Möglichkeit einer Kartellrechtswidrigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auch als effektives Disziplinierungsmittel für die Muttergesellschaften, das Gemeinschaftsunternehmen nicht als Koordinationsinstrument zu nutzen.

510. Im europäischen Unionsrecht werden die koordinierenden Effekte mancher Gemeinschaftsunternehmen mit gemeinschaftsweiten Auswirkungen im Fusionskontrollverfahren abschließend mitgeprüft (Artikel 21 Absatz 1 FKVO). Das gilt jedoch allein für die kommissionsseitige Prüfung selbstständig am Markt tätiger Gemeinschaftsunternehmen (sog. Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 3 Absatz 4 FKVO). Eine solche abschließende Vorabprüfung führt allerdings zu einer weitgehenden Orientierung an Marktstrukturkriterien, die mit erheblichen Prognoseunsicherheiten belastet bleibt. Zudem kann die Konzentrationswirkung der Freigabeentscheidung nur soweit reichen, wie die wettbewerbsbeschränkenden Praktiken und Informationsflüsse Gegenstand der Anmeldung waren. So ist schon eine Förderung der Verfahrenseffizienz und der Rechtssicherheit durch eine (oftmals nur scheinbar) umfassende Freigabeentscheidung zweifelhaft. Jedenfalls aber werden durch eine abschließende Wirkung der Fusionskontrollentscheidung die Aufsichtsmöglichkeiten der Kartellbehörde und die disziplinierende Wirkung des Kartellverbots bei solchen Unternehmensverflechtungen erheblich beschränkt. Festzuhalten bleibt, dass die nach GWB vorgesehene Doppelkontrolle zur effektiven kartellrechtlichen Einhegung von Gemeinschaftsunternehmen alternativlos ist.

3.3.2.1 Erfassung durch die Fusionskontrolle

511. Im Einzelnen lassen sich zwei Arten von fusionskontrollrechtlich relevanten Effekten unterscheiden: die Zusammenschlusswirkungen zwischen den Mutterunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen sowie die Zusammenschlusswirkungen zwischen den Mutterunternehmen. Bei der Gründung strukturell verfestigter Gemeinschaftsunternehmen gelten zum Ersten die allgemeinen Regeln: Erfasst wird der Erwerb der (gemeinsamen) Kontrolle, der Erwerb von mindestens 25 Prozent des Kapitals oder der Stimmrechte sowie der Erwerb wettbewerblich erheblichen Einflusses. Dabei liegt ein gemeinsamer Kontrollerwerb bereits dann vor, wenn konkrete Umstände vorliegen, die eine gesicherte einheitliche Einflussnahme einer Gruppe von beteiligten Unternehmen oder der Gesamtheit derselben auf der Grundlage einer auf Dauer angelegten Interessengleichheit erwarten lassen.[178] Zweitens wird nach § 37 Absatz 1 Nummer 3 Satz 3 GWB ein Zusammenschluss der Muttergesellschaften für den Markt des Gemeinschaftsunternehmens fingiert. Das gilt jedenfalls für die Anmeldeschwellen des § 35 Absatz 1 GWB. Für die Annahme einer wettbewerblichen Einheit in der materiellen Fusionskontrolle fordert die Rechtsprechung zusätzlich eine besondere Marktwirkung, die zum Mindesten eine Abschwächung des Wettbewerbs erwarten lässt. So kann etwa durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens eine unzulässige Marktbeherrschung einer oder mehrerer Muttergesellschaften auf dritten Märkten entstehen oder verstärkt werden, wenn deren Marktstellung durch die Gründung erheblich verbessert wird.[179]

3.3.2.2 Erfassung durch das Kartellverbot

512. Gemeinschaftsunternehmen führen durch das entstehende Beziehungsgeflecht regelmäßig zu einer gewissen Koordination des Verhaltens zwischen den unabhängigen Muttergesellschaften und zwischen diesen und dem Gemeinschaftsunternehmen. Das Kartellverbot des § 1 GWB wird jedoch grundsätzlich nicht angewendet auf ein eigenständig funktionsfähiges Gemeinschaftsunternehmen, das alle wesentlichen Unternehmensfunktionen aufweist, marktbezogene Leistungen erbringt und nicht ausschließlich oder überwiegend auf einer vor- oder nachgelagerten Stufe für die Muttergesellschaften tätig ist, wenn die Muttergesellschaften ihrerseits auf dem sachlichen Markt des Gemeinschaftsunternehmens nicht oder nicht mehr tätig sind.[180] Bei solchen kartellrechtsneutralen Gemeinschaftsunternehmen sind Wettbewerbsbeschränkungen (wie Wettbewerbsverbote, Abnahmepflichten etc.) zulässig, die nicht über das hinausgehen, was zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gemeinschaftsunternehmens notwendig ist.[181] Ausnahmen vom Kartellverbot ergeben sich darüber hinaus nach § 2 Absatz 1 und 2 GWB für solche Wettbewerbsbeschränkungen, die – vereinfacht – einen positiven Gesamtnutzen aufweisen, ohne den Wettbewerb auszuschalten.[182]

3.3.3 Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes zu Gemeinschaftsunternehmen

513. Etwa ein Siebtel der Fusionskontrollentscheidungen des Bundeskartellamtes[183] betrifft die Gründung oder Erweiterung von Gemeinschaftsunternehmen, in der Kar-

[178] So bereits zu § 23 Absatz 2 Nummer 5 GWB a. F. BGH, Beschluss vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, WuW/E BGH 1810 „Transportbeton Sauerland“, Tz. 19.

[179] Vgl. BGH, Beschluss vom 12. Dezember 1978, KVR 6/77, WuW/E BGH 1533 „Erdgas Schwaben“, Tz. 22 ff.; ähnlich auch Monopolkommission, Hauptgutachten 1990/1991, a. a. O., Tz. 548 ff.

[180] Vgl. BGH, Beschluss vom 1. Dezember 1985, KVR 6/84, BGHZ 96, 69, 79, WuW/E BGH „Mischwerke“, Tz. 33.

[181] Vgl. schon BGH, Urteil vom 6. Dezember 1962, KZR 4/62 „Bonbonniere“, Tz. 20; zuletzt BGH, Urteil vom 23. Juni 2009, KZR 58/07 „Gratiszeitung Hallo“, Tz. 17 ff.

[182] Neben der allgemeinen Regel, die eine abwägende Selbsteinschätzung der betroffenen Unternehmen erfordert, gelten die europäischen Gruppenfreistellungen auch in Bezug auf rein innerdeutsche Gemeinschaftsunternehmen, vgl. etwa Verordnung (EG) 2659/2000 vom 29. November 2000 (Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung), ABl. EG Nr. L 304 vom 5. Dezember 2001, S. 7; Verordnung (EG) 772/2004 vom 27. April 2004 (Technologietransfer), ABl. EG Nr. L 123 vom 27. April 2004, S. 11; Verordnung (EU) 330/2010 vom 20. April 2010 (Vertikalvereinbarungen), ABl. EG Nr. L 102 vom 23. April 2010, S. 1. Hilfreich für die Selbsteinschätzung der Kooperationspartner sind auch die ergänzenden Leitlinien des Bundeskartellamtes und der Europäischen Kommission.

[183] Zwischen 2007 und 2009 zwischen 14 und 16 Prozent der angemeldeten Zusammenschlüsse; vgl. oben Abschnitt 3.1.

tellsanktionspraxis spielen Gemeinschaftsunternehmen jedoch eine ungleich geringere Rolle. In Freigabeentscheidungen im Fusionskontrollverfahren werden gelegentlich das gesamte Vorhaben oder einzelne wettbewerbskritische Bestimmungen der angemeldeten Grundvereinbarung des geplanten Gemeinschaftsunternehmens untersagt.[184] Die Auflösung von Verflechtungen über Gemeinschaftsunternehmen kommt vor,[185] ist aber wie Entflechtungen allgemein sehr aufwendig.[186] Im Berichtszeitraum ragen insbesondere zwei (Teil-)Freigaben von Gemeinschaftsunternehmen im Fusionskontrollverfahren heraus: die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Milchvertrieb zwischen Humana und Nordmilch sowie die Gründung einer gemeinsamen Tochtergesellschaft von EDEKA und Tengelmann im Discount-Lebensmitteleinzelhandel.

3.3.3.1 Vertriebskooperation für Molkereiprodukte

514. Nach eingehender Prüfung hat das Bundeskartellamt die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen der Humana Milchindustrie und der Nordmilch für den gemeinsamen Vertrieb von Milchprodukten freigegeben.[187] Dadurch wird seither ein wesentlicher Teil der Produktion von zwei der größten Molkereien Deutschlands gemeinsam vertrieben. Aufgrund der Struktur der betroffenen Märkte sah das Bundeskartellamt jedoch keinen Grund zur Untersagung.

515. Die Schwelle der Marktbeherrschungsvermutung von 33,3 Prozent wurde auf der Absatzseite allein im angenommenen bundesweiten Markt für Quarkprodukte in etwa erreicht. Diese Vermutung wurde nach Ansicht des Bundeskartellamtes jedoch durch die in einem weiterhin vielfältigen Molkereimarkt für die Abnehmerseite bestehenden ausreichenden Ausweichmöglichkeiten ebenso widerlegt wie durch die starke Nachfragemacht der hochkonzentrierten und finanzkräftigen Abnehmer, sodass das Entstehen unkontrollierter Verhaltensspielräume für die Zusammenschlussbeteiligten ausgeschlossen werden konnte.

516. Auch auf dem Beschaffungsmarkt der Rohmilcherfassung war nach Ansicht des Bundeskartellamtes keine Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu befürchten. Das ergebe sich zwar noch nicht aus der Beschränkung des Gemeinschaftsunternehmens auf den Vertrieb und die weiterhin unabhängige Entscheidung der Muttergesellschaften über die Modalitäten der Milcherfassung. Denn die Vergemeinschaftung des Vertriebs lasse eine Angleichung der Milchauszahlungspreise ebenso erwarten wie eine weitere Dämpfung des schon bisher wenig ausgeprägten Wettbewerbs auf diesen Märkten. Die Überschreitung der Marktbeherrschungsvermutung von 33,3 Prozent Marktanteil auf nahezu allen betroffenen regionalen Milcherfassungsmärkten lasse jedoch weder die Entstehung noch die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung befürchten, da den Milcherzeugern auf allen diesen Märkten weiterhin eine ausreichende Zahl alternativer Abnehmer zur Verfügung stehe. Zudem sei für die angesichts der gesättigten Milchnachfrage im gegenwärtigen Marktumfeld tatsächliche Schwierigkeit eines Abnehmerwechsels der Zusammenschluss weder kausal noch wirke er verschärfend. Zuletzt lehnt der Beschluss die Befürchtung ab, höhere Gewinne aus dem gemeinsamen Vertrieb könnten den Muttergesellschaften erlauben, Wettbewerbern auf dem Milchbeschaffungsmarkt die Rohstoffbeschaffung mit konkurrenzlos hohen Ankaufspreisen zu erschweren und sie dadurch zum Marktaustritt zu zwingen (Kampfpreisüberbietung). Denn für taktische Preisdifferenzierungen gegenüber einzelnen Wettbewerbern ließen die genossenschaftlichen Strukturen von Humana und Nordmilch wenig Raum. Für eine Verschließung des Erfassungsmarktes durch generell höhere Auszahlungspreise und eine daraus folgende Verdrängung von Wettbewerbern[188] sei die Stellung der Beteiligten auf dem Absatzmarkt nicht ausreichend stark.

517. Die Entscheidung demonstriert exemplarisch, wie das Bundeskartellamt im Fusionskontrollverfahren auch koordinierende Effekte auf nicht vergemeinschafteten und nur mittelbar betroffenen Märkten soweit wie möglich prüft. Das Ergebnis für die Milcherfassungsmärkte überrascht zwar auf den ersten Blick, da in einzelnen Regionalmärkten teilweise Marktanteile von über drei Vierteln erreicht werden. Die Entstehung zum Missbrauch geeigneter Nachfragemacht wurde jedoch nach Auffassung der Monopolkommission zu Recht ausgeschlossen durch die ermittelten bestehenden Absatzalternativen und die ganz überwiegende genossenschaftliche Verbindung der betroffenen Milchlieferanten zu Humana und Nordmilch. Denn nach den Satzungsbestimmungen sind diese beiden funktionalen Genossenschaften zu einer vollständigen Auskehrung der Gewinne verpflichtet, was eine Ausübung von Marktmacht zur Durchsetzung niedriger Preise unwahrscheinlich macht, zumal eine Änderung dieser Strukturen nicht absehbar und jedenfalls sehr unwahrscheinlich ist. Zudem bleibt dem Bundeskartellamt nach den Grundsätzen der Doppelkontrolle die Möglichkeit, bei nicht absehbaren koordinierenden Auswirkungen des Gemeinschaftsunternehmens nach den § 1 und 32 GWB

[184] So etwa BKartA, Beschluss vom 21. August 1997, B2-13/97, WuW/E DE-V 9 „Ostfleisch“; BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07, WuW/E DE-V 1607 „EDEKA/Tengelmann“.

[185] Etwa BKartA, Beschluss vom 9. August 2006, B1-116/04, WuW/E DE-V 1277 „Nord-KS/Xella“.

[186] Vgl. beispielhaft nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Oktober 2006, VI-Kart 14/06 (V), WuW/E DE-R 2081 „Kalksandsteinwerk“ (Eilverfahren); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Juni 2007, VI-Kart 14/06 (V), WuW/E DE-R 2146 „Nord-KS/Xella“; BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVZ 55/07, WuW DE-R 2361 „Nord-KS/Xella“; BKartA, Beschluss vom 26. August 2009, B1-80/09 „Heidelberger Zement/Xella“ (der Entflechtung nachfolgende Veräußerung).

[187] BKartA, Beschluss vom 9. Juni 2009, B2-29/09 „Humana/Nordmilch“.

[188] So angenommen von der Europäischen Kommission in einem vergleichbaren Fall im niederländischen Milchmarkt; vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2008, COMP/M. 5046 „Friesland/Campina“, Rn. 97 ff., 104 ff., 130 ff.; vgl. dazu näher unten Tz. 704 ff.

einzugreifen. An diesem Fall zeigt sich anschaulich, wie Fusionskontrollentscheidungen über Gemeinschaftsunternehmen noch stärker als einfache Zusammenschlüsse auf schwierigen Prognosen basieren. Deutlich wird, dass auf eine Doppelkontrolle nur unter erheblichen Einbußen für den effektiven Wettbewerbsschutz verzichtet werden könnte.

3.3.3.2 Beteiligungsstruktur und Einkaufskooperation in Lebensmitteleinzelhandels-Gemeinschaftsunternehmen

518. Nach umfangreichen Marktermittlungen hat das Bundeskartellamt die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen der EDEKA Zentrale und der Tengelmann Warenhandelsgesellschaft unter weitreichenden aufschiebenden Bedingungen freigegeben.[189] Das freigegebene Vorhaben wurde im Verlaufe des Verfahrens erheblich umstrukturiert und fasst nunmehr die beiden Tochtergesellschaften der Beteiligten, Netto und Plus, in dem Gemeinschaftsunternehmen „Netto Marken-Discount" zusammen, an dem Edeka 80 Prozent und Tengelmann 20 Prozent der Anteile hält.

519. Das Bundeskartellamt ging von einem einheitlichen sachlichen Markt im Lebensmitteleinzelhandel aus, der in 345 regionale Absatzmärkte aufgegliedert wurde.[190] Zur Vermeidung der Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen in regional wettbewerbskritischen „Clustern" benachbarter Märkte wurde den Beteiligten aufgegeben, 359 einzelne Supermarktstandorte an Wettbewerber zu veräußern oder bei nachweislicher Unverkäuflichkeit zu schließen. Daneben drohte nach der angemeldeten Transaktion der Preissetzungsspielraum von EDEKA weiter zuzunehmen, der mitursächlich aus der gleichzeitigen Abdeckung der am stärksten konkurrierenden Einzelhandelsvertriebslinien Vollsortiment und Soft-Discount resultiert. Auch zur Vermeidung dieser Verstärkung der Marktmacht von EDEKA im Absatzmarkt musste die Transaktion so umstrukturiert werden, dass die bei Tengelmann verbleibenden Einzelhandelsgeschäfte (Kaiser's) weiterhin unabhängig geführt werden.

520. Diese Umstrukturierung hin zu einer vollständigen Unabhängigkeit von Tengelmann erschien ebenfalls notwendig zur Vermeidung einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von EDEKA auf den Beschaffungsmärkten. Deren eingehende Analyse auf der Basis einer Unterteilung des Warensortiments in 29 Untergruppen differenziert nach Hersteller- und Handelsmarken. Danach hätte die angemeldete Transaktion infolge einer weitgehenden Verflechtung der Muttergesellschaften zu einer wesentlichen Verstärkung der bereits bestehenden erheblichen Marktmacht von EDEKA auf einer Vielzahl von Beschaffungsmärkten geführt, insbesondere zu stärkerer Nachfragemacht[191] gegenüber Herstellern von Handelsmarken.

521. Die angemeldete Transaktion sah ursprünglich eine strategische Partnerschaft mit verbundener Einkaufskooperation und eine Anteilsverteilung von 70 zu 30 vor, was die Voraussetzungen der Fiktion des § 37 Absatz 1 Nummer 3 Satz 3 GWB eines Zusammenschlusses zwischen den Muttergesellschaften erfüllt hätte. Das letztlich freigegebene Gemeinschaftsunternehmen stellt für Tengelmann lediglich eine erweiterte Finanzbeteiligung dar. Dabei ist zusätzlich zu der Reduzierung der Anteile von Tengelmann bis unter 25 Prozent die Nichtdurchführung der mit angemeldeten Einkaufskooperation zwischen den Muttergesellschaften eine aufschiebende Bedingung der Freigabe bzw. eine mit dieser verbundene Auflage. Auch dürfen nach der Entscheidung Mitarbeiter von Tengelmann keinen Einblick in Beschaffungskonditionen der EDEKA oder nicht öffentliche Lieferantendaten haben. Daneben legt die Entscheidung des Bundeskartellamtes ausdrücklich und mit strukturellen Vorgaben an die Grundvereinbarung des Gemeinschaftsunternehmens fest, dass die Geschäftsführung des Gemeinschaftsunternehmens allein mit Vertretern von EDEKA besetzt werden darf. So soll verhindert werden, dass das Gemeinschaftsunternehmen als „Informationsbrücke" und Koordinationsplattform wirken kann.

3.3.3.3 Fazit: Minimierung des Gruppeneffekts durch Nebenbestimmungen

522. Die Monopolkommission begrüßt die oben dargestellten Bestrebungen des Bundeskartellamtes, die Koordinationswirkungen von fusionskontrollpflichtigen Gemeinschaftsunternehmen auf das zur Erreichung der mit deren Gründung angestrebten Verbund- und sonstigen legitimen Vorteile notwendige Mindestmaß zu beschränken. Konkrete Vorgaben zur Struktur des Gemeinschaftsunternehmens und der diese umgebenden Beziehungen zwischen den Muttergesellschaften wie im Fall EDEKA/Tengelmann können dabei auch nach Auffassung der Monopolkommission wirksam wettbewerbsschädliche Auswirkungen des unvermeidbaren Gruppeneffekts verhindern. Allerdings stellt die Kontrolle der Einhaltung solcher Nebenbestimmungen über die Zeit ihrer Geltungsdauer Probleme, die denen von nach § 40 Absatz 3 Satz 2 GWB unzulässigen, eine laufende Verhaltenskontrolle bedingenden Verhaltensauflagen[192] nahekommen. Die vom Bundeskartellamt gewählte Lösung, die nachweisliche Schaffung entsprechender Abläufe und Strukturen als aufschiebende Bedingung der Freigabe vorzusehen, überzeugt zwar zunächst. Doch die nachfolgende Auflage zur Aufrechterhaltung dieser Abläufe und Strukturen wirft die Kartellbehörde wieder auf das Kontrollproblem von Verhaltensauflagen zurück. Die Monopolkommission empfiehlt dem Bundeskartellamt daher,

[189] BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07, WuW/E DE-V 1607 „EDEKA/Tengelmann".

[190] Vgl. zur Marktabgrenzung bereits eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 560 ff.

[191] Zur eingehenden Behandlung von Nachfragemacht vgl. oben Abschnitt 1.5

[192] Vgl. dazu insgesamt Monopolkommission, Sondergutachten 41, a. a. O., Tz. 116 ff. sowie unten Tz. 649 f.

insoweit entsprechende auflösende Bedingungen statt (wie im Fall EDEKA/Tengelmann) nachlaufender Auflagen vorzusehen. Das würde diese Verpflichtungen der Zusammenschlussparteien selbstdurchsetzend machen, da bei Zuwiderhandlung der Zusammenschluss rechtswidrig wäre und die Beteiligten mit einer Entflechtung nach § 41 Absatz 3 GWB rechnen müssten. Für die so Verpflichteten entstünde dadurch auch keine unzumutbare Unsicherheit. Denn ihnen würde lediglich obliegen, die nachgewiesenen und vom Bundeskartellamt akzeptierten Abläufe und Strukturen nicht (ohne Einverständnis des Bundeskartellamtes) zu verändern. So würde zwar nicht das Kontrollproblem ausgeräumt, die Wahrscheinlichkeit und die Anreize zu einer Zuwiderhandlung würden aber substanziell reduziert.

523. Besonders begrüßt die Monopolkommission die Praxis des Bundeskartellamtes, über die Fusionskontrollentscheidung hinaus die Beteiligten ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass eine Kontrolle des Gemeinschaftsunternehmens, des damit verbundenen Beziehungsgeflechtes sowie vor allem der tatsächlichen Verhaltenskoordinierung vorbehalten bleibt. Zwar stellt dies lediglich einen Hinweis auf das ohnehin geltende Kartellverbot dar. Dennoch ist die tatsächliche Wirkung eines solchen Hinweises nicht nur bei Unternehmen ohne eigene Compliance-Abteilung von kaum zu unterschätzender Anreizwirkung für die verantwortlichen Manager.

524. Weitergehend könnte eine Leitlinien-Mitteilung des Bundeskartellamtes zu den kartellrechtlichen Grenzen und Problemen von Gemeinschaftsunternehmen und zulässigen Kooperationspraktiken dazu beitragen, Unternehmen die Kartellrechtsrelevanz ihrer strukturellen Kooperationen deutlicher aufzuzeigen, betroffene Manager für ihre daraus folgenden Pflichten und Haftungsrisiken zu sensibilisieren und die Vorfeldwirkung des Kartellverbots insoweit zu stärken. Gerade vor dem Hintergrund der begrenzten Kapazitäten des Bundeskartellamtes ließe sich so, in Verbindung mit der Entscheidung einiger wichtiger Pilotverfahren, die tatsächliche Reichweite der §§ 1 f. GWB in diesem sensiblen Bereich erhöhen.[193] Die Monopolkommission verkennt nicht die Schwierigkeiten, die die Erstellung eines solchen generalisierenden Papiers bedeutet. Dennoch kann davon ausgegangen werden, dass die zentrale Bündelung der Erfahrungen der verschiedenen Beschlussabteilungen in einem öffentlichen Papier einen Mehrwert an Transparenz der kartellrechtlichen Anforderungen bedeuten würde und dadurch erheblichen positiven Einfluss auf die Sensibilität betroffener Unternehmen und ihrer Manager haben könnte.

[193] Beispiele für solche Leitlinien sind etwa das Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen von März 2007 oder die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit („Horizontal-Leitlinien"), ABl. EG Nr. C 3 vom 6. Januar 2001, S. 2. Dort wird teilweise auch auf die Freistellungsvoraussetzungen nach verschiedenen Gruppenfreistellungsverordnungen eingegangen.

3.3.4 Vernetzung in Oligopolmärkten: Verbundeffizienzen und Koordinationsplattformen

525. Der Gruppeneffekt als koordinierende Auswirkung einer Verflechtung über Gemeinschaftsunternehmen wirkt insbesondere dann wettbewerbsschädlich, wenn der Restwettbewerb in den betroffenen Märkten ohnehin schon eingeschränkt ist.[194] Regelmäßig werden durch eine Zusammenarbeit Faktoren verstärkt, die auch als Indikatoren für die Wettbewerbslosigkeit eines Oligopols[195] dienen: gegenseitige Transparenz bzw. Informationsaustausch, Möglichkeiten zur Sanktionierung abweichenden Verhaltens und die Gleichrichtung der Interessen der Muttergesellschaften. Die durch Verflechtungen gesteigerte Reaktionsverbundenheit im Oligopol steigert im Regelfall auch die damit verbundenen Wohlfahrtsverluste. Insbesondere in Oligopolmärkten sollten daher die Strukturen von Gemeinschaftsunternehmen und entsprechende Beziehungsgeflechte immer so ausgerichtet sein, dass wesentliche negative Rückwirkungen auf den Wettbewerb ausgeschlossen sind oder jedenfalls auf das unvermeidliche Minimum reduziert bleiben.

526. Im Berichtszeitraum sind einige solche Verflechtungen in Oligopolmärkten mit ihrer wettbewerblichen Bedeutung in den Fokus des Bundeskartellamtes gerückt. So untersucht etwa der Zwischenbericht der Sektoruntersuchung Kraftstoffe Verflechtungen in der Mineralölwirtschaft.[196] Im Fusionskontrollverfahren genehmigte internationale Verflechtungen in der Zuckerbranche stellten sich – in Vollzug gesetzt, im Marktkontext wirksam und nach Erkenntnisgewinn durch Durchsuchungen – als jedenfalls nicht unproblematisch heraus.[197] Die im Fusionsfall EDEKA/Tengelmann erforderliche Analyse der Beschaffungsmärkte des Lebensmitteleinzelhandels hat die Aufmerksamkeit des Bundeskartellamtes insbesondere auf Einkaufskooperationen in diesem Bereich gelenkt.

527. Auf der anderen Seite weist etwa die Entscheidung, mit der die Europäische Kommission den Austausch von Energieerzeugungskapazitäten zwischen E.ON und Electrabel/GdF Suez freigegeben hat, eine bedenkliche Nichtprüfung solcher Gruppeneffekte auf.[198] Eine Freigabe im vereinfachten Verfahren erscheint umso weniger verständlich, als zeitnah ein weiteres Verfahren

[194] Vgl. bereits zum Strommarkt Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 170 ff.

[195] Vgl. EuG, Urteil vom 6. Juni 2002, T-342/99, Slg. 2002, II-2585, WuW/E EU-R 559 „Airtours/Kommission", Tz. 61 ff., inhaltlich bestätigt durch EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, C-413/06 P, Slg. 2008, I-4951, WuW/E EU-R 1498 „Impala/Kommission", Tz. 121 ff.; vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege", Tz. 36 ff., ausdrücklich zu Verflechtungen im Allgemeinen Tz. 56. Vgl. dazu näher unten Tz. 597 ff.

[196] Vgl. etwa die Analyse und Einschätzungen in BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Zwischenbericht Juni 2009, B8-100/07, S. 39 f.

[197] Vgl. etwa die Analyse und Einschätzungen in BKartA, Beschluss vom 17. Februar 2009, B2-46/08 „Nordzucker/Danisco", Tz. 291 ff.

[198] EU-Kommission, Entscheidung vom 13. Oktober 2009, COMP/M.5519 „E.ON/ELECTRABEL" sowie vom 16. Oktober 2009, COMP/M.5512 „ELECTRABEL/E.ON", anhängig beim EuG, T-370/09.

gegen die beiden Beteiligten E.ON und GdF wegen missbräuchlicher Abschottung nationaler Gasmärkte entschieden worden ist, die durch die Verflechtung über ein Gemeinschaftsunternehmen wesentlich erleichtert worden war.[199]

528. Die aufgeführten Fälle illustrieren beispielhaft die Wirkung von Verflechtungen über Gemeinschaftsunternehmen als Koordinationsplattformen. Sie unterliegen rechtlich klar dem Maßstab des Kartellverbots nach § 1 GWB und Artikel 101 AEUV, faktisch jedoch stellen sie einen Graubereich dar, den die Kartellbehörden nur in wenigen Fällen aufgreifen können, etwa wenn die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens im Fusionskontrollverfahren angemeldet bzw. im Rahmen oder Vorfeld eines solchen Verfahrens bekannt wird oder aber die offensichtlichen marktlichen Auswirkungen aufgrund von Beschwerden von Marktteilnehmern ein Eingreifen indizieren. Eigenständige Überprüfungen von Gemeinschaftsunternehmen unabhängig von Fusionskontrollverfahren kommen allerdings überaus selten vor.

529. Vor diesem Hintergrund regt die Monopolkommission an, dass das Bundeskartellamt in oligopolistisch strukturierten Branchen die bestehenden Verflechtungen systematisch etwa im Rahmen von Sektoruntersuchungen oder im Nachgang zu Fusionskontrollverfahren in betroffenen Branchen[200] überprüft und verstärkt nach § 1 f. und § 32 GWB einschreitet. Dabei könnten bereits wenige Pilotentscheidungen die Änderung kartellrechtswidriger Koordinationspraktiken zur Folge haben. Sie könnten Unternehmen für die Problematik sensibilisieren und den Zielsetzungen des Kartellgesetzes gerade in wettbewerblich problematischen Bereichen stärkere Geltung verschaffen. Zeitnah zu solchen Entscheidungen veröffentlichte Leitlinien oder einfache Bekanntmachungen des Bundeskartellamtes, die die Probleme und Grenzen von Gemeinschaftsunternehmen umreißen, könnten eine Steigerung der Sensibilität von betroffenen Unternehmen für ihre kartellrechtlichen Pflichten und Restriktionen sowie die Kartellrechtstreue von verantwortlichen Managern signifikant unterstützen und erleichtern.[201]

3.4 Wettbewerblich erheblicher Einfluss als Zusammenschlusstatbestand

530. Der Auffangtatbestand des § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB gibt dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, Zusammenschlüsse auch dann im Fusionskontrollverfahren zu prüfen, wenn eine Beteiligung von weniger als 25 Prozent vorliegt, aber dennoch ein „wettbewerblich erheblicher Einfluss“ eines oder mehrerer Unternehmen auf ein anderes entstehen würde. Diese Vorschrift wird wegen ihrer scheinbaren Unwägbarkeit von Unternehmen und privaten Rechtsberatern vielfach als wohlfahrtsschädlich kritisiert. Tatsächlich entscheidet das Bundeskartellamt auf dieser Grundlage jedoch nur etwa 20 Fälle im Jahr.[202] Die Entscheidungspraxis von Kartellbehörde und -gerichten ist nach 20-jähriger Anwendung der Vorschrift gefestigt, transparent und in jedem einschlägigen Gesetzeskommentar einfach zu überschauen. Schließlich ist bei jeder so erfassten Transaktion stets eine ausdrückliche Absicht der Beteiligten zur Beeinflussung des Wettbewerbs gegeben, was eine Berufung der Betroffenen auf gesetzliche Unsicherheiten stark relativieren dürfte. Wie bei Gemeinschaftsunternehmen geht es hier oft um Grenzfälle zu einer kartellähnlichen Koordination. Eine in Einzelfällen verbleibende geringe Restunsicherheit[203] ist in solchen Grenzfällen unvermeidlich und wird jedenfalls mehr als aufgewogen durch die Erfassung von speziell zur Umgehung der übrigen Zusammenschlusstatbestände gestalteten Transaktionen. Ihre Effektivität zur Erhaltung besonders schützenswerten Restwettbewerbs hat die Vorschrift insbesondere in den Bereichen Medien und Energie bewiesen.[204]

531. Da diese Norm Umgehungstatbestände erfassen will, ist eine abschließende Typisierung der Anwendungskriterien nicht möglich; vielmehr kommt es immer auf die tatsächlichen wettbewerblichen Auswirkungen an. Hauptvoraussetzung ist stets ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Erwerber und Zielunternehmen. Ein fast immer erfülltes Kriterium ist die Vertretung des Minderheitsgesellschafters in Gesellschaftsorganen, welche auch ohne formelle Sperrminorität erheblichen Einfluss vermitteln kann und immer mit Informations- und Einsichtsrechten verbunden ist. Von entscheidender Bedeutung ist regelmäßig die Gesellschafterstruktur des Zielunternehmens: Ein Minderheitsgesellschafter mit geringem Anteil kann als einziger strategischer Investor mit Branchenkenntnis (etwa als Wettbewerber oder Lieferant) erheblichen Einfluss auf die Geschäftspolitik des Unternehmens haben. Die Vergrößerung einer homogenen Minderheitsgesellschaftergruppe kann deren Einfluss erheblich vermehren, ein starker Mehrheitsgesellschafter kann (bei entsprechender Interessenlage) den Einfluss eines Minderheitsgesellschafters gering halten. Dagegen ist die Vermittlung eines wettbewerblich erheblichen Einflusses an keine Mindestbeteiligung gebunden. So hat dem Bundeskartellamt bereits ein Kapitalanteil von 1 Prozent an einem Gemeinschaftsunternehmen ausgereicht, um die Beteilig-

[199] EU-Kommission, Entscheidung vom 8. Juli 2009, COMP/39.401 „E.ON/GDF“.

[200] Vgl. etwa die Analyse und Einschätzungen in BKartA, Beschluss vom 17. Februar 2009, B2-46/08 „Nordzucker/Danisco“, Tz. 291 ff.

[201] Vgl. dazu auch unten Tz. 543 sowie allgemein oben Tz. 371 ff.

[202] Ein Anteil von durchschnittlich gut 1 Prozent der insgesamt rund 1 700 angemeldeten Fälle pro Jahr; vgl. oben Abschnitt 3.1.

[203] Darauf weist eine Quote von etwa 11 Prozent angemeldeter Transaktionen hin, die nicht der Fusionskontrolle unterliegen. Dieser Anteil liegt bei den übrigen Anmeldungen nur bei etwa 4 Prozent. Zudem wird aus der Beratungspraxis erhöhter Beratungsbedarf der Unternehmen berichtet.

[204] Vgl. statt vieler nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juli 2005, Kart 26/04 (V), WuW/E DE-R 1571, 1583 f. „Bonner Zeitungsdruckerei“; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. November 2005, Kart 14/04 (V), WuW/E DE-R 1639, 1640 ff. „Mainova/Aschaffenburger Versorgungs GmbH“. Dazu Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Hauptgutachten 2004/2005, Baden-Baden 2006, Tz. 436 ff. und 525 ff.

ten zu einer Umstrukturierung des Vorhabens zu bewegen.[205]

532. Die Rechtsprechung hat klare Kriterien entwickelt, die für die Feststellung eines wettbewerblich erheblichen Einflusses vorliegen müssen: Entscheidend ist, ob der zur Beurteilung stehende Anteilserwerb eine Einflussnahme auf die Willensbildung und damit auf das Marktverhalten des Zielunternehmens ermöglicht und den Erwerber in die Lage versetzt, eigene Wettbewerbsinteressen zur Geltung zu bringen.[206] Notwendig und hinreichend ist dabei eine gesellschaftsrechtlich vermittelte[207] und auf Dauer angelegte[208] Möglichkeit der Einflussnahme. Diese muss sich nicht auf das gesamte Wettbewerbspotenzial des Beteiligungsunternehmens beziehen. Es genügt vielmehr, wenn dieses infolge der Beteiligung auch von dem Erwerber für die von ihm verfolgten wettbewerblichen Zwecke nutzbar gemacht und eingesetzt werden kann. Ein Zusammenschlusstatbestand nach § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB ist daher anzunehmen, wenn nach der Art der Vertragsgestaltung und der wirtschaftlichen Verhältnisse zu erwarten ist, dass der Mehrheitsgesellschafter auf die Vorstellungen des Erwerbers Rücksicht nimmt oder diesem freien Raum lässt, auch wenn dies nur geschieht, soweit es seinen eigenen Interessen nicht zuwiderläuft.[209]

533. Mögen diese Kriterien auf den ersten Blick auch kompliziert erscheinen, so ist doch allen erfassten Fällen das Entstehen konkreter Möglichkeiten und konkreter Anreize zur strukturellen Koordinierung von Verhalten zwischen Wettbewerbern gemein. Vor diesem Hintergrund und angesichts der allgemeinen Fusionskontrollschwellen des § 35 Absatz 1 GWB (insbesondere mehr als 500 Mio. Euro Jahresumsatz) stellt die Verpflichtung der planenden Unternehmen zur fusionskontrollrechtlichen Anmeldung der Beteiligung keine übermäßige Belastung dar. Denn Unternehmen dieser Größenordnung, die solche Beteiligungen planen, dürften regelmäßig auch ohne spezialisierte anwaltliche Beratung von einer Kartellrechtsrelevanz des Vorhabens ausgehen.

534. Im Berichtszeitraum erscheinen insbesondere zwei Anwendungsfälle der Vorschrift bedeutsam. So hat das Bundeskartellamt erstens, bestätigt durch das OLG Düsseldorf, die Minderheitsbeteiligung von A-TEC an der Norddeutschen Affinerie untersagt, da trotz einer relativ geringen Beteiligung die Gesamtumstände einen wettbewerblich erheblichen Einfluss seitens A-TEC erwarten ließen. Daneben war zweitens in einem anderen Fall eine (beidseitig) nach § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB erfasste Überkreuzbeteiligung zwischen Air Berlin und TUI angemeldet, die aber nach Vorabklärung mit dem Bundeskartellamt in eine einseitige Beteiligung abgewandelt wurde. Diese Konstruktion erfüllte schließlich weder den Zusammenschlusstatbestand, noch war sie hinsichtlich des Kartellverbotes bedenklich.

3.4.1 Wettbewerbserheblicher Einfluss eines strategischen Investors mit Branchenkenntnis

535. Den bereits erfolgten Erwerb von rund 13,75 Prozent der Stimmrechtsanteile an der Norddeutschen Affinerie (NA) durch A-TEC hat das Bundeskartellamt infolge der nachträglichen Anmeldung untersagt.[210] Eine Entflechtung durch Verkauf der Anteile wurde mit zusätzlichen vorläufigen Sicherungsmaßnahmen angeordnet. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes hätte der Zusammenschluss zur Entstehung von Marktbeherrschung auf dem Markt für sauerstofffreie Kupferstranggussformate geführt. A-TEC und Norddeutsche Affinerie sind die wichtigsten Wettbewerber bei der Herstellung und dem Vertrieb von sauerstofffreien Kupferstranggussformaten im EWR mit einem gemeinsamen Marktanteil von weit über 85 Prozent. Während den Nachfragern von sauerstofffreien Kupferstranggussformaten vor dem Zusammenschluss zwei gleichwertige, voneinander unabhängig agierende Lieferanten zur Verfügung standen, ging das Bundeskartellamt davon aus, dass beide Beteiligten nach dem Zusammenschluss ihr Verhalten im Wettbewerb aufeinander abstimmen würden und so für die Abnehmer keine wesentlichen Ausweichmöglichkeiten mehr bestünden.

536. Die Annahme eines wettbewerblich erheblichen Einflusses begründete das Bundeskartellamt dreifach: Da in früheren Jahren die Abstimmungspräsenz in der Hauptversammlung der NA konstant niedrig gewesen sei, würden die von A-TEC gehaltenen Anteile dieser eine faktisch mit der aktienrechtlichen Sperrminorität von 25 Prozent vergleichbare Position bei Abstimmungen vermitteln. Zweitens war für A-TEC die Entsendung dreier Vertreter in den Aufsichtsrat der NA vorgesehen. Drittens wiesen sämtliche anderen Aktionäre der NA weder eine vertiefte Branchenkenntnis im Kupferbereich auf noch verfolgten sie langfristige strategische, auf das Marktverhalten von NA ausgerichtete Interessen, während A-TEC selbst in allen wesentlichen Geschäftsbereichen der NA aktiv ist. Aus dieser Branchenkenntnis, den offensichtlichen strategischen Interessen von A-TEC und dem Fehlen anderer strategisch interessierter Investoren

[205] Allerdings war diese Beteiligung eingebunden in ein weitreichendes Geflecht von langfristigen Vertragsbeziehungen und einem weiteren Gemeinschaftsunternehmen, die dem Vorhaben – wie von den Beteiligten intendiert – erhebliche wettbewerbliche Auswirkungen verschafften; BKartA, Tätigkeitsbericht 2001/2002, Bundestagsdrucksache 15/1226 vom 27. Juni 2003, S. 218 f., Abfallentsorgungsanlage Märkischer Kreis.

[206] Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. November 2008, Kart 5/08 (V), WuW/E DE-R 2462 „A-TEC/Norddeutsche Affinerie".

[207] BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03, WuW/E DE-R 1419 „trans-o-flex".

[208] BGH, Beschluss vom 21. November 2000, KVR 16/99, WuW/E DE-R 607 „Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel".

[209] Vgl. etwa Beschluss vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03, WuW/E DE-R 1419 „trans-o-flex"; BGH, Beschluss vom 21. November 2000, KVR 16/99, WuW/E DE-R 607 „Minderheitsbeteiligung im Zeitschriftenhandel"; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juli 2005, Kart 26/04 (V), WuW/E DE-R 1571 „Bonner Zeitungsdruckerei"; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. November 2005, Kart 14/04 (V), WuW/E DE-R 1639 „Mainova/Aschaffenburger Versorgungs GmbH".

[210] BKartA, Entscheidung vom 27. Februar 2008, B5-198/07, WuW/E DE-V 1553 „A-TEC/Norddeutsche Affinerie".

im Gesellschafterkreis der NA, die einem koordinierenden Einfluss von A-TEC hätten entgegenwirken können, schloss das Bundeskartellamt auf das Vorliegen eines wettbewerblich erheblichen Einflusses. Denn diese Tatsachen ließen erwarten, dass die Minderheitsbeteiligung der A-TEC einen erheblichen Einfluss auf Geschäftspolitik und strategische Ausrichtung der NA vermittelt hätte.

537. Das OLG Düsseldorf bestätigte die Entscheidung des Bundeskartellamtes inhaltlich.[211] Es stellte auch fest, dass der Zusammenschlusstatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses im Sinne von § 37 Absatz 1 Nummer 4 GWB jedenfalls dann erfüllt ist, wenn der Erwerber zwar eine unter 25 Prozent liegende Gesellschaftsbeteiligung erwirbt, jedoch aufgrund sonstiger rechtlicher oder tatsächlicher Umstände dauerhaft die Stellung des Inhabers einer aktienrechtlichen Sperrminorität von 25 Prozent besitzt. Dabei spiele keine Rolle, ob diese faktische Sperrminorität auf Zusatzabreden, Einflussmöglichkeiten tatsächlicher Art oder darauf beruht, dass sich ein hinreichend großer Anteil des Grundkapitals im Streubesitz befindet, sodass im Allgemeinen nur ein hinreichend geringer Teil des stimmberechtigten Kapitals in den Hauptversammlungen vertreten ist. Allerdings reiche für die Annahme einer faktischen Sperrminorität im Allgemeinen nicht aus, dass lediglich in den vergangenen drei Jahren eine derart geringe Hauptversammlungspräsenz zu verzeichnen war. So sei etwa die Abstimmungspräsenz auf der der Kartellamtsentscheidung nachfolgenden Hauptversammlung der NA höher als in vorigen Jahren gewesen, sodass A-TEC dort keine faktische Sperrminorität erreicht hätte. Jedoch genüge für die Annahme eines wettbewerblich erheblichen Einflusses bereits ein zur Erlangung eines Aufsichtsratsmandats ausreichender Stimmrechtsanteil, wenn wie hier zu erwarten sei, dass dieser Vertreter des Minderheitsgesellschafters aufgrund seiner Branchenkunde und Markterfahrung in einem ansonsten von branchenfremden Gesellschaftern besetzten Aufsichtsrat seinen mit den Interessen der Zielgesellschaft (teilweise) identischen strategischen Interessen Geltung verschaffe. Sei also schon der Anteilserwerb von 13,75 Prozent bei einer entsprechenden Gesellschafterkonstellation ausreichend für den Zusammenschlusstatbestand, so gelte dies um so mehr und eigenständig für den angemeldeten Erwerb dreier Aufsichtsratsmandate.

538. Die Monopolkommission pflichtet der Entscheidung des OLG bei. Der Erwerb einer faktischen Sperrminorität stellt den paradigmatischen Fall wettbewerbserheblichen Einflusses dar, ist aber für das Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestands nicht zwingend erforderlich. Dabei lassen die bisherige Hauptversammlungspräsenz und die Anteilsverteilung substanzielle Prognosen für zukünftigen Abstimmungseinfluss einer Minderheitsbeteiligung nur in besonderen Fällen zu, in denen die Beteiligungsverhältnisse etwa strukturell verfestigt sind. Ein Stimmrechtsanteil, der vor dem Hintergrund der übrigen Gesellschafterstruktur, Branchenkenntnis und strategischer Interessen des Minderheitsgesellschafters diesem eine wesentliche Einflussnahme auf die Willensbildung und damit auf das Marktverhalten des Zielunternehmens ermöglicht und dadurch den Erwerber in die Lage versetzt, eigene Wettbewerbsinteressen zur Geltung zu bringen, genügt für den Zusammenschlusstatbestand auch bei noch geringeren Stimmrechtsanteilen als hier. Umso mehr genügt dafür das Recht oder die faktische Möglichkeit, einen oder mehrere Vertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden, wenn dies vor dem Hintergrund der sonstigen gesellschaftsrechtlichen und faktischen Umstände zu einer tatsächlichen, nicht unerheblichen Einflussnahme führen kann.

3.4.2 Minderheitsbeteiligungen, Überkreuzbeteiligungen und Kartellverbot

539. Ohne regelmäßige Erfassung in förmlichen Verfahren, aber praktisch zumindest ebenso bedeutsam sind Minderheitsbeteiligungen unterhalb der Zusammenschlussschwelle.[212] Stärker noch als einseitige können solche Minderheitsbeteiligungen koordinierend wirken, durch die Unternehmen wechselseitig miteinander verflochten sind. Solche Überkreuzbeteiligungen werden üblicherweise als strukturelle Grundlage einer (geplanten) umfangreichen und langfristigen Zusammenarbeit vereinbart. Auch wenn derartige Transaktionen – bei entsprechender Geringfügigkeit der strukturell bedingten Einflussnahmemöglichkeit – nicht den Zusammenschlusstatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses erfüllen und daher nicht anmeldepflichtig nach §§ 37 und 39 GWB sind, können sie wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot nach § 1 GWB unzulässig sein. Aufgrund der Fokussierung seiner Praxis auf volkswirtschaftlich im Allgemeinen schädlichere sog. Kernkartelle[213] kontrolliert das Bundeskartellamt solche niedrigschwelligen Überkreuzbeteiligungen nur selten. In manchen Fällen jedoch müssen Unternehmen angemeldete, aber nicht unverändert genehmigungsfähige Transaktionen derart umstrukturieren, dass sie nicht mehr gegen Kartellrecht verstoßen. In diesen Fällen eines bereits eröffneten Kartellamtsverfahrens wird auch der Maßstab des Kartellverbots angewandt.

---

[211] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. November 2008, Kart 5/08 (V), WuW/E DE-R 2462 „A-TEC/Norddeutsche Affinerie“.

[212] Auch wegen deren wettbewerblicher Bedeutung untersucht die Monopolkommission seit 1990 regelmäßig die zwischen den größten deutschen Unternehmen bestehenden Gemeinschaftsunternehmen sowie Kapitalbeteiligungen in diesem Kreis, um den Grad der gegenseitigen Verflechtung und Tendenzen insoweit sichtbar zu machen. Vgl. zu Verflechtungen der Großunternehmen Kapitel II, Abschnitt 4. zu Kapitalverflechtungen Kapitel II, Abschnitt 4.2 und zu Gemeinschaftsunternehmen Kapitel II, Abschnitt 4.4. Daneben werden unregelmäßig solche Verflechtungen in spezifischen Branchen untersucht; vgl. etwa Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 170 ff.

[213] Kernkartelle (auch Hard-Core-Kartelle genannt) sind geheime Absprachen zwischen Unternehmen auf derselben Stufe der Produktions- oder Vertriebskette, um Wettbewerb unter ihnen auszuschalten oder zu beschränken. In der Regel betreffen Kernkartelle die Festsetzung der An- oder Verkaufspreise, die Beschränkung der Produktion, die Aufteilung der Märkte, Zuteilung von Kunden oder Gebieten, Angebotsabsprachen oder eine Kombination dieser spezifischen Arten von Beschränkungen.

540. So hatten etwa die Beteiligten der Übernahme des Städtefluggeschäfts der TUIfly durch Air Berlin zunächst zusätzlich zu dieser Übernahme den Erwerb von jeweils 19,9 Prozent der Anteile an Air Berlin durch die TUI AG sowie an der TUIFly durch die Air Berlin angemeldet.[214] Die Beteiligungen waren jeweils mit Stimmrechten bzw. der Ausübung von Vetorechten versehen, sodass sie jeweils den Zusammenschlusstatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses erfüllt hätten. Diese Transaktion hätte zu einem Zusammenschluss im Bereich des Charterflugverkehrs geführt, in dem beide Unternehmen marktstarke Anbieter sind. Die Beteiligten hatten daraufhin zunächst die beabsichtigte gegenseitige Beteiligung auf jeweils 9,9 Prozent reduziert und die Anmeldung insoweit modifiziert. Wechselseitige Beteiligungen in dieser Höhe hätten zwar keinen Zusammenschlusstatbestand mehr erfüllt, wären aber im Hinblick auf mögliche Koordinierungswirkungen für den Bereich des Charterfluggeschäfts nach § 1 GWB, Artikel 81 EG (jetzt Artikel 101 AEUV) problematisch gewesen.

541. Nach intensiver Diskussion mit dem Bundeskartellamt beschränkten die Beteiligten diesen Teil des Vorhabens auf eine einseitige Beteiligung der TUI in Höhe von 9,9 Prozent an Air Berlin. Eine solche Beteiligung allein konnte nach Auffassung des Bundeskartellamtes auch im Zusammenhang mit den übrigen langfristigen Verträgen zwischen den Beteiligten den Verdacht einer wettbewerblichen Koordinierung nicht mehr begründen, zumal die TUI AG auf Stimm- und Vetorechte verzichtete und sich verpflichtete, diese Beteiligung in der Zukunft wieder abzubauen. Das Bundeskartellamt sah nach dieser Umstrukturierung keinen Anlass mehr, ein Prüfverfahren nach § 1 GWB, Artikel 101 AEUV einzuleiten. Es wies die Parteien jedoch darauf hin, dass das Marktverhalten der beteiligten Unternehmen im Hinblick auf mögliche Koordinierungen weiter beobachtet werde.

542. Die Monopolkommission begrüßt dieses ausdrückliche Aufgreifen unterschwelliger Überkreuzbeteiligungen durch das Bundeskartellamt. Solche wechselseitigen Beteiligungen dürften im Regelfall zu einer weitreichenden Koordination des wettbewerblichen Verhaltens der beteiligten Unternehmen führen, auch wenn sie keine strukturelle Position vermitteln, die als wettbewerblich erheblicher Einfluss erfasst würde. Vor diesem Hintergrund ist nach § 1 GWB, Artikel 101 AEUV eine regelmäßige Ausrichtung von unterschwelligen Überkreuzbeteiligungen an den Anforderungen des Kartellverbots rechtlich zwingend vorgeschrieben. Die Kapazitätsbeschränkungen des Bundeskartellamtes und vor allem die Entscheidung des GWB, eine regelmäßige Kontrolle von Beteiligungen nur für nach § 37 GWB erfasste Zusammenschlüsse durchzuführen, lassen eine Überprüfung aller wettbewerbserheblichen Überkreuzbeteiligungen jedoch nicht zu. Eine Klarstellung der wettbewerbsrechtlichen Grenzen und Probleme solcher Verflechtungen in einem Leitlinien-Merkblatt könnte die faktische Reichweite des Kartellverbots erhöhen und mit vergleichsweise niederschwelligem Aufwand des Bundeskartellamtes den Zielsetzungen des GWB eine erhöhte tatsächliche Geltung verschaffen.[215]

[214] BKartA, Beschluss vom 4. September 2009, B9-56/09, WuW/E DE-V 1867 „Air Berlin/TUIfly“.

3.5 Marktabgrenzung

543. Oft kommt der Abgrenzung des wettbewerblich erheblichen Marktes eine vorentscheidende Bedeutung in Fusionskontrollverfahren zu. Wird ein Markt weit abgegrenzt, so ergeben sich verhältnismäßig geringe Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten, was auf das Fehlen negativer wettbewerblicher Zusammenschlussauswirkungen hindeutet. Eine enge Marktabgrenzung führt dagegen zu einer Annahme höherer Marktanteile, welche eine Prognose erheblicher Wettbewerbsauswirkungen näher legt. Mitunter – etwa bei fraglichem Erreichen der Bagatellmarktschwelle des § 35 Absatz 2 Nummer 2 GWB – hängt von der Marktabgrenzung sogar die Anwendbarkeit der Zusammenschlusskontrolle und damit das Bestehen einer Anmeldepflicht der Beteiligten ab.[216]

544. Märkte werden sachlich und räumlich, nur in Einzelfällen zusätzlich zeitlich, abgegrenzt.[217] Dabei ist ein Markt nicht quasi-naturgesetzlich vorgegeben und lediglich zu ermitteln. Vielmehr stellt insbesondere der kartellrechtlich relevante Markt eine soziale Konstruktion dar.[218] Bei seiner Abgrenzung kommt es darauf an, die für die tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse der von einem Zusammenschluss betroffenen Märkte erheblichen Tatsachen in einem geeigneten Rahmen zu erfassen.

545. Die deutsche Kartellrechtspraxis geht dabei für Absatzmärkte in der Regel vom sog. modifizierten Bedarfsmarktkonzept aus. Danach sind zunächst sämtliche Güter, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet und miteinander austauschbar ansieht, in einen Markt einzubeziehen. Dieses (reine) Bedarfsmarktkonzept stellt lediglich ein Hilfsmittel dar, die Wettbewerbskräfte zu ermitteln, denen die beteiligten Unternehmen ausgesetzt sind. Es bedarf im Einzelfall der Korrektur, wenn und soweit es die auf die beteiligten Unternehmen wirkenden Wettbewerbskräfte nicht zutreffend und umfassend abbildet.[219] So sind neben der Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite (Nachfragesubstituierbarkeit) zusätzlich die Möglichkeiten von Herstellern anderer Produkte einzubeziehen, ihre Produktion auf die vom Zusammen-

[215] Vgl. oben Tz. 524.

[216] Vgl. für einen solchen Fall das Verfahren Faber/Basalt, Entscheidungen von BKartA, OLG und BGH, oben Tz. 474.

[217] Umfassend zur sachlichen Marktabgrenzung vgl. bereits Monopolkommission, Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung, Hauptgutachten 1982/1983, Baden-Baden 1984, Tz. 606 ff.

[218] Vgl. Engel, C., Marktabgrenzung als soziale Konstruktion, in: Fuchs, A., Schwintowski, H,-P., Zimmer, D. (Hrsg.), Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung (Festschrift Immenga), München 2004, S. 127–147.

[219] So ausdrücklich BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, Tz. 17.

schluss betroffenen Waren umzustellen (Angebotsumstellungsflexibilität).[220] Letztlich kommt es dabei auf den tatsächlichen wettbewerblichen Druck an, dem die Zusammenschlussbeteiligten ausgesetzt sind.[221] Für Beschaffungsmärkte gilt das Ausgeführte spiegelbildlich: Maßgeblich sind in erster Linie die alternativen Absatzmöglichkeiten der Produzenten, deren Produktionsumstellungsflexibilität sowie die Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager. Die räumliche Dimension von Märkten ergibt sich aus den tatsächlichen Absatz-, Nachfrage- und Handelsströmen, die etwa durch Transportkosten, regulatorische Barrieren oder Gewohnheiten der Marktteilnehmer beeinflusst werden. Neben welt- oder europaweiten lassen sich deutschlandweite sowie regionale Märkte beobachten.

546. Bei der Beantwortung der für die Fusionskontrolle entscheidenden Frage, ob durch den angemeldeten Zusammenschluss für die Beteiligten ein nicht mehr vom Wettbewerb kontrollierter Verhaltensspielraum entstehen oder verstärkt würde, hat das Hilfsinstrument der Marktabgrenzung eine dienende Funktion.[222] Bei der Prognose der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung werden weitere Wettbewerbsfaktoren einbezogen, die nicht unmittelbar in die Marktabgrenzung eingeflossen sind. Relevant sind insbesondere die längerfristig wirkenden Möglichkeiten des Markteintritts bisher nicht in diesem Markt anbietender Produzenten (potenzielle Konkurrenz)[223] sowie das (teilweise) Ausweichen der Nachfrager auf vergleichbare Produkte, die (partiell) ähnliche Bedürfnisse erfüllen wie die Produkte des sachlich relevanten Marktes (Substitutionswettbewerb)[224]. Sachlich eng verwandte Märkte lassen sich dabei zuweilen ohne Verstoß gegen die anerkannte Methodik entweder in einem gemeinsamen Markt zusammenfassen oder wechselseitig als Faktoren der Marktbeherrschung berücksichtigen, ohne dass dadurch das Ergebnis beeinflusst würde. So führt etwa § 19 Absatz 2 Nummer 2 GWB als Maßstab für eine überragende Marktstellung unter anderem potenzielle Konkurrenz sowie Angebots- und Nachfrageumstellungsflexibilitäten an.

547. In der industrieökonomischen Literatur und zunehmend in der Entscheidungspraxis ausländischer Kartellbehörden und der Europäischen Kommission sowie des Bundeskartellamtes finden immer häufiger Versuche statt, den relevanten Markt (unmittelbar) aus quantitativen Analysen abzuleiten, etwa vermittels des „Small-but-Significant Non-transitory Increase-in-Price Test“ (SSNIP-Test)[225] oder vermittels Preis-Korrelationsanalysen[226]. Vorgeschlagen wird darüber hinausgehend, den vorherrschenden Wettbewerbsdruck unmittelbar zu messen (etwa durch die Ermittlung des durch eine geplante Fusion entstehenden Preisdrucks („Upward Pricing Pressure“))[227].

548. Die Monopolkommission befürwortet grundsätzlich den Einsatz solcher quantitativer Instrumente in Einzelfällen oder Sektoruntersuchungen, wenn entsprechend verwertbare Daten vorliegen oder die Bedeutung des relevanten Marktes den Erhebungsaufwand rechtfertigen. Allerdings ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt aufgrund praktischer Beschränkungen der Aussagekraft solcher Verfahren davon auszugehen, dass sie in den meisten Fällen lediglich als zusätzliche Informationsquelle, aufbauend auf einer konzeptionellen Analyse des Marktes, dienen können. In Einzelfällen, etwa bei vorliegenden verwertbaren Daten und klarer Fragestellung, haben entsprechende Untersuchungen bereits zusätzliche Informationen liefern können und dienten insbesondere zur Erhärtung der konzeptionell gewonnenen Erkenntnisse.[228] Die Monopolkommission befürwortet ausdrücklich den Aufbau von Expertise in diesem Gebiet durch das Bundeskartellamt sowie die Durchführung entsprechender Untersuchungen in geeigneten Fällen. Denn die praktischen Grenzen der Anwendung quantitativer Techniken sind nur durch deren Anwendung und Verbesserung in praxi zu verschieben. Das setzt allerdings eine adäquate Ausstattung des Bundeskartellamtes auch in diesem Bereich, insbesondere in personeller Hinsicht, voraus. In diesem Zusammenhang bereitet das Bundeskartellamt eine Bekanntmachung vor, die die Grundanforderungen darlegen soll, die an ökonometrische Gutachten zu stellen sind.

3.5.1 Sachliche Marktabgrenzung

549. Die sachliche Marktabgrenzung stellt fest, für welche Produkt- und/oder Dienstleistungsmärkte ein Zusammenschluss Bedeutung hat. Stellt die Marktabgrenzung auch ein wichtiges Element jeder Fusionskontrollentscheidung dar, so erscheinen doch einige Verfahren im Berichtszeitraum insoweit besonders bedeutsam: Im ersten sogleich diskutierten Verfahren, das einen Zusammenschluss von Schließanlagenherstellern zum Gegenstand hatte, waren zwei jedenfalls sehr eng verwandte Märkte betroffen, die erhebliches Konvergenz- und Substitutionspotenzial insbesondere für die Zukunft aufwiesen; die Entscheidungen des Bundeskartellamtes und des OLG legten insgesamt drei unterschiedliche Marktabgrenzungen zugrunde, die jede für sich die ausgesprochene Untersagung rechtfertigten. Im Lebensmitteleinzelhandel hat das Bundeskartellamt den unterschiedlichen

---

[220] Vgl. nur BGH, Beschluss vom 16. Januar 2007, KVR 12/06, WuW/E DE-R 1925 „National Geographic II“, Tz. 19 ff.

[221] Vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, Tz. 18 ff.

[222] Zum Merkmal der Marktbeherrschung vgl. im Einzelnen unten Tz. 595 ff.

[223] Dazu im Einzelnen unten Tz. 624 ff.

[224] Vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 1981, KVR 2/80, WuW/E BGH 1854 „Straßenverkaufszeitungen“, Tz. 19; zuletzt BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVR 21/07, WuW/E DE-R 2268 „Soda-Club II“, Tz. 15.

[225] Vgl. dazu ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 74 ff.

[226] Etwa in BKartA, Beschluss vom 2. Juli 2008, B2-359/07, WuW/E DE-V 1591 „Loose/Poelmeyer“, sowie die entsprechende Entscheidung des OLG Düsseldorf; vgl. dazu unten Tz. 561 ff.

[227] Vgl. etwa bereits Farrell, J., Shapiro, C., Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition, Working Paper, Erstfassung 2008 [online verfügbar].

[228] Vgl. sogleich zu einer Anwendung sowie aus der Praxis der Europäischen Kommission Tz. 561 ff.

Wettbewerbsdruck differierender Vertriebskonzepte nicht in der Marktabgrenzung, sondern in der Marktbeherrschungsbetrachtung gewürdigt. In Tankstellenmärkten werden nach neuerer Praxis des Bundeskartellamtes sachlich getrennte Märkte für Otto- und für Dieselkraftstoffe angenommen. Ein eigenständiger sachlicher Markt für Sauermilchkäse lag einer Untersagung im Molkereisektor zugrunde. Die Abgrenzung von Lexika als gedruckten Büchern und als Online-Ressource führte letztlich zu einer Ablehnung der Fusionskontrollpflicht für die Lexikonsparten von Bertelsmann und Brockhaus. Die sachliche Marktabgrenzung im Energiesektor schließlich ist Gegenstand von Abschnitt 3.5.2 dieses Kapitels.

3.5.1.1 Marktabgrenzung in benachbarten dynamischen Märkten

550. In dem durch Untersagung abgeschlossenen Zusammenschlussverfahren Assa Abloy/Simons Voss[229] ging das Bundeskartellamt von einem nationalen Angebotsmarkt für elektronische und mechatronische Schließzylinder (rein elektronischer Schlüsselchip bzw. zusätzlich mit elektronischem Chip versehene mechanische Schlüssel) aus, in den weder mechanische Schließanlagen noch elektronische Beschläge und konventionelle Zutrittskontrollanlagen einzubeziehen seien. Zwischen elektronischen und mechatronischen Schließzylindern bestünden enge Substitutionsbeziehungen, die sich in erster Linie aus den vergleichbaren Kosten und vor allem vergleichbarer Funktionalität ergäben. Andererseits seien mechanische Schließzylinder nicht in den Markt mit einzubeziehen, da deren Kosten im Durchschnitt bei nur etwa 10 bis 30 Prozent der Kosten von mechatronischen und elektronischen Schließzylindern lägen, sie wesentliche Sicherheitsfunktionen Letzterer nicht ermöglichten und sich schließlich auch die Anbieterstruktur auf jenem Markt wesentlich unterscheide. Die Märkte für nicht zylinderbasierte Schließtechnik (insbesondere sog. Beschlagslösungen und sonstige Zutrittskontrolllösungen) unterschieden sich wegen des stark erhöhten Einbauaufwands, des wesentlich höheren Preises, der weitgehend unterschiedlichen Vertriebswege, signifikant höheren Einnahmen aus dem Service- und Dienstleistungsgeschäft und der völlig anderen Wettbewerberstruktur wesentlich von den Märkten für zylinderbasierte Schließsysteme. Eine Unterscheidung zwischen in Echtzeit kontrollierbaren Anlagen (online) und solchen ohne diese Möglichkeit (offline) hielt das Bundeskartellamt nach einer Abnehmerbefragung wegen der Nachrangigkeit dieses Merkmals nicht für erforderlich.

Auf diesem Markt lasse die Fusion die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung erwarten, insbesondere weil Assa Abloy beim Absatz von mechatronischen Zylindern und Simons Voss beim Vertrieb von elektronischen Zylindern (Marktanteile von über 80 bzw. 50 Prozent) jeweils mit großen Abständen zum nächstkleineren Wettbewerber führend seien.

Hilfsweise basierte die Entscheidung auf einer Betrachtung getrennter Märkte für mechatronische und für elektronische Schließzylinder. Es sei auch dann von einer wesentlichen Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen, da diese beiden Märkte jedenfalls sachlich eng benachbart seien und von den Zusammenschlussbeteiligten dominiert würden. Unter der Annahme getrennter Märkte entfalle durch den Zusammenschluss der von dem jeweils anderen ausgehende erhebliche Wettbewerbsdruck. Entscheidend wurden hier aufgeführt die fusionsbedingt zu erwartende Stärkung des Zugangs der Beteiligten zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, die bestehenden erheblichen Markteintrittsbarrieren sowie die Stellung von Assa Abloy als mit Abstand ressourcenstärkstem Marktteilnehmer.

Die Ausführungen zur Marktabgrenzung in dem Beschluss sind ungewöhnlich umfangreich und beschreiben die weitreichenden Sachverhaltsermittlungen des Bundeskartellamtes detailliert, die sich insbesondere mit den Substitutionsmöglichkeiten verschiedenster Abnehmerkreise und mit den Absatzstrukturen auseinandersetzen.

551. Das OLG Düsseldorf hat den Beschluss im Beschwerdeverfahren auf der Grundlage der Annahme eines einheitlichen Marktes bestätigt, der sowohl mechatronische und elektronische Schließzylinder als auch elektronische Beschläge und Zutrittskontrollanlagen in ihrer jeweiligen Offline-Variante umfasse.[230]

Das Oberlandesgericht analysiert im Einzelnen die Kosten, Verwendungsarten und spezifischen Vor- und Nachteile der unterschiedlichen relevanten Produkte und definiert für mechanische Schließzylinder sowie für echtzeitvernetzte Systeme jeweils eigenständige Märkte. Einen gemeinsamen Markt hingegen nimmt es für elektronische und mechatronische Schließzylinder, elektronische Beschläge und konventionelle Zutrittskontrollanlagen ohne Echtzeitvernetzung an. Daneben lehnt es die Annahme eines separaten Marktes für elektronische Schließsysteme (mehrere miteinander zu einem System verbundene Schließzylinder), die den Geschäftsgegenstand von Simons Voss darstellen sollen, ab. Denn einerseits gebe es keine Mindestgröße für abgegebene Systeme, andererseits sei Simons Voss jedenfalls unter dem Aspekt der Angebotsumstellungsflexibilität dem Markt für elektronische Schließzylinder zuzuordnen.

Mit ähnlichen Erwägungen wie das Bundeskartellamt geht das OLG davon aus, dass die bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellungen der Beteiligten durch den Zusammenschluss weiter verstärkt würden. Auch diese Entscheidung ist in ihren Ausführungen zur Marktabgrenzung außergewöhnlich tiefgründig und umfassend, was wie bei der Kartellamtsentscheidung mit dem umfangreichen Vortrag der Beteiligten zusammenhängt.

552. Die Entscheidungen zeigen anschaulich, dass die Marktabgrenzung nur einen ersten Schritt bei der Ermitt-

[229] BKartA, Beschluss vom 5. November 2008, B5-25/08, WuW/E DE-V 1652.

[230] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2009, VI-Kart 14/08 (V), zur Marktabgrenzung ab Tz. 36.

lung der wettbewerblichen Effekte eines Zusammenschlusses darstellt und nicht immer wesentlichen Einfluss auf die wettbewerbsrechtliche Einschätzung hat. Während das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung die Unterschiede zwischen Online- und Offline-Lösungen als nicht unterscheidungserheblich angesehen hatte und vielmehr auf die konkrete Austauschbarkeit aufgrund von Kosten und Einbauaufwand abstellte, war für das OLG die Echtzeitvernetzung entscheidend. Ein wesentlicher Grund für diesen Unterschied war die Bewertung dynamischer Effekte im Markt. Das Bundeskartellamt hatte Abnehmer ausdrücklich nach dem Wettbewerbsverhältnis zwischen Online- und Offline-Lösungen gefragt und war zu dem Schluss gekommen, dass diese nur begrenzt austauschbar seien. In der Einschätzung des OLG hingegen spielte die mit der Online-Vernetzung verbundene Zukunftsfähigkeit der Schließsysteme eine entscheidende Rolle. Letztlich wurde unter allen drei ausgeführten Marktabgrenzungen die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bejaht.

553. Auch ohne genaue Marktabgrenzung erscheint die Situation in diesem Fall schon auf den ersten Blick recht eindeutig: Der absolute Marktführer bei den hergebrachten Schließtechnologien, der über Vertragsnetzwerke und Vertriebsverträge die Absatzkette wesentlich dominiert, will den absoluten Marktführer in einem jedenfalls unmittelbar angrenzenden Markt, der die zukunftsorientierte Fortsetzung des ersten Gesamtmarkts darstellt, übernehmen; hinzu kommt die Konvergenz der beiden betroffenen Produkte. Bei einheitlicher Prüfung einer zu befürchtenden erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung hätte hier die genaue Marktabgrenzung offenbleiben können, da jedenfalls der Wegfall des von dem jeweils anderen ausgehenden potenziellen und Randwettbewerbs die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellungen auf den betroffenen Märkten wahrscheinlich gemacht hätte.[231] In diese Richtung weist auch der zweifache kurze, doch mitentscheidende Hinweis des OLG auf die erhebliche Angebotsumstellungsflexibilität der Beteiligten in diesem Verfahren, der allerdings jeweils der Rechtfertigung der vorgenommenen Marktabgrenzung, nicht der engeren Analyse der zu erwartenden Wettbewerbsbeeinträchtigung dient.

554. Vor dem Hintergrund des von den Beteiligten in dieser Sache betriebenen erheblichen Daten- und Gutachtenaufwands mag eine so vertiefte Befassung des Bundeskartellamtes und des Oberlandesgerichts mit den Einzelheiten der Marktabgrenzung angezeigt gewesen sein. Auch dürften im Regelfall zusätzliche Untersuchungen genauere Entscheidungen mit höherer Richtigkeitsgewähr ermöglichen. Gleichwohl gibt die Monopolkommission zu bedenken, dass in Fällen wie diesem, wo die langfristige Substituierbarkeit zweier Produkte außerordentlich hoch ist und (wie in den meisten Märkten mit bestimmenden elektronischen Bauteilen) die von den Zusammenschlussbeteiligten bereits ausgeschöpften und infolge des Zusammenschlusses weiter verstärkten Netzwerk- und Skaleneffekte eine entscheidende Rolle spielen, auch bei erheblichem Interesse der Beteiligten und entsprechend umfangreichem Sachvortrag lange Marktabgrenzungserörterungen durch den schlichten Hinweis auf erheblichen potenziellen Wettbewerb entbehrlich werden können. Insoweit sollte nicht aus den Augen verloren werden, dass Gegenstand der Prüfung die Ermittlung von Verhaltensspielräumen ist. Wegen der Marktbeherrschungsvermutungen des § 19 Absatz 3 GWB hat zwar die Ermittlung von Marktanteilen in verfahrensökonomischer Hinsicht grundsätzlich einen erheblichen Wert.[232] In Ausnahmefällen wie dem vorliegenden sollte aber mit Augenmaß auf eine genaue Abgrenzung der betroffenen Märkte verzichtet werden, wenn die absehbaren wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses ohnedies deutlich sind. Insoweit erinnert die Monopolkommission daran, dass Fusionskontrollentscheidungen Prognoseentscheidungen sind, bei denen zumindest nach der bisherigen Konzeption des GWB auch die Anzahl und Diversität der in betroffenen Märkten Tätigen ein wesentliches Kriterium sein muss.

3.5.1.2 Einheitliche Marktabgrenzung und abgestufter Wettbewerbsdruck im Lebensmitteleinzelhandel: EDEKA/ Tengelmann

555. Bei der bedingten Freigabe der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen der EDEKA Zentrale und der Tengelmann Warenhandelsgesellschaft („Netto Marken-Discount“) ist das Bundeskartellamt entsprechend seiner ständigen Praxis[233] von einem einheitlichen sachlichen Absatzmarkt im Lebensmitteleinzelhandel ausgegangen.[234] Das Lebensmittelhandwerk (Bäcker, Fleischereien, Obst- und Gemüsehändler, Wochenmarktstände etc.), Drogeriemärkte und Cash&Carry-Grossmärkte werden nicht in den relevanten Markt einbezogen. Denn hier sei allenfalls von einem teilweisen Wettbewerbsverhältnis auszugehen; regelmäßig seien die Verkaufslokale in Sortiment, Lage, Größe, Einkaufsverhältnis etc. nicht ausreichend vergleichbar, während das Angebot der Cash&Carry-Märkte überwiegend nicht auf den Endverbraucher ausgerichtet sei. Auf der Beschaffungsseite hingegen wurden für 29 Produktgruppen und differenziert zwischen Handels- und Herstellermarken getrennte sachlich relevante Märkte unterschieden.[235]

556. Innerhalb dieses so definierten einheitlichen Lebensmitteleinzelhandels bestehe zwar eine starke Segmentierung über differenzierte Vertriebsschienenkon-

[231] Vgl. hierzu etwa OECD, Merger Review in Emerging High Innovation Markets, 2003 [online verfügbar].

[232] Vgl. dazu Tz. 601 ff.

[233] Vgl. zuletzt BKartA, Beschluss vom 25. August 2005, B9-27/05 „EDEKA/Spar“; dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/ 2005, a. a. O., Tz. 474 ff.

[234] BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07, WuW/E DE-V 1607 „EDEKA/Tengelmann“. Vgl. zur Marktabgrenzung bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 560 ff; zu der in diesem Zusammenschlussverfahren gleichzeitig untersagten Beschaffungskooperation vgl. auch oben Tz. 518 ff.

[235] Vgl. dazu oben Tz. 383.

zepte oder Vertriebslinien, die mit den Begriffen SB-Warenhäuser, Vollsortimenter, Soft-Discounter und Hard-Discounter bezeichnet werden und sich vor allem hinsichtlich der Sortimentsbreite (Anzahl der Produkte), der Sortimentstiefe (Anzahl der Marken pro Produkt und Anteil Herstellermarken/Handelsmarken), der Warenpräsentation und des Ambientes sowie teilweise hinsichtlich der Verkaufsfläche unterscheiden. Zwischen den Vertriebslinien bestehe jedoch ein – stark abgestuftes – Wettbewerbsverhältnis. Die Unterschiede zwischen diesen seien nicht so weitgehend, dass sie die Abgrenzung jeweils getrennter sachlich relevanter Märkte rechtfertigen würden. Denn zum einen tätigten die Endverbraucher ihre Einkäufe überwiegend in Geschäften mehrerer Vertriebsschienen, zum anderen hätten die den Markt prägenden Lebensmitteleinzelhandelsanbieter ein Geschäftsmodell, das sich im Regelfall auf mehrere Vertriebsschienen erstreckt. So seien EDEKA, REWE, Tengelmann und Lidl sowohl im Vollsortiment als auch im Soft-Discount vertreten.

557. Der unterschiedliche Wettbewerbsdruck der unterschiedlichen Vertriebslinien auf die jeweils anderen wird im Einzelnen untersucht und gewürdigt; die sorgfältige Ermittlung der Wettbewerbssituation auf den betroffenen Märkten wurde durch mehrere von den Beteiligten beauftragte oder vorgelegte Gutachten jedenfalls teilweise erleichtert. Der Wettbewerbsdruck vonseiten des Hard-Discounts betreffe im Wesentlichen die Preissetzung im Bereich der Handelsmarken. Dagegen bewegten sich die Wettbewerbsstrategien der Soft-Discounter und erst recht der Vollsortimenter mit einem hohen Anteil an Herstellermarken im Hinblick auf Preispolitik, Qualität, Service, Werbung, Verkaufsflächenkonzept und räumliche Gestaltung bezogen auf die Herstellermarken weitgehend unabhängig vom Hard-Discount. Entscheidend wirkte sich in diesem Fall das engere Wettbewerbsverhältnis zwischen Soft-Discounter- und Vollsortimenterbereich insoweit aus, als beide Beteiligten in diesen beiden Vertriebslinien tätig sind, der Zusammenschluss dadurch sowohl direkt als auch mittelbar die beiden Bereiche betraf und dadurch zumindest eine marktbeherrschende Stellung in einer Vielzahl von Regionalmärkten begründet hätte; in jenen Regionalmärkten mussten zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken Verkaufsstätten der Beteiligten an Wettbewerber veräußert werden.

558. Die Monopolkommission begrüßt die einheitliche Marktabgrenzung mit der differenzierten Untersuchung abgestufter Wettbewerbsverhältnisse. Weder die Annahme nach Vertriebslinien sachlich getrennter Märkte noch die undifferenzierte Betrachtung des Wettbewerbsdrucks im einheitlichen Lebensmitteleinzelhandelsmarkt hätten die Marktverhältnisse ausreichend detailliert abzubilden vermocht. Durch die vorgenommene Untersuchung der abgestuften Wettbewerbsverhältnisse im Lebensmitteleinzelhandel können die tatsächlichen Marktverhältnisse zwischen den verschiedenen Vertriebslinien unter differenzierter Berücksichtigung von Handels- und Herstellermarken nach Auffassung der Monopolkommission ausreichend präzise erfasst werden. Auch die Nichteinbeziehung von Lebensmittelhandwerk, Drogeriemärkten und Cash&Carry-Grossmärkten wird überzeugend begründet. Insoweit bestehen zwar gewisse geringe Substitutionspotenziale; diese stellen jedoch von ihrer relativen Stärke und ihrem absoluten Volumen kaum wirksame Begrenzungen von Handlungsspielräumen im Lebensmitteleinzelhandel dar und würden sich praktisch kaum abbilden lassen. Die Entscheidung stellt nach Ansicht der Monopolkommission ein gutes Beispiel für die differenzierte Würdigung unterschiedlich stark wirkenden Wettbewerbs innerhalb eines einheitlichen Marktes dar.

3.5.1.3 Getrennte Tankstellenmärkte für Benzin und Diesel

559. Entgegen seiner bisherigen Entscheidungspraxis[236] und der aktuellen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission[237] geht das Bundeskartellamt nunmehr von sachlich getrennten Märkten beim Tankstellenvertrieb von Otto- und von Dieselkraftstoff aus.[238] Dies liege darin begründet, dass die Nachfrager immer entweder Otto- oder Dieselkraftstoff nachfragen würden, bedingt durch ihre vorhergehende Systementscheidung für ein Automobil mit entsprechender Motortechnologie. Zudem sei die Preisbewegung beider Produkte nicht parallel; vielmehr schwanke die Preisdifferenz zwischen Otto- und Dieselkraftstoff z. B. im Verlauf der Jahreszeiten. Der Sortimentsgedanke, nach dem etwa im Lebensmitteleinzelhandel eine typischerweise nachgefragte Produktpalette zusammengefasst wird, sei hier nicht tragfähig. Denn der Abnehmer frage eben lediglich ein Produkt, nicht – wie typischerweise in Sortimentsmärkten – mehrere Produkte aus dem Sortiment nach. Insoweit steige hier auch die Attraktivität der Verkaufsstelle nicht mit zunehmender Sortimentsbreite.

560. Diese Differenzierung getrennter Märkte für Otto- und für Dieselkraftstoff dürfte vor dem Hintergrund der berichteten Argumente tatsächlich den Wettbewerbsdruck zutreffend beschreiben. Ob dies zu einer unterschiedlichen Betrachtung im Einzelfall führen kann, vermag hier nicht geklärt zu werden. Weitergehend ließen sich die Märkte wohl nach dem sonstigen Sortiment der Tankstelle (Kleinsupermarkt, Bistro, Café, Werkstattbetrieb, Waschanlage etc.) aufgliedern. Der Aufwand für die Erhebung der Wettbewerbsparameter dürfte so deutlich ansteigen. Letztlich scheint wenig erstaunlich, dass die Entscheidungen des Bundeskartellamtes aus der getrennten sachlichen Marktabgrenzung jedenfalls bislang keine eigenständigen Schlüsse ziehen, wenn auch die errechneten Marktanteile für Otto- und Dieselkraftstoff teilweise um

---

[236] Zuletzt zweifelnd BKartA, Beschluss vom 7. März 2008, B8-134/07, WuW/E DE-V 1584 „Shell/HPV“.

[237] EU-Kommission, Entscheidung vom 21. November 2008, COMP/M.4919 „StatoilHydro/Conoco Phillips“; vgl. dazu unten Tz. 682 ff.

[238] So schon in BKartA, Beschluss vom 7. März 2008, B8-134/07, WuW/E DE-V 1584 „Shell/HPV“; seither konsequenter: BKartA, Beschluss vom 29. April 2009, B8-175/08, WuW/E DE-V 1719 „Total Deutschland/OMV Deutschland“; ebenso BKartA, Beschluss vom 8. Juni 2009, B8-31/09 „Rheinland Kraftstoff/Honsel Mineralölvertriebs GmbH“; BKartA, Beschluss vom 8. Mai 2009, B8-32/09 „Shell Deutschland Oil/Lorenz Mohr“.

bis zu 10 Prozent divergieren. Die Monopolkommission begrüßt zwar grundsätzlich die Steigerung der Differenziertheit von Marktabgrenzungen. Ob der Mehraufwand der Erhebung vor dem Hintergrund der tatsächlichen Wettbewerbssituation und deren praktischer Erfassbarkeit tatsächlich eine unterschiedliche Marktabgrenzung in Tankstellenfusionsfällen sinnvoll scheinen lässt, muss die Zukunft zeigen.

3.5.1.4 Eigenständiger Markt für Sauermilchkäse: Loose/Poelmeyer

561. Unter Zugrundelegung eines eigenständigen sachlichen Marktes für Sauermilchkäse hat das Bundeskartellamt – bestätigt durch das OLG Düsseldorf – die geplante Übernahme der Poelmeyer Holding durch die Käserei Loose, eine Tochtergesellschaft der Unternehmensgruppe Theo Müller, untersagt.[239] Durch den Zusammenschluss wäre nach Auffassung des Bundeskartellamtes eine marktbeherrschende Stellung der Beteiligten entstanden, die sich aus deren Marktanteil von über etwa 70 Prozent und anhand der Strukturbetrachtungen des betroffenen Marktes ergaben. Dieser Markt stagniere seit Längerem und habe bereits einen starken Konzentrationsprozess erfahren. Nach dem Zusammenschluss verbleibe nur noch ein namhafter Wettbewerber, auch dieser mit geringen Marktanteilen. Allein der Übernehmer produziere das für die Herstellung von Sauermilchkäse notwendige Vorprodukt Sauermilchquark selbst, was zu signifikanten Vorteilen auf der Beschaffungsseite führe. Durch das den Beteiligten zur Verfügung stehende flächendeckende logistische Vertriebsnetz der Gruppe, deren breites Angebotssortiment und deren Finanzkraft seien günstigere Abgabepreise, Portfolioeffekte und eine Steigerung wettbewerblicher Aktivitäten möglich. Effektiv disziplinierende Nachfragemacht oder Markteintritte seien nicht zu erwarten.

562. Die Untersagung hing ab von der Abgrenzung eines eigenständigen Produktmarktes für die Herstellung von Sauermilchkäse (bekannt z. B. als „Harzer Roller“ oder „Handkäs“). Entscheidend kam es an auf die fehlende Austauschbarkeit von Sauermilchkäse mit anderen Käsesorten, insbesondere mit Weichkäse, wie z. B. Camembert oder Brie. Aufgrund von Marktbeobachtungen und Informationen der internen Beschaffungsmarktforschung des Lebensmitteleinzelhandels stellte das Bundeskartellamt fest, dass Sauermilchkäse eine überwiegend nur von Stammkunden erworbene Käsespezialität sei, die schwerpunktmäßig auch nur in bestimmten Regionen Deutschlands verzehrt werde, sodass ein solcher spezieller Käse aus Sicht der Verbraucher nicht gegen andere (Weichkäse-)Sorten funktionell austauschbar sei. Zudem hat das Bundeskartellamt zur Begründung seiner sachlichen Marktabgrenzung auf Unterschiede in der Herstellung von Sauermilchkäse zu anderen Käsesorten, insbesondere im Vergleich mit Weichkäse verwiesen. Die durchgeführten Ermittlungen zur Produktionsumstellungsflexibilität gelangten ebenfalls zu dem Ergebnis, dass von einem eigenständigen Produktmarkt für die Herstellung von Sauermilchkäse ausgegangen werden müsse. Auf den Produktionsanlagen für Sauermilchkäse könne kein Weichkäse hergestellt werden. Auch in der umgekehrten Konstellation fehle es an einer Umstellungsflexibilität der Hersteller, denn die Aufnahme einer Sauermilchkäseproduktion sei mit einem erheblichen Kosten- und Zeitaufwand sowie mit dem lebensmittelhygienischen Risiko einer Listerieninfektion der übrigen Käseherstellung verbunden. Schließlich verweist das Bundeskartellamt darauf, dass auch in der deutschen Käseverordnung Sauermilchkäse als eigenständige Gruppe von Käse geführt werde.

563. Das OLG Düsseldorf hat die Entscheidung mit der zugrunde liegenden Marktabgrenzung bestätigt.[240] Entsprechend etablierter Rechtsprechung wird auf die Perspektive des verständigen Verbrauchers abgestellt. Danach sei Sauermilchkäse eine nicht durch andere Käsesorten substituierbare Käsespezialität. Insbesondere sei aus Verbrauchersicht Sauermilchkäse nicht durch andere Weichkäsesorten austauschbar. Denn aufgrund der Gesamtheit der für Sauermilchkäse typischen Eigenschaften (namentlich des sehr geringen Fettgehaltes von 9 Prozent i. Tr. gegenüber mindestens 40 Prozent i. Tr. bei den anderen Weichkäsesorten sowie des hohen Mineralstoffgehaltes), seiner Konsistenz und seines ganz besonderen, pikanten Geschmacks und Geruchs habe dieser Käse aus Sicht der Verbraucher ein Alleinstellungsmerkmal im Vergleich zu anderen Käsesorten. Einzelne Gemeinsamkeiten mit anderen Weichkäsesorten wie Konsistenz, Äußeres und Geschmack bestimmter Sauermilchkäseprodukte könnten noch keine Austauschbarkeit mit Weichkäse begründen. Der verständige Verbraucher sehe in Sauermilchkäse eine besondere Spezialität, die oftmals mit spezifischen, größtenteils regionalen Verbrauchsgewohnheiten in Zusammenhang gebracht werde und dazu führe, dass in der Produktvorstellung der Verbraucher Sauermilchkäse einzigartig sei. Auch der Umstand, dass sowohl Weichkäse als auch Sauermilchkäse üblicherweise als Brotbelag verzehrt werden, begründe noch nicht deren Austauschbarkeit.

Entscheidend stellen die Mitglieder des entscheidenden Senats des OLG, die zu dem angesprochenen Nachfragerkreis gehören, auf ihre eigene Lebenserfahrung ab, die ihnen die Feststellung ermögliche, dass Sauermilchkäse aufgrund der beschriebenen Besonderheiten aus Sicht des Endverbrauchers nicht mit anderen Weichkäsesorten austauschbar sei.[241] Insoweit komme es auf die vom Bundeskartellamt durchgeführte, umfangreiche Regressionsanalyse nicht entscheidend an, zumal diese die bereits aufgrund eigener Sachkunde des Gerichts festgestellte Marktabgrenzung bestätige. Entscheidend sei weiter deren Bestätigung durch die Aussagen von Käseproduzen-

[239] BKartA, Beschluss vom 2. Juli 2008, B2-359/07, WuW/E DE-V 1591 „Loose/Poelmeyer“.

[240] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Mai 2009, VI-Kart 10/08 (V) „Sauermilchkäse“.

[241] Vgl. ebenda, Rn. 25 mit Hinweis auf BGH, Beschluss vom 16. Januar 2007, KVR 12/06, WuW/E DE-R 1925 „National Geographic II“, Tz. 15.

ten und Handelsunternehmen, die aufgrund ihrer Markttätigkeit das Verbraucherverhalten kennten und deshalb eine äußerst fundierte und verlässliche Aussage über die Verbrauchersicht machen könnten.

564. Zudem stellte das Oberlandesgericht fest, dass einerseits das Bundeskartellamt über die durchgeführten Ermittlungen (in erster Linie Befragungen von Käseproduzenten und Handelsunternehmen) hinaus nicht gehalten gewesen sei, zusätzlich eine Verbraucherbefragung durchzuführen.[242] Für eine Verbraucherbefragung bestehe nur in besonderen Ausnahmefällen Veranlassung, nämlich dann, wenn durch andere Methoden keine belastbaren Aussagen zu erlangen seien, ob Waren oder Dienstleistungen aus Sicht des Endabnehmers funktionell austauschbar sind. Das sei vorliegend nicht der Fall. Im Konsumbereich – und so auch hier – stellten Ermittlungen bei der unmittelbaren Marktgegenseite der an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ein geeignetes Mittel dar, um die Konsumentengewohnheiten der Endverbraucher zu ermitteln. Denn die Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels als unmittelbare Marktgegenseite der Produzenten bildeten die Erwartung der Endabnehmer in besonders gutem Maße ab, weil die Erkenntnisse des Einzelhandels im Konsumbereich spiegelbildlich das allgemeine Konsumverhalten der Verbraucher wiedergäben. Der hohe Wettbewerbsgrad im Einzelhandel schließe zuletzt eine erhebliche Beeinflussung des Verbraucherverhaltens durch den Handel oder eine verzerrte oder unzutreffende Wiedergabe des Verbraucherverhaltens aus.

565. Weiter konstatierte das Oberlandesgericht, das Bundeskartellamt sei nicht gehalten gewesen, die Ergebnisse der von den Beteiligten durchgeführten Verbraucherbefragungen ausschlaggebend zu berücksichtigen. Repräsentative Verbraucherbefragungen könnten zwar zur Ermittlung der Verbrauchergewohnheiten geeignet sein und dadurch Aussagen über die Austauschbarkeit von Produkten ermöglichen. Dies setze aber voraus, dass die Befragung eine repräsentative Personengruppe erfasse und ferner die Befragungsmethodik die Gewähr für ein objektives, unbeeinflusstes Befragungsergebnis biete. In diesem Kontext müsse insbesondere ausgeschlossen sein, dass den Befragten durch Inhalt, Art oder Anordnung der Fragen bestimmte Antworten nahegelegt werden. Es liege auf der Hand, dass sonst ein zuverlässiges und aussagekräftiges – weil unbeeinflusstes – Befragungsergebnis nicht zu erzielen sei. Im vorliegenden Fall teilte das OLG die vom Bundeskartellamt geäußerten durchgreifenden Zweifel an der Aussagekraft der in den Verbraucherbefragungen ermittelten Ergebnisse. Insbesondere sei beiden von den Beteiligten vorgelegten Untersuchungen vorzuwerfen, dass sie das Gebot einer neutralen Fragestellung missachtet hätten.

566. Schließlich sei das Bundeskartellamt nicht an die in früheren Fällen vorgenommenen, eventuell abweichenden Marktabgrenzungen gebunden. Denn die Abgrenzung des räumlich und sachlich relevanten Marktes sei stets einzelfallbezogen durchzuführen; nur dadurch ließen sich die tatsächlichen wettbewerblichen Gegebenheiten im konkreten Fall berücksichtigen. Das schließe eine irgendwie geartete Bindung des Amtes an frühere Beurteilungen der Marktgrenzen in aller Regel aus. Anhaltspunkte für einen Vertrauensschutz der Zusammenschlussbeteiligten lägen nicht vor. Ebenso wenig bestehe eine Bindungswirkung an Entscheidungen der Europäischen Kommission für das Bundeskartellamt; zudem ließe auch deren Praxis teilweise sehr eng abgegrenzte Käsemärkte erkennen. Zuletzt sei die Gefahr einer Zersplitterung des Käsemarktes in viele Einzelmärkte zwar zu berücksichtigen, habe aber vorliegend angesichts der tatsächlichen Marktsituation keine Auswirkungen haben können. Auf diesem Markt sah schließlich auch das OLG die Gefahr der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung als gegeben an. Der weit überwiegende Marktanteil der Beteiligten und die entsprechende Marktbeherrschungsvermutung würden bestätigt durch die Marktstruktur.

567. Die Monopolkommission begrüßt die Entscheidungen des Bundeskartellamtes und des Oberlandesgerichts. Die Abgrenzung eines derart engen Marktes ist zwingend, wenn die tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse dies erfordern. Die Monopolkommission weist in diesem Zusammenhang auch auf vergleichbar eng abgegrenzte Märkte in Zusammenschlussverfahren der Europäischen Kommission und der britischen Wettbewerbskommission hin, die auch vom Oberlandesgericht und teilweise in der Entscheidung des Bundeskartellamtes erwähnt werden: So wurden Einzelmärkte abgegrenzt für Mozzarella, Gorgonzola, Crescenza, Mascarpone,[243] Camembert und Brie,[244] sowie für Stilton (eine Art Blauschimmelkäse)[245]. Auch in diesem Fall war aufgrund der spezifischen Produkteigenschaften und der besonderen Marktstrukturmerkmale allein die Abgrenzung eines besonderen Marktes für Sauermilchkäse geeignet, die tatsächlichen Wettbewerbsbedingungen abzubilden.

568. Die Ausführungen des Oberlandesgerichts zu einer Bindungswirkung des Bundeskartellamtes an eigene frühere Entscheidungen unterstützt die Monopolkommission: Marktabgrenzungen in früheren Fusionskontrollverfahren können nur in seltenen, besonderen Ausnahmefällen eine Bindungswirkung für das Bundeskartellamt haben. Denn jede Marktabgrenzung ist im Zusammenhang mit dem sie betreffenden Zusammenschlussvorhaben zu sehen und kann nicht ohne Sinnentstellung unkritisch auf andere Sachverhalte übertragen werden. Oft jedoch sind die Verhältnisse vergleichbar und führen auch zu identischen Marktabgren-

[242] Vgl. ebenda, Rn. 29.

[243] Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 24. April 2006, COMP/M.4135 „Lactalis/Galbani“.

[244] Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 18. Oktober 2007, COMP/M.4761 „Bongrain/Soodial“; hier erfolgte eine getrennte Marktbetrachtung nur für Frankreich und Belgien, für Resteuropa bildeten Camembert und Brie einheitliche Märkte, da dort die Verbraucher nicht notwendigerweise streng zwischen diesen beiden Sorten unterscheiden.

[245] UK Competition Commission, Entscheidung vom 14. Januar 2009 „Long Clawson Dairy Ltd./Millway“ [online verfügbar].

zungen, sodass zwar keine rechtliche Bindungswirkung besteht, aber frühere Entscheidungen in der überwiegenden Anzahl aller Fälle anmeldenden Unternehmen einen guten Leitfaden an die Hand geben. Auch eine Bindungswirkung von Marktabgrenzungen in Entscheidungen der Europäischen Kommission wurde nach Auffassung der Monopolkommission zu Recht abgelehnt.

569. Verbraucherbefragungen können ein gutes Werkzeug zur Wahrnehmung des tatsächlichen Verbraucherverhaltens sein; das allerdings setzt, wie von Bundeskartellamt und Oberlandesgericht zu Recht klargestellt, eine methodisch transparente und einwandfreie Methode voraus. Die suggestiven Befragungen im vorliegenden Fall hingegen ließen aber auch nach Ansicht der Monopolkommission keine Aussagen über Verbraucherverhalten zu.

570. Die Abgrenzung von Produktmärkten aufgrund eigener Sachkenntnis der entscheidenden Richter als Teil des angesprochenen Verbraucherkreises hat eine lange Tradition. Allerdings erscheint vor dem Hintergrund jüngerer psychologischer Forschung nicht unproblematisch, wenn verfügbare wissenschaftliche Erkenntnisse mit dem Hinweis auf eigenes Wissen der Entscheider ungenutzt bleiben.[246] Zudem erscheint der Monopolkommission bedauerlich, dass sich das OLG mit der vom Bundeskartellamt in diesem Verfahren durchgeführten Regressionsanalyse nicht eingehender auseinandergesetzt, sondern lediglich ausgeführt hat, darauf komme es nicht erheblich an, zumal sich deren Ergebnisse mit denen der übrigen Marktanalysemethoden sowie der richterlichen Verbrauchereinschätzung deckten. Denn gerade in diesem Fall lagen aus einem früheren unverbundenen Fusionskontrollverfahren sog. Scannerdaten (Verkaufsdaten aus computerisierten Kassensystemen) vor, die aufgrund ihrer Vielzahl und Abdeckung des gesamten Sortiments einer bedeutenden Supermarktkette klare Schlussfolgerungen über das tatsächliche Verbraucherverhalten liefern konnten. Insoweit bedauert die Monopolkommission das Verstreichenlassen einer guten Gelegenheit, seitens des OLG zur Verfahrensstellung und den Anforderungen ökonometrischer Analysen Stellung zu nehmen. Da diese Entscheidung zwischenzeitlich bestandskräftig geworden ist, ist hier insoweit auch nicht mit einer Stellungnahme des BGH zu rechnen.

3.5.1.5 Kostenlose Konkurrenz aus dem Internet: Bertelsmann/Brockhaus

571. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Konvergenz zwischen klassischen Print- und neuen elektronischen Medien hat das Bundeskartellamt die Übernahme des Lexikongeschäfts der F.A. Brockhaus GmbH durch die Wissensmedia, einer Tochtergesellschaft der Bertelsmann AG, freigegeben, obwohl dadurch auf den beiden vorrangig betroffenen Märkten für Universal- und Themenlexika Marktanteile von mehr als 90 Prozent bzw. 60 bis 75 Prozent entstehen.[247] Allerdings werden auf diesen beiden Märkten die Umsatzschwellen für Bagatellmärkte nicht erreicht und der Zusammenschluss unterlag demnach nicht der deutschen Zusammenschlusskontrolle.

572. In der Entscheidung des Bundeskartellamtes wird die Frage einer Einbeziehung der gratis online verfügbaren Lexika (wie Wikipedia, Encarta etc.) in die abgegrenzten Märkte (mangels Umsätzen oder anderer operabler Vergleichsgrößen) offengelassen, der von diesen ausgehende Wettbewerbsdruck jedoch eingehend gewürdigt. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes weist der starke Umsatzrückgang von weit über 50 Prozent allein zwischen 2006 und 2008 bei gedruckten Universal- und Themenlexika bei eingehender Analyse der Gründe und Marktwirkungen darauf hin, dass auch ein Quasi-Monopolist in diesen Märkten wirksamem Wettbewerb ausgesetzt sein könne. Dies ergebe sich aus dem zugrunde liegenden Strukturwandel umso mehr, als die Preissensibilität der Nachfrager wohl erheblich gestiegen sei, was jedoch mit Rücksicht auf die Bagatellmarkteigenschaft beider Märkte zuletzt offengelassen wird.

573. Der letztlich aufgrund der anwendbaren Bagatellmarktklausel in der Sache nicht entschiedene Fall illustriert anschaulich die Geschwindigkeit, in der das Internet Märkte verändern kann, wobei die Veränderungen in den hier betrachteten Märkten und Zeitspannen außergewöhnlich groß gewesen sein dürften.[248] Die hier offen gelassene Frage nach der Einbeziehung kostenloser Konkurrenzprodukte in die Prüfung der Marktabgrenzung oder in die der Marktbeherrschung lässt sich angesichts der möglichen Unterschiede und Vergleichbarkeit von Produkten nicht pauschal beantworten und bleibt wegen der bei kostenlosen Produkten schlecht vergleichbaren Umsätze problematisch; nicht nur bei wie hier lediglich teilweiser Substituierbarkeit dürfte die Berücksichtigung unter dem Aspekt der Marktbeherrschung zu Zwischenergebnissen führen, die die Wettbewerbssituation besser abbilden.

3.5.2 Sachliche Marktabgrenzung in der Energiewirtschaft

574. Die Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes sowohl im Elektrizitäts- als auch im Gassektor ist höchstrichterlich bestätigt worden, hat sich in der Praxis bewährt und wurde von der Monopolkommission bereits mehrfach als angemessen beurteilt. Eine Überarbeitung der Marktabgrenzung erfolgt nicht zwangsläufig dann,

---

[246] Vgl. bereits Oskamp, S., Overconfidence in Case-Study Judgements, The 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.).

[247] BKartA, Beschluss vom 29. April 2009, B6-09/09 „Wissensmedia (Bertelsmann)/Brockhaus".

[248] Zu einer Untersuchung des Internet als wettbewerbspolitischer Herausforderung vgl. bereits umfassend Monopolkommission, Netzwettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2002, Tz. 628 ff. Vgl. für eine neuere Untersuchung des vom Online-Buchhandel auf stationäre Buchläden ausgehenden Wettbewerbsdrucks auch BKartA, Beschluss vom 30. April 2008, B6-8/08, WuW/E DE-V 1635 „Thalia/BuchKaiser", wo mangels Entscheidungserheblichkeit die Frage offengelassen wird; das Bundeskartellamt geht jedoch von zumindest bedeutsamer Substitutionskonkurrenz am Marktrand aus.

wenn die rechtlichen Rahmenbedingungen umgestaltet werden, sondern nur, wenn sich auch die tatsächlichen marktlichen Verhältnisse verändert haben. Für einen grundsätzlichen Änderungsbedarf seiner Marktabgrenzungen sowohl im Elektrizitäts- als auch im Gassektor hat das Bundeskartellamt bisher keinen Anlass gesehen, obwohl umfangreiche regulatorische Maßnahmen initiiert worden sind. Im Rahmen der Prüfungen des Erwerbs der Thüga-Anteile durch Integra hat das Amt Indizien gesehen, die Abgrenzung des bis dato definierten Stromkleinkundenmarktes weiter zu segmentieren. Im Fall Exxon Mobil/RWE wiederum hat es erstmalig Grundsätze zur Marktabgrenzung im Fernwärmesektor aufgestellt und Aussagen zum Nachfrageverhalten von Industrie- und Kraftwerkskunden auf der Endkundenstufe im Gassektor und damit zu der Frage, ob sie dem gleichen relevanten Markt zuzuordnen sind, getroffen.

3.5.2.1 Überblick: Verschiebung der Konzentrationstendenzen in der Energiewirtschaft

575. In der energiewirtschaftlichen Fusionskontrolle setzt sich der Trend fort, dass statt der Integration von Stadtwerken durch die großen Versorger zunehmend Zusammenschlüsse und Kooperationen von kleineren Versorgern vollzogen werden. Insbesondere Einkaufs- und Vertriebskooperationen sind in diesem Zusammenhang vermehrt auszumachen. Die Monopolkommission führt diesen Wandel auf die restriktive Untersagungspolitik des Bundeskartellamtes bei Beteiligungen von marktbeherrschenden Vorlieferanten an Weiterverteilerkunden und die Anforderungen, die sich aus dem regulierten Umfeld ergeben, zurück.[249] Prägend für den Berichtszeitraum ist weiterhin das Festhalten des Bundeskartellamtes an seinem Befund, dass E.ON und RWE bei der Belieferung von Weiterverteilern mit Strom ein marktbeherrschendes Dyopol bilden. Als relevanter Markt wurde vor allem der bundesweite Markt für den erstmaligen Absatz von Strom zugrunde gelegt. Diese Einschätzung wurde sowohl vom OLG Düsseldorf als auch jetzt höchstrichterlich vom BGH bestätigt.[250]

576. Die Kooperation benachbarter Stadtwerke in speziellen Geschäftsfeldern, etwa im Bereich der Messdienstleistungen, stufte das Bundeskartellamt als wettbewerblich unbedenklich ein. Eine Stadtwerkskooperation ist nach seiner Auffassung auch dann nicht bedenklich, wenn es sich um unabhängige, rein kommunale Stadtwerke handelt. Sie seien zwar auf ihren lokalen Märkten marktbeherrschend, ihre Stellung werde aber durch einen Zusammenschluss nicht zwangsläufig im Sinne von § 36 Absatz 1 GWB verstärkt. Dies lasse sich dadurch begründen, dass die Stadtwerke untereinander weder aktuelle noch potenzielle Wettbewerber gewesen seien, sondern auf ihr jeweiliges Gebiet beschränkt gewesen seien. Relevante Wettbewerber der Stadtwerke seien damit bundesweit aktive, zumeist internetbasierte Gas- und Stromanbieter sowie die marktbeherrschenden Vorlieferanten. Die Errichtung von Gemeinschaftsunternehmen oder die Kooperation von Stadtwerken schaffe die Möglichkeit, Synergien zu erzielen. Dies gelte vorrangig für den Einkauf oder die gemeinsame Beteiligung an Kraftwerken oder Gasspeichern. Unbedenklich blieben diese Kooperationen nach Auffassung des Bundeskartellamtes so lange, wie keine großen Energieversorgungsunternehmen bzw. der marktbeherrschende Vorlieferant beteiligt seien.

577. Die Monopolkommission begrüßt die Abkehr von der Vorwärtsintegration auf den Energiemärkten, möchte aber zwischen den wettbewerblichen Wirkungen von Einkaufs- und Vertriebskooperationen unterscheiden.[251] Die Einkaufskooperationen stuft sie als weitestgehend unkritisch ein, sieht bei den Vertriebskooperationen allerdings mögliche ungünstige wettbewerbliche Wirkungen. Im Rahmen der Einkaufskooperation können von den Beteiligten bessere Konditionen erzielt werden, die wiederum dazu führen, dass der Wettbewerb auf der nachgelagerten Endkundenstufe verbessert werden kann, weil gegenüber den großen Energieerzeugern ein gewisser Wettbewerbsdruck aufgebaut werden kann. Damit haben diese Kooperationen eine grundsätzlich positive wettbewerbliche Wirkung, was auf die Vertriebskooperationen so nicht zutrifft. Für diese bedarf es einer Differenzierung nach dem Aktionsradius. Kooperieren kleine bis dato nur lokal aktive Anbieter mit dem Ziel, in den bundesweiten Wettbewerb einzutreten, dann ist dies grundsätzlich zu befürworten. Die Kooperation kann den Wettbewerb beleben und wird in aller Regel lediglich geringe Marktanteile auf sich vereinen können. Entsprechende Fälle wurden nach Auskunft des Bundeskartellamtes in der ersten Phase freigegeben. Auf den angestammten Märkten hingegen verfügen die Anbieter über eine marktbeherrschende Stellung. So kann die Kooperation benachbarter Stadtwerke auch der Absicherung dieser Stellung dienen. Potenzieller Wettbewerb entfällt, weil der möglichen Ausdehnung der Aktivitäten von Stadtwerken in das benachbarte Gebiet hinein durch die Kooperation vorgebeugt wird. Diese Konstellation erscheint wettbewerblich bedenklich. Daher ist die Monopolkommission der Auffassung, dass hier eine sehr genaue Abschätzung der Kooperationsmotive und der Wirkungen der Kooperation durch das Bundeskartellamt erfolgen muss.

3.5.2.2 Stadtwerksverflechtungen und Stromkleinkunden: Integra/Thüga

578. Am 30. November 2009 hat das Bundeskartellamt das Vorhaben mehrerer Stadtwerke freigegeben, über die eigens dafür gegründete Holding Integra Energie GmbH & Co. KGaA sämtliche Anteile an der Thüga Aktienge-

[249] Vgl. BKartA, Beschluss vom 12. März 2007, B8-62-06, WuW/E DE-V 1357 „RWE/Saar Ferngas“; BKartA, Beschluss vom 23. Oktober 2007, B8-93-07 „RWE/Krefeld Neuss“, sowie BKartA, Beschluss vom 19. Dezember 2007, B8-123/07 „E.ON Avacon/Salzgitter“.

[250] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juni 2007, WuW/E DE-R 2094 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, sowie BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“.

[251] Vgl. dazu auch ausführlicher Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 470.

sellschaft vom E.ON-Konzern zu übernehmen. Die Thüga ist ein Verbund vor allem von Minderheitsbeteiligungen an etwa 90 Stadtwerken und Regionalversorgern, der von Deutschlands bedeutendstem Ferngasunternehmen, der E.ON Ruhrgas, kontrolliert wurde. Diese Kontrolle stellte ein Beispiel für die bereits angesprochene und von der Monopolkommission vielfach als Ursache der Wettbewerbsdefizite auf den Energiemärkten identifizierte hohe vertikale Integration der großen Energieversorgungsunternehmen dar. E.ON als marktbeherrschender Gasvorlieferant vermochte durch die umfangreichen Beteiligungen lange Zeit die Gasmärkte gegenüber Wettbewerbern aus dem In- und Ausland abzuschotten. So sah auch das Bundeskartellamt in dem freiwilligen Verkauf der Thüga durch E.ON einen wichtigen Beitrag zur Schaffung wettbewerblicher Strukturen im Energiesektor. Die Gesellschafter der Integra sind überwiegend Unternehmen, die selbst zu den Beteiligungsunternehmen zählen, nämlich die N-ERGIE in Nürnberg, die Mainova in Frankfurt/Main, die Stadtwerke Hannover sowie 47 weitere, über das Freiburger Konsortium Kom9 einbezogene kommunale Versorger.

579. Sowohl der Elektrizitäts- als auch der Gasbereich sind von dem Zusammenschluss betroffen. Im Elektrizitätsbereich sind in sachlicher Hinsicht schwerpunktmäßig die Märkte der Letztverbraucherstufe einbezogen. Auf den Märkten der Erzeugerstufe und der Distributionsstufe wirkt sich das Vorhaben nur in sehr geringem Umfang aus. Im Gasbereich sind die Märkte für die Belieferung von Weiterverteilern mit Erdgas durch regionale Ferngasgesellschaften und die Märkte für die Belieferung von leistungsgemessenen und nicht leistungsgemessenen Endkunden mit Gas erfasst. Die detaillierten Prüfungen des Bundeskartellamtes kommen zu dem Ergebnis, dass es auf keinem der Gas- und Strommärkte zu der Entstehung oder der Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen kommt. Das Vorhaben bewirkt gar, dass die vertikale Integration von E.ON reduziert wird.

580. Die Monopolkommission geht ebenso wie das Bundeskartellamt davon aus, dass die Veräußerung der Thüga durch E.ON mit positiven wettbewerblichen Wirkungen verbunden sein wird, und sieht hier eine eindeutig dekonzentrative Strukturverbesserung. Die positiven Folgen lassen sich aus zwei Blickwinkeln kennzeichnen. Auf der einen Seite fallen die Absatzsicherung von E.ON und die damit verbundene Marktabschottung weg. Diese konnten über Kenntnisse, die sich aus der Beteiligung und der Möglichkeit zur Mitsprache in den Gremien ergaben, aufgebaut werden. Auf der anderen Seite wird durch die Aufgabe der Beteiligung der Vorlieferant nun automatisch zum wichtigsten potenziellen Wettbewerber des Stadtwerks bei der Endkundenbelieferung. So wird Wettbewerbsdruck auf das Stadtwerk ausgeübt, was wettbewerblich wiederum sehr positiv zu werten ist.

581. Das Bundeskartellamt hat sich in seiner Analyse sehr intensiv mit den marktlichen Gegebenheiten der Endkundenbelieferung mit Strom beschäftigt und ist hier zu dem Schluss gekommen, dass es einer differenzierteren Betrachtung der Stromkleinkunden bedarf. Stromkleinkunden sind nicht leistungsgemessene Letztverbraucher, die zumeist an das Niederspannungsnetz angeschlossen sind. Ihr Verbrauch wird mithilfe normierter Standardlastprofile abgebildet. Im Gegensatz dazu sind Stromgroßkunden, die meist aus der Industrie stammen oder gewerblich orientiert sind, leistungsgemessen und sind in der Regel an eine höhere Spannungsebene angeschlossen. Bis dato war das Bundeskartellamt davon ausgegangen, dass ein einheitlicher Markt für den Stromabsatz an Stromkleinkunden besteht, der eine räumliche Begrenzung auf das etablierte Versorgungsgebiet hat. Dafür sprach nach Ansicht des Bundeskartellamtes, dass trotz der technischen Wechselmöglichkeiten die Angebote eine starke regionale Ausrichtung hatten und die Loyalität zum etablierten Anbieter, in aller Regel dem Grundversorger, sehr hoch war. Im Rahmen des Verfahrens hat das Bundeskartellamt zunächst den Heizstrommarkt aus diesem Segment herausgelöst und beim Haushaltsstrom zwischen der Belieferung von Stromkleinkunden zu Allgemeinen Preisen (Grundversorgungsmarkt) und der Belieferung von Stromkleinkunden außerhalb Allgemeiner Preise mit Haushaltsstrom (Sondervertragsmarkt) differenziert.

582. Mit dem Heizstrommarkt beschäftigte sich das Bundeskartellamt bereits parallel im Rahmen des angesprochenen Missbrauchsverfahrens und konnte dort Erkenntnisse zur Abgrenzung des Marktes gewinnen.[252] Es handelt sich um einen separaten Markt mit einem vom Haushaltskundenbereich abweichenden Nachfrageverhalten, der auch von der Preisgestaltung her nicht substitutiv ist. Charakteristisch für den Heizstrommarkt ist, dass es nahezu keine alternativen Lieferanten gibt und der Marktzutritt sehr aufwändig und stark risikobehaftet ist.

583. Die Differenzierung zwischen dem Grundversorgungsmarkt und dem Sondervertragsmarkt begründet das Bundeskartellamt mit der Beobachtung, dass Stromanbieter zunehmend um wechselwillige und häufig internetaffine Kunden werben. Grundversorgungskunden unterschieden sich 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. So umfasst der Markt für die Belieferung von Grundversorgungskunden alle die Letztverbraucher, deren Verbrauch auf der Basis eines Standardlastprofils ohne registrierende Leistungsmessung und zu Allgemeinen Preisen im Sinne des § 36 Absatz 1 EnWG und des § 38 Absatz 1 EnWG abgerechnet wird. Der Markt für die Belieferung von Sondervertragskunden hingegen umfasst die Endkunden, deren Verbrauch auf der Basis eines Standardlastprofils ohne registrierende Leistungsmessung außerhalb Allgemeiner Preise abgerechnet wird. Das Bundeskartellamt argumentiert weiter, dass sich das Preisniveau der beiden Kundengruppen zum Teil erheblich unterscheidet. Das liegt mitunter auch daran, dass der Grundversorgungsanbieter

[252] Vgl. dazu Tz. 445 f.

seine Kunden aufgrund des Kontrahierungszwangs nicht selektieren kann und von daher ganz andere Ausfallrisiken einpreisen muss als der Sondervertragsanbieter. Den Grundversorgungsmarkt grenzt das Bundeskartellamt bezogen auf das etablierte Versorgungsgebiet ab. Dies ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung, dass nur ein Unternehmen im festgelegten Netz die Aufgabe des Grundversorgers übernehmen kann. Der Sondervertragskundenmarkt hingegen wird bundesweit abgegrenzt, da hier die alternativen Anbieter für den Letztverbraucher zu finden sind. Unabhängig davon kann allerdings auch ein Grundversorger bundesweite Sondervertragsangebote machen, da ihm in diesem Fall eine andere Preisgestaltung möglich ist als bei einem Kontrahierungszwang.

584. Die Monopolkommission stimmt dem Bundeskartellamt hinsichtlich der Notwendigkeit einer isolierten Betrachtung des Heizstromkundenmarktes zu. Nicht ganz überzeugt ist sie allerdings von der marktlichen Differenzierung zwischen Grundversorgungskunden und Sondervertragskunden. Sie erkennt an, dass die Wechselaktivitäten der Haushaltskunden deutlich zugenommen haben, und sieht auch, dass einige Kunden sehr aktiv und häufig auch wiederholt wechseln, andere hingegen wenig aktiv sind, lokal orientiert sind und keinen persönlichen Nutzen aus einem Wechsel des Stromanbieters zu ziehen scheinen.[253] Dennoch sieht sie hier weiteres Wechselpotenzial und spricht sich dafür aus, eine dynamische Betrachtung vorzunehmen. Die Monopolkommission schreibt der Endkundenstufe ein starkes wettbewerbsbelebendes Potenzial zu. Sie hat von daher die geringen Wechselquoten wiederholt bedauert und Informationsdefizite, gewohnheitsmäßiges Verhalten und die regionale Bindung an den Grundversorger als Gründe identifiziert. Es lässt sich erkennen, dass sich das Wechselverhalten weiter zunehmend verändert. Auf die Gruppe der Kunden, die sich im Grundversorgungstarif befindet, aber theoretisch wechseln könnte, wirkt ein gewisser Druck, sich der Gruppe der Sondervertragskunden anzuschließen. Die Monopolkommission geht davon aus, dass die Gruppe derer, die sich im Grundversorgungstarif befindet, weil sie nicht wechseln kann oder bewusst nicht wechseln will, kleiner ist als die Gruppe derer, die potenzielle Sondervertragskunden darstellt. Die Marktabgrenzung könnte daher unter Umständen zu eng sein mit der Folge, dass es sich tatsächlich nicht um zwei getrennte Märkte handelt.

585. Nach Ansicht der Monopolkommission wäre die Frage, ob die beiden vom Bundeskartellamt definierten Märkte tatsächlich separat zu betrachten sind, ein Anwendungsfall für eine quantitative Überprüfung der vorgenommenen Marktabgrenzung.[254] Die Anwendung solcher Verfahren darf kein Selbstzweck sein, doch sieht die Monopolkommission hier zum Beispiel in der Durchführung des hypothetischen Monopolistentests einen deutlichen Erkenntnisgewinn. So ließe sich der hypothetische Monopolistentest etwa in Gestalt des SSNIP-Tests durchführen. Er untersucht im Rahmen eines gedanklichen Experiments, inwiefern für den Anbieter eines Gutes eine dauerhafte, geringfügige, aber signifikante Preiserhöhung über das wettbewerbliche Niveau hinaus profitabel wäre, wenn er hypothetisch eine Monopolstellung für das Gut hätte. Es wird die Frage gestellt, ob die Nachfrager als Reaktion auf eine angenommene Erhöhung der Preise im Bereich von 5 bis 10 Prozent über das wettbewerbliche Niveau hinaus auf verfügbare Substitute ausweichen würden. Dabei wird auch berücksichtigt, ob potenzielle Konkurrenten aufgrund der hypothetischen Preiserhöhung ihr Angebot umstellen würden (Angebotssubstituierbarkeit). Ist die Substitution so groß, dass durch den damit einhergehenden Absatzrückgang eine Preiserhöhung nicht mehr einträglich wäre, so werden in den relevanten Markt so viele weitere Produkte einbezogen, bis kleine Erhöhungen der relativen Preise einen dauerhaften Gewinn einbringen würden. Auch wenn das Bundeskartellamt den bis dato gemachten Vorschlägen der Monopolkommission entgegnet, dass eine solche Überprüfung aus prozessökonomischen Gründen im Rahmen eines Fusionskontrollverfahrens nicht durchgeführt werden könne und der Aufwand außer Verhältnis zu etwaigen zusätzlichen Erkenntnissen stehe,[255] möchte die Monopolkommission doch darauf hinweisen, dass sich Glaubwürdigkeit und Akzeptanz einer Marktabgrenzung deutlich erhöhen lassen, insbesondere dann, wenn auf einem gegebenenfalls sehr eng definierten Markt eine Marktbeherrschung festgestellt wird, die für das Votum des Bundeskartellamtes im Zusammenschlussverfahren entscheidend ist.

3.5.2.3 Fernwärme: RWE/Exxon Mobil

586. Der Erwerb der deutschen Fernwärmeaktivitäten der Exxon Mobil durch RWE war die seit langer Zeit größte Fusion im Fernwärmesektor.[256] Das Bundeskartellamt sah diesen Zusammenschluss als unkritisch an und erkannte keine Anzeichen für die Entstehung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen. Betroffen waren neben den Märkten für die Versorgung von Endkunden und Weiterverteilern mit Fernwärme auch der Markt für die Belieferung von leistungsgemessenen Kunden mit Erdgas sowie der Markt für den Erstabsatz von Strom.

587. Das Bundeskartellamt hat in diesem Fall zum ersten Mal Grundsätze zur Marktabgrenzung im Fernwärme-

[253] Eine Untersuchung des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung zeigt, dass es zwei Segmente gibt. Es wird unterschieden zwischen dem wettbewerblichen Markt für wechselbereite Kunden und dem trägen Segment der Grundversorger. Das Segment, welches von den Grundversorgern determiniert wird, weist höhere Preise auf als das Segment, welches von den Sondervertragsanbietern bestimmt wird. Ebenfalls charakteristisch ist, dass die Preise der Grundversorger über das gesamte Bundesgebiet eine geringe Varianz aufweisen. Vgl. Löschl, A., Mennel, T., Wölfing, N., Retailmarkt für Strom und Gas: Funktioniert der Wettbewerb?, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 60, 2010, S. 10–14.

[254] Zum Vorschlag der quantitativen Überprüfung der Marktabgrenzung im Energiesektor vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 448; Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 552 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 74–77 bzw. 130–136.

[255] Vgl. BKartA, Beschluss vom 24. August 2009, B8-67/09 „EnBW/VNG“, S. 24.

[256] BKartA, Beschluss vom 8. Mai 2009, B8-24/09.

sektor aufgestellt. Fernwärmeversorger sind sowohl auf ihren sachlichen als auch auf ihren räumlichen Märkten für die Versorgung von Endkunden und Weiterverteilern mit Fernwärme Monopolanbieter. Dieser besonderen Konstellation widmet sich das Bundeskartellamt auch in seiner im September 2009 eingeleiteten und von der Monopolkommission bereits thematisierten Sektoruntersuchung.[257] Das Bundeskartellamt stellt des Weiteren fest, dass bei der Belieferung von Endkunden mit Fernwärme grundsätzlich von dem Vorliegen eines eigenständigen Marktes auszugehen ist und damit kein einheitlicher Wärmemarkt für Endkunden besteht, der auch die Belieferung mit anderen Heizmitteln umfasst.[258] Das Bundeskartellamt unterscheidet bei der Belieferung mit Fernwärme zwischen Haushaltskunden und Industriekunden, weil sich zum einen unterschiedliche Versorgungsbedingungen ergeben und zum anderen verschiedene Verwendungszwecke bestehen. Erstmals trifft das Bundeskartellamt auch Aussagen zu der Frage, ob Gaslieferungen an Kraftwerke und Industriekunden zu einem sachlich relevanten Markt zusammenzufassen sind. Beide sind dem Markt für die Belieferung von leistungsgemessenen Großkunden zuzurechnen. Bis dato hatte das Bundeskartellamt diese Frage immer offengelassen. Im Rahmen dieser Entscheidung kommt es zu dem Schluss, dass es sich nicht um sachlich getrennte Märkte handelt.

3.5.3 Räumliche Marktabgrenzung

588. Die Abgrenzung der wettbewerblich relevanten Märkte in räumlicher Hinsicht spielt insbesondere bei der Beurteilung von Regionalmärkten eine erhebliche Rolle. Räumliche Beschränkungen des Wettbewerbsdrucks können aus Transportkosten bzw. Fahrtzeiten, aus regionalen Besonderheiten oder schlichtweg aus dem regionalen Bezug eines Produkts (etwa bei Lokalzeitungen) resultieren. Im Berichtszeitraum waren insbesondere die räumlichen Marktabgrenzungen im Lebensmitteleinzelhandel sowie im Tankstellenmarkt bedeutsam.

3.5.3.1 Clusterbetrachtung im Lebensmitteleinzelhandel

589. EDEKA und Tengelmann haben ihre Discount-Töchter Netto und Plus in eine gemeinsame Tochtergesellschaft eingebracht; die Freigabe des Bundeskartellamtes war jedoch aufschiebend bedingt unter anderem durch die vorherige Veräußerung sämtlicher Plus-Märkte in 63 räumlich abgegrenzten Regionalmärkten, in denen das Bundeskartellamt wettbewerbliche Bedenken ermittelt hatte.[259] Die Ermittlung der Regionalmärkte erfolgte – entsprechend der regelmäßigen Entscheidungspraxis[260] – mit einem Radius von 20 km bzw. mit einer Fahrtzeit von 20 Autominuten um das sie prägende regionale Oberzentrum; im Einzelfall wurde dieser Radius auf der Grundlage der jeweiligen wirtschaftsgeografischen Gegebenheiten korrigiert. Insgesamt unterteilt das Bundeskartellamt das Bundesgebiet in 345 räumliche Regionalmärkte.

590. In diesem Verfahren erfolgt erstmals systematisch[261] die zusätzliche Betrachtung der Marktverhältnisse auf den benachbarten Regionalmärkten, sodass auch sog. Cluster zusammenhängender Regionalmärkte mit erheblichen Marktanteilen der Beteiligten (mehr als 20 Prozent) in die wettbewerbliche Würdigung einbezogen wurden. Die Clusterbildung erstreckt sich nach dem Verständnis des Bundeskartellamtes auf eine Vielzahl benachbarter Märkte, auf denen die Zusammenschlussbeteiligten regelmäßig Marktanteile oberhalb der Schwelle der Marktbeherrschungsvermutung erreichen und die Marktposition der Zusammenschlussbeteiligten nicht durch die Marktverhältnisse auf den benachbarten Märkten relativiert wird. Auf diese Weise wird räumlicher Randwettbewerb, vor allem aber die Absicherung von Marktbeherrschung über erhebliche Marktpräsenz in räumlich angrenzenden Regionalmärkten mit erfasst. Diese Clusterbetrachtung führte zu der Bedingung der Freigabe des Bundeskartellamtes, unter anderem durch die Veräußerung einer jeweils bestimmten Anzahl von Verkaufsstandorten in sieben identifizierten Clustern, die sich jeweils aus drei bis 21 Regionalmärkten zusammensetzen.

591. Die Monopolkommission begrüßt die konsequente Durchführung der Clusterbetrachtung durch das Bundeskartellamt in diesem Verfahren. Auf diese Weise lassen sich Verstärkungseffekte, die von einem Zusammenwirken der Marktstärke von Zusammenschlussbeteiligten auf benachbarten, aber getrennten Regionalmärkten ausgehen, auch quantitativ und damit nachprüfbar würdigen. Das hier abgestufte Grundproblem ist eng verwandt mit der Frage einer Gesamtbetrachtung benachbarter Bagatellmärkte, lässt sich aber nicht wie dort über eine schlichte Umsatz- oder Marktanteilszusammenrechnung lösen,[262] sondern kann nur über eine einzelfallbezogene abwägende Einbeziehung des tatsächlichen Wettbewerbsdrucks geschehen. Dazu erscheint der Monopolkommission die vom Bundeskartellamt in diesem Verfahren weiterentwickelte Methode durchaus tauglich. Weitergehend weist die Monopolkommission darauf hin, dass derartiger schwer wägbarer Wettbewerbsdruck insbesondere in Oligopolmärkten, vor allem zur Würdigung des bestehenden Sanktionspotenzials der Marktteilnehmer, von Bedeutung ist. So dürfte die – soweit ersichtlich – erste umfassende Clusterbetrachtung in der Praxis des Bundeskartellamtes nicht zufällig im hochkonzentrierten Lebensmitteleinzel-

[257] Vgl. oben Tz. 348.

[258] Vgl. zur Wärmemarktthese ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O., Tz. 132 ff.; Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O. Tz. 558 f.

[259] BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2008, B2-333/07, WuW/E DE-V 1607 „EDEKA/Tengelmann“; vgl. zur Beschaffungskooperation (dort auch Einzelheiten zu dem Zusammenschluss) oben Tz. 518 ff., zur sachlichen Marktabgrenzung Tz. 555 ff. sowie zu Nachfragemachtaspekten Tz. 383.

[260] Vgl. zuletzt BKartA, Beschluss vom 25. August 2005, B9-27/05 „EDEKA/SPAR“; dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Tz. 471 ff.

[261] Die wettbewerbliche Betrachtung der Regionalmärkte im Verfahren EDEKA/SPAR erfolgte lediglich innerhalb der Marktbeherrschungsprüfung und war dort ohne Erheblichkeit.

[262] Vgl. zum Problem verwandter Bagatellmärkte oben Tz. 481 ff.

handel stattgefunden haben. In Zukunft erscheint eine Anwendung der dort entwickelten Methode auch in anderen geeigneten Fällen wahrscheinlich und der Monopolkommission wünschenswert.

3.5.3.2 Erreichbarkeitsmodell in Tankstellenmärkten

592. Die schon bisher übliche regionale Marktabgrenzung im Tankstellenmarkt wurde im Berichtszeitraum weiter differenziert: In den Zusammenschlussverfahren Shell/HPV[263] und Total/ OMV[264] hat das Bundeskartellamt das sog. Erreichbarkeitsmodell angewendet, welches vom Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung für Zwecke der Raumplanung (etwa zur Bestimmung der Erreichbarkeit von Krankenhäusern, Feuerwehrdepots etc.) entwickelt wurde. Grundlage sind die tatsächlichen Gegebenheiten der örtlichen Straßeninfrastruktur. Ausgehend von jeder vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Tankstelle hat das Bundeskartellamt auf diese Weise vom Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung jeweils diejenigen Tankstellen ermitteln lassen, die innerhalb einer bestimmten Fahrzeit erreicht werden können. So kann dargestellt werden, welche anderen Tankstellen ein Kraftfahrer von jeder der vom Zusammenschluss betroffenen Tankstellen aus gesehen innerhalb bestimmter Fahrzeiten mit dem Pkw tatsächlich erreichen kann, um alternativ dort zu tanken. Im ländlichen Bereich geht das Bundeskartellamt von einer maximalen Fahrtzeit von 60 Minuten, im städtischen Bereich von 30 Minuten aus. Im Fall Total/OMV wurde die Ermittlung des tatsächlichen Wettbewerbsdrucks durch eine entfernungsabhängige Gewichtung der konkurrierenden Tankstellen weiter verfeinert: Bei der Berechnung der Marktanteile multiplizierte das Bundeskartellamt die Absatzdaten von Tankstellen im städtischen Bereich, die vom Mittelpunkt des räumlichen Marktes innerhalb von fünf Minuten erreichbar sind, mit dem Faktor 4, die der zwischen fünf und zehn Minuten entfernten mit dem Faktor 3, die der zwischen zehn und 20 Minuten entfernten mit dem Faktor 2 und die zwischen 20 Minuten und 30 Minuten entfernen mit dem Faktor 1. Auch in nachfolgenden Fusionskontrollbeschlüssen zum Tankstellenmarkt wurde auf dieses im Verfahren Total/OMV verfeinerte Modell zurückgegriffen.[265]

593. Eine regionale Marktabgrenzung ist auch nach Auffassung der Monopolkommission in diesen Märkten angezeigt. Zwar bestehen aufgrund der weitgehend bundeseinheitlichen Marktteilnehmer, der teilweise bundesweiten, jedenfalls aber regelmäßig überregionalen Versorgungsketten, der bundesweit überwiegend vergleichbaren Preise und Preisentwicklungen sowie bundeseinheitlicher Auftritte vieler Tankstellenmarken gewisse bundeseinheitliche Wettbewerbsparameter. Dennoch geht der Großteil des Wettbewerbsdrucks von regionalen Faktoren, nicht zuletzt dem im Regelfall lokalen Nachfragerverhalten, aus. Liegen also Regionalmärkte vor, erscheint der Monopolkommission die Ermittlung der Marktgrenzen nach tatsächlichen Fahrzeiten, die eine abgestufte Ermittlung des Wettbewerbsdrucks unterschiedlich weit voneinander entfernter Tankstellen vordergründig erlauben, als jedenfalls gegenüber einer reinen (Luft-)Kilometerbetrachtung überlegen.[266]

594. Allerdings liegt – wie in Bezug auf die getrennte sachliche Marktabgrenzung für Diesel- und Ottokraftstoff – auf der Hand, dass eine Reihe spezifischer Wettbewerbsfaktoren, wie insbesondere tatsächliche Pendlerströme und deren tageszeitabhängige Richtungen sowie die Kundenwahrnehmungen, weitaus größeren Einfluss auf das tatsächliche Nachfragerverhalten haben dürften als reine Fahrzeiten. Die Monopolkommission verkennt insoweit nicht, dass in der Kürze der Fusionskontrollfristen umfassende empirische Marktforschungen kaum möglich sind und das Bundeskartellamt dadurch vielfach auf einfache Erkenntnisverfahren angewiesen ist. Diese näherungsweisen Marktabgrenzungen dürften in der ganz überwiegenden Anzahl der Fälle für die Ermittlung des betroffenen Marktes auch ausreichen, zumal es sich hierbei nur um einen ersten Zwischenschritt handelt. Weitergehend scheint der Tankstellenmarkt auch für eine empirische Analyse geeignet. Dafür kommen verschiedene Untersuchungsdesigns in Betracht; unter Berücksichtigung der erwartbaren Aufwände und Erkenntnisgewinne scheint die Analyse der bereits bei den Tankstellenbetreibern vorhandenen Kundendaten aus Kundenbindungsprogrammen eine besonders vielversprechende Option darzustellen. Unter Umständen ergeben sich im weiteren Verlauf der Sektoruntersuchung Kraftstoffe[267] neue Erkenntnisse, die eine neuartige regionale Marktabgrenzung oder detailliertere Marktuntersuchungsmethoden anstoßen.

3.6 Marktbeherrschung

595. Ist infolge eines angemeldeten Zusammenschlusses die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten, muss das Bundeskartellamt dieses Vorhaben untersagen, wenn nicht die damit verbundenen Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen überwiegen. Marktbeherrschung in diesem Sinne (wie im Sinne der Missbrauchsaufsicht) bedeutet das Ent- oder Bestehen von Verhaltensspielräumen in den sachlich und räumlich abgegrenzten Märkten gegenüber Lieferanten, Abnehmern oder Wettbewerbern, die unter Wettbewerbsverhältnissen nicht bestünden und die nicht (ausreichend) durch andere Faktoren, insbesondere potenziellen Wettbewerb oder die Marktgegenseite, eingegrenzt werden. Stark verkürzt bedeutet Marktbeherrschung hier die (weitgehende) Unabhängigkeit von Wettbewerbszwän-

[263] BKartA, Beschluss vom 7. März 2008, B8-134/07, WuW/E DE-V 1584 „Shell/HPV“.

[264] BKartA, Beschluss vom 29. April 2009, B8-175/08, WuW/E DE-V 1719 „Total Deutschland/OMVDeutschland“.

[265] BKartA, Beschluss vom 8. Juni 2009, B8-31/09 „Rheinland Kraftstoff/Honsel Mineralölvertriebs GmbH“; BKartA, Beschluss vom 8. Mai 2009, B8-32/09 „Shell Deutschland Oil/Lorenz Mohr“.

[266] In der letzten Konzentrationswelle im Tankstellensektor konnte die genaue räumliche Marktabgrenzung jeweils offenbleiben; vgl. BKartA, Beschlüsse vom 19. Dezember 2001, B8-120/01 „Shell/DEA“ sowie B8-130/01 „BP/E.ON (Aral)“.

[267] BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, B8-100/07, Zwischenbericht von Juni 2009.

gen, etwa zur illegitimen Anhebung von Preisen, zur Senkung der Qualität und des Innovationsniveaus, aber auch zur Verfestigung einer marktbeherrschenden Stellung. Dabei kommt es bei der präventiven Fusionskontrolle auf eine Prognose der Entwicklung der betroffenen Märkte infolge der Fusion im Vergleich zu einer wahrscheinlichen Entwicklung ohne diese an, was wie alle Prognosen mit einer gewissen Unsicherheit belastet bleibt. Insoweit bedeuten die Regelungen des § 19 Absatz 3 GWB, nach denen bei Erreichen bestimmter Marktanteilsschwellen eine Marktbeherrschung vermutet wird, eine erhebliche Verfahrenserleichterung für das Bundeskartellamt.

596. Im Berichtszeitraum erscheinen die Entwicklungen in drei Bereichen besonders hervorhebenswert: die Bedingungen und Bewertung der Marktbeherrschung in Märkten mit wenigen Anbietern (Oligopolmärkten), die Prüfung der Wettbewerbsbedingungen in zweiseitigen (oder Plattform-)Märkten sowie die Einbeziehung potenziellen Wettbewerbs in die wettbewerbliche Würdigung.

3.6.1 Marktbeherrschung in Oligopolmärkten

597. Oligopolmärkte sind durch die geringe Zahl der auf einem Markt präsenten Unternehmen gekennzeichnet. Insbesondere bei Hinzutreten weiterer Umstände ergibt sich regelmäßig eine Reaktionsverbundenheit zwischen diesen Unternehmen, die den Wettbewerb erheblich einschränken kann, ohne dass eine vom Kartellverbot des § 1 GWB und des Artikel 101 AEUV erfasste explizite Verhaltenskoordination notwendig wäre. Dieses Parallelverhalten infolge strategischer Interdependenz kann erhebliche Wohlfahrtsverluste mit sich bringen und die Dynamik der betroffenen Märkte stark einschränken. Auch aus diesen Gründen erleichtert § 19 Absatz 3 Satz 2 GWB mit einer Vermutungsregelung die Feststellung kollektiver Marktbeherrschung. Danach gelten zwei oder drei Unternehmen mit einem gemeinsamen Marktanteil von 50 Prozent oder vier oder fünf Unternehmen mit einem Marktanteil von zwei Dritteln als gemeinsam marktbeherrschend, wenn sie nicht wirksamen Binnen- oder Außenwettbewerb nachweisen. Im Berichtszeitraum haben sowohl der EuGH als auch der BGH die Bedingungen gemeinsamer Marktbeherrschung näher präzisiert; zudem sind das OLG Düsseldorf und teilweise auch der BGH näher auf die genauen Wirkungen der Beweislastumkehr für gemeinsame Marktbeherrschung eingegangen. Drei Entscheidungen des Bundeskartellamtes im Kraftstoffeinzelhandel, im Zuckermarkt und im Markt für Cabriodächer illustrieren anschaulich die Bedingungen oligopolistischer Marktbeherrschung und deren Auswirkungen auf die betroffenen Märkte.

3.6.1.1 Bundesgerichtshof und Europäischer Gerichtshof: Kriterien gemeinsamer Marktbeherrschung

598. Die bereits 2002 vom EuG aufgestellten und auch vom Bundeskartellamt verwendeten[268] Kriterien für die Feststellung oligopolistischer Marktbeherrschung[269] wurden inhaltlich vom EuGH nunmehr bestätigt[270] und weitgehend inhaltsgleich auch vom BGH formuliert[271], der zudem in einem weiteren Urteil[272] Einzelheiten weiter präzisiert hat. Wie der EuGH betont allerdings der BGH die Notwendigkeit, über die Prüfung einzelner Kriterien hinaus in einer Gesamtschau zu untersuchen, ob der wirtschaftliche Gesamtmechanismus Koordinationsstrategien faktisch plausibel erscheinen lässt.[273] Die dort entwickelten Prüfungspunkte entsprechen dem Stand der industrieökonomischen und spieltheoretischen Diskussion,[274] obwohl neuere experimentalökonomische Studien deren Erkenntnisse teilweise relativieren.[275]

599. Nach dieser Rechtsprechung kommt – jedenfalls im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle – für die Feststellung der Wettbewerbsverhältnisse in einem möglichen Oligopol den die Marktstruktur bestimmenden Merkmalen eine besondere Bedeutung zu. Entscheidend ist hiernach, ob aufgrund der Marktstruktur mit einem dauerhaft einheitlichen Verhalten der Mitglieder des möglichen Oligopols zu rechnen ist. Das wird angenommen, wenn zwischen den beteiligten Unternehmen eine enge Reaktionsverbundenheit besteht. Entscheidende Indizien dafür sind die Markttransparenz und die Abschreckungs- und Sanktionsmittel bei abweichendem Marktverhalten sowie fehlender Außenseiterwettbewerb und fehlende Disziplinierungsmittel der Marktgegenseite. Es muss ein Anreiz bestehen, nicht von dem gemeinsamen Vorgehen abzuweichen. Davon ist dann auszugehen, wenn jedes beteiligte Unternehmen weiß, dass eine auf Vergrößerung seines Marktanteils gerichtete, wettbewerbsorientierte Maßnahme die gleiche oder andere gleichgerichtete Maßnahmen seitens der anderen Unternehmen auslösen würde, sodass es keinerlei Vorteil aus seiner Initiative ziehen könnte. So besteht etwa kein Anreiz für einen Preiswettbewerb, wenn eine Preissenkung durch ein Unternehmen von den anderen Unternehmen des Oligopols sofort erkannt und mit einer identischen Preissenkung beantwortet werden kann, ohne dass sich dadurch die Marktan-

[268] Vgl. etwa BKartA, Beschluss vom 28. Oktober 2004, B10-86/04, WuW/E DEV 1017 „Schneider/Classen“ oder BKartA, Beschluss vom 7. März 2008, B8-134/07, WuW/E DE-V 1584 „Shell/HPV“.

[269] EuG, Urteil vom 6. Juni 2002, T-342/99, Slg. 2002, II-2585, WuW/E EU-R 559 „Airtours/Kommission“, vgl. dazu bereits ausführlich Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 855 ff.

[270] EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, Rs. C-413/06 P, Slg. 2008, I-4951, WuW/E EU-R 1498 „Impala/Kommission“; vgl. dazu eingehender unten Tz. 739 ff., 821 ff.

[271] BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“.

[272] BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 „Phonak/ReSound“.

[273] Vgl. EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, Rs. C-413/06 P, Slg. 2008, I-4951, WuW/E EU-R 1498 „Impala/Kommission“, Tz. 120 ff., 125 ff.; BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, Tz. 39.

[274] Umfassend etwa die „Study on Assessment Criteria for Distinguishing between Competitive and Dominant Oligopolies in Merger Control“, Abschlussbericht von Europe Economics für die Europäische Kommission, Mai 2001 [online verfügbar].

[275] Vgl. statt vieler Huck, S., Normann, H. T., Oechssler, J., Two are few and four are many: number effects in experimental oligopolies, Journal of Economic Behavior & Organization 53, 2004, S. 435–446. Praktisch relevant sind diese Erkenntnisse bereits in den beiden Fusionskontrollfällen im Markt für Cabriodächer geworden; vgl. dazu unten Tz. 612 ff.

teile aller beteiligten Unternehmen verändern. In Bezug auf implizite Kollusion sind weitere Indikatoren zu berücksichtigen, etwa die Symmetrie der beteiligten Unternehmen hinsichtlich der Produktpalette, der verwendeten Technologie und der Kostenstruktur, etwaige Marktzutrittsschranken, die Nachfragemacht der Marktgegenseite und die Preiselastizität der Nachfrage. Von Bedeutung kann auch sein, ob aufgrund der Homogenität des vertriebenen Produkts ein Produkt- und Qualitätswettbewerb nur eingeschränkt oder gar nicht in Betracht kommt und ob die Mitglieder des möglichen Oligopols gesellschaftsrechtlich miteinander verflochten sind. Daneben ist das tatsächliche Wettbewerbsverhalten der beteiligten Unternehmen auf dem betreffenden Markt zu berücksichtigen. Dabei kann eine geringe Kundenwechselquote ein Anzeichen für einen fehlenden Binnenwettbewerb sein. Umgekehrt reicht die Transparenz des Marktes verbunden mit eingeschränktem Wettbewerb dann nicht für den Nachweis kollektiver Marktbeherrschung aus, wenn tatsächlich etwa erhebliche nachhaltige Marktanteilsverschiebungen zu beobachten sind.[276]

600. Insgesamt betonen die genannten Entscheidungen, dass die aufgeführten Kriterien nicht abschließend sind, sondern vielmehr lediglich die typischen Konstellationen kollektiver Marktbeherrschung wiedergeben. Dennoch ist der Praxis durch die drei Prüfungspunkte Markttransparenz, Sanktionsmechanismus und fehlender Außenwettbewerb ein effektives heuristisches Werkzeug zur Beurteilung oligopolistischer Märkte an die Hand gegeben, das in einzelnen Entscheidungen stark ausgeweitet und angepasst wird. Entscheidend sind letztlich die tatsächlichen Anreizstrukturen, die ein Markt den Unternehmen entgegenstellt, und entsprechend derer wettbewerbsloses oder wettbewerbsarmes Parallelverhalten begünstigt oder erschwert wird, sowie eventuell abweichende Marktveränderungen, die den Anschein von Wettbewerbslosigkeit im Einzelfall widerlegen können. Dabei wirkt die prognostische Natur von Fusionskontrollentscheidungen ganz erheblich auf die Würdigung von Marktstrukturmerkmalen zurück.

3.6.1.2 Echte Vermutungswirkung des § 19 Absatz 3 Satz 2 GWB

601. Zur Erleichterung des kartellbehördlichen Nachweises kollektiver Marktbeherrschung gelten nach der Vermutungsregelung des § 19 Absatz 3 Satz 2 GWB zwei oder drei Unternehmen mit einem gemeinsamen Marktanteil von 50 Prozent oder vier oder fünf Unternehmen mit einem Marktanteil von zwei Dritteln als gemeinsam marktbeherrschend, wenn sie nicht nachweisen, dass entweder zwischen ihnen oder vonseiten Dritter innerhalb des Marktes wirksamer Wettbewerb besteht (Binnen-/Außenwettbewerb). Die Reichweite dieser Marktbeherrschungsvermutung ist im Einzelnen noch nicht vollständig geklärt, war jedoch im Berichtszeitraum Gegenstand dreier Entscheidungen des OLG Düsseldorf.

602. Die mögliche Auslegung dieser Vermutungsregelung erstreckt sich zwischen zwei Extremen: Die Erfüllung des Vermutungstatbestands durch gemeinsames Halten der entsprechenden Marktanteile kann einen reinen Aufgreiftatbestand bedeuten oder die volle Umkehr der formellen Beweislast. Während die erstere Auslegung lediglich das Aufgreifermessen des Bundeskartellamtes beeinflussen würde, läge bei Annahme der (vollen) Beweislastumkehr bereits bei Erreichen der Marktanteilsschwellen die materielle und formelle Beweislast für bestehenden Binnen- und Außenwettbewerb bei den betroffenen Unternehmen. Die Gesetzesbegründung bleibt insoweit stumm;[277] lediglich die Empfehlungen des Wirtschaftsausschusses des Bundestages gingen 1980 von einer echten Vermutungsregelung aus.[278] Der BGH hat sich zu dieser Frage bislang lediglich in einem – unverbindlichen – obiter dictum geäußert und dort von einem „Gegenbeweis“ gesprochen, der den Beteiligten auferlegt sei.[279] Das OLG Düsseldorf hatte 2005 daraus abgeleitet, dass diese Vermutungsregelung lediglich in dem Falle den Ausschlag geben könnte, in dem das Bestehen wesentlichen Binnen- oder Außenwettbewerbs letztlich weder erwiesen noch widerlegt werden könne; auf die Amtsermittlungspflicht des Bundeskartellamtes habe sie jedoch grundsätzlich keinen Einfluss.[280] Diese Beschränkung der Vermutungsregelung auf die formelle Beweislast hat das OLG Düsseldorf seit 2008 in drei Beschlüssen revidiert und geht nunmehr von einer eingeschränkten echten materiellen Beweislastumkehr zulasten der Unternehmen aus.

603. Im Cargotec-Beschluss von Mai 2008,[281] auf den insoweit in den späteren Beschlüssen Phonak/ReSound[282] und Springer/ProSiebenSat[283] verwiesen wird, stellt das OLG fest, dass die Oligopolmarktbeherrschungsvermutung, anders als die Einzelmarktbeherrschungsvermutung des § 19 Absatz 3 Satz 1 GWB, „eine echte Umkehr der Beweislast“ enthalte und dass die formelle Beweislast ebenso wie die materielle Beweislast bei Unaufklärbarkeit des Bestehens wesentlichen Wettbewerbs insgesamt bei den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen verbleibe. Eingeschränkt ist die umfangreiche Beweislast

[276] Vgl. BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 „Phonak/ReSound“, Tz. 66.

[277] Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zur Zweiten GWB-Novelle, Bundestagsdrucksache VI/2520 vom 18. August 1971, S. 23, und die Regierungsbegründung zur Vierten GWB-Novelle, Bundestagsdrucksache 8/2136 vom 27. September 1978, S. 22.

[278] Vgl. die Empfehlungen des Wirtschaftsausschusses zur Vierten GWB-Novelle, Bundestagsdrucksache 8/3690 vom 21. Februar 1980, S. 27: „aus der Umkehr der Beweislast folgende qualifizierte Vermutung“.

[279] BGH, Beschluss vom 2. Dezember 1980, KVR 1/80, WuW/E BGH 1749 „Klöckner-Becorit“.

[280] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. November 2005, VI-Kart 30/04 (V), WuW/E DE-R 1625 „Rethmann-GfA Köthen“.

[281] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Mai 2008, VI – (Kart) 13/07 (V) „Cargotec“.

[282] OLG Düsselsorf, Beschluss vom 26. November 2008, VI-Kart 8/07 (V), WuW/DE-R 2477 „Phonak/ReSound“.

[283] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. Dezember 2008, VI-Kart 7/06 (V), WuW DE-R 2593 „Springer/ProSiebenSat.1“; bestätigt durch BGH, Beschluss vom 8. Juni 2010, KVR 4/09 [Beschlussgründe waren bei Redaktionsschluss des Hauptgutachtens noch nicht verfügbar].

der Unternehmen hiernach lediglich, soweit diese zur Ermittlung der relevanten Tatsachen mangels hoheitlicher Ermittlungsbefugnisse außerstande sind; insoweit beschränkt sich ihre Darlegungslast auf den Vortrag der entsprechenden Vermutungen und der zu deren Beweis dienenden – nur dem Bundeskartellamt zugänglichen – Tatsachen. Der BGH hat in seiner den Beschluss des OLG aufhebenden Entscheidung in der Sache Phonak/ReSound[284] diese Frage offengelassen.

604. Die Monopolkommission begrüßt die revidierte Auffassung des OLG Düsseldorf. Insbesondere in Oligopolmärkten ist ein Schutz des Restwettbewerbs besonders bedeutsam. Auch steigert diese Auslegung der Vermutungsregel die Anreize der Beteiligten erheblich, von sich aus wesentliche Tatsachen zum Funktionieren der betroffenen Märkte vorzutragen. Ob diese Veränderung große praktische Bedeutung hat, ist angesichts der seltenen Fallpraxis, die sich entscheidungserheblich auf die Vermutungswirkung stützt, nicht einfach abzuschätzen. Im ganz überwiegenden Regelfall jedoch werden die relevanten Tatsachen bereits Gegenstand des Verfahrens sein, sodass vielmehr deren tatsächliche Würdigung entscheidend ist.[285] So hob etwa der BGH im Beschluss Phonak die auf die Oligopolmarkt-Vermutungsregelung gestützte Entscheidung des OLG[286] mit der Begründung auf, das OLG habe „rechtsfehlerhaft“ die Wirkungen von Marktanteilsangleichungen und von bestehendem Innovationswettbewerb nicht zugunsten der Zusammenschlussbeteiligten gewürdigt,[287] während das Bundeskartellamt die Marktverhältnisse von einer aus seiner – und insoweit mit der Auffassung des BGH identischen – Sicht ausermittelten Tatsachengrundlage beurteilt hatte.[288] Da die Marktbeherrschungsvermutungen einen praktisch sehr wertvollen ersten Orientierungspunkt in der Vielzahl der Entscheidungen des Bundeskartellamtes darstellen, ist die Signalwirkung dieser Entscheidungen des OLG hin zu einer wettbewerbsfreundlicheren Einschätzung von Oligopolmärkten dennoch kaum zu unterschätzen.

3.6.1.3 Oligopol im Kraftstoffeinzelhandel

605. In mehreren Fusionskontrollverfahren stellte das Bundeskartellamt eine gemeinsame Marktbeherrschung der Unternehmen BP/Aral, ConocoPhillips/Jet, ExxonMobil/Esso, Shell und Total im Einzelhandel mit Kraftstoff über Tankstellen fest.[289] Diese – regional in Einzelheiten differenzierte – Einschätzung hat sich auch im Verlauf der Sektoruntersuchung Kraftstoffe bestätigt.[290] Insbesondere auf den vorgelagerten Marktstufen finden sich Strukturmerkmale, die stark dämpfend auf den Binnen- und den Außenwettbewerb insgesamt und damit auch auf die Endverbrauchermärkte (Tankstellen) wirken, indem einerseits eine hohe Transparenz erzeugt sowie ein hohes Vergeltungspotenzial eröffnet und andererseits die überragende Marktstellung der marktbeherrschenden Unternehmen gefestigt wird. Die durch die völlig transparenten Preise bereits außergewöhnlich hohe Reaktionsverbundenheit wird weiter erhöht durch die vielfältigen Verflechtungen (über Gemeinschaftsunternehmen gehaltene Pipelines, Raffinerien, Tanklager sowie regelmäßige gegenseitige Belieferung), die erhebliches Vergeltungspotenzial bei abweichendem Verhalten bieten, und die strukturelle Symmetrie zwischen den vertikal integrierten Oligopolisten, die sich zudem auf vielen anderen (ausländischen) Märkten wieder begegnen. Angesichts fehlender Nachfragemacht, geringer Preiselastizität sowie der Abhängigkeit und Zersplitterung der Außenseiterwettbewerber nehmen die Oligopolisten eine überragende Marktstellung ein und sehen sich keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt.

606. Als besonders bedeutsam erscheinen in diesem Markt die vielfältigen Verflechtungen der Oligopolisten sowie deren durchgängige vertikale Integration, die einerseits die bestehende Transparenz vergrößern und Sanktionspotenziale schaffen, andererseits über die daraus folgende Symmetrie und die multiplen Kontakte der gleichen Unternehmen auf einer Vielzahl unterschiedlicher Märkte den Anreiz zu wettbewerbslosem Parallelverhalten stark erhöhen.[291] Vor diesem Hintergrund weist die Monopolkommission darauf hin, dass der verbleibende geringe Restwettbewerb in diesen Märkten besonders schutzwürdig erscheint.[292] Sie würde es begrüßen, wenn die bestehenden und nur teilweise und jeweils isoliert in Fusionskontrollverfahren geprüften Verflechtungen der Oligopolisten in näherer Zukunft einer umfassenderen wettbewerblichen und kartellrechtlichen Analyse unterzogen würden.

3.6.1.4 Oligopol im Zuckermarkt

607. Die Freigabe des Erwerbs sämtlicher Zuckeraktivitäten der dänischen Danisco durch Nordzucker seitens des Bundeskartellamtes erfolgte unter der aufschiebenden

---

[284] Vgl. BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 „Phonak/ReSound“, Tz. 54 ff.

[285] Vgl. jedoch etwa die Berufung des Bundeskartellamtes auf diese Vermutungswirkung in den Beschlüssen vom 7. März 2008, B8-134/07, WuW/E DE-V 1584 „Shell/HPV“, sowie vom 29. April 2009, B8-175/08, WuW/E DE-V 1719 „Total Deutschland/OMV Deutschland“.

[286] Vgl. OLG Düsselsorf, Beschluss vom 26. November 2008, VI-Kart 8/07 (V), WuW/DE-R 2477 „Phonak/ ReSound“, Tz. 57 ff.

[287] Vgl. BGH, Beschluss vom 20. April 2010, KVR 1/09, WuW/E DE-R 2905 „Phonak/ReSound“, Tz. 54 ff.

[288] Vgl. BKartA, Beschluss vom 13. Dezember 2006, B3-578/06, WuW/E DE-V 1365 „Phonak/ReSound“, Tz. 126 ff., 254 ff.; dazu bereits eingehend Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 573 ff.

[289] BKartA, Beschluss vom 7. März 2008, B8-134/07, WuW/E DE-V 1584 „Shell / HPV“; ebenso BKartA, Beschluss vom 29. April 2009, B8-175/08, WuW/E DE-V 1719 „Total Deutschland/OMV Deutschland“; BKartA, Beschluss vom 8. Mai 2009, B8-32/09 „Shell Deutschland Oil/Lorenz Mohr“; BKartA, Beschluss vom 8. Juni 2009, B8-31/09 „Rheinland Kraftstoff/Honsel Mineralölvertriebs GmbH“.

[290] Vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, B8-100/07, Zwischenbericht Juni 2009, S. 33 ff.

[291] Eine eingehende Analyse der Funktionsweise dieses Marktes unter dem Aspekt der Missbrauchsaufsicht findet sich bei Monopolkommission, Hauptgutachten 2000/2001, a. a. O., Tz. 390 ff.

[292] Vgl. dazu näher unten Tz. 635 ff.

Bedingung der Veräußerung des Standortes Anklam und damit aller deutschen Aktivitäten des Erwerbsziels Danisco Sugar, sodass die Freigabe im Wesentlichen für die ausländischen Aktivitäten der Danisco Sugar wirkt.[293] In dem aufgrund von Kettensubstitution[294] bundesweiten Markt für Verarbeitungszucker lasse der angemeldete Zusammenschluss entsprechend dem Beschluss des Bundeskartellamtes die Verstärkung einer bereits bestehenden oligopolistischen Marktbeherrschung durch Nordzucker, Südzucker (und, soweit unter Zweifeln offengelassen, Pfeifer & Langen) erwarten. Nach Erörterung der konzeptionellen Grundlagen oligopolistischer Marktbeherrschung prüft der Beschluss erstens die Strukturbedingungen zur Begünstigung von Parallelverhalten, zweitens die Auswirkungen dieser Strukturbedingungen auf den Binnenwettbewerb im Oligopol und drittens die Auswirkungen auf den aktuellen und potenziellen Außenwettbewerb sowie schließlich viertens das Fehlen gegengewichtiger Nachfragemacht.

608. Im Einzelnen werden als Struktur- und Wettbewerbsbedingungen erörtert: die Marktkonzentration und die Marktanteile (statisch, dynamisch und durch Importentwicklungen), die Marktzutrittsschranken, die Regelmäßigkeit der Interaktion zwischen den Oligopolisten, die Stabilität der Angebots- und Nachfragebedingungen und die Preiselastizität, die Homogenität von Produkt und Produktportfolios, die Markttransparenz, die Symmetrie des Oligopols sowie Verflechtungen und Kooperationen zwischen den Oligopolisten und inländischen wie ausländischen Wettbewerbern. Die Auswirkungen dieser Strukturbedingungen auf den Binnenwettbewerb im Oligopol werden anhand einer detaillierten Untersuchung der Koordinierungs- und Sanktionsmechanismen in dem untersuchten Markt und des aktuellen deutschen und europäischen Wettbewerbsgeschehens zwischen den Oligopolisten analysiert. Die Auswirkungen der marktlichen Strukturbedingungen auf den Wettbewerb vonseiten aktueller und potenzieller inländischer und ausländischer Wettbewerber schließen sich an. Zuletzt wird angesichts eines weitgehend zersplitterten Abnehmerfeldes das Fehlen gleichgewichtiger Nachfragemacht festgestellt.

609. Die Verstärkung dieser oligopolistischen Marktbeherrschung durch den geplanten Zusammenschluss wird erörtert anhand der Erhöhung des deutschen Marktanteils der beiden Oligopolisten um 10 bis 15 Prozent, der im Detail erhobenen, niedrigen Kundenwechselquoten, des Wegfalls eines Außenseiterwettbewerbers, der Verstärkung der Marktpräsenz des Oligopols in angrenzenden ausländischen Märkten und deren Rückwirkung auf den deutschen Markt, des weiteren Abschottungs- und Abschreckungseffekts gegenüber potenziellem Wettbewerb aus dem Ausland und schließlich der weiteren Verbesserung der Koordinierungs- und Abschreckungsmöglichkeiten des Oligopols gegenüber abweichendem Marktverhalten. In der abschließenden Gesamtbetrachtung erfolgt die Würdigung der einzelnen Faktoren auch unter dynamischen Aspekten und anhand von historischen Markterfahrungen. Aus der Gesamtschau dieser Umstände zieht das Bundeskartellamt den Schluss, dass die Veräußerung der deutschen Tochter der Danisco, insbesondere des Produktionsstandortes Anklam, an einen ausländischen Zuckerproduzenten notwendig, aber auch ausreichend wäre, die negativen Inlandsauswirkungen des Zusammenschlusses zu beseitigen.

610. Die Monopolkommission hält die Ausführungen des Bundeskartellamtes zu kollektiver Marktbeherrschung, die die Vorgaben der oben referierten Entscheidungen von EuGH und BGH wiedergeben und umsetzen, in diesem Fall für beispielhaft und stimmt ihnen zu. Sie begrüßt und unterstützt die Klarstellung, dass keine vollständige Produkt-, Preis- und Konditionentransparenz erforderlich ist, sondern dass für eine oligopolistische Marktbeherrschung insoweit schon ausreicht, wenn die einzelnen Unternehmen ihre Wettbewerber, deren Produkt- und Preisstrategie sowie deren Wettbewerbsvorstöße ausreichend zeitnah erkennen, um ihr Angebot anzupassen und den Wettbewerbsvorsprung des „Ausreißers“ zu neutralisieren bzw. zu sanktionieren.

611. Schließlich zeigt dieses Verfahren exemplarisch, wie Marktregulierungen, die anderen Zielen dienen sollen als dem Wettbewerb, insbesondere solche der EU-Agrarmarktordnung, oftmals die Marktstrukturen in einer Weise beeinflussen, dass funktionierender Wettbewerb stark eingeschränkt wird. In diesem Fall wirken sich insbesondere die Zuckerquote und die von der Zuckermarktordnung vorgeschriebenen Konditionen der Zuckerrübenanlieferung als Wettbewerbshindernis aus. Oft wird dabei, trotz schlechter Quantifizierbarkeit der jeweiligen Effekte, ein Überwiegen der negativen über die positiven Auswirkungen solcher unwettbewerblicher Marktordnungen festzustellen sein. Insbesondere in Märkten wie dem vorliegenden, in denen die Homogenität der Produkte und relativ hohe Transportkosten der Rohstoffe das Wettbewerbspotenzial schon von vornherein einschränken, können dysfunktionale Marktordnungen sich besonders schädlich auswirken. Vor diesem Hintergrund weist die Monopolkommission erneut auf die Ordnungskraft eines funktionierenden Wettbewerbs hin und fordert den europäischen wie den deutschen Gesetzgeber auf, wettbewerbsschädliche Regelungen soweit wie möglich zu vermeiden. Ein erster – Transparenz und Öffentlichkeit erzeugender – Schritt könnte die spontane oder obligatorische Stellungnahme des Bundeskartellamtes zu dysfunktionalen Marktordnungen bzw. eine Prüfung der Wettbewerbsauswirkungen von Gesetzgebungsvorhaben mit konkretem Marktbezug sein. Diese könnten selbst bei Gesetzgebungsverfahren mit weitgehend nach Unionsrecht vorgegebenem Rahmen eine möglichst wettbewerbskonforme Ausgestaltung im deutschen Recht bewirken.[295]

---

[293] BKartA, Beschluss vom 17. Februar 2009, B2-46/08 „Nordzucker/Danisco“.

[294] Grundsätzlich räumlich getrennte Märkte überlappen sich jeweils gegenseitig so stark, dass der mittelbare Wettbewerbsdruck auch sich nicht unmittelbar berührende räumliche Märkte einheitlich erfasst.

[295] Vgl. zum Stellungnahmerecht bereits allgemein oben Tz. 353, 370 ff.

3.6.1.5 Ausschreibungswettbewerb im Cabriodächer-Oligopol

612. Der Markt für die Herstellung von Cabriodächern für Automobilhersteller konzentrierte sich vor Durchführung der hier beschriebenen Fusionskontrollverfahren in Europa im Wesentlichen auf vier Hersteller: Webasto, Magna Car Top Systems, Edscha und Karmann. Die beiden Letzteren waren infolge der Finanz- und Wirtschaftskrise in Probleme geraten und befanden sich im Insolvenzverfahren. In einem ersten Fusionskontrollverfahren hat das Bundeskartellamt die Übernahme von Edscha durch Webasto und damit die Reduktion des Oligopols von vier auf drei Marktteilnehmer zugelassen.[296] Bereits in dieser Entscheidung wurde darauf hingewiesen, dass eine darüber hinausgehende Verengung des Oligopols durch einen weiteren Zusammenschluss nach den seinerzeitigen Erkenntnissen wettbewerblich bedenklich wäre. Das im Monat nach dieser Entscheidung angemeldete Zusammenschlussvorhaben Magna/ Karmann hingegen wurde untersagt, da die Reduktion eines Dreier-Oligopols auf nur mehr zwei Unternehmen auch unter der Berücksichtigung der besonderen wettbewerblichen Strukturen des betroffenen Marktes dem Bundeskartellamt nicht zulässig erschien.[297]

613. Die europäischen Automobilhersteller haben die Eigenfertigung in den letzten Jahren wegen Unwirtschaftlichkeit eingestellt. Sie schreiben Entwicklung und Produktion von Dachsystemen für neue Cabriomodelle aus und vergeben Aufträge in einem zweistufigen Verfahren jeweils für die Konzeption und für die Produktion eines modellspezifischen Cabriodaches für die gesamte Laufzeit des Modells an (jeweils) einen Hersteller („single sourcing“). Die Marktanteile der ursprünglich vier Unternehmen lagen jeweils zwischen 20 und 30 Prozent. Trotz dieser bereits hohen Konzentration haben die Ermittlungen des Bundeskartellamtes keinen Hinweis auf ein abgestimmtes Verhalten der Unternehmen ergeben: Die Möglichkeit von wettbewerbsarmem Parallelverhalten sei durch das zweistufige Ausschreibungsverfahren sowie sonstige Marktgegebenheiten, nicht jedoch durch eine etwaige, eingehend geprüfte Nachfragemacht der Automobilunternehmen stark eingeschränkt. Zudem beteiligten sich auch an den volumenstarken Ausschreibungsverfahren der Automobilhersteller regelmäßig nur drei der ursprünglich vier Unternehmen, wie die Untersuchung der Ausschreibungen der vergangenen Jahre zeigte.

614. Vor dem Hintergrund, dass sich aus den bestehenden Wettbewerbsverhältnissen keine Hinweise auf Kollusion innerhalb des Oligopols ergaben, sei zu erwarten, dass sich daran auch bei einer Verengung des Marktes auf drei Anbieter nichts ändere. Mit Webasto und Edscha schlössen sich im Übrigen Unternehmen zusammen, die – wie die Begegnungsquoten in Ausschreibungsverfahren und die jeweiligen Kernkompetenzen zeigten – nicht zu den engsten Wettbewerbern auf dem Markt zählten. Darüber hinaus habe sich der von Webasto ausgehende Wettbewerbsdruck in den letzten Jahren deutlich abgeschwächt. Die aufgrund der notwendigen aufwendigen Entwicklungsarbeit hohen Marktzutrittsschranken könnten für sich allein keine kollektive Marktbeherrschung begründen. Das Zusammenschlussvorhaben Webasto/Edscha sei nach einer Gesamtwürdigung dieser Faktoren freizugeben, da nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei, dass der Zusammenschluss zu einer Beschränkung der Wettbewerbsverhältnisse führen werde.

615. Das Zusammenschlussvorhaben zwischen Magna und Karmann wurde – entsprechend der bereits im Verfahren Webasto/Edscha geäußerten Einschätzung – untersagt, da dadurch nicht nur die Zahl der Wettbewerber auf zwei schrumpfen würde, sondern darüber hinaus die beiden verbleibenden Wettbewerber aufgrund ähnlich starker Marktanteile und einer vergleichbaren Unternehmensgröße besondere Anreize zu stillschweigend kollusivem Verhalten hätten. Bei dieser Analyse stützt sich das Bundeskartellamt auch auf die Erkenntnisse der experimentellen Industrieökonomik, nach denen die Effizienz von Dyopolen regelmäßig erheblich hinter der von Dreier-Oligopolen zurückbleibt.[298] Diese allgemeine Erkenntnis werde im vorliegenden Fall weiter untermauert, da bei Freigabe des Zusammenschlusses die Zahl der Ausschreibungsteilnehmer empfindlich reduziert und die Symmetrie zwischen den verbleibenden Unternehmen wesentlich verstärkt würde. Wettbewerbsvorstöße eines der verbleibenden Unternehmen könnten bei der dann bestehenden Markttransparenz vom anderen sofort erkannt und sehr zielgerichtet sanktioniert werden. Daher sei Binnenwettbewerb zwischen den dann nahezu gleich starken Unternehmen unwahrscheinlich. Auch einige Automobilhersteller befürchteten Wettbewerbsbeschränkungen und hatten sich im Rahmen der Ermittlungen skeptisch gegenüber dem Zusammenschluss gezeigt. Die Berufung der Zusammenschlussbeteiligten auf die Grundsätze der Sanierungsfusion[299] wurde mit dem Hinweis auf andere ernsthafte Erwerbsinteressenten für die insolvente Karmann GmbH i. L. für unerheblich erklärt.

616. Die Monopolkommission begrüßt die Entscheidungen des Bundeskartellamtes, die Freigabe im Fall Webasto/Edscha jedoch nur cum grano salis. Die Analyse der tatsächlichen Begegnungsquoten der ursprünglichen vier Marktteilnehmer und des tatsächlichen Bietverhaltens in Ausschreibungen erscheint zwar besonders geeignet, die tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse in engen Ausschreibungsmärkten zu untersuchen. Das in dem betroffenen Markt übliche zweistufige Ausschreibungsverfahren erscheint auch nicht ungeeignet, die schon im Vierer- und umso mehr im Dreier-Oligopol bestehende Verhandlungsmacht der Anbieter einzuschränken.

---

[296] BKartA, Beschluss vom 22. Dezember 2009, B9-84/09, WuW/E DE-V 1837 „Edscha/Webasto“.

[297] BKartA, Beschluss vom 21. Mai 2009, B9-13/10 „Magna/Karmann“.

[298] Zitiert werden die Übersichtsstudien von Huck, S., Normann, H. T., Oechssler, J., Two are few and four are many: number effects in experimental oligopolies, a. a. O., sowie von Engel, C., Tacit Collusion: The Neglected Experimental Evidence. Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods Bonn 2007/14.

[299] Vgl. dazu oben Tz. 329.

617. Dennoch erscheint der Monopolkommission – selbst bei Inrechnungstellung der experimentalökonomischen Forschungsergebnisse, der Einzelheiten der relevanten Ausschreibungsverfahren und der zuversichtlichen, überwiegend eine gewisse Konsolidierung der Anbieterseite befürwortenden Nachfrager – bereits die Reduktion eines Vierer- auf ein Dreier-Oligopol bedenklich. So schließt das Bundeskartellamt allein auf der Grundlage der vor der Konsolidierung wettbewerblichen Ausschreibungen, dass es den Automobilherstellern auch in Zukunft gelingen werde, mittels ihres gewählten Ausschreibungsdesigns (Konzeptwettbewerb, Serienausschreibung, Nachverhandlung, seltene und werthaltige Ausschreibungen) stabile Kollusion unter drei Anbietern zu verhindern, ohne diese Hoffnung weiter zu begründen. Wenig hilfreich erscheint auch der Hinweis, verbleibende Zweifel daran, dass der relevante Markt trotz Verengung auf drei Marktteilnehmer wettbewerblich bleibt, würden durch einen ohne diesen Zusammenschluss wahrscheinlichen Marktaustritt von Edscha relativiert. Denn dem Bundeskartellamt verblieben hier offenbar Zweifel über die zukünftige Wettbewerblichkeit des Marktes. Auch erscheint angesichts des aus der Presse und der Untersagungsentscheidung im Fall Magna/Karmann zu entnehmenden, nicht unerheblichen Interesses Dritter an einer Übernahme eines Cabriodachproduzenten mehr als zweifelhaft, ob Edscha im Fall einer Untersagung tatsächlich aus dem Markt ausgetreten wäre, was die Entscheidung zusätzlich anführt. Jedenfalls aber ist nicht ersichtlich, dass im Fall des tatsächlichen Marktaustritts von Edscha alle Marktanteile auf Webasto übergehen würden, sodass der freigegebene Zusammenschluss kausal für die nun eintretende Marktanteilsaddition wäre. Vor diesem Hintergrund hätte die Monopolkommission auch die Untersagung bereits des ersten Zusammenschlusses befürwortet, um die ohnehin bereits fragile Wettbewerbssituation nicht noch weiter zu schwächen. Diese Bedenken werden allerdings abgemildert durch die erheblichen Ressourcen der nachfragenden Automobilhersteller, die Anlass zu der Hoffnung geben, auch in Zukunft durch eine geeignete Ausschreibungsgestaltung die effektive Entstehung gemeinsamer Marktmacht der Cabriodachhersteller zu verhindern. Ob die sehr positive Einschätzung dieser Möglichkeit durch das Bundeskartellamt sich in der Zukunft bestätigt, bleibt abzuwarten. In jedem Fall weist die Monopolkommission insoweit darauf hin, dass es auch nach Auffassung des BGH für eine Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens in einem Oligopolmarkt ausreicht, wenn rechtliche oder tatsächliche Umstände dem marktbeherrschenden Unternehmen oder Oligopol zwar nicht zwingend, aber doch mit einiger Wahrscheinlichkeit eine günstigere Wettbewerbssituation verschaffen.[300] In Märkten mit einem hohen Konzentrationsgrad genügt dabei schon eine geringfügige Beeinträchtigung des verbliebenen oder potenziellen Wettbewerbs.[301]

[300] Vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, Tz. 61 ff.

[301] Vgl. dazu eingehender unten Tz. 635 ff.

3.6.1.6 Wettbewerbsdynamik und Oligopolverflechtungen

618. Insbesondere in den vorgestellten Verfahren im Kraftstoff- und im Zuckermarkt stellten die gegenseitigen Verflechtungen der Oligopolisten etwa über Gemeinschaftsunternehmen, Mengenaustausch- oder gegenseitige Belieferungsverträge wesentliche Strukturmerkmale für eine implizite Kollusion der Marktteilnehmer dar. Verflechtungen sind auch nach Auffassung von EuG, EuGH und BGH wesentliche Indizien für das Bestehen von Anreizen zu wettbewerbslosem Parallelverhalten. Insbesondere in oligopolistischen Märkten dürften viele Verflechtungen erhebliche Koordinationswirkung zwischen den verbundenen Unternehmen mit sich bringen.[302] Dadurch kann vor allem die Dynamik des in den betroffenen Märkten herrschenden Wettbewerbs leiden.

3.6.2 Marktbeherrschung in zweiseitigen Märkten

619. Zweiseitige Märkte stellen Plattformen dar, auf denen ein Anbieter zwei unterschiedliche Kundengruppen zusammenführt, etwa ein Print- oder elektronisches Nachrichtenmedium Leser- und Anzeigenkunden, ein Kreditkartenunternehmen Akzeptanzstellen und Kreditkarteninhaber oder ein Auktionshaus Käufer und Einlieferer.[303] Typischerweise bestehen starke (indirekte) Netzwerkeffekte zwischen den unterschiedlichen Kundengruppen, die Attraktivität einer Plattform für eine Nutzergruppe wird durch die Anzahl der Nutzer aus der anderen Nutzergruppe stark beeinflusst: Eine höhere Leserzahl macht eine Zeitung für Anzeigenkunden attraktiver; erst viele Akzeptanzstellen lassen eine Kreditkarte praktisch erscheinen; viele Versteigerungslose locken viele (potenzielle) Käufer in ein Auktionhaus: Das lässt wiederum höhere Preise erwarten und macht das Auktionshaus für die Einlieferer interessanter. Vielfach ist die Attraktivitätssteigerung asymmetrisch, sodass auch die Preise, die der Plattformbetreiber den unterschiedlichen Kundengruppen abverlangt, unterschiedlich sind; das erklärt etwa den freien Eintritt für weibliche Gäste in manche Tanzlokale, was (zahlende) männliche Gäste anlocken soll, ebenso die Verfügbarkeit zahlloser kostenloser haptischer und elektronischer Medien, die allein durch Werbung finanziert werden.

620. Dass die Anbieter auf Plattformmärkten ihr Produkt faktisch zwei verschiedenen Kundengruppen (oder Marktseiten) anbieten, sollte bei der wettbewerblichen Würdigung solcher Märkte berücksichtigt werden. Dabei muss zwar im Regelfall aufgrund der unterschiedlichen Nachfragergruppen von zwei unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten ausgegangen werden. Die zwischen diesen Märkten bestehenden Wechselwirkungen können

[302] Vgl. eingehender oben Tz. 525 ff.

[303] Vgl. zu dieser noch jungen Theorie zweiseitiger Märkte etwa Evans, D., The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets, Yale Journal on Regulation 20, 2003, S. 325–82; Rochet, J. C. und Tirole, J., Platform Competition in Two-Sided Markets, Journal of the European Economic Association 1, 2003, S. 990–1029.

jedoch die wettbewerbliche Beurteilung wesentlich beeinflussen.

Die besonderen Merkmale zweiseitiger Märkte haben darüber hinaus erheblichen Einfluss auf Wahrscheinlichkeit und Erfolgsaussichten eines Marktzutritts. In Gegenwart von Netzwerkeffekten ist für eine langfristige Profitabilität das Erreichen einer kritischen Masse von Kunden vor allem auf derjenigen Marktseite der Plattform ausschlaggebend, von der besonders starke Netzwerkeffekte ausgehen. Sind die potenziellen Nachfrager schon Kunden eines Wettbewerbers und haben sie kein Interesse an der Teilnahme an einer zweiten Plattform („single-homing"; Gegenbegriff „multi-homing", etwa gleichzeitiges Lesen einer konkurrierenden Zeitung oder Zeitschrift, Nutzung einer konkurrierenden Online-Ressource oder -Plattform), so können selbst für ein überlegenes Produkt unüberwindliche Markteintrittsbarrieren bestehen, wenn das Nutzerverhalten faktisch zu einer Sättigung des Marktes führt.

621. In der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes wurden bisher vorrangig Zeitungs- und Zeitschriftenmärkte unter dem Aspekt zweiseitiger Märkte geprüft. Zeitungen stellen wie Zeitschriften und Online-Nachrichtenseiten Kommunikationsplattformen dar. Diese Plattformen führen Leser einerseits und Anzeigekunden andererseits zusammen. Die zwischen diesen Märkten bestehenden positiven Rückkopplungen oder (indirekten) Netzwerkeffekte werden in der kartellrechtlichen Praxis schon seit Langem als „Auflagen-Anzeigen-Spirale" erfasst: Für Anzeigenkunden einer Zeitung ist entscheidend, wie viele ihrer potenziellen Kunden zum Leserkreis der entsprechenden Zeitung zählen. Entsprechend werden Anzeigenpreise in der Werbebranche oft als „Tausender-Kontakt-Preis" beziffert. Der Nutzen von Anzeigen für die Leser variiert, korreliert jedoch im Allgemeinen nicht durchgängig positiv mit deren Anzahl; insoweit bestehen deutliche Asymmetrien zwischen den beiden Seiten dieses Plattformmarktes. Im Berichtszeitraum beruhten zwei Untersagungen auf einer durch Netzwerkeffekte zweiseitiger Märkte gefestigten Marktbeherrschung; auf die erste Untersagung wird nachfolgend eingegangen, die zweite wird in Abschnitt 3.6.3.1 aufgegriffen, weil in diesem Verfahren auch der Aspekt potenziellen Wettbewerbs eine erhebliche Rolle spielte.

622. Einen Zusammenschluss zweier Verlage für Kosmetikfachzeitschriften, die gleichzeitig Kosmetikmessen ausrichten, hat das Bundeskartellamt aufgrund der durch die auf beiden Märkten zu befürchtende und sich gegenseitig verstärkende Marktbeherrschung untersagt.[304] Die beiden betroffenen Märkte stellen zweiseitige Märkte dar: Während Zeitschriften Inserenten und Leser zusammenführen, vermittelt das Messegeschäft zwischen Ausstellern und Besuchern. Die gemeinsamen Marktanteile auf den entsprechenden Leser- bzw. Anzeigenmärkten lagen (bei umsatzseitiger Betrachtung) mit jeweils über 70 Prozent weit über der Marktbeherrschungsvermutung. Die Tatsache, dass die Beteiligten sechs von insgesamt acht in Deutschland stattfindenden Kosmetik-Fachmessen organisieren sowie über eine gegenüber Mitbewerbern weit überlegene Finanzkraft verfügen, vermittelt den Beteiligten Vorteile beim Zugang zu den Absatzmärkten. So sind, wie die eingehende Marktuntersuchung des Bundeskartellamtes zeigte, Messen zur Verbreitung von Fachzeitschriften sowie die aufgrund der Anzeigen-Auflagenspirale notwendigen Mindestauflagengrößen auch praktisch erhebliche Markteintrittsbarrieren. Zudem sind die Beteiligten die engsten Wettbewerber auf den betroffenen Märkten mit gleichzeitig hoher Wettbewerbsintensität untereinander. Weiter war nicht zu erwarten, dass der Wegfall des aktuell stärksten Wettbewerbers durch hinreichend starken potenziellen Wettbewerb aufgefangen würde, was insbesondere auf Marktsättigung und Netzwerkeffekte zurückzuführen war, welche die Beteiligten als große und etablierte Plattformen schützen. Daher hätte der Zusammenschluss zu einer starken Reduktion der Wettbewerbsintensität geführt und den Beteiligten einen durch Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum vermittelt.

623. Das Verfahren zeigt anschaulich die Bedeutung von Netzwerkeffekten in Plattformmärkten; nach den Marktermittlungen machen die gefestigten Positionen der Beteiligten Markteintritte praktisch äußerst schwierig. Hinzu kommt die enge Verbindung zwischen Zeitschriften- und Messeveranstaltungsmärkten, die in diesem Fall die ohnehin auf den Einzelmärkten bestehende Marktbeherrschung noch weiter verstärkte. Zusammengefasst ließ sich feststellen, dass die Eigenschaft der Beteiligten als Betreiber zweier zielgruppenrelevanter Arten von Plattformen (Kosmetikmessen und Kosmetikfachzeitschriften) zu einer Intensivierung der Kontakte mit ein und derselben Kundengruppe und damit zu einer Steigerung der Qualität der entsprechenden mit den Plattformen verbundenen Netzwerke führte. Hinzu kamen noch erhebliche Behinderungspotenziale gegenüber Wettbewerbern. Aufgrund dieser doppelten und verschränkten Netzwerkeffekte war nach dem geplanten Zusammenschluss weder wesentlicher aktueller noch realistischer potenzieller Wettbewerb zu erwarten.

3.6.3 Bewertung potenziellen Wettbewerbs

624. Potenzieller Wettbewerb wird nicht, wie die Umstellungsflexibilität der Anbieterseite, in der Marktabgrenzung erfasst, sondern in der Bewertung der Marktbeherrschung. Faktisch dürfte eine Abgrenzung im Einzelfall schwerfallen; als potenzielle Wettbewerber berücksichtigte Unternehmen benötigen jedoch zu einem Markteintritt im Regelfall größere Umstellungen und Investitionen.

625. Die Umbrüche in der Medienlandschaft insbesondere durch das Internet führen zu einer erhöhten Anzahl von Zusammenschlüssen im Pressebereich. Dabei spielt die Berücksichtigung potenziellen Wettbewerbs eine entscheidende Rolle, meist weil entweder eine marktbeherrschende Stellung durch Wegfall eines potenziellen Wettbewerbers verstärkt würde oder weil kein potenzieller

[304] BKartA, Beschluss vom 29. August 2008, B6-52/08 WuW/E DE-V 1643 „Intermedia/Health & Beauty".

Wettbewerb feststellbar ist, was an einer Untersagung und einer Freigabe aus dem Pressebereich aufgezeigt wird. Daneben wurde unter wesentlicher Berücksichtigung potenziellen Wettbewerbs ein Zusammenschluss auf einem Markt freigegeben, in den der potenzielle Wettbewerber teilweise einzutreten im Begriff war.

3.6.3.1 Untersagung wegen Wegfalls potenziellen Wettbewerbs

626. Die Übernahme des Zeitungsverlags Schwäbisch Hall, der das „Haller Tagblatt“ herausgibt, durch die bereits auf vielen, teilweise benachbarten Pressemärkten tätige Neue Pressegesellschaft (NPG) wurde wegen des zu befürchtenden Wegfalls potenzieller Konkurrenz seitens der Übernehmerin untersagt.[305] Dabei geht das Bundeskartellamt entsprechend seiner ständigen und höchstrichterlich bestätigten Praxis von einem eigenständigen sachlichen Lesermarkt für Abonnement-Tageszeitungen mit lokaler bzw. regionaler Berichterstattung aus, der überregionale Tageszeitungen und Straßenverkaufszeitungen nicht mit umfasst.[306] Während das „Haller Tagblatt“ in seinem Verbreitungsgebiet, dem Altkreis Schwäbisch Hall, auf dem Lesermarkt für regional berichtende Abonnement-Tageszeitungen über ein Quasi-Monopol einen Marktanteil in der Nähe von 100 Prozent hält, sei ein teilweise auf den Anzeigenmärkten bestehender Wettbewerb durch die Stellung des „Haller Tagblatts“ auf dem Lesermarkt aufgrund seiner Marktstellung erheblich begrenzt; von Online-Angeboten könne – auch aufgrund ihrer Kostenlosigkeit – höchstens eine begrenzte Substitutionskonkurrenz ausgehen.

627. Der von der Übernehmerin über Tochtergesellschaften ausgeübte potenzielle Wettbewerb wird in der Untersagungsentscheidung anhand von Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit eines Markteintritts auf dem Gebiet des „Haller Tagblatts“ untersucht. Die geografischen, wirtschaftlichen, verwaltungsmäßigen und politischen Beziehungen des Verbreitungsgebiets des „Haller Tagblatts“ und der benachbarten Verbreitungsgebiete der durch NPG kontrollierten Tageszeitungen machten nach Einschätzung des Bundeskartellamtes einen Markteintritt auf den Lesermärkten sowie dessen konkrete Praktikabilität (Drucklegung, Redaktions- und Anzeigenbüros) zumindest möglich. Die Wahrscheinlichkeit eines solchen Markteintritts werde auch nicht ausgeschlossen durch die zwischen den Beteiligten schon bestehenden Verbindungen durch Mantellieferungsvertrag (NPG liefert eine Rohfassung des überregionalen Teils des „Haller Tagblatts“) und Anzeigenkooperation. Denn beide seien kündbar und eine Fortdauer nicht unbedingt gewährleistet. In jedem Falle sei bei derart hohen Marktanteilen schon eine nur geringe Verstärkungswirkung für eine Untersagung ausreichend. Auch auf dem lokal abgegrenzten Anzeigenmarkt (ohne Rubrikenanzeigen) halte die Verlagsgesellschaft des „Haller Tagblatts“ mit diesem und einem wöchentlichen Anzeigenblatt bereits ein Monopol. Der Substitutionswettbewerb von anderen Anzeigenblättern und Online-Angeboten sei nur marginal. Insgesamt käme es zudem wegen der auch in den Anzeigenmärkten wirksamen Netzwerkeffekte zu einer erheblichen Verstärkungswirkung.

628. Die Monopolkommission pflichtet der Entscheidung des Bundeskartellamtes bei. Die Untersuchung der Potenziale für einen Markteintritt der NPG auf dem Gebiet des „Haller Tagblatts“ ermittelt die relevanten Möglichkeiten, Hindernisse und Anreize, die den hier entscheidenden potenziellen Wettbewerb bestimmen. Dabei kommt es insbesondere auf die erzielbaren Synergien und die effektiven Markteintrittsbarrieren an, die soweit ersichtlich zutreffend und umfassend dargestellt werden; wesentliches Indiz für die erzielbaren Synergien sind dabei die Überlappungen der Verteilungsgebiete, die zudem einen Markteintritt weniger kostspielig und risikoärmer machen können. Die Entscheidung illustriert anschaulich die Bedeutung potenziellen Wettbewerbs für die Einschätzung von Zusammenschlusswirkungen. Insbesondere in Märkten, in denen aktueller Wettbewerb praktisch ohne Bedeutung ist, gewinnt die Disziplinierung von Marktmacht durch potenziellen Wettbewerb erheblich an Bedeutung. Dabei kommt es im Regelfall nicht darauf an, ob bereits Markteintrittsversuche zu beobachten waren; bereits der zukünftige Wegfall potenziellen Wettbewerbs rechtfertigt vielmehr die Untersagung eines Zusammenschlusses.

3.6.3.2 Kein potenzieller Wettbewerb bei dauerhaften historisch gewachsenen Marktgrenzen

629. Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen zwei Zeitungsverlagen in Mecklenburg-Vorpommern zur Erstellung einer „Roh-Version“ des Mantelteils der von ihnen jeweils verlegten Tageszeitungen wurde innerhalb der Monatsfrist freigegeben.[307] Obwohl die Verteilungsgebiete der beiden betroffenen Blätter unmittelbar aneinandergrenzten, bestehe doch weder aktueller noch potenzieller Wettbewerb zwischen beiden. Selbst innerhalb des 1990 gegründeten Landkreises Güstrow gebe es keine Überlappungen der Verbreitungsgebiete, da sich die Verteilung entsprechend der Lesertreue weiter nach den mitten durch diesen Landkreis verlaufenden früheren DDR-Bezirksgrenzen richtet. Eine Betrachtung nach Eindringungsversuchen in der Vergangenheit, Verkehrsinfrastruktur und Pendlerströmen, der Attraktivität des Wirtschaftsraums, politischer und natürlicher Grenzen, landsmannschaftlicher und kulturhistorischer Verbindungen bzw. Trennlinien und grenzüberschreitender Aktivitäten der Beteiligten oder Dritter (Anzeigenkooperationen) bestätigte das Fehlen potenziellen Wettbewerbs.

[305] BKartA, Beschluss vom 21. April 2009, B6-150/08, WuW/E DE-V 1745 „NPG/Detjen“.

[306] Vgl. nur BGH, Beschluss vom 26. Mai 1987, KVR 3/86, WuW/E BGH 2425 „Niederrheinische Anzeigenblätter“.

[307] BKartA, Beschluss vom 13. Januar 2009, B6-10/09 „Zeitungsverlag Schwerin/Kurierverlag Neubrandenburg“.

630. Diese Entscheidung illustriert im Kontrast mit der vordiskutierten Untersagung NPG/Haller Tagblatt unterschiedliche Grade potenziellen Wettbewerbs. Während bei erheblichen Pendlerströmen, wirtschaftlicher und politischer Verflechtung aneinandergrenzender Verteilungsgebiete die Schwelle zum Markteintritt relativ gering und die Anreize dazu erheblich sein können, lässt sich umgekehrt aus dem vollständigen Weiterbestehen früherer Verwaltungsgrenzen für die Verteilung einer Tageszeitung und aus dem vollständigen Fehlen von Überlappungen der Verteilungsgebiete schließen, dass in diesem Fall ein Markteintritt jenseits der Grenzen der für die Berücksichtigung als potenzieller Wettbewerb notwendigen Eintrittswahrscheinlichkeit liegt.

3.6.3.3 Freigabe unter Berücksichtigung erwarteten Marktzutritts

631. Innerhalb der Monatsfrist des Vorprüfverfahrens hat das Bundeskartellamt die Übernahme der Kagema Industrieausrüstungen durch KSB freigegeben.[308] KSB stellt unter anderem spezielle, für den Einsatz in Sprinkleranlagen VdS-zertifizierte Pumpen her; auf diesem Bagatellmarkt verfügt es nach eigenen Schätzungen über einen Marktanteil zwischen 80 und 90 Prozent. Diese Pumpen verbindet Kagema mit Diesel- oder Elektromotoren und Schaltschränken zu Pumpenaggregaten. Unzertifizierte und nach anderen Standards zertifizierte Pumpen sind keine Substitute, da die in Deutschland üblichen Brandschutzversicherungsbedingungen eine mit VdS-zertifizierten Bauteilen erstellte Brandschutzanlage voraussetzen und eine entsprechende Zertifizierung durchgängig Bestandteil von entsprechenden Ausschreibungen ist.

632. Auf den Teilmärkten für VdS-Pumpenaggregate (mit Diesel- und Elektroantrieb bzw. Unterwasserpumpen) war bislang neben kleineren Wettbewerbern im Wesentlichen ein weiterer Wettbewerber tätig, der seine Pumpen ebenfalls von KSB bezogen hat. Ein weiterer großer Pumpenhersteller, Grundfos, hatte zum Entscheidungszeitpunkt die für Sprinkleranlagenpumpen notwendigen VdS-Zertifizierungen erworben und war teilweise bereits in den Markt für Pumpenaggregate eingetreten. In der Entscheidung würdigt das Bundeskartellamt die durch die vertikale Vorwärtsintegration von KSB entstehenden Anreize, ihren bisherigen Abnehmer und neuen Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt für Pumpenaggregate dadurch zu behindern, dass sie die Lieferung der benötigten Pumpen einstellt oder verschlechtert (etwa durch höhere Preise, längere Lieferfristen, schlechtere Koordination etc.). Diese Gefahr der Verschließung des vorgelagerten Marktes („input foreclosure“) sieht der Beschluss jedoch auch deshalb als gering an, weil der teilweise bereits erfolgte, teilweise abzusehende Eintritt des weiteren vertikal integrierten Pumpenherstellers Grundfos die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung für KSB verhindere. Die noch bestehenden Marktzutrittsschranken zur Komplettierung eines marktfähigen Portfolios seien für diesen ohne Weiteres zu überwinden, die im Zusammenhang der VdS-Zertifizierung eingegangenen erheblichen Kosten belegten auch dessen nachhaltige Verfolgung dieses Ziels. Zudem agierten auf diesem Markt weitere kleine, vertikal integrierte Pumpenaggregathersteller, die ihre Marktanteile ausbauen könnten. Vor diesem Hintergrund eines nach der Prognose des Bundeskartellamtes weiterhin gewährleisteten Wettbewerbs auf diesem Markt schien eine schwierig zu begründende Untersagung verzichtbar. Zum Schutz dieses Wettbewerbs weist der Beschluss jedoch ausdrücklich auf die marktbeherrschende Stellung der KSB im VdS-Pumpenmarkt und die Sanktionierung einer eventuellen Lieferverweigerung durch § 20 Absatz 1 und 2 GWB hin.

633. Die Grundlage für die Freigabeentscheidung des Bundeskartellamtes stellt die Annahme (weit überwiegend) potenziellen Wettbewerbs dar. Der als den Verhaltensspielraum der Beteiligten erheblich beschränkend angesehene Marktteilnehmer Grundfos war zum Entscheidungszeitpunkt nur teilweise auf den betroffenen Markt eingetreten. Auf den Märkten, auf denen zum Zeitpunkt der Freigabeentscheidung noch kein Markteintritt erfolgt war, war der erwartete Wettbewerb zu diesem Zeitpunkt ganz überwiegend potenziell. Doch die Tatsache, dass Grundfos den aufwendigen und kostenintensiven Prozess einer zur Tätigkeit in diesem Markt notwendigen VdS-Zertifizierung auf sich genommen hatte, zeigte jedenfalls deutlich dessen ernsthafte Absicht, entsprechende Pumpen auf den Markt zu bringen (wenn auch nicht notwendig als Vorprodukt Einzelpumpe). In solchen Fällen erheblichen Vorbereitungsaufwands kann ein aufgrund konkreter Anhaltspunkte zeitnah zu erwartender Markteintritt bei der wettbewerblichen Würdigung eines Zusammenschlussvorhabens mit zu berücksichtigen sein.[309]

634. Die Monopolkommission hält die Berücksichtigung zeitnah zu erwartenden Markteintritts in der wettbewerblichen Würdigung im Grundsatz für richtig. In diesem Fall allerdings hatte die entscheidende Beschlussabteilung offenbar selbst Bedenken, dass der Übernehmer KSB seinen neuen Wettbewerber auf dem abgeleiteten Markt in Zukunft nicht mehr mit Einzelpumpen beliefern könnte, was den ausdrücklichen Hinweis auf das Diskriminierungsverbot in der Freigabeentscheidung erklärt. Die Anreize des erwarteten neuen Wettbewerbers auf dem Pumpenmarkt, nicht allein im margenstärkeren Aggregate-Geschäft tätig zu werden, sondern auch zertifizierte Pumpen an Wettbewerber auf dem Aggregat-Markt zu veräußern, bleiben in der Entscheidung unklar. Dennoch scheint aufgrund der Präsenz einiger kleinerer Pumpenhersteller mit entsprechenden Zertifizierungen weiterhin die Erwartung wirksamen Wettbewerbs begründet. Soweit diese bislang (noch) nicht auf dem national abgegrenzten deutschen Markt vertreten sind, handelt es sich auch hier um potenzielle Wettbewerber, die entsprechend

[308] BKartA, Beschluss vom 18. Mai 2009, B5-45/09.

[309] Vgl. zu den Wahrscheinlichkeitsschwellen potenziellen Wettbewerbs auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. März 2010, VI-U (Kart) 13/09, WuW DE-R 2897 „Infodental Düsseldorf“, sowie BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2004, KVR 26/, WuW/E DE-R 1419 „trans-o-flex“.

ihrer Markteintrittswahrscheinlichkeit in der wettbewerblichen Würdigung Berücksichtigung finden können.

3.7 Spürbarkeit der Wettbewerbsverschlechterung?

635. Nach § 36 Absatz 1 GWB ist ein Zusammenschluss zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch ihn eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Das Gesetz sieht insoweit keine Abstufung nach dem Grad der Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen vor.[310] Die Rechtsprechung des BGH setzt – anders als für Kartellwirkungen nach § 1 GWB – in der Fusionskontrolle keine spürbare Beeinträchtigung voraus, sondern fordert lediglich eine aufgrund konkreter Umstände feststellbare Verstärkungswirkung, die in Abhängigkeit von bestehendem Restwettbewerb sehr gering ausfallen kann.[311] So kann bereits die Absicherung einer marktbeherrschenden Stellung ohne konkrete Marktanteilszuwächse eine fusionskontrollrechtliche Untersagung rechtfertigen.[312] Im Berichtszeitraum erinnerte der BGH ausdrücklich an die geringen Voraussetzungen an die Verstärkungswirkung, während die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes in dieser Hinsicht in einem Fall nicht ganz eindeutig war.

3.7.1 Schutz des Restwettbewerbs ohne Spürbarkeitsschwelle

636. In seiner oben bereits mehrfach angesprochenen Entscheidung im Fall E.ON/Eschwege hat der BGH ausdrücklich Stellung zu dem für Untersagungen notwendigen Grad an Wettbewerbsbeeinträchtigung genommen.[313] Danach kommt es bei der Prognose, ob die marktbeherrschende Stellung durch den Zusammenschluss im Sinne des § 36 Absatz 1 GWB verstärkt wird, nicht auf einen bestimmten Grad an Spürbarkeit an. Bei Märkten mit einem hohen Konzentrationsgrad genügt schon eine geringfügige Beeinträchtigung des verbliebenen oder potenziellen Wettbewerbs. Es reicht aus, wenn rechtliche oder tatsächliche Umstände dem marktbeherrschenden Unternehmen oder Oligopol zwar nicht zwingend, aber doch mit einiger Wahrscheinlichkeit eine günstigere Wettbewerbssituation verschaffen. Dafür genügt es, wenn die Gefahr entsteht oder erhöht wird, dass potenzielle Wettbewerber entmutigt und so von einem nachstoßenden Wettbewerb abgehalten werden. Die marktbeherrschende Stellung eines Oligopols wird auch grundsätzlich schon dann verstärkt, wenn die Absatzmöglichkeiten nur eines der Oligopolmitglieder verbessert werden. Letztlich handelt es sich hierbei um bewegliche Schranken: Je stärker der Grad der bereits verwirklichten Wettbewerbsbeschränkung ist, desto nachhaltiger ist der Restwettbewerb zu schützen und desto weitreichendere Grenzen muss sich das marktbeherrschende Unternehmen gefallen lassen.[314] Dies ist letztlich auch Ausfluss des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips. Insbesondere in oligopolistischen Märkten können so bereits sehr geringe Verstärkungswirkungen eine Untersagung rechtfertigen.

3.7.2 Mangelnde Spürbarkeit bei Tankstellenfusionen?

637. Die Praxis des Bundeskartellamtes zur Spürbarkeit bei Tankstellenfusionen erscheint nicht einheitlich. So wird zwar regelmäßig sorgsam auf den Schutz von Restwettbewerb geachtet, in Einzelfällen jedoch auch ein den geringen Restwettbewerb auf einem Markt nicht völlig unerheblich einschränkender Zusammenschluss freigegeben. So wurde im bereits diskutierten Fall Shell/HPV der Erwerb von sechs Tankstellen durch einen der Oligopolisten freigegeben, da er den Marktanteil des Oligopols von 72,5 Prozent bundesweit um lediglich 0,07 Prozent, bei angezeigter regionaler Betrachtung jedoch zwischen 0,4 und 0,7 Prozent, erhöhte.[315] Zwar gebe es in der deutschen Fusionskontrolle keine Erheblichkeitsschwelle; die genannten marginalen Marktanteilszuwächse könnten allein jedoch keine Untersagung rechtfertigen; eine Absicht der Marktabschottung sei nicht ersichtlich, ebenso wenig eine effektive Verstärkungswirkung, die über den nach Marktanteilszuwächsen marginalen Machtzuwachs hinausginge.

638. Der Monopolkommission erscheint diese Entscheidungspraxis nicht kohärent. Auf bereits hochkonzentrierten Märkten wie dem für Kraftstoffeinzelhandel an Tankstellen erscheint der noch bestehende Restwettbewerb unabhängig von einer Absicht der Beteiligten zur Marktabschottung oder der Überschreitung einer wie auch immer gearteten Marginalitätsschwelle schützenswert. Die Monopolkommission verkennt nicht, dass bei einer strikten Anwendung der Fusionskontrollvorschriften auf bereits hochkonzentrierten Märkten wie etwa dem Tankstellenmarkt keinerlei externes Wachstum für die Oligopolisten zulässig ist. Doch genau diese Forderung folgt aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung und dem nach dem GWB vorgesehenen Schutz des Wettbewerbs. Eine solche Einschränkung der Fusionsaktivitäten der betroffenen Oligopolisten ist auch mit deren Eigentums- und allgemeiner Handlungsfreiheit vereinbar. Denn einerseits bleibt ihnen die Möglichkeit, vermittels anderweitiger Veräußerung die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen des Zusammenschlusses überzukompensieren und so die Abwägungsklausel des § 36 Absatz 1 Halb-

---

[310] Demgegenüber fordert die europäische Fusionskontrollverordnung in Artikel 2 Absatz 3 eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs.

[311] Vgl. bereits BGH, Beschluss vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, WuW/E BGH 1501 „Kfz-Kupplungen“; zuletzt BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, Tz. 61 ff. m. w. N.

[312] Vgl. etwa BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03, WuW/E DE-R 1419 „trans-o-flex“, m.w.N.

[313] Vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2008, KVR 60/07, WuW/E DE-R 2451 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“, Tz. 61 ff.

[314] Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. Dezember 2008, VI-Kart 7/06 (V), WuW/E DE-R 2593 „Springer/ProSiebenSat.1“, Tz. 154 m. w. N.; bestätigt durch BGH, Beschluss vom 8. Juni 2010, KVR 4/09 [Beschlussgründe waren bei Redaktionsschluss noch nicht verfügbar].

[315] BKartA, Beschluss vom 7. März 2008, B8-134/07, WuW/DE-V 1584 „Shell/HPV“; vgl. dazu bereits oben Tz. 605.

satz 2 GWB in Anspruch zu nehmen.[316] Andererseits überwiegt der Schutz der – ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten – Wettbewerbsfreiheit nach der Konzeption des GWB in solchen Fällen.

3.8 Abhilfemaßnahmen

639. Als Abhilfemaßnahmen werden im Fusionskontrollverfahren diejenigen Modifikationen eines angemeldeten Zusammenschlusses bezeichnet, die zur Ausräumung von wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes als rechtlich verbindliche Nebenbestimmungen zu einer Fusionsfreigabe vorgenommen werden. Unter diesen Begriff fallen nicht solche Umstrukturierungen einer geplanten Transaktion vor deren Anmeldung, die auf kartellrechtliche Bedenken der Parteien oder vom Bundeskartellamt in informellen Vorgesprächen geäußerte Bedenken zurückgehen. Auch die nach Rücknahme der Anmeldung vorgenommene Modifikation einer problematischen Transaktion vor erneuter Anmeldung ist keine Abhilfemaßnahme. Solche Vorgänge werden nur teilweise statistisch als Vorfeldfälle erfasst (diese entsprechen numerisch regelmäßig etwa 1 Prozent der angemeldeten Vorhaben), stellen jedoch zahlenmäßig in der Regel ein Vielfaches der unter Nebenbestimmungen freigegebenen oder untersagten Zusammenschlüsse dar (diese machen regelmäßig jeweils zwischen 0,2 und 0,5 Prozent der angemeldeten Vorhaben aus).[317] Denn größere Transaktionen werden in der privaten kartellrechtlichen Beratungspraxis, nicht selten unter informeller Rückkopplung mit der zuständigen Beschlussabteilung, auf wettbewerbliche Probleme untersucht und vor einer Fusionsanmeldung entsprechend strukturiert; insoweit stellen die vom Bundeskartellamt im Hauptprüfverfahren untersuchten Fusionen (jeweils zwischen 1 und 3 Prozent der angemeldeten Vorhaben) lediglich die „Spitze des Eisberges“ aller Transaktionen dar, deren Kartellrechtsmäßigkeit eingehender untersucht wird.

640. Abhilfemaßnahmen kommen im Normalfall als für verbindlich erklärte Zusagen der Zusammenschlussbeteiligten zustande und haben dann die Form von Nebenbestimmungen. Diese sind möglich als Bedingungen und Auflagen. Während Erstere unmittelbar auf die Wirksamkeit der betroffenen Fusionsfreigabe wirken, stellen Letztere eine selbständig durchsetzbare Verpflichtung der Beteiligten dar. Aufschiebende Bedingungen lassen die Freigabe erst mit Erfüllung der Bedingung wirksam werden, der Eintritt einer auflösenden Bedingung lässt die Freigabe nachträglich entfallen. Typische Nebenbestimmungen sind die Pflicht zur Veräußerung von Unternehmensteilen oder zur Lizenzierung von für Wettbewerber wesentlichen geistigen Eigentumsrechten.

641. Dem europäischen Vorbild folgend hat das Bundeskartellamt 2008 Mustertexte für Nebenbestimmungen veröffentlicht, die von den einzelnen Beschlussabteilungen in ihren Freigabeverfügungen zugrunde gelegt und für den Einzelfall angepasst werden. Daneben war im Berichtszeitraum erneut die Abgrenzung zwischen strukturell wirkenden Auflagen, Verhaltensauflagen und laufender Verhaltenskontrolle von Bedeutung. Schließlich wurden in einem Fall zur Sicherung des Status quo entflechtungsvorbereitende Maßnahmen beschlossen, nachdem die auflösend bedingte Freigabe weggefallen war, was auch ein Schlaglicht auf die Probleme auflösender Bedingungen wirft.

3.8.1 Mustertexte für aufschiebende und auflösende Bedingungen sowie Auflagen

642. Seit der Sechsten GWB-Novelle 1998 steht die bis dahin vom Bundeskartellamt in Form von Zusagenvereinbarungen auf unsicherer rechtlicher Basis geübte Praxis, Freigaben problematischer Zusammenschlüsse mit Nebenbestimmungen zu erteilen, mit § 40 Absatz 3 GWB auf sicherer Grundlage.[318] Am 18. Februar 2008 schließlich hat das Bundeskartellamt vier Mustertexte für aufschiebende und für auflösende Bedingungen sowie für Auflagen und für Treuhänderverträge veröffentlicht.[319] Diese bündeln die Erfahrungen der einzelnen Beschlussabteilungen und stellen Hilfestellungen für die Anordnung von Nebenbestimmungen in konkreten Verfahren dar. Die Mustertexte werden auf den Einzelfall angepasst und erleichtern vermittels der durch sie hergestellten Transparenz die Kommunikation zwischen dem Bundeskartellamt und den anmeldenden Unternehmen.

643. Die Monopolkommission begrüßt die Veröffentlichung dieser Mustertexte, weil dadurch das Fusionskontrollverfahren insbesondere für kleinere Unternehmen und weniger spezialisierte Rechtsberater transparenter und berechenbarer wird. Zudem wird so das in den Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes verstreute implizte Anwendungs- und Erfahrungswissen explizit gemacht und auf einer breiteren Basis angewandt. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Mustertexte ihrem Inhalt nach dem aktuellen Stand der international anerkannten Kartellbehördenpraxis entsprechen.[320]

644. So soll etwa bei aufschiebenden wie bei auflösenden Bedingungen unmittelbar nach Zustellung des Frei-

---

[316] Vgl. dazu zuletzt Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 600 ff.

[317] Vgl. oben Abschnitt 3.1.

[318] Sechste GWB-Novelle vom 26. August 1998, BGBl. I S. 2521, 2546, in Kraft getreten zum 1. Januar 1999; vgl. Gesetzesbegründung, Bundestagsdrucksache 13/9720 vom 29. Januar 1998, S. 60.

[319] Verfügbar auch in englischer Übersetzung unter www.bundeskartellamt.de.

[320] Vgl. insoweit etwa die ältere Übersicht der OECD „Merger Remedies Roundtable“ vom 23. Dezember 2003, DAF/COMP(2004) 21; den „Merger Remedies Review Project Report“ der ICN-Arbeitsgruppe Mergers Juni 2005; den „US DoJ Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies“ von Oktober 2004; die Untersuchung „Merger Remedies Study”, DG Competition, Oktober 2005; die entsprechenden europäischen Mitteilungen, Best-Practice-Papiere und Mustertexte: Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen vom 22. Oktober 2008 , ABl. EU Nr. C 267 vom 22. Oktober 2008, S. 1; „Standard Model for Divestiture Commitments“, „Standard Trustee Mandate” und „Explanatory Note“ von Mai 2003 sowie die „Merger Remedies Guidelines“ der britischen Competition Commission von November 2008 [alle online verfügbar].

gabebeschlusses die unternehmerische Eigenständigkeit eines Veräußerungsobjektes durch die Zusammenschlussbeteiligten gesichert werden. Dies geschieht durch eine wirtschaftliche Getrennthaltung des Veräußerungsobjekts und die Verpflichtung zur Spezifizierung seiner Markt- und Wettbewerbsfähigkeit. Diese Getrennthaltungs- oder Hold-Separate-Verpflichtung wird flankiert durch die Einsetzung eines Sicherungstreuhänders, der als Vertreter des Bundeskartellamtes die Einhaltung dieser Verpflichtungen überwachen soll.

645. Die Mustertexte geben folgende, durch Beispiele erläuterte Mindestangaben zum Veräußerungsobjekt vor: materielle und immaterielle Vermögensgegenstände, zum Geschäftsbetrieb erforderliche vertragliche und sonstige Rechtsverhältnisse sowie namentlich aufzuführende Arbeitnehmer. Die Pflicht zur wirtschaftlichen Getrennthaltung umfasst danach insbesondere die wirtschaftliche, personelle, informatorische und (von steigender und oft kritischer Bedeutung) informationstechnische Trennung von Muttergesellschaft und Veräußerungsobjekt. Auch die Anforderungen an den Erwerber, der die unabhängige Fortführung des Veräußerungsobjekts gewährleisten muss, werden strukturiert dargelegt.

Daneben ist für den Fall des erfolglosen Verstreichens einer ersten Veräußerungsfrist die Einsetzung eines Veräußerungstreuhänders vorgesehen, der ermächtigt ist, den Verkauf des Veräußerungsobjekts auf Rechnung der Verpflichteten weisungsfrei, bestmöglich und ohne Bindung an einen Mindestpreis innerhalb einer von vornherein vorzusehenden zweiten Veräußerungsfrist an einen vom Bundeskartellamt zu genehmigenden Erwerber vorzunehmen.

646. Diese bereits in den Mustertexten mit Beispielen und Erläuterungen versehenen Bestimmungen werden von den Beschlussabteilungen entsprechend den Umständen eines konkreten Falles im Einzelnen teilweise erheblich erweitert. Von besonderer praktischer Bedeutung sind Regelungen, die die Führung des Nachweises für die Erfüllung des Eintritts einer Bedingung leiten. Bedeutsam sind ebenso Bestimmungen für den Übergang zwischen den verschiedenen Phasen der Umsetzung der Nebenbestimmungen, wie etwa die Überleitung von Verpflichtungen vor Veräußerung in solche nach Bedingungseintritt. Insbesondere für die Ausgestaltung des Umgangs mit Gemeinschaftsunternehmen oder unterschwelligen Verflechtungen bleibt vieles den Prognosefähigkeiten der Beschlussabteilung und ihrer Gestaltungskraft überlassen.

647. Nicht allein nach Auffassung der Monopolkommission stellen diese Mustertexte bereits einen großen Mehrwert für die mit der Praxis des Fusionskartellrechts befassten Unternehmen, Berater und nicht zuletzt das Bundeskartellamt selbst dar. Allerdings stehen die einzelnen Texte unverbunden nebeneinander; ein nicht zu knapper synthetischer Überblick über die verschiedenen Möglichkeiten von Nebenbestimmungen sowie ihr jeweiliges Für und Wider könnte, an US-amerikanische, europäische oder britische Vorbilder angelehnt, auch weniger Spezialisierten die Materie zugänglich und für Spezialisten die Entscheidungen des Bundeskartellamtes transparenter und vorhersehbarer machen. Wünschenswert wäre darüber hinaus eine regelmäßige Aktualisierung um als sinnvoll erkannte Varianten oder Neuerungen oder zumindest ein entsprechendes explizites internes Expertensystem.

648. Zuletzt sei noch auf zwei in der Praxis mitunter nicht unwesentliche Details hingewiesen: Die Einsetzung eines Angestellten des Veräußerungsobjekts als Mitverantwortlichen für die Umsetzung der Trennungsverpflichtung und für das unveränderte wirtschaftliche Weiterbestehen des Veräußerungsobjekts (Sicherungsmanager oder „hold separate manager“) ist in den Mustertexten lediglich als Option des Sicherungstreuhänders vorgesehen; dessen Aufgaben werden als primär informatorisch umrissen. Vorzuziehen wäre nach Einschätzung der Monopolkommission und europäischem Vorbild[321] die regelmäßige Einsetzung eines solchen Sicherungsmanagers mit umfassenderen Kompetenzen oder zumindest weitergehenden Untersuchungs- und Berichtspflichten. Dieser dürfte nicht von den zur Veräußerung Verpflichteten bestimmt werden, sondern müsste vielmehr nach seiner Kompetenz und Verbundenheit mit dem Veräußerungsobjekt ausgesucht werden. Denn die Anreize eines leitenden Angestellten, der seine Zukunft in dem zu veräußernden Unternehmen sieht, dürften aufgrund seiner Kenntnisse des Unternehmens und seiner persönlichen Betroffenheit geeigneter als die eines außenstehenden (vom Veräußerer ausgesuchten und bezahlten) Sicherungstreuhänders sein, den Fortführungswert des Veräußerungsobjekts und dessen Wettbewerbspotenzial in der Übergangszeit zu gewährleisten.[322]

Auch in Bezug auf die Auswahl, die vertraglichen Anreizstrukturen und die Verfahrensrolle von Sicherungs- und Veräußerungstreuhänder lassen die Mustertexte manches im Unbestimmten.[323] Hier bietet sich vor allem die Erstellung zumindest eines kartellamtsinternen Best-Practice-Papiers an, das die verstreut gemachten Erfahrungen bündeln und explizit breiter verfügbar machen würde. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der mit den Mustertexten erreichte Standard bereits hoch, aber noch verbesserungsfähig ist.

---

[321] Vgl. EU-Kommission, „Best practice on divestiture commitments“ vom 2. Mai 2003, Nr. 21, unter Hinweis auf „Model texts for divestiture commitments“, vom 2. Mai 2003, C. S. 7; Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen vom 22. Oktober 2008, ABl. EG 2008, C 267, S.1, 23, Ziffer 112 [beide online verfügbar].

[322] Vgl. zu dieser Anreizkonstellation allgemeiner schon Engel, C., Corporate Design for Regulability. A Principal-Agent-Supervisor Model, Journal of Institutional and Theoretical Economics 162, 2006, S. 104–124 sowie die danach folgenden Diskussionen.

[323] Diese Beschränkung der Mustertexte auf Grundstrukturen liegt teilweise in ihrer Natur begründet. Dennoch bleiben auch in Kombination der Mustertexte für Nebenbestimmungen und für den Treuhändervertrag Anreiz- und Verantwortlichkeitsstrukturen teilweise nur schematisch umrissen, zumal der Treuhänder kein unabhängiger Richter ist, sondern diese Dienstleistung an möglichst viele andere Veräußerungsverpflichtete in der Zukunft erbringen möchte, also erheblichen Störanreizen unterliegt.

3.8.2 Verhaltensauflagen

649. Fusionskontrolle ist Strukturkontrolle. Dennoch sind solche Nebenbestimmungen, die infolge von Zusammenschlüssen entstehende Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch Verpflichtung zu bestimmtem Verhalten verhindern bzw. kompensieren sollen, nicht grundsätzlich unzulässig. Der insoweit verwandte Begriff Verhaltenszusage oder -auflage sagt lediglich aus, dass das Schwergewicht der Verpflichtung auf einem Verhalten liegt. § 40 Absatz 3 Satz 2 GWB dagegen erklärt nur solche Nebenbestimmungen für unzulässig, die darauf gerichtet sind, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterstellen. Es liegt auf der Hand, dass strukturelle Nebenbestimmungen grundsätzlich besser geeignet sind, Wettbewerbsbedenken wirksam zu begegnen. Nach Vollzug bedürfen sie keiner Kontrolle, bieten kein oder wesentlich geringeres Missbrauchspotenzial, auch besteht bei ihnen selten die Gefahr einer Koordination zwischen Verpflichtetem und Begünstigtem. Allerdings ist der Weg zu ihrem Vollzug nicht selten ein steiniger; in manchen Fällen ist auch eine strukturelle Veränderung allein nicht tragfähig, etwa wenn die zu veräußernde Betriebsstätte weiterhin auf Vorprodukte oder die Absatzstruktur der (früheren) Konzernmutter angewiesen ist.

650. Die Monopolkommission hat sich wiederholt gegen eine unkritische Freigabe wettbewerblich bedenklicher Zusammenschlüsse unter schlecht kontrollierbaren, auf Dauer angelegten Nebenbestimmungen ausgesprochen.[324] Dabei waren stets Kontrollierbarkeit und Kontrollaufwand über die gesamte vorgesehene Dauer der Verpflichtungen Kern des Arguments. Es bedarf keiner erneuten Betonung, dass eine auf Dauer angelegte, jedoch kaum auf Dauer effizient kontrollierbare Verhaltenspflicht keine Strukturverschlechterung unwirksam machen kann. In Abgrenzung zu solchen pseudostrukturellen Verhaltensauflagen sind vielfach solche verhaltensbasierten Nebenbestimmungen denkbar, die entweder nahezu strukturelle Wirkung aus sich besitzen, selbstdurchsetzend sind und/oder die Wirksamkeit einer strukturellen Nebenbestimmung erst effektiv ermöglichen. Solche Verhaltenszusagen werden bei entsprechender Ausgestaltung von der Kritik der Monopolkommission nicht erfasst, wenn sie nur über einen begrenzten Zeitraum laufen, leicht kontrollierbar oder selbstdurchsetzend sind und vor allem lediglich flankierend zu bereits umgesetzten, strukturell wirkenden Maßnahmen vorgesehen sind. Zur Illustration der Bedenken der Monopolkommission und der neueren Praxis des Bundeskartellamtes auf der Grundlage der oben besprochenen Mustertexte eignen sich besonders zwei Verfahren: der bereits oben unter Oligopolgesichtspunkten besprochene Zusammenschluss im Zuckermarkt sowie eine Übernahme im Bereich tragbarer Kleinmotoren. In beiden Fällen wurden zur Ausräumung wettbewerblicher Bedenken Tochtergesellschaften des Erwerbsobjekts an Dritte veräußert, um diese weiterhin als Wettbewerber auf den betroffenen Märkten zu erhalten. Solche Veräußerungsbestimmungen sind die häufigsten Nebenbestimmungen in Fusionskontrollverfahren, da sie relativ leicht umzusetzen und als Vorab-Abhilfemaßnahmen möglich sind. In der aktuellen Praxis des Bundeskartellamtes beinhalten die meisten mit Nebenbestimmungen versehenen Fusionsfreigaben solche Veräußerungsbedingungen als „Up-front-Remedies“.

3.8.2.1 Liefer- und Abnahmeverpflichtungen

651. In dem Zusammenschlussvorhaben Nordzucker/Danisco[325] wurden der Veräußerin neben anderen Nebenbestimmungen verschiedene über mehrere Jahre laufende Verhaltenspflichten auferlegt, einige davon als auflösende Bedingungen. Alle dienten der Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit der als vollständiges Unternehmen veräußerten Tochtergesellschaft des Erwerbsobjekts. So wurden wie regelmäßig in solchen Fällen und entsprechend den oben besprochenen Mustertexten Verbote ausgesprochen, das Veräußerungsobjekt innerhalb der nächsten fünf Jahre zurückzuerwerben oder namentlich benannte Mitarbeiter aus Schlüsselpositionen abzuwerben. Darüber hinaus wurde die Anmelderin verpflichtet, dieses verselbstständigte Tochterunternehmen über zwölf Monate mit zur Komplettierung des Sortiments notwendigen und bislang von der Veräußerin gelieferten Produkten zu gleichbleibenden Konditionen zu beliefern sowie zusätzlich nach Belieben des Veräußerungsobjekts diesem über fünf Jahre das in dessen Anlagen produzierte Ethanol abzunehmen, dessen Produktionsmenge allein nicht für eine problemlose Vermarktung ausreichte.

652. Die bei Veräußerungsbestimmungen typischen Abwerbe- und Rückkaufverbote sind wie der stets in solchen Fällen ausgesprochene Verzicht auf die Ausübung vertraglicher Wettbewerbsverbote in Bezug auf die Transaktion trotz ihrer Laufzeit über fünf Jahre ab Vollzug der Veräußerung relativ unproblematisch. Zwar bleibt ein gewisses Rest-Kontrollrisiko. Doch im Regelfall ist davon auszugehen, dass das durch den Verlust negativ betroffene Unternehmen eine Abwerbung dem Kartellamt berichten würde. Ein Rückerwerb des Veräußerungsobjekts hätte zwar regelmäßig keinen solchen interessierten und des Sachverhalts kundigen Geschädigten, da Abnehmer typischerweise die fusionskontrollrechtlichen Nebenbestimmungen nicht kennen. Aber eine Transaktion im regelmäßig erforderlichen Ausmaß ließe sich kaum vor den Augen der die Branchen laufend beobachtenden Beschlussabteilungen verbergen. Auch eine Ausgestaltung der Verpflichtungen als auflösende Bedingungen mit der unmittelbaren Drohung einer Nichtigkeit aller Vollzugshandlungen im Falle eines Verstoßes wirkt zweifelsohne sehr motivierend für die betroffenen Manager.

653. Die Belieferungsverpflichtung lief zwar nur über ein Jahr und nimmt auf die dem Veräußerungsobjekt bis-

[324] Vgl. etwa ausführlicher Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 165 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 41, a. a. O., Tz. 114 ff.; zur europäischen Praxis vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2000/2001, a. a. O., Tz. 537 ff.; Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 762 ff.

[325] Vgl. oben Tz. 607 ff.

lang von seiner bisherigen Muttergesellschaft gewährten Bedingungen Bezug. Dennoch bleiben insoweit stets Unklarheiten und jedenfalls viel Potenzial zur unterschwelligen Behinderung. Die Abnahmeverpflichtung läuft deutlich länger, erscheint aber angesichts des über Marktpreise verfügbaren Preisbenchmarks wegen der bei Abnahme regelmäßig geringeren Konditionen- und Zeitkritizität und der höheren Beeinflussbarkeit der Umsetzung der Verpflichtung durch den Begünstigten nicht unbedingt problematischer. Auch hier wirkt die Ausgestaltung der Verpflichtungen als auflösende Bedingungen stark durchsetzungsfördernd.

654. Alle in diesem Fall auferlegten Verhaltenspflichten dienten unmittelbar der Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfähigkeit des Veräußerungsobjekts und ließen in ihrer Ausgestaltung eine relativ problemlose und weitestgehend selbstdurchsetzende Erfüllung erwarten. Die Verhaltensbestimmungen waren lediglich flankierend zu der vor Zusammenschluss bereits als Vorab-Abhilfemaßnahme erfolgten Veräußerung vorgesehen, vergleichsweise leicht zu kontrollieren sowie als erfüllungsfördernde auflösende Bedingung ausgestaltet. Entscheidend erscheint der Monopolkommission, dass letztlich das Veräußerungsobjekt im Zweifelsfall auch bei Verletzung dieser Pflichten handlungsfähig geblieben wäre und Schadensersatz hätte geltend machen können, ohne zuvor aus dem Markt hinausgedrängt worden zu sein.

3.8.2.2 Carve-Out mit Lizenzierungs- und Belieferungsverpflichtung

655. Die Übernahme von ZAMA, einem japanischen Hersteller von Membranvergasern für Kleinbenzinmotoren, durch die deutsche Stihl AG, einen führenden Hersteller von tragbaren motorisierten Werkzeugen, wurde durch das Bundeskartellamt genehmigt unter der Bedingung der vorherigen Veräußerung der US-amerikanischen Tochtergesellschaft des Erwerbsobjekts, ZAMA USA, die umfangreiche Lizenzen und das Recht der Belieferung durch ZAMA erhalten musste.[326] Die wettbewerblichen Bedenken ergaben sich daraus, dass ZAMA außer für Stihl noch für andere Kunden Membranvergaser entwickelt und herstellt, die unmittelbar im Wettbewerb mit Stihl stehen. Da die Komplexität und Notwendigkeit einer Anpassung der Vergaser einen einfachen Anbieterwechsel nicht zulässt, war ein Verschließungseffekt auf dem Markt für Vorprodukte („input foreclosure“) zu befürchten. Bedeutsam ist die Entscheidung in erster Linie aufgrund der weitreichenden und besonders detaillierten Bedingungen, die den Auftritt der zu veräußernden ZAMA USA als eigenständigem echtem Wettbewerber ermöglichen sollen. Die vorgesehenen Belieferungsverpflichtungen kommen Verhaltensauflagen nahe und begegnen den gleichen Bedenken.

656. Die Probleme der Verselbstständigung („carve out“) der ZAMA USA ergaben sich vor allem daraus, dass ZAMA USA weder über eine eigene Fertigung von Vorprodukten noch über entsprechendes geistiges Eigentum wie Patente verfügte. Zur Herstellung und Gewährleistung der eigenständigen Wettbewerbsfähigkeit von ZAMA USA wurden als auflösende Bedingungen – neben den typischen, oben bei der Diskussion der Mustertexte aufgeführten Verpflichtungen – vor allem eine Lieferverpflichtung für Vorprodukte (über fünf Jahre nach Veräußerung mindestens die Abnahmemenge aus 2007 nach Belieben des Erwerbers zu marktüblichen Bedingungen) sowie für alle relevanten geistigen Schutzrechte eine zeitlich unbefristete, unwiderrufliche, unentgeltliche und exklusive Lizenzierungsverpflichtung ausgesprochen.

657. Problematisch ist insoweit allein die angeordnete Lieferverpflichtung für Vorprodukte. Denn diese kommt einer vom Gesetz untersagten laufenden Verhaltenskontrolle nahe. Zudem bietet die Verpflichtung zur „termingerechten“ Belieferung „zu marktüblichen Bedingungen“ erhebliches Konfliktpotenzial. Die vom Gesetz vorgesehene strukturelle Gewähr von effektivem Wettbewerb kann eine solche Lieferverpflichtung, insbesondere in diesem Fall des Firmensitzes in den USA und japanischer Eigner, kaum bieten. Auch die Tatsache, dass mittelfristig die Möglichkeit einer anderweitigen wettbewerblichen Beschaffung von Vorprodukten sehr wahrscheinlich war, kann nicht über die kurzfristig mögliche Beeinträchtigung des Geschäfts der verselbständigten Tochtergesellschaft ZAMA USA hinweghelfen. Mildernd wirkt sich insoweit jedoch aus, dass bei echter selbständiger Fortführung des zu beliefernden Betriebs davon ausgegangen werden kann, dass dieser seine Rechte auch beim Bundeskartellamt oder den zuständigen Gerichten geltend macht.

658. Demgegenüber erweckt die Verpflichtung zur Erteilung zeitlich unbefristeter, unwiderruflicher, unentgeltlicher und exklusiver Lizenzen für alle zum Geschäftsbetrieb notwendigen, bei ZAMA und Stihl befindlichen Patente und sonstigen geistigen Schutzrechte weniger Bedenken. Denn hier ist die Auflagenerfüllung in einem Rechtsakt zum Zeitpunkt der Veräußerung möglich und in casu auch erfolgt, sodass eine solche Lizenzerteilung unmittelbar und quasi-strukturell auf die Marktstruktur zurückwirkt.

659. Dieser Zusammenschluss demonstriert deutlich die Bedeutung der Auswahl eines geeigneten Käufers für das Veräußerungsobjekt. Denn nur ein tatsächlich unabhängiges Unternehmen bietet bei starken Anreizen zur Inputmarktverschließung wie in diesem Fall die Gewähr, auch über die Zeitachse echten Wettbewerb zu erzeugen. Zwischenzeitlich ist die Veräußerung an unabhängige japanische Lieferanten von Vorprodukten für Membranvergaser erfolgt, die nach fundierter Einschätzung des Bundeskartellamtes die Gewähr für ein zukünftiges eigenständiges Auftreten von ZAMA USA bieten, sowohl wegen ihrer bisherigen eigenen Positionierung am Markt als auch aufgrund ihrer demonstrierten Finanz- und Innovationskraft. Die Monopolkommission heißt auch vor dem Hintergrund des positiv zu bewertenden Ausgangs diese Entscheidung des Bundeskartellamtes cum grano salis gut.

[326] BKartA, Beschluss vom 18. Juli 2008, B5-84/08, WuW/E DE-V 1669.

Die Unwägbarkeiten der Verselbstständigung einer Tochtergesellschaft lassen sich in einem solchen Fall allein durch den Verkauf an einen tatsächlich unabhängigen Dritten mit eigenem Fortführungsinteresse ausräumen. In diesem Fall verfügte der Käufer sogar über eine eigene Fertigung der von der Lieferverpflichtung erfassten Vorprodukte, sodass aller Voraussicht nach die verselbständigte Tochtergesellschaft weiterhin als Wettbewerberin am Markt bleibt. Freilich bleibt festzuhalten, dass das Bundeskartellamt faktisch weder dies noch das mit ausgesprochene Abwerbeverbot für Schlüsselpersonal kontrollieren oder durchsetzen kann.

3.8.3 Auflösende Bedingungen und Zustandssicherung im Entflechtungsverfahren

660. Tritt eine auflösende Bedingung nach Vollzug der Fusion ein, so fällt die bedingte Freigabe nachträglich weg. Der betroffene Zusammenschluss ist wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot aus § 41 Absatz 1 GWB rechtswidrig und nach § 41 Absatz 3 GWB grundsätzlich aufzulösen. Die Schwierigkeit, bereits integrierte Unternehmensbestandteile in einer Entflechtung wieder zu trennen, liegt auf der Hand. Zudem bietet § 41 Absatz 3 Satz 3 GWB die Möglichkeit, die nunmehr bestehende Wettbewerbsbeschränkung auch auf andere Weise als durch Wiederherstellung des früheren Zustands zu beseitigen. Ein solches Verfahren zur nachträglichen Wiederherstellung von Wettbewerb bedeutet jedoch in jedem Fall für das Bundeskartellamt einen großen Aufwand, erstreckt sich über einen langen Zeitraum und wird regelmäßig die Gerichte umfangreich beschäftigen.

661. Ein Beispiel für ein solches Verfahren im Nachgang zu eingetretenen auflösenden Freigabebedingungen stellt die Anordnung sichernder Maßnahmen im Fall Globus/Hela dar.[327] Das Bundeskartellamt hatte die Übernahme des Baumarktgeschäfts der Distributa-Gruppe durch die Globus Fachmärkte mit der Verpflichtung freigegeben, in vier betroffenen Regionalmärkten jeweils einen Baumarkt (aus einer Liste von insgesamt sieben Baumärkten) an einen anderen, unabhängigen Baumarktbetreiber zu veräußern. Die Veräußerungsverpflichtungen waren dabei in Form von auflösenden Bedingungen ausgesprochen worden.[328]

Die Beteiligten hatten den Zusammenschluss vollzogen, gleichzeitig jedoch die Nebenbestimmungen vor dem OLG Düsseldorf angefochten. Während des Gerichtsverfahrens beantragten sie beim Bundeskartellamt die Umwandlung der Veräußerungsbedingungen in Veräußerungsauflagen, hilfsweise eine Verlängerung der Veräußerungsfrist, da keine wirtschaftlich tragfähigen Angebote von Erwerbern vorlägen und eine – allein mögliche – Veräußerung zu negativem Kaufpreis (unter zusätzlicher Zahlung an den Abnehmer) wirtschaftlich nicht hinzunehmen sei. Beide Anträge hat das Bundeskartellamt abgelehnt, da eine Auflage nicht in gleichem Maße wie eine auflösende Bedingung zur Beseitigung der durch den Zusammenschluss ausgelösten wettbewerblichen Bedenken geeignet sei und eine Fristverlängerung im Hinblick auf die dann zu befürchtende weitere wettbewerbliche Verschlechterung ausscheide. Den Antrag der Beteiligten auf Anordnung dahingehender einstweiliger Maßnahmen hat das OLG mit der Begründung abgelehnt, eine Fristverlängerung könne mit der Beschwerdeentscheidung erfolgen und für eine Untersagung der vom Bundeskartellamt bereits angedeuteten Entflechtungsmaßnahmen fehle es an der Dringlichkeit, da deren Anordnung abgewartet werden könne. Auch die Beschwerde gegen die Ablehnung der Anträge auf Umwandlung der Nebenbestimmung, hilfsweise Fristverlängerung, durch das Bundeskartellamt wies das OLG ab: Globus habe sich durch die Inanspruchnahme der bedingten Fusionsfreigabe selbst in die Zwangslage versetzt, sei so das Risiko, die betroffenen Standorte vor einer Entscheidung in der Hauptsache verkaufen zu müssen, sehenden Auges eingegangen und habe dieses folglich auch zu tragen.

Das Bundeskartellamt leitete nach Ablauf der vorgesehenen Veräußerungsfrist ein Entflechtungsverfahren ein. Globus bot daraufhin die Einsetzung eines Sicherungstreuhänders für die sieben betroffenen Standorte an. Das Bundeskartellamt lehnte diesen Vorschlag ab, da die Entflechtungsverpflichtung nach Bedingungseintritt und Wegfall der Freigabe alle von der Fusion betroffenen Standorte umfasse, nicht allein die schon für sich wettbewerblich problematischen.

Mit Beschluss des Bundeskartellamtes vom 6. März 2009 wurde Globus zur Sicherung der Situation vor weiterer Verschlechterung und zur Vorbereitung einer Entflechtung verpflichtet, die Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit aller im Rahmen des Zusammenschlusses übernommenen Standorte unter Einhaltung präzise benannter Einzelverpflichtungen aufrechtzuerhalten.[329] Zudem wurde Globus aufgegeben, einen unabhängigen Sicherungstreuhänder zur Überwachung der Einhaltung dieser Verpflichtungen einzusetzen.

662. Dieser Zusammenschluss mit seinen drei eigenständigen Rechtsmittelverfahren[330] zeigt anschaulich die Schwierigkeiten, die durch auflösende Bedingungen entstehen können. Zwar hätte das Bundeskartellamt unmittelbar nach § 41 Absatz 3 GWB eine Entflechtung anordnen können.[331] Die Beschränkung auf die angeordneten einstweiligen Sicherungsmaßnahmen war vorliegend allerdings wohl nicht aus dem Verhältnismäßigkeitsgrund-

[327] BKartA, Beschluss vom 6. März 2009, B9-165/08 „Globus/Hela".

[328] BKartA, Beschluss vom 5. Dezember 2007, B9-125/07 „Globus/Hela". Die auflösenden Bedingungen folgten dem Muster: „Die Beteiligte zu 1. unterlässt es, einen der folgenden Hela-Baumärkte an einen unabhängigen Erwerber innerhalb einer Frist bis […] zu veräußern".

[329] Insbesondere keinen Standort zu schließen und die Standorte weiter wie bisher zu betreiben.

[330] Globus hat gegen diese Beschwerdeentscheidung Nichtzulassungsbeschwerde vor dem BGH eingelegt, die jedoch derzeit ruht. Eine Verfahrensbeendigung durch Veräußerung der problematischen Standorte an einen Wettbewerber war zum Redaktionsschluss des Hauptgutachtens zumindest absehbar.

[331] Dafür ist nach überzeugender Ansicht weder eine rechtskräftige Entscheidung noch der Ablauf der Frist zur Einlegung des Antrags auf Ministererlaubnis erforderlich; vgl. oben Tz. 496 ff.

satz geboten, sondern allein der Verfahrensökonomie geschuldet. Die Voraussetzungen sichernder Maßnahmen nach § 60 Absatz 1 GWB lagen vor: Insbesondere sind im Rahmen der danach vorzunehmenden Abwägung die Interessen des auf vorläufiger Grundlage Vollziehenden als regelmäßig gering einzustufen, zumal durch die entstandene Wettbewerbsbeschränkung erhebliche öffentliche Interessen beeinträchtigt werden. Eine Beschränkung solcher vorläufiger Sicherungs- und auch endgültiger Entflechtungsverfahren auf die in der auflösenden Bedingung genannten Regionalmärkte kommt nicht in Betracht. Denn zum einen ist die Fortführung des mit dem Vollzug des Zusammenschlusses eingeschränkten Wettbewerbs nur von einer wettbewerbsfähigen Einheit zu erwarten. Einzelne, typischerweise in Nebenbestimmungen aufgeführte Standorte aber bieten regelmäßig wie auch hier nicht diese Gewähr. Zudem sind einzelne Standorte in der Regel schlechter zu veräußern als eine zusammenhängende Gruppe von Standorten. Zweitens sieht das Gesetz in § 41 Absatz 3 GWB keine Teilentflechtung vor; vielmehr entfällt mit Bedingungseintritt die Freigabe für den gesamten Zusammenschluss. Drittens, und nach Ansicht der Monopolkommission entscheidend, kommt hinzu, dass eine Beschränkung von Sicherungs- und Entflechtungsmaßnahmen auf die von vornherein zu veräußernden Unternehmensteile den Verpflichteten wenig Anreize gäbe, ihren Verpflichtungen aus der Freigabeverfügung nachzukommen. Diese Wertung trifft auch der Gesetzgeber, der in § 41 Absatz 3 GWB auch aus diesem Grund die Drohung einer unmittelbaren Entflechtung aufstellt.[332] Vor diesem Hintergrund findet das Vorgehen des Bundeskartellamtes die Zustimmung der Monopolkommission. Sie weist ergänzend darauf hin, dass solche vom Verwaltungsaufwand her und allein für den Einzelfall betrachtet übermäßig aufwendigen Verfahren aus übergreifender Perspektive unverzichtbar sind. Denn nur die auch aufwendige Durchsetzung des geltenden Rechts – nötigenfalls in Pilotverfahren – kann allen, insbesondere von dem Verfahren nicht betroffenen Regelunterworfenen die gesetzlichen Normen und deren Geltung verdeutlichen. Würden Normen wegen ihres Vollzugsaufwands nicht mehr umgesetzt, entstünden rechtsfreie Räume. Insoweit ist der vom Bundeskartellamt in diesem Verfahren geleistete Aufwand – über den unmittelbar betroffenen Zusammenschluss hinaus – als ein Beitrag zur Sicherung der Funktionsbedingungen der Fusionskontrolle zu verstehen.

663. Zur Vermeidung derart aufwendiger Verfahren sollten jedoch auflösende Bedingungen auf ein Mindestmaß beschränkt bleiben und soweit als möglich aufschiebende Bedingungen ausgesprochen werden (sog. Fix-it-first- und Up-front-buyer-Lösungen). Zumindest sollten auflösende Bedingungen regelmäßig nur in Verbindung mit einer Getrennthaltungspflicht unter Einsetzung eines Treuhänders ausgesprochen werden. Die Monopolkommission sieht auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten keine Pflicht des Bundeskartellamtes, Nebenbestimmungen vorrangig als auflösende Bedingungen oder Auflagen auszusprechen. Denn sind diese auch weniger belastend für die Beteiligten des Zusammenschlusses, sind sie doch wesentlich schlechter geeignet, die durch den Zusammenschluss entstehenden wettbewerblichen Bedenken zu beseitigen. Auch aus Gründen der Verfahrenseffizienz sind aufschiebende Bedingungen bei Weitem vorzuziehen. Die neuere Praxis des Bundeskartellamtes, angelehnt an die oben besprochenen Mustertexte, berücksichtigt diese Abwägung weitgehend.[333]

4. Europäische Fusionskontrolle

4.1 Einführung

664. Die europäische Fusionskontrolle war im Berichtszeitraum 2008/2009 aufgrund der globalen Finanzkrise besonderen Anforderungen ausgesetzt. Vielfach wurde darüber diskutiert, ob die Prüfungsstandards der Fusionskontrolle herabgesetzt werden sollten, um auf die Verwerfungen auf den Gütermärkten zu reagieren. Die Europäische Kommission hat erfreulicherweise solchen Forderungen schon früh eine Absage erteilt und deutlich gemacht, dass sie eine Aufweichung der Prinzipien der europäischen Fusionskontrolle nicht in Betracht zieht. Sie hat allerdings ihre Bereitschaft erklärt, im Einzelfall eine gewisse Flexibilität walten zu lassen. Diese Flexibilität bezog sich namentlich auf die Möglichkeit, Zusammenschlussvorhaben vom Vollzugsverbot freizustellen, sowie auf das Instrument der „failing firm defense“, mittels dessen Zusammenschlüsse unter Beteiligung von insolventen Unternehmen unter erleichterten Bedingungen freigegeben werden können. Generell sagte die Europäische Kommission zu, bei der Anwendung der fusionskontrollrechtlichen Regeln besonders zügig vorzugehen und Entscheidungen sehr schnell zu treffen.

665. In der Praxis der europäischen Fusionskontrolle sind – zumindest bisher – nur wenige unmittelbare Auswirkungen der Finanzkrise zu spüren. Zum einen sank die Zahl der Anmeldungen in den Jahren 2008/2009 im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum deutlich. Während 2007 noch 402 Anmeldungen in Brüssel eingegangen waren, sind 2008 nur 347 Fälle angemeldet worden. Ein weiterer Rückgang ist für das Jahr 2009 mit 259 Notifizierungen zu verzeichnen. Zum Zweiten ist auf die hohe Zahl von Anmeldungsrücknahmen hinzuweisen. Im Berichtszeitraum wurden in der ersten Verfahrensphase 16, in der zweiten Verfahrensphase immerhin noch fünf Anmeldungen zurückgenommen. Im Vergleich dazu war es im vorangegangenen Berichtszeitraum – bei einer deutlich höheren Gesamtzahl von Anmeldungen – lediglich zu 14 Rücknahmen gekommen. Ferner kam es vereinzelt zu sehr zügigen Entscheidungen der Europäischen Kommission im Rahmen der ersten Verfahrensphase, z. B. in dem Verfahren BNP Paribas/Fortis, das trotz der Notwendigkeit von Abhilfemaßnahmen in nur 25 Arbeitstagen abgeschlossen wurde.

666. Viele Zusammenschlüsse unter Beteiligung von Banken lagen außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der

[332] Vgl. oben Tz. 499 f.

[333] Vgl. insoweit auch BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/08, Bundestagsdrucksache 16/13500 vom 22. Juni 2009, S. 20.

Europäischen Kommission. Soweit nationale Regierungen Maßnahmen ergriffen, um inländische Banken zu stützen, ging dies in der Regel nicht mit einem Kontrollerwerb im Sinne von Artikel 3 FKVO einher. Anders war dies im Fall SoFFin/Hypo Real Estate, den die Europäische Kommission in der ersten Verfahrensphase prüfte und angesichts der niedrigen gemeinsamen Marktanteile im Mai 2009 ohne Bedingungen und Auflagen freigab. Sofern eine Bank durch einen Wettbewerber übernommen wurde, fehlte – wie im Fall Commerzbank/Dresdner Bank – häufig die gemeinschaftsweite Bedeutung aufgrund der Zwei-Drittel-Regel. Grenzüberschreitende Zusammenschlüsse warfen in aller Regel keine Bedenken auf, da die Bankenmärkte überwiegend national abgegrenzt werden und nicht hoch konzentriert sind.[334] Dies führte auch dazu, dass in keinem dieser Fälle der Einwand der Sanierungsfusion geprüft werden musste.

667. Einen Schwerpunkt der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission in den Jahren 2008/2009 bildeten vertikale Zusammenschlüsse, also Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Stufen der Lieferkette tätig sind. Die Europäische Kommission nahm die Prüfung dieser Vorhaben erstmals anhand ihrer Ende 2007 veröffentlichten Mitteilung zu nicht horizontalen Zusammenschlüssen vor. Sie klärte eine Reihe von Zusammenschlussvorhaben in der ersten Verfahrensphase, leitete aber auch mehrmals die zweite Verfahrensphase ein. Im Ergebnis wurden alle vertikalen Zweite-Phase-Fälle ohne Bedingungen und Auflagen freigegeben.

668. Besondere Aufmerksamkeit verdient die Entscheidung der Europäischen Kommission in dem Fall ABF/GBI. Hier hat die Wettbewerbsbehörde erstmals nach längerer Abstinenz wieder ein Zusammenschlussvorhaben ausschließlich wegen koordinierter Auswirkungen in der zweiten Verfahrensphase geprüft und nur in Verbindung mit Abhilfemaßnahmen genehmigt. Die Entscheidung der Europäischen Kommission ist vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu sehen. Der Gerichtshof hatte kurz zuvor in seinem Urteil Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala die vom Gericht erster Instanz aufgestellten Kriterien für das Vorliegen koordinierter Effekte bestätigt und wichtige Fragen zum Beweismaßstab und zum Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission geklärt.

669. Bemerkenswert ist ferner die Zunahme der Zusammenschlussverfahren, in denen die Fusionsparteien Effizienzgesichtspunkte geltend gemacht haben. Der Effizienzeinwand wird ganz überwiegend in Zweite-Phase-Fällen vorgebracht. Die Zusammenschlussparteien haben sich während des Berichtszeitraums in sieben von 17 Zweite-Phase-Verfahren auf Effizienzen infolge ihres Zusammenschlussvorhabens berufen. Die Europäische Kommission ließ den Effizienzeinwand allerdings in den meisten Fällen unberücksichtigt, weil ihrer Ansicht nach zwar teilweise einzelne Voraussetzungen, nicht aber sämtliche Erfordernisse kumulativ erfüllt waren. Nur in zwei vertikalen Zusammenschlüssen – TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq – hat sie das Vorliegen sämtlicher Anforderungen bejaht. Gleichwohl waren die festgestellten Effizienzen auch insoweit nicht entscheidungserheblich.

670. Im Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission ihre überarbeitete Mitteilung zu zulässigen Abhilfemaßnahmen vorgelegt. Sie nimmt hierin eine strengere Haltung gegenüber Zusagen ein als in ihren Leitlinien aus dem Jahr 2001 und unterstreicht erneut den Vorrang von Veräußerungszusagen. Besondere Bedeutung weist sie der Lebensfähigkeit der zu veräußernden Vermögensteile und der Identität eines potenziellen Erwerbers für die Wettbewerbsfähigkeit des veräußerten Geschäfts zu. Den Zusammenschlussparteien werden umfängliche Informations- und Begründungspflichten auferlegt. Außerdem tragen sie die Verantwortung für die Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen. Es ist insbesondere bei Betrachtung der Zweite-Phase-Entscheidungen feststellbar, dass die Europäische Kommission diese strengere Einstellung auch in der konkreten Fallpraxis umgesetzt hat.

671. Hinsichtlich der Tätigkeit des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz sind neben der bereits erwähnten Entscheidung Bertelsmann und Sony/Impala zwei weitere Urteile hervorzuheben**.** In den Verfahren MyTravel/Kommission und Kommission/Schneider Electric wurde erneut über die Frage fusionskontrollrechtlicher Schadensersatzansprüche entschieden. In dem Verfahren MyTravel/Kommission hat das Gericht erster Instanz die geltend gemachten Ansprüche der Zusammenschlussbeteiligten gänzlich verworfen. Der EuGH hat im Verfahren Kommission/Schneider Electric die – zuvor vom Gericht erster Instanz festgestellten – Schadensersatzansprüche von Schneider begrenzt.

4.2 Statistische Angaben

672. Während des Berichtszeitraums wurden laut Statistik der Europäischen Kommission insgesamt 606 Zusammenschlussvorhaben in Brüssel angemeldet. Auf das Jahr 2008 entfielen 347 Anmeldungen, im Jahr 2009 erfolgten 259 Notifizierungen. Im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum mit insgesamt 758 Fällen sank die Zahl der Anmeldungen um 152, d. h. um ca. 20 Prozent.

673. Im Berichtszeitraum stellten die Mitgliedstaaten acht Anträge nach Artikel 9 FKVO auf Verweisung an die nationalen Wettbewerbsbehörden.[335] Die Europäische Kommission gab entsprechenden Ersuchen zweimal teilweise und dreimal vollständig statt. In einem Fall verweigerte die sie die Abgabe der Zuständigkeit. Die Mitglied-

[334] In der Entscheidung BNP/Paribas wurde BNP die Verpflichtung auferlegt, ihr Kreditkartengeschäft in Belgien und Luxemburg zu veräußern.

[335] Die Zahl der während des Berichtszeitraums eingegangenen Anträge nach Artikel 9 FKVO muss nicht mit der Zahl der im Berichtszeitraum getroffenen Entscheidungen übereinstimmen. Zum Teil beziehen sich Entscheidungen auf Anträge aus dem vorigen Berichtszeitraum, zum Teil werden die in 2009 gestellten Anträge erst in 2010 entschieden. Dasselbe gilt auch für Anträge nach Artikel 22 und Artikel 4 FKVO.

staaten haben in den Jahren 2008/2009 drei Mal von der Möglichkeit des Artikel 22 FKVO Gebrauch gemacht und eine Verweisung an die Brüsseler Wettbewerbsbehörde beantragt. Im gleichen Zeitraum hat die Europäische Kommission vier Fälle zur Prüfung angenommen. Es gibt keinen Fall, in dem sie die Verweisung verweigert hat. Die Fallzahlen in Bezug auf Artikel 9 FKVO sind somit etwa auf dem Niveau des letzten Berichtszeitraums verblieben. Die Zahl der Anträge nach Artikel 22 FKVO ist hingegen um mehr als die Hälfte gesunken. Es zeigt sich erneut, dass die Verweisungen auf Initiative der Mitgliedstaaten erheblich an Bedeutung abgenommen haben, seitdem im Jahr 2004 den Zusammenschlussbeteiligten selbst die Möglichkeit eingeräumt wurde, eine Verweisung in die eine oder andere Richtung anzustoßen.

674. Diese Befugnis ist mit der VO 139/2004 in der Fusionskontrollverordnung verankert worden und hat erhebliche Bedeutung in der Entscheidungspraxis erlangt. Während des Berichtszeitraums beantragten die Fusionsparteien in 17 Fällen die Verweisung an eine nationale Wettbewerbsbehörde. Die Anzahl der Anträge verharrt somit auf dem Niveau der letzten beiden Berichtszeiträume (2004/2005: 16 und 2006/2007: 18). In den Jahren 2008/2009 waren 15 derartige Ersuchen vollständig erfolgreich. Es kam in keinem Fall zu einer partiellen Verweisung oder zu einer Ablehnung von Anträgen. In 46 Fällen haben die Zusammenschlussbeteiligten eine Übertragung der Zuständigkeit auf die Europäische Kommission beantragt. Damit sank das Level in etwa auf das der Jahre 2004/2005 (48 Anträge) ab. Noch im letzten Berichtszeitraum waren deutlich mehr, nämlich 89, derartige Anträge gestellt worden. Brüssel hat 47 Verfahren zur Prüfung angenommen, sie lehnte keinen Antrag ab. Auch die Mitgliedstaaten erhoben in keinem einzigen Fall Einspruch.

675. In der ersten Verfahrensphase traf die Europäische Kommission 564 Entscheidungen. In keinem Fall kam es zu einer Ablehnung der Brüsseler Zuständigkeit nach Artikel 6 Absatz 1 lit. a FKVO. In 532 Fällen verneinte die Europäische Kommission ernsthafte wettbewerbliche Bedenken und schloss das Verfahren mit einer Verfügung nach Artikel 6 Absatz 1 lit. b FKVO ohne Bedingungen und Auflagen ab. 32 Transaktionen führten zu erheblichen Wettbewerbsproblemen und wurden nur in Verbindung mit Abhilfemaßnahmen erlaubt. Im Verhältnis zum vorigen Berichtszeitraum, in dem bei einer weit höheren Gesamtzahl von Anmeldungen 691 bedingungslose Freigaben erfolgten, ist das Verhältnis zwischen Anmeldungen und unbedingten Entscheidungen nach Artikel 6 Absatz 1 lit. b FKVO in etwa gleich geblieben. Setzt man die Anmeldungen mit den bedingten Genehmigungen ins Verhältnis, lässt sich hingegen für den derzeitigen Berichtszeitraum eine deutliche Erhöhung feststellen: Während in den Jahren 2006/2007 nur etwa 4 Prozent der Erste-Phase-Fälle mit Abhilfemaßnahmen verbunden worden sind, waren es in den Jahren 2008/2009 immerhin knapp 6 Prozent. Auf hohem Niveau hält sich die Anzahl der Fälle, die im vereinfachten Verfahren geprüft werden. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum 333 derartige Entscheidungen getroffen.

676. Die Europäische Kommission hat in 15 Fällen die zweite Verfahrensphase gemäß Artikel 6 Absatz 1 lit. c FKVO eröffnet. Im Vergleich zum vorigen Berichtszeitraum mit 28 derartigen Entscheidungen ist die Zahl deutlich gesunken. Gleich geblieben ist dagegen die Zahl der Zweite-Phase-Entscheidungen ohne Bedingungen und Auflagen. Wie im vorigen Berichtszeitraum sind auch in den Jahren 2008/2009 neun solcher Verfügungen ergangen, und zwar alle im Jahr 2008. In den Fällen Google/Doubleclick, Ineos/Kerling, IBM/Telelogic, Norddeutsche Affinerie/Cumerio, TomTom/Tele Atlas sowie Itema/Barcovision Division, Nokia/Navteq, STX Aker Yards und KLM/Martinair ergingen die Verfügungen nach Artikel 8 Absatz 1 FKVO. Lediglich acht Entscheidungen wurden in der zweiten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen erlassen. Die Europäische Kommission genehmigte die Vorhaben Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex, Thomson Corporation/Reuters Group, StatoilHydro/ConocoPhillips, ABF/GBI Business sowie Friesland/Campina, Arsenal/DSP, Lufthansa/SN Airholding und Lufthansa/Austrian Airlines gemäß Artikel 8 Absatz 2 FKVO. Im Verhältnis zum vorigen Berichtszeitraum mit zehn solchen Entscheidungen blieb die Zahl in etwa gleich.

677. Die Europäische Kommission hat in den Jahren 2008/2009 – wie bereits im letzten Berichtszeitraum – keine einzige Untersagungsverfügung erlassen. Die Gesamtzahl der Untersagungen seit Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung liegt damit konstant bei 20. Allerdings wurden im Berichtszeitraum insgesamt 21 Anmeldungen zurückgenommen. Eine solche Rücknahme erfolgte 16 Mal in der ersten Verfahrensphase und fünf Mal in der zweiten Verfahrensphase. In den Jahren 2006/2007 war es bei einer wesentlich höheren Gesamtzahl von Anmeldungen nur zu 16 Rücknahmen gekommen. Das relativ hohe Niveau von Rücknahmen im derzeitigen Berichtszeitraum dürfte jedenfalls zum Teil der aktuellen Finanzkrise geschuldet sein. Festzuhalten bleibt, dass die Europäische Kommission weiterhin dazu tendiert, selbst bei erheblichen Wettbewerbsbedenken eher Freigabeentscheidungen unter zum Teil sehr umfänglichen Bedingungen zu treffen, als eine Verbotsverfügung zu erlassen. Die Monopolkommission steht einer solchen Tendenz – ohne das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu verkennen – vor allem deshalb skeptisch gegenüber, weil die Effizienz von Abhilfemaßnahmen in der Vergangenheit eher fraglich war. Abzuwarten bleibt insoweit, ob die striktere Haltung gegenüber Verpflichtungsmaßnahmen, die sich in den neuen Leitlinien der Europäischen Kommission abzeichnet, Abhilfe schafft.

4.3 Marktabgrenzung

4.3.1 Keine Marktabgrenzung nach „Arbeitsgebieten“

678. Die Europäische Kommission hat im Dezember 2008 den Zusammenschluss Friesland/Campina nach Artikel 8 Absatz 2 FKVO unter Bedingungen und Auflagen freigegeben.[336] Friesland und Campina sind die beiden

[336] Vgl. zu Friesland/Campina auch Tz. 704, 735, 775, 800.

größten Molkereigenossenschaften in den Niederlanden. Sie sammeln Rohmilch von ihren Mitgliedern ein und verarbeiten sie zu verschiedenen Molkereiprodukten für Verbraucher und Industrie. Von dem Vorhaben sind eine Vielzahl von Märkten, unter anderem der Markt für die Beschaffung von Rohmilch sowie die Märkte für Basismilchprodukte, Butter, Käse und Sahne, betroffen. Die Europäische Kommission hat auf mehreren der genannten Märkte wettbewerbliche Probleme festgestellt und das Vorhaben daher nur unter Bedingungen und Auflagen freigegeben.

679. Die Europäische Kommission unterteilt den sachlichen Markt für die Beschaffung von Rohmilch wie die Anmelder in zwei separate Märkte für die Beschaffung von Bio-Milch und für konventionelle Milch. Wettbewerbliche Bedenken bestehen nur in Hinsicht auf den Markt für die Beschaffung von konventioneller Milch, den die Europäische Kommission – anders als die Zusammenschlussparteien – national definiert. Nach Ansicht von Campina und Friesland sind die Beschaffungsmärkte für konventionelle Rohmilch hingegen subnational und fallen vollständig mit ihren jeweiligen „Arbeitsgebieten" zusammen. Friesland sammelt Milch im Osten und Norden der Niederlande, Campina im Süden und Westen der Niederlande ein. Zusammengenommen decken die Arbeitsgebiete von Friesland und Campina das gesamte Staatsgebiet der Niederlande ab, wobei sich in der Provinz Flevoland eine geringfügige Überschneidung ergibt. Die Anmelder tragen vor, dass die Kosten für das Einsammeln der Rohmilch von den Transportdistanzen und von der Dichte der Milchviehhalter in einem Sammelgebiet abhingen. Diese Faktoren würden den räumlichen Markt auf ein lokal begrenztes Gebiet beschränken. Zudem herrschten innerhalb der beide Arbeitsgebiete jeweils homogene Wettbewerbsbedingungen, während sich die Wettbewerbsbedingungen in den beiden Arbeitsgebieten voneinander unterschieden. Die Gleichartigkeit der Wettbewerbsbedingungen resultiere daraus, dass konkurrierende Genossenschaften und private Käufer ihren Auszahlungspreis an dem Preis orientierten, den die jeweils marktführende Genossenschaft auszahle.

680. Die Europäische Kommission folgt dieser Argumentation nicht. Zwar geht auch sie davon aus, dass große Lieferentfernungen die effiziente Beschaffung konventioneller Rohmilch einschränken können. Obwohl konventionelle Rohmilch theoretisch über sehr lange Strecken transportiert werden könne, betrage die Entfernung zwischen den Milchviehhaltern und den verarbeitenden Betrieben im Durchschnitt ungefähr 40 bis 50 km. Die Lieferdistanz bilde jedoch nicht den einzigen Faktor, der die Kosten für das Einsammeln bestimme. Vielmehr würden die Beschaffungskosten auch durch die Größe der weiterverarbeitenden Betriebe sowie die Größe der Erzeugerbetriebe beeinflusst. Bei größeren Kapazitäten der weiterverarbeitenden Betriebe könnten Größenvorteile der Milchmengen und des Einzugsgebiets genutzt und so die höheren Kosten für das Einsammeln der Rohmilch ausgeglichen werden. Die Marktuntersuchung ergab außerdem, dass die Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten konventionelle Rohmilch in Gebieten einsammeln, die regelmäßig die Grenzen der jeweiligen Arbeitsgebiete von Friesland und Campina überschreiten und einen bedeutenden Teil der Niederlande umfassen. Daraus folgert die Europäische Kommission, dass auch die Zusammenschlussparteien eine Ausdehnung ihrer Arbeitsgebiete beschließen könnten. Einer Änderung der aktuellen Arbeitsgebiete stünden keine wesentlichen Hindernisse im Wege, zumal sowohl Friesland als auch Campina selbst auf eine Reihe von Zusammenschlüssen kleinerer Genossenschaften zurückgingen, die über einige Jahrzehnte hinweg in benachbarten Arbeitsgebieten tätig gewesen waren. Nach Erkenntnissen der Europäischen Kommission orientierten sich darüber hinaus die Wettbewerber der Fusionsparteien nicht unbedingt an deren Auszahlungspreis, sondern zahlen ihren Milchviehhaltern unabhängig von deren Standort einen einheitlichen Rohmilchpreis.

681. Auch die Monopolkommission ist von der Argumentation der Zusammenschlussparteien nicht überzeugt. Ein Abstellen auf die jeweiligen „Arbeitsgebiete" bei der räumlichen Marktabgrenzung erscheint aus verschiedenen Gründen unangemessen. Zum einen sind nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission die Wettbewerbsbedingungen innerhalb der beiden Arbeitsgebiete nicht jeweils homogen, sondern weichen z. B. in Bezug auf die Preisgestaltung ab. Zum anderen zeigt das Beispiel mehrerer Wettbewerber, dass ein Transport über die Grenzen der jeweiligen Arbeitsgebiete hinaus vorgenommen wird und profitabel ist. Transportkosten sind zwar ein wichtiger, aber nicht der allein maßgebende Indikator für die räumliche Marktabgrenzung. So steigen die Kosten mit einer längeren Transportstrecke zwar regelmäßig, diese Kostensteigerung kann aber durch andere Umstände – die Größe der beteiligten Betriebe, die zusätzlich gelieferte Milchmenge, die Auslastung der Kapazitäten etc. – ausgeglichen werden. Laut Europäischer Kommission stehen längeren Transportstrecken im vorliegenden Fall auch keine technischen Hindernisse entgegen. Der Wettbewerbsbehörde ist darüber hinaus insoweit beizupflichten, als sie bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes nicht nur die tatsächlichen Lieferbeziehungen der Fusionsparteien berücksichtigt, sondern auf das potenzielle Absatzgebiet der Milchviehhalter abstellt. Aktuelle Lieferbeziehungen sollten nach Ansicht der Monopolkommission regelmäßig nur den Ausgangspunkt der räumlichen Marktdefinition bilden, entscheidend sind jedoch die tatsächlichen Ausweichmöglichkeiten der Milchviehhalter. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die aktuelle Ausdehnung der jeweiligen Arbeitsgebiete der Genossenschaften auch Ausdruck des herrschenden Wettbewerbsdrucks oder – im Gegenteil – von stillschweigender Kollusion sein kann. Schließlich wird die Argumentation der Zusammenschlussparteien spätestens mit Durchführung des Zusammenschlusses obsolet. Selbst die Parteien räumen ein, dass das künftige Arbeitsgebiet der neuen Unternehmenseinheit die gesamten Niederlande umfassen wird. Dies entspricht den Feststellungen der Europäischen Kommission, wonach die aktuellen Arbeitsgebiete der Parteien historisch gewachsen sind und einfach geändert werden könnten.

4.3.2 Definition der Tankstellenmärkte

682. Im Berichtszeitraum haben sowohl die Europäische Kommission als auch das Bundeskartellamt Zusammenschlussvorhaben mit Auswirkungen auf den Einzelhandelsmarkt für Kraftstoffe geprüft. Die Europäische Kommission gab die Transaktion StatoilHydro/ConocoPhillips in der zweiten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen frei.[337] Das Bundeskartellamt untersagte das Zusammenschlussvorhaben Total/OMV und genehmigte den Zusammenschluss zwischen Shell und LorenzMohr unter Bedingungen. Ein Vergleich der vorliegenden Entscheidungen ist von besonderem Interesse, weil die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt nicht nur abweichende Aussagen zur sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung treffen, sondern auch unterschiedliche Prüfkriterien und Untersuchungsmethoden anwenden. Einigkeit zwischen den Wettbewerbsbehörden besteht allerdings darin, dass im Ergebnis alle Zusammenschlussvorhaben wettbewerbliche Bedenken hervorrufen.

683. In dem Verfahren StatoilHydro/ConocoPhillips folgt die Europäische Kommission bei der sachlichen Marktabgrenzung ihren früheren Entscheidungen, in denen sie einen gemeinsamen Markt für den Verkauf von Motorkraftstoffen an Autofahrer an Tankstellen festgestellt hatte, ohne zwischen verschiedenen Arten von Kraftstoffen wie Benzin und Diesel zu unterscheiden. Die Europäische Kommission räumt zwar die fehlende nachfrageseitige Substituierbarkeit der Produkte ein: Autofahrer müssten die für ihr jeweiliges Fahrzeug geeignete Art von Kraftstoff verwenden und könnten nicht auf ein anderes Produkt ausweichen. Mit dem kurzen Hinweis darauf, dass Benzin und Diesel immer über dieselben Verkaufsstellen vertrieben würden, da Tankstellen eine möglichst hohe Zahl von Autofahrern bedienen wollten, grenzt sie dann jedoch einen einheitlichen Markt für den Verkauf von Motorkraftstoffen an Tankstellen ab.

684. Bei der räumlichen Marktabgrenzung erkennt die Europäische Kommission sowohl nationale als auch lokale Wettbewerbselemente. Für eine lokale Marktabgrenzung führt die Kommission zwar an, dass tendenziell eher Tankstellen in der Nähe des Wohnorts oder der Arbeitsstelle aufgesucht würden. Für die Definition nationaler Märkte spricht ihrer Ansicht nach jedoch zum einen die Existenz überlappender Einzugsgebiete, die sich auf die Preisgestaltung auswirke. Die Europäische Kommission führt insofern aus, dass bei den meisten Tankstellenketten die jeweils eng benachbarten Tankstellen der Konkurrenz beobachtet werden. Dies erfolgt in der Weise, dass ein Tankstellenbetrieb eine Liste der Wettbewerber aufstellt, die jeweils in seiner nächsten Umgebung liegen („Cluster“). In diesen Clustern werden die Preise regelmäßig überwacht und herangezogen, um die eigenen Preise dem lokalen Niveau anzupassen. Da sich der Großteil der Cluster überlappt, seien die meisten Tankstellenbetriebe innerhalb eines Mitgliedstaats durch den Substitutionsketteneffekt einem Wettbewerbsdruck seitens anderer Tankstellen ausgesetzt. Die lokalen Preise hingen außerdem von den empfohlenen nationalen Preisen ab, die von den jeweiligen Tankstellengesellschaften festgelegt werden. Zum Zweiten würde über die wichtigsten Wettbewerbsparameter – z. B. Preise, Produktpalette, Produktbeschaffung, Qualität und Werbeaktivitäten – eher auf nationaler als auf lokaler Ebene entschieden. Drittens hätten die konkurrierenden Tankstellenketten mehr oder weniger vergleichbare Marktanteile in einzelnen Mitgliedstaaten. Insgesamt erscheint es der Europäischen Kommission daher „zweckdienlich“, die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf nationaler Ebene zu bewerten, wobei sie jedoch berücksichtige, dass Wettbewerb auch auf lokaler Ebene stattfinde.

685. In dem Zusammenschlussfall Total/OMV gab das Bundeskartellamt im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung seine bisherige Praxis auf, einen einheitlichen Absatzmarkt für den Vertrieb von Otto- und Dieselkraftstoff über Tankstellen zu definieren.[338] Zur Begründung führt es an, dass Otto- und Dieselkraftstoff zwar demselben Rohstoff entstammen, nach ihrer Veredelung aber aus Sicht der Nachfrager nicht austauschbar seien, wenn erst einmal eine Entscheidung für eine bestimmte Motortechnologie (Systementscheidung) getroffen wurde. Auch wenn Tankstellen nicht nur eine Kraftstoffart, sondern durchgängig sowohl Otto- als auch Dieselkraftstoff anbieten, so seien weder die Wettbewerbsverhältnisse bei Otto- und Dieselkraftstoff zwangsläufig gleich noch komme der Sortimentsgedanke zur Begründung eines einheitlichen Absatzmarktes zur Anwendung. Die Unterschiede bei den Wettbewerbsverhältnissen belegte das Amt mit Berechnungen der Tankstellenpreise für Otto- und Dieselkraftstoff für die Jahre 2007 und 2008. Hierbei zeigte sich, dass die Entwicklung der Tankstellenpreise zumindest zeitweise signifikant voneinander abwich. Zwar war die Differenz zwischen dem Preis für Ottokraftstoff und dem Preis für Dieselkraftstoff in den Jahren 2007 und 2008 fast durchgängig positiv, d. h. Ottokraftstoff wurde zu einem höheren Preis als Diesel verkauft. Jedoch war die Höhe dieser Differenz uneinheitlich und schwankte zwischen 0 ct/l und 25 ct/l. Auch der Sortimentsgedanke lässt sich nach Auffassung des Bundeskartellamtes nicht zur Begründung eines einheitlichen Marktes heranziehen, denn dieser basiere auf der Annahme, dass die Marktgegenseite nicht nur ein, sondern mehrere Produkte aus dem angebotenen Sortiment nachfragt. Die Attraktivität eines Sortiments wachse daher mit der Breite des Sortiments. Diese Überlegungen spielten jedoch im Kraftstoffeinzelhandel keine Rolle, da ein Nachfrager aufgrund der einmal getroffenen Systementscheidung immer entweder Otto- oder Dieselkraftstoff, aber niemals beide Produkte gleichzeitig nachfrage.

[337] Vgl. zu StatoilHydro/ConocoPhillips auch Tz. 771, 784.

[338] Vgl. Tz. 559 ff.

686. Auch bei der räumlichen Marktabgrenzung nimmt das Bundeskartellamt ausführlicher Stellung als die Europäische Kommission. Es stützt sich bei seinen Ausführungen ausdrücklich auf das Bedarfsmarktkonzept. Entscheidend seien hiernach die tatsächlichen Ausweichmöglichkeiten der Abnehmer, für die es im jeweiligen Raum unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten (noch) sinnvoll sein müsse, die betroffenen Produkte zu beziehen. Das Bundeskartellamt weist die Argumentation von Total zurück, das für eine bundesweite Abgrenzung eintritt. Regelmäßig werde eine bundesweite Abgrenzung damit begründet, dass sich die Wettbewerbsbedingungen regional nicht wesentlich unterschieden und das Beschaffungsverhalten der Abnehmer homogen sei. Ferner werde die Reaktionsverbundenheit hinsichtlich preislicher Impulse betont. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes überwiegen jedoch im vorliegenden Fall die nachfrageseitigen Argumente. Für eine regionale Betrachtung spreche vor allem das tatsächliche Nachfrageverhalten, da Tankstellenkunden ihren Kraftstoffbedarf erfahrungsgemäß in einem variablen Umkreis um ihren Geschäfts- oder Wohnsitz decken. In diesem Zusammenhang räumt das Bundeskartellamt Schwierigkeiten bei der Eingrenzung der Gebiete ein, in denen es für Kraftfahrer unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten sinnvoll ist, alternative Tankstellen anzufahren. Befragungen der Kunden zu ihrem räumlichen Nachfrageverhalten seien aufgrund des engen Fristenregimes der Fusionskontrolle unmöglich gewesen. Da der Verkauf an Tankstellen als Massengeschäft des täglichen Lebens weitgehend anonymisiert erfolgt, seien auch die Tankstellengesellschaften nicht ohne Weiteres in der Lage, Auskunft über Herkunft bzw. Anfahrstrecke ihrer Kunden zu geben. Das Bundeskartellamt greift daher auf das sog. Erreichbarkeitsmodell des Bundesamtes für Bauwesen und Raumordnung zurück und modifiziert dieses in verschiedener Hinsicht.[339]

687. Festzuhalten ist, dass die Europäische Kommission bei ihrer Entscheidung zur sachlichen Marktabgrenzung die anbieterseitigen Aspekte, vor allem den Umstand, dass Otto- und Dieselkraftstoffe stets gemeinsam an Tankstellen verkauft werden, betont. Das Bundeskartellamt konzentriert sich dagegen stärker auf die Nachfrageseite und die unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnisse bei Otto- und Dieselkraftstoff. Noch in den vor einigen Jahren entschiedenen Verfahren Shell/DEA und BP/E.ON war allerdings auch das Bundeskartellamt von einem Gesamtmarkt ausgegangen. Mit der Entscheidung Shell/HPV zweifelte das Amt diese Auffassung dann zum ersten Mal an und fokussierte sich stärker auf die Nachfragersicht. Aus Sicht der Nachfrager seien die verschiedenen Kraftstoffe nicht austauschbar, wenn einmal eine Entscheidung für eine bestimmte Motortechnologie getroffen wurde. Somit bestünden nicht zwangsläufig dieselben Wettbewerbsverhältnisse für Otto- und Dieselkraftstoff. Zudem sei die Nachfrage nach Diesel in der Regel im Winter höher als im Sommer, während die Nachfrage nach Ottokraftstoff im Sommer höher sei als im Winter. In dem Verfahren Shell/HPV nimmt das Bundeskartellamt allerdings im Ergebnis noch eine Gesamtmarktbetrachtung vor, weil die Ermittlungen keine Anhaltspunkte dafür ergeben hätten, dass eine nach Kraftstoffen getrennte Betrachtung zu anderen Schlussfolgerungen führen würde. Nunmehr rückt das Bundeskartellamt von dieser Auffassung ab und geht zum ersten Mal von separaten Märkten für den Verkauf von Otto- und Dieselkraftstoff an Tankstellen aus. Das Amt fügt seinen bisherigen Ausführungen Berechnungen über die Preisentwicklung bei den beiden Kraftstoffen hinzu und kann nach Auffassung der Monopolkommission überzeugend belegen, dass jedenfalls zeitweise signifikante Unterschiede und somit nicht ohne Weiteres vergleichbare Wettbewerbsverhältnisse bei beiden Produkten bestehen. Für die Existenz getrennter Märkte spricht darüber hinaus, dass die Europäische Kommission – jedenfalls im Rahmen ihrer quantitativen Analyse – den Einfluss der JET-Tankstellen auf die Statoil-Preise separat für Otto- und Dieselkraftstoff untersucht und ausgewiesen hat. Auch dies ist nach Ansicht der Monopolkommission ein Indiz dafür, dass wichtige Argumente für eine Marktunterteilung sprechen.

688. Bei der räumlichen Marktabgrenzung erkennen beide Wettbewerbsbehörden an, dass sowohl Argumente für eine lokale bzw. regionale als auch für eine nationale Marktdefinition existieren. Im Ergebnis stellt die Europäische Kommission – wie bei der sachlichen Marktabgrenzung – erneut die Angebotsseite in den Vordergrund und legt ihrer wettbewerblichen Beurteilung jeweils nationale Märkte zugrunde. Das Bundeskartellamt hingegen legt in beiden dargestellten Entscheidungen ausdrücklich das Bedarfsmarktkonzept zugrunde, betont also wiederum die nachfrageseitigen Aspekte und gelangt zu einer lokalen bzw. regionalen Marktdefinition.

689. Die nationale Marktabgrenzung seitens der Europäischen Kommission ist nach Ansicht der Monopolkommission nicht ohne Weiteres nachvollziehbar. Am deutlichsten wird dies am Beispiel Norwegens. Die Europäische Kommission macht selbst geltend, dass JET vorwiegend im Südosten Norwegens tätig ist und dort wesentlich höhere Marktanteile aufweist als im Rest des Landes. Sie berücksichtigt diese Besonderheit auch ausdrücklich im weiteren Verlauf der wettbewerblichen Prüfung. Selbst wenn man also wie die Europäische Kommission für die Marktabgrenzung auf die Anbieterseite abstellt, erscheint eine nationale Definition hier wenig überzeugend. Das Argument, in allen untersuchten Staaten seien die Marktanteile national ähnlich verteilt, trifft jedenfalls auf Norwegen nicht zu. Es ist außerdem wegen der logistischen Probleme von JET, die nur im südöstlichen Teil des Landes abgemildert sind, nicht davon auszugehen, dass landesweit dieselbe wettbewerbliche Situation herrscht. Darüber hinaus ist es – wie schon im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung – als problematisch anzusehen, wenn die qualitative und die quantitative Analyse innerhalb einer Entscheidung von unterschiedlichen Ausgangspunkten ausgehen. Während die Europäische Kommission in der qualitativen Analyse für alle drei betroffenen Länder nationale Märkte definiert, basieren

[339] Vgl. zur Marktabgrenzung durch das Bundeskartellamt Tz. 592 ff.

ihre ökonometrischen Untersuchungen ausschließlich auf der Betrachtung von Clustern um die jeweiligen Statoil-Tankstellen. Diese Cluster beinhalten nach eigener Aussage der Wettbewerbsbehörde nur die jeweils nächstgelegenen Tankstellenbetriebe, deren Preispolitik täglich beobachtet wird. Die Europäische Kommission verzichtet zwar auf konkrete Aussagen über die Ausdehnung dieser Cluster, nach den von ihr beschriebenen Marktgegebenheiten dürfte es sich aber um Gebiete mit lokaler oder allenfalls geringer regionaler Ausdehnung handeln. Nach Ansicht der Monopolkommission können empirische Untersuchungen in Zusammenschlussverfahren durchaus sinnvoll sein. Die Wettbewerbsbehörden müssen jedoch darauf achten, Unstimmigkeiten zwischen qualitativer und quantitativer Analyse zu vermeiden.

690. Ein möglicher Grund für die weite – qualitative – Marktabgrenzung durch die Europäische Kommission könnte in der Regelung des Artikel 2 Absatz 2 und 3 FKVO liegen. Hiernach sind Zusammenschlüsse für vereinbar bzw. unvereinbar zu erklären, sofern durch sie wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben nicht behindert bzw. behindert würde. Eventuell befürchtete die Europäische Kommission, dass bei der Abgrenzung lokaler Märkte bezweifelt werden würde, ob ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes durch den Zusammenschluss berührt ist. Gleichwohl hat die Marktabgrenzung nach Ansicht der Monopolkommission aufgrund der tatsächlichen ökonomischen Gegebenheiten zu erfolgen. Liegen aus ökonomischer Sicht lokale oder regionale Märkte vor, muss die Europäische Kommission dies feststellen und ausdrücklich begründen, warum die untersuchten Märkte einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellen und ihre Zuständigkeit gegeben ist.

4.3.3 Marktabgrenzung im Energiesektor

691. In den Jahren 2008/2009 hat es eine Reihe von Fusionsvorhaben im Energiesektor mit gemeinschaftsweiter Bedeutung gegeben. Zu nennen sind insbesondere die Fälle Vattenfall/ Nuon, RWE/Essent und Electricité de France (EdF)/British Energy (BE).[340] Festzustellen ist, dass die Europäische Kommission in Bezug auf die Marktabgrenzung im Wesentlichen ihrer bisherigen Praxis folgte. Allerdings hat sie im Einzelfall auch über Änderungen ihrer traditionellen Marktdefinition diskutiert.

692. Im Strombereich grenzt die Europäische Kommission üblicherweise einen einheitlichen Markt für die Erzeugung und den Großhandel sowie verschiedene Endkundenmärkte ab. Der Großhandelsmarkt erfasst neben den im Inland erzeugten Strommengen auch die Stromimporte. Im Großhandelsbereich werden Strombezugsverträge an der Börse, über Broker als OTC-Geschäfte oder direkt durch bilaterale Verträge gehandelt. Diese Abgrenzung entspricht der Marktdefinition des Bundeskartellamtes, das diesen Markt als den des erstmaligen Absatzes von Strom bezeichnet.[341]

693. In Bezug auf den Großhandelsmarkt untersuchte die Europäische Kommission im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens EdF/BE, ob eine weitere Differenzierung des Marktes in die einzelnen Segmente erforderlich ist und ob auch die einzelnen Börsenprodukte separate Märkte darstellen. Im Ergebnis hat sie im Rahmen ihrer Ermittlungen keine Indizien dafür gefunden. Im Fall RWE/Essent differenzierte die niederländische Wettbewerbsbehörde die gehandelten Stromprodukte, indem sie einen Markt für Peak- und einen Markt für Off-Peak-Stromlieferungen annahm. Diesbezüglich konnte die Europäische Kommission jedoch keine neuen Erkenntnisse im Rahmen ihrer Marktuntersuchung gewinnen und ließ im Ergebnis die Frage einer weiteren Segmentierung offen.

694. Räumlich definiert die Europäische Kommission den Großhandelsmarkt – z. B. in dem Fall Vattenfall/ Nuon – grundsätzlich national und geht insoweit konform mit dem Bundeskartellamt. Im Verfahren RWE/Essent diskutiert sie, ob eventuell von einem Markt auszugehen sei, der größer ist als der niederländische Markt, weil das niederländische Wirtschaftsministerium die Erwägung eines nordwesteuropäischen Marktes angeregt hatte. Die niederländische Wettbewerbsbehörde bewertet den Peak-Markt als nationalen Markt und den Off-Peak-Markt als einen Markt, der Deutschland und die Niederlande umfasst. Aus der Marktuntersuchung der Europäischen Kommission ergaben sich zwar Hinweise darauf, dass die Integration der nordwesteuropäischen Märkte fortschreitet, allerdings ist nach Ansicht der europäischen Wettbewerbsbehörde aktuell nach wie vor von nationalen Märkten auszugehen.

695. Auf der Letztverbraucherstufe grenzt die Europäische Kommission entsprechend ihrer bisherigen Praxis den Markt für die Versorgung von Endkunden mit Strom ab. Sie differenziert weiter zwischen großen Industriekunden, die an das Hochspannungsnetz angeschlossen sind und zu halbstündlichen Tarifen Strom beziehen, und Kleingewerbe und Haushaltskunden, die nicht zu halbstündlichen Tarifen beziehen und an das Niederspannungsnetz angebunden sind.[342] Auch wenn sich die Begrifflichkeiten unterscheiden, entspricht diese Abgrenzung des Endkundengeschäfts weitgehend der des Bundeskartellamtes, welches zwischen leistungsgemessenen Stromgroßkunden und nicht leistungsgemessenen Stromkleinkunden unterscheidet.

696. Im Fall EdF/BE ist die Europäische Kommission erstmalig von ihrer Differenzierung abgewichen und hat drei Segmente des Endkundenmarktes unterschieden. Sie sieht drei separate Märkte: den Markt für Haushaltskunden, den Markt für kleine Industrie- und Gewerbekunden (SME), die nicht zu halbstündlichen Tarifen Strom bezie-

[340] Vgl. zu Vattenfall/Nuon auch Tz. 766, 791, zu RWE/Essent Tz. 769, 791 und zu EdF/BE Tz. 767, 792.

[341] BKartA, Beschluss vom 30. November 2009, B8-107/09 „Integra/ Thüga“.

[342] EU-Kommission, Entscheidung vom 9. Dezember 2004, COMP/ M.3440 „ENI/EDP/GDP“.

hen, und den Markt für große Industrie- und Gewerbekunden (I&C), die zu halbstündigen Tarifen Strom beziehen. Die Zusammenschlussparteien haben sich dafür ausgesprochen, eine weitere Marktabgrenzung vorzunehmen und SME und I&C einem einheitlichen Markt zuzuordnen. Die Marktuntersuchung der Kommission gab jedoch klare Hinweise für die vorgenommene Dreiteilung des Marktes,[343] die später auch im Fall RWE/Essent angewendet wurde. Auch das Bundeskartellamt hat in seiner jüngsten Fallpraxis eine Modifikation der Marktabgrenzung auf der Endkundenebene vorgenommen. Bislang unterschied das Amt zwischen Stromkleinkunden und Stromgroßkunden. Inzwischen hat es eine weitere Differenzierung des Stromkleinkundensegments vorgenommen und dabei zunächst den Heizstrommarkt herausgelöst und beim Haushaltsstrom zwischen der Belieferung von Stromkleinkunden zu allgemeinen Preisen (Grundversorgungsmarkt) und der Belieferung von Stromkleinkunden außerhalb von allgemeinen Preisen mit Haushaltsstrom (Sondervertragsmarkt) unterschieden. Dies ist jedoch eine andere Unterteilung als die von der Europäischen Kommission vorgenommene. Die Monopolkommission nimmt im Rahmen der nationalen Fusionskontrolle eine skeptische Haltung gegenüber der neuen Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes ein.[344] Im Gegensatz zum Bundeskartellamt belegt die Europäische Kommission ihre Feststellung mit einer Marktuntersuchung und gewinnt damit nach Ansicht der Monopolkommission an Glaubwürdigkeit.

697. In Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung der Stromversorgung von Kleinkunden geht die Europäische Kommission traditionell von regionalen Märkten aus. In der Entscheidung Vattenfall/Nuon diskutiert sie unter anderem anhand verschiedener empirischer Untersuchungen eine weitere Marktabgrenzung, die das gesamte Bundesgebiet abdecken würde. Letztlich bestätigt sie jedoch die regionale Reichweite der betroffenen Märkte. Für diese Feststellung sprach auch eine empirische Untersuchung, die auf den Daten des Monitoringberichts der Bundesnetzagentur basierte. Darüber hinaus stellte die Europäische Kommission einer von Vattenfall vorgelegten ökonomischen Studie auf der Basis von Verivox-Daten eine eigene Erhebung gegenüber, aus der deutliche Unterschiede der Wettbewerbsbedingungen in den Gebieten der verschiedenen Verteilnetzbetreiber hervorgingen. Für eine regionale Marktdefinition sprach daneben der Umstand, dass eine Vielzahl von Anbietern ihre Marketingstrategie regional ausrichtet. Gleichwohl stellte die Europäische Kommission fest, dass es auch deutschlandweite Angebote gibt und ein zunehmender Trend hin zu einem deutschlandweiten Markt für die Versorgung von Kleinkunden mit Strom besteht. Insgesamt überwiegen nach Ansicht der Europäischen Kommission – zum aktuellen Zeitpunkt – jedoch noch die Indizien für eine regionale Marktabgrenzung. In dieser Hinsicht stimmt die Auffassung der Europäischen Kommission grundsätzlich mit der Überzeugung des Bundeskartellamtes überein. Allerdings nimmt das Bundeskartellamt neuerdings eine nationale Abgrenzung für die Kunden im Sondervertragssegment vor und schätzt lediglich den Grundversorgungsmarkt als regional ein.[345]

698. Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich die differenzierte Auseinandersetzung der Europäischen Kommission mit der Marktabgrenzung im Energiesektor. Sie unterstützt die vorsichtige Haltung der Europäischen Kommission in Bezug auf die behördliche Feststellung größerer als der traditionell abgegrenzten Märkte. Eine zu weite Marktabgrenzung birgt die Gefahr, dass die Marktmacht der Unternehmen auf ihren relevanten Märkten unterschätzt wird. Solange tragfähige Indizien auf eine regionale bzw. nationale Marktabgrenzung hindeuten, sollten daher die relevanten Märkte entsprechend eng definiert werden. Nach Auffassung der Monopolkommission bildet der potenzielle Wettbewerb, der disziplinierende Wirkungen auf das wettbewerbliche Verhalten der Marktakteure hat, eine der großen Chancen des europäischen Binnenmarktes. In diesem Zusammenhang ist auf die Entwicklung hinzuweisen, dass ehemalige nationale Monopolunternehmen verstärkt im Ausland investieren. Eine Ausweitung der Aktivitäten auf dem heimischen Markt ist für diese Unternehmen häufig nicht mehr möglich. So ist etwa in Deutschland die Konzentration sowohl auf der Erzeugungsebene im Elektrizitätsbereich als auch beim Angebot von Gas sehr hoch. Hinzu kommt die restriktive Fusionskontrollpraxis des Bundeskartellamtes, die Untersagungen bzw. strenge Abhilfemaßnahmen einschließt. Die Monopolkommission sieht die zunehmende Konzentration bei der Energieerzeugung auf europäischer Ebene mit Besorgnis. Eine zu großzügige Anwendung der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften könnte zu einer Situation führen, die länderübergreifend der aktuellen Lage in Deutschland mit einer hohen Konzentration auf der Erzeugerebene bzw. einer Konzentration des Gasangebots auf wenige Unternehmen entspricht.

4.4 Wettbewerbliche Beurteilung

699. Während des Berichtszeitraums lag der Schwerpunkt der von der Europäischen Kommission vorgenommenen Untersuchungen nach wie vor auf den horizontalen Effekten. In dem Verfahren Friesland/Campina hat die Europäische Kommission erstmals auf der Grundlage des SIEC-Tests eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung ausgeschlossen, obwohl zuvor die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung angenommen worden war. In dem Fall Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex berücksichtigte sie – jedenfalls inzident – eine Art Bagatellmarktschwelle bei der wettbewerblichen Analyse.

700. Die Europäische Kommission hat sich im Berichtszeitraum erkennbar häufiger und detaillierter mit den vertikalen Auswirkungen von Zusammenschlüssen befasst. Unter diesem Gesichtspunkt untersuchte sie z. B. die Vor-

[343] Diese Erkenntnis wurde auch gestützt durch die Marktuntersuchung im Fall EdF/Seeboard; vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 25. Juli 2002, COMP/M.2890.

[344] Vgl. dazu Tz. 584.

[345] Vgl. zur Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes Tz. 583.

haben Vivendi/Activision, Ingersoll Rand/Trane, Nokia/ Trolltech sowie CVC/Schuitema, Eni/Distrigaz und CVC/ RAG/Evonik in der ersten Verfahrensphase. Eine eingehendere Prüfung nahm sie in den Fällen TomTom/ Teleatlas, Nokia/ Navteq sowie Itema/Barcovision und Google/Doubleclick vor. Die wettbewerbliche Beurteilung dieser Fälle fand auf der Grundlage der Leitlinien zu nicht horizontalen Zusammenschlüssen statt, welche die Europäische Kommission Ende 2007 verabschiedet hat.[346]

701. Die Europäische Kommission konzentrierte sich während des Berichtszeitraums – wie in den vergangenen Jahren – überwiegend auf die nicht koordinierten Effekte von Zusammenschlüssen. In einigen Fällen ging sie daneben möglichen koordinierten Auswirkungen nach, hielt ihre entsprechenden Ausführungen jedoch regelmäßig eher kurz. Nur vereinzelt äußerte sie Wettbewerbsbedenken aufgrund von koordinierten Wirkungen. Lediglich in einem Verfahren – ABF/GBI – hat die Europäische Kommission ausschließlich koordinierte Effekte zum Anlass genommen, um eine vertiefte Prüfung vorzunehmen. Das Vorhaben wurde unter Bedingungen und Auflagen freigegeben.

702. Bemerkenswert ist die Zunahme der Verfahren während des Berichtszeitraums, in denen die Zusammenschlussparteien Effizienzargumente vorgetragen haben. Die Europäische Kommission stellte häufig nach einer relativ knappen Prüfung fest, dass einzelne oder sämtliche Voraussetzungen für eine Berücksichtigung des Effizienzeinwands fehlen. Im Berichtszeitraum hat sie allerdings zwei Mal – in den vertikalen Zusammenschlüssen TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq – das Vorliegen aller Voraussetzungen bestätigt. In dem Verfahren Lufthansa/ SN Airholding nahm sie erstmals eine Abwägung zwischen der Wettbewerbsbeeinträchtigung einerseits und den Effizienzen andererseits vor.

703. Die Europäische Kommission hat sich im Berichtszeitraum – vor allem in Zweite-Phase-Verfahren – vermehrt mit ökonomischen Studien und quantitativen Analysen auseinandergesetzt. Wie bislang werden solche Studien und Analysen überwiegend von den Zusammenschlussparteien oder der Europäischen Kommission in das fusionskontrollrechtliche Verfahren eingeführt. Dies erfolgte z. B. in den Fällen Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex, Arsenal/DSP, TomTom/Tele Atlas, Nokia/Navteq und Friesland/Campina. Vereinzelt legen aber auch Dritte, wie im Verfahren Rewe/Adeg, entsprechende Dokumente vor, um ihren Standpunkt zu untermauern. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum verstärkt Verbraucherbefragungen durchgeführt und wertete zunehmend auch interne Unterlagen der Zusammenschlussbeteiligten aus.

[346] Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. C 265 vom 18.Oktober 2008, S. 6.

4.4.1 Keine Wettbewerbsbeeinträchtigung trotz marktbeherrschender Stellung

704. In der Entscheidung Friesland/Campina hat die Europäische Kommission – soweit ersichtlich – erstmals seit Inkrafttreten der VO 139/2004 eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung verneint, obwohl sie zuvor die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt hatte. Das angemeldete Vorhaben würde die beiden größten Abnehmer von konventioneller Rohmilch in den Niederlanden vereinen, die gemeinsam zwischen 70 und 80 Prozent des Marktes kontrollieren. Die Marktanteile der Zusammenschlussparteien haben sich nach den Erkenntnissen der Europäischen Kommission in der Vergangenheit als sehr stabil erwiesen. Die beiden nächsten Wettbewerber halten jeweils 5 bis 10 Prozent der Marktanteile, zwei weitere Konkurrenten kommen auf Marktanteile von je 0 bis 5 Prozent. Überdies ist die Lieferantenseite stark fragmentiert. Die Marktuntersuchung hat ferner nicht bestätigt, dass die Wettbewerber in jüngerer Vergangenheit imstande waren, eine bedeutende Anzahl Mitglieder von den Anmeldern abzuwerben. Diese Faktoren lassen nach Überzeugung der Europäischen Kommission mit hoher Wahrscheinlichkeit auf eine beherrschende Stellung der Zusammenschlussbeteiligten auf dem Beschaffungsmarkt für Rohmilch schließen. Darüber hinaus geht die Europäische Kommission davon aus, dass der Zusammenschluss den Zugang zu Rohmilch insbesondere für kleinere Wettbewerber erschweren wird, da deren Lieferanten von den günstigeren Bedingungen der Anmelder angezogen werden würden. Dies wiederum würde die Stellung der Anmelder auf den vorgelagerten Märkten weiter stärken.

705. Im Ergebnis hält die Europäische Kommission das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung gleichwohl für unwahrscheinlich. Ihrer Auffassung nach steht der Möglichkeit der neuen Unternehmenseinheit, den Milchviehhaltern durch eine Drosselung der Abnahme niedrigere Preise aufzuzwingen – was geringere Produktionsmengen für die nachgelagerten Märkte zur Folge hätte und somit dem Wohl der Verbraucher schaden würde –, die Unternehmensstruktur der beiden Fusionsbeteiligten als Genossenschaften entgegen. Hauptziel der Genossenschaften sei es, langfristig die bestmöglichen Auszahlungspreise für ihre Mitglieder zu erzielen. Eine Senkung des Auszahlungspreises ist nach Ansicht der Europäischen Kommission nicht durchsetzbar, da die Milchviehhalter als Genossenschaftsmitglieder in einem solchen Fall die Geschäftsführung absetzen würden. Die neue Unternehmenseinheit könne daher, sofern sie ihre genossenschaftliche Struktur beibehalte, langfristig keine Politik betreiben, die das Einkommen der Mitglieder senke. Es bestehe auch kein Grund anzunehmen, dass das fusionierte Unternehmen in absehbarer Zukunft keine Genossenschaft mehr sein werde. Deshalb wird es nach Ansicht der Europäischen Kommission weder fähig sein noch Anreize haben, den Rohmilchpreis derart zu senken, dass reduzierte Produktionsmengen und Preiserhöhungen auf nachgelagerten Märkten die Folge wären.

706. Die Europäische Kommission hat in diesem Zusammenhang außerdem untersucht, inwiefern der Zusammenschluss den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten beeinträchtigen würde. Sie kommt zu dem Schluss, dass die neue Unternehmenseinheit die Möglichkeit und den Anreiz hätte, ihre starke Stellung auf dem Beschaffungsmarkt zu nutzen, um gegenüber bestehenden oder potenziellen Wettbewerbern auf nachgelagerten Märkten den Zugang zu Rohmilch zu beschränken oder zu erschweren. Dafür spreche, dass Friesland/Campina nach dem Zusammenschluss auf einigen nachgelagerten Märkten über Marktmacht bzw. beherrschende Stellungen verfügen und dadurch zu einem unumgänglichen Handelspartner werde. Dies werde es ihr erleichtern, auf den betroffenen nachgelagerten Märkten höhere Preise und Gewinnspannen zu erzielen. Die Europäische Kommission geht weiter davon aus, dass die zusätzlichen Gewinne in Form von höheren Auszahlungspreisen an die Genossenschaftsmitglieder ausgezahlt werden. Aufgrund der höheren Auszahlungspreise für Rohmilch könnten die Zusammenschlussparteien wiederum neue Mitglieder gewinnen bzw. verhindern, dass ihre Mitglieder zu Wettbewerbern wechseln.

707. Bemerkenswert sind die dargestellten Ausführungen zum vorgelagerten Markt für die Beschaffung von Rohmilch, weil die Europäische Kommission zwar eine marktbeherrschende Stellung der Fusionsbeteiligten gegenüber den Milchlieferanten bejaht, ausnahmsweise aber eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung im Ergebnis verneint. Der Europäischen Kommission ist insofern zuzustimmen, als die Zusammenschlussparteien ihren Milchviehhaltern gegenüber keine Nachfragemacht ausüben können. Dieses Ergebnis ist der besonderen Struktur der Zusammenschlussparteien als Genossenschaften geschuldet. Deren Lieferanten haben als Genossenschaftsmitglieder entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung der beteiligten Genossenschaften und werden auch nach vollzogenem Zusammenschluss an dem Ziel festhalten, möglichst hohe Auszahlungspreise sicherzustellen. Eine Aufgabe der genossenschaftlichen Struktur ist nicht geplant. Zweifel bestehen indes an der Feststellung der Europäischen Kommission, die Genossenschaften nähmen eine marktbeherrschende Stellung gegenüber ihren Lieferanten ein. Die dargestellten Besonderheiten des Falles – personelle Identität von Lieferanten und Genossen, maßgebliche Einflussmöglichkeiten der Lieferanten auf die Geschäftsführung der Genossenschaft, genossenschaftliche Zielsetzung – sprechen dafür, bereits die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung gegenüber den Genossenschaftsmitgliedern zu verneinen. In diesem Sinn hat auch das Bundeskartellamt in dem Fall Humana/Nordmilch entschieden, in dem es um den Zusammenschluss von zwei deutschen Milchgenossenschaften ging.[347] Das Bundeskartellamt verneinte die Entstehung von Nachfragemacht unter anderem mit der Begründung, dass die Erlöse der Genossenschaften vollständig an die Genossen ausgezahlt werden und auch nach dem Zusammenschluss kein Gewinn bei der Genossenschaft verbleibt. Die Genossenschaften seien ferner nicht imstande, einzelne Genossenschaftsmitglieder auszuschließen. Eine Änderung der gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen sei wiederum nur mit der (indirekten) Zustimmung der Genossen möglich. Sämtliche dieser Faktoren treffen auch auf den von der Europäischen Kommission entschiedenen Fall zu. Der Vergleich der beiden Entscheidungen verdeutlicht, dass auf der Grundlage des Marktbeherrschungstests kein anderes Ergebnis erzielt worden wäre.

4.4.2 Wettbewerbswirkungen der Fusion trotz bereits bestehender Beteiligung

708. Im Dezember 2008 hat die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben KLM/Martinair in der zweiten Verfahrensphase ohne Bedingungen und Auflagen freigegeben.[348] Beide Unternehmen sind im weltweiten Luftfracht- und Passagierluftverkehr tätig. Von dem Zusammenschlussvorhaben betroffen sind die Bereiche Luftfracht und Passagiertransport. Die Europäische Kommission äußerte insbesondere beim Passagiertransport auf den Strecken Amsterdam–Curaçao und Amsterdam–Aruba ernsthafte Wettbewerbsbedenken, unter anderem wegen der hohen gemeinsamen Marktanteile der Parteien von jeweils mehr als 80 Prozent. KLM war bereits vor dem Zusammenschluss mit 50 Prozent an Martinair beteiligt und beabsichtigte nun, die übrigen Anteile von der dänischen Maersk-Gruppe zu erwerben. In diesem Zusammenhang prüfte die Europäische Kommission zunächst, ob aufgrund der bisherigen Beteiligung von KLM an Martinair überhaupt von Wettbewerb zwischen den beiden Beteiligten auszugehen ist, der durch den Zusammenschluss behindert werden könnte. Im Ergebnis bejahte sie das Vorliegen von Wettbewerb, wenn auch in begrenztem Umfang. Nach Ansicht der Europäischen Kommission können beide Fluggesellschaften grundsätzlich als Wettbewerber angesehen werden. Durch den Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle würde die derzeitige operative Unabhängigkeit von Martinair gegenüber KLM und der bestehende Wettbewerbsdruck zwischen den beiden Fluggesellschaften entfallen. Wegen des Umstands, dass KLM bereits vor dem Zusammenschluss Kontrolle über Martinair ausgeübt habe, würden die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb jedoch geringer ausfallen. Letztlich verneinte die Europäische Kommission das Auftreten erheblicher Wettbewerbsbehinderungen mit Hinweis auf den Wettbewerber Arkefly, der auf beiden Strecken Linienflüge anbietet und Aruba mit drei Direktflügen pro Woche sowie Curaçao mit täglichen Direktflügen bedient.

709. Die Europäische Kommission hat bereits früher über Konstellationen entschieden, in denen die Zusammenschlussparteien schon im Vorfeld der angemeldeten Transaktion gesellschaftsrechtlich verbunden waren. In mehreren dieser Verfahren wertete die Europäische Kommission den Umstand, dass das erwerbende Unternehmen

[347] BKartA, Entscheidung vom 9. Juni 2009, B2-29/09; vgl. Tz. 514 ff.

[348] Vgl. zu KLM/Martinair auch Tz. 806.

bereits vor dem Zusammenschluss einen Teil der Kontrolle an dem Erwerbsobjekt hielt, als ein wesentliches Argument für das Fehlen von Wettbewerbsproblemen. In komplexeren Fällen, z. B. Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB, hat die Europäische Kommission die Auswirkungen des Zusammenschlusses allerdings eingehend untersucht, wobei auch hier das Ausmaß des Wettbewerbsdrucks zwischen den beteiligten Unternehmen vor dem Zusammenschluss von maßgeblicher Bedeutung war. Die Monopolkommission beurteilt diese differenzierte Vorgehensweise positiv. Die Auswirkungen einer im Vorfeld bestehenden Beteiligung werden von Fall zu Fall unterschiedlich ausfallen und müssen jeweils anhand der konkreten Vertrags- und Marktverhältnisse eingeschätzt werden. Es ist daher zu begrüßen, dass die Europäische Kommission im vorliegenden Fall eine fundierte Prüfung vornahm und negative Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens nicht pauschal ablehnte.

710. Nach Auffassung der Monopolkommission ist im vorliegenden Fall der Umstand entscheidend, dass der wettbewerbliche Druck, den Martinair auf KLM ausübt, in Zukunft auch ohne den Zusammenschluss geringer ausfallen wird. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission wird Martinair nur wettbewerbsfähig bleiben, falls erhebliche Investitionen in ihre Passagierflugzeugflotte fließen. Solche Investitionen können jedoch nur mit Zustimmung von KLM und Maersk erfolgen. Selbst wenn Maersk Investitionen befürworten sollte – was unwahrscheinlich erscheint, weil das Unternehmen bereits seinen Rückzug aus dem Luftfracht- und -passagiergeschäft angekündigt hat –, bedarf es zusätzlich der Zustimmung von KLM. Es erscheint zumindest fraglich, ob KLM ausreichende Anreize für eine Erneuerung von Martinairs Passagierflugzeugflotte hat, zumal das Unternehmen nach Erkenntnissen der Europäischen Kommission vor allem am Luftfrachtgeschäft von Martinair interessiert ist. Mithin ist die Annahme vertretbar, dass KLM und Martinair zwar vor dem Zusammenschluss auf gewissen Routen als Konkurrenten auftreten, der wettbewerbliche Druck seitens Martinair aber sukzessive abnehmen wird. Die Europäische Kommission hat daher die Auswirkungen des Zusammenschlusses in zutreffender Weise als gering angesehen.

4.4.3 Bagatellmarktschwelle in der europäischen Fusionskontrolle?

711. Das Zusammenschlussvorhaben Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex, das die Europäische Kommission im Juni 2008 in Verbindung mit Abhilfemaßnahmen freigab, wirkte sich unter anderem auf den Markt für Selbstdurchschreibpapier sowie auf die Märkte für industrielles und grafisches Transparent-Zeichenpapier aus.[349] Die genaue räumliche Marktabgrenzung ließ die Europäische Kommission offen und prüfte das Vorhaben parallel auf der Grundlage EWR-weiter und globaler Märkte. Sie erhob Wettbewerbsbedenken lediglich auf dem Markt für Selbstdurchschreibpapier, wo die neue Unternehmenseinheit gemeinsame Marktanteile in Höhe von 40 bis 50 Prozent bei einem Marktanteilszuwachs von 15 bis 20 Prozent erreichen würde. Daneben verwies die Europäische Kommission vor allem auf die stabilen Kundenbeziehungen auf dem relevanten Markt. Sie gab den Zusammenschluss erst frei, nachdem die Fusionsparteien Veräußerungsverpflichtungen eingegangen waren.

712. Auf den Märkten für industrielles und grafisches Transparent-Zeichenpapier erkannte die Europäische Kommission hingegen keine Wettbewerbsprobleme, obwohl die Parteien auf dem erstgenannten Markt gemeinsame EWR-weite Marktanteile von 50 bis 60 Prozent halten. Bei grafischem Transparent-Zeichenpapier lagen die jeweiligen Marktanteile sogar noch höher – für Arjowiggins bei 60 bis 70 Prozent und für Reflex bei 10 bis 20 Prozent. Zur Begründung ihrer Auffassung verwies die Europäische Kommission in erster Linie auf das geringe Volumen der betroffenen Märkte. Tatsächlich betragen die Marktvolumina auf dem europäischen Markt für industrielles Transparent-Zeichenpapier lediglich knapp 10 Mio. Euro und auf dem europäischen Markt für grafisches Transparent-Zeichenpapier etwa 40 Mio. Euro. Darüber hinaus argumentierte die Europäische Kommission mit einem gewissen Wettbewerbsdruck durch andere Papiersorten, die sie jedoch zuvor aus dem relevanten sachlichen Markt ausgeschlossen hatte.

713. Die Monopolkommission verkennt nicht, dass der wirtschaftliche Schwerpunkt des Zusammenschlusses auf dem Markt für Selbstdurchschreibpapier liegt und die Märkte für Transparent-Zeichenpapier von geringer wirtschaftlicher Bedeutung sind. Dennoch erinnert sie daran, dass die Fusionskontrollverordnung keine Bagatellmarktschwelle enthält, auf deren Grundlage von einer Prüfung kleiner Märkte abgesehen werden kann. Gemeinsame Marktanteile in Höhe von 70 bis 80 Prozent, wie auf dem Markt für grafisches Transparent-Zeichenpapier festgestellt, bedürfen daher einer eingehenden Untersuchung seitens der Europäischen Kommission. Dies gilt um so mehr, als sich während des Verfahrens verschiedene Marktteilnehmer kritisch zu dem Zusammenschluss geäußert und auf den erheblichen Preissetzungsspielraum der neuen Unternehmenseinheit hingewiesen haben.

4.4.4 Nicht horizontale Zusammenschlüsse

714. Im November 2007 hat die Europäische Kommission Leitlinien zu nicht horizontalen Zusammenschlüssen veröffentlicht.[350] Nicht horizontale Zusammenschlüsse können vertikaler und konglomerater Natur sein. Die Europäische Kommission geht einerseits davon aus, dass nicht horizontale Zusammenschlüsse üblicherweise weniger Anlass zu Wettbewerbsbedenken geben als horizontale Fusionen, da sie nicht mit einem Verlust an direktem Wettbewerb einhergehen und häufig mit erheblichen Effi-

[349] Vgl. zu Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex auch Tz. 750, 815.

[350] Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. C 265 vom 18.Oktober 2008, S. 6. Auf der Website der Europäischen Kommission konnten die Leitlinien bereits im November 2007 eingesehen werden.

zienzgewinnen verbunden sind. Andererseits räumt sie ein, dass nicht horizontale Zusammenschlüsse den Wettbewerb im Einzelfall auch erheblich behindern können. Diese Gefahr besteht insbesondere dann, wenn die fusionierenden Unternehmen über ein deutliches Maß an Marktmacht verfügen. Dieses fehlt nach Ansicht der Europäischen Kommission, wenn der Marktanteil der neuen Unternehmenseinheit auf jedem der betroffenen Märkte unterhalb von 30 Prozent und der Herfindahl-Hirshman-Index (HHI) unterhalb von 2 000 liegt.

715. Bei ihrer Prüfung berücksichtigt die Europäische Kommission nicht koordinierte und koordinierte Auswirkungen von nicht horizontalen Zusammenschlüssen. Im Zusammenhang mit nicht koordinierten Auswirkungen stellt die Europäische Kommission in erster Linie auf mögliche Abschottungseffekte ab und unterscheidet hierbei zwischen zwei Arten des Marktverschlusses – der Abschottung von Einsatzmitteln („input foreclosure“) und der Abschottung des Zugangs von Kunden („customer foreclosure“). Eine Abschottung von Einsatzmitteln wird dann angenommen, wenn das neue Unternehmen nach der Fusion imstande ist, den Zugang zu wichtigen Vorprodukten für seine Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt zu erschweren oder zu verhindern. Eine Abschottung des Zugangs von Kunden liegt dann vor, wenn ein Lieferant und ein für die Branche wichtiger Abnehmer fusionieren und infolgedessen die Möglichkeiten für die Wettbewerber des Lieferanten, ihre (Vor-)Produkte an Kunden zu veräußern, erschwert wird. Eine Abschottung in diesem Sinn kann z. B. durch einen vollständigen oder teilweisen Liefer- oder Abnahmestopp, aber auch mittels Preiserhöhungen oder Qualitätsminderungen stattfinden. Gemäß den Leitlinien soll sich die fusionskontrollrechtliche Prüfung auf drei Fragen konzentrieren: Hat die neue Unternehmenseinheit die Möglichkeit zur Abschottung? Existieren ausreichende Anreize für eine solche Unternehmensstrategie? Welche Auswirkungen hätte eine solche Abschottungspolitik auf den Wettbewerb?

716. Bei der Möglichkeit zur Abschottung ist insbesondere der Frage nachzugehen, ob die fusionierte Unternehmenseinheit über Marktmacht verfügt und das betroffene Einsatzmittel für die Herstellung des nachgelagerten Produkts von besonderer Bedeutung ist. Der Abschottungsanreiz hängt davon ab, in welchem Maß eine Abschottung profitabel wäre. Im Wesentlichen wird das neue Unternehmen zwischen dem Gewinnrückgang im vorgelagerten Markt, der auf den geringeren Einsatzmittelabsatz zurückzuführen ist, und dem kurz- oder längerfristigen Gewinnzuwachs aufgrund des Absatzwachstums bzw. der Preiserhöhung im nachgeordneten Bereich abwägen.

717. Neben der Gefahr der Marktabschottung kann ein nicht horizontaler Zusammenschluss durch den Zugang zu Informationen der Wettbewerber negative Wettbewerbswirkungen entfalten. So besteht die Möglichkeit, dass das neue Unternehmen durch seine Tätigkeit auf der vorgelagerten Marktstufe Informationen über Wettbewerbsparameter seiner Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt erlangt. Bei ihrer Beurteilung nicht horizontaler Auswirkungen beachtet die Europäische Kommission sowohl mögliche wettbewerbswidrige Wirkungen des Zusammenschlusses als auch potenzielle Effizienzgewinne. Für die Beurteilung der Effizienzgewinne gelten die Ausführungen in den Horizontal-Leitlinien.[351] Hier ist festgelegt, dass Effizienzvorteile bei der Analyse einer Fusion nur dann berücksichtigt werden können, wenn sie quantifiziert werden, den Verbrauchern zugutekommen, fusionsspezifisch und nachprüfbar sind.

718. Die Monopolkommission hat in ihrem letzten Hauptgutachten die Veröffentlichung der nicht horizontalen Leitlinien grundsätzlich begrüßt und den Ausführungen der Europäischen Kommission zum großen Teil zugestimmt.[352] Sie bekräftigt indes ihre Überzeugung, dass in der Praxis vor allem auf Märkten mit heterogenen Gütern Schwierigkeiten bestehen können, zwischen horizontalen und nicht horizontalen Fusionen zu unterscheiden. Deshalb tritt sie nach wie vor dafür ein, auch bei der Untersuchung nicht horizontaler Zusammenschlüsse Marktstrukturkriterien zu berücksichtigen. Die Monopolkommission unterstützt den Ansatz der Europäischen Kommission, positive und negative Anreize zur Marktabschottung zu untersuchen. Sie lehnt es jedoch ab, bereits zum Zeitpunkt des Fusionskontrollverfahrens zu berücksichtigen, inwieweit die Anreize zu Missbrauchspraktiken durch drohende Sanktionen effektiv beeinflusst bzw. vermindert werden. Eine fundierte Prüfung solcher Verhaltensweisen im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens scheitert schon an den engen gesetzlichen Fristen. Eine „erste Analyse“ nach Artikel 102 AEUV oder nationalen Missbrauchsvorschriften, wie sie die Leitlinien vorsehen, gesteht der Wettbewerbsbehörde einen fast unbegrenzten Beurteilungsspielraum zu. Auch der EuGH hat die Simulation eines Missbrauchsverfahrens in der Folge eines Zusammenschlusses im Zeitpunkt der präventiven Fusionskontrolle als zu spekulativ abgelehnt.[353]

719. Im Berichtszeitraum hatte die Europäische Kommission eine ganze Reihe von Zusammenschlussvorhaben zu entscheiden, in denen nicht horizontale Aspekte eine Rolle spielten. Im Vordergrund standen hierbei vertikale Auswirkungen, nur sehr selten traten – wie im Fall Vivendi/Activision – daneben konglomerate Effekte auf. Teilweise beinhalteten die untersuchten Vorhaben neben nicht horizontalen auch horizontale Aspekte, z. B. in den Verfahren Ricoh/Ikon und ENI/Distrigaz. Der Großteil der Fälle mit nicht horizontalen Auswirkungen wurde nach kurzer Prüfung in der ersten Verfahrensphase ohne Bedingungen und Auflagen freigegeben. Hier sind unter anderem die Verfahren Vivendi/Activision, Ingersoll Rand/Trane, Nokia/Trolltech, CVC/Schuitema, Eni/Distrigaz, CVC/RAG/Evonik sowie Ricoh/Ikon und Barclays/Investcorp/N&V Global Vending zu nennen, in

---

[351] Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5.

[352] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 789 ff.

[353] EuGH, Urteil vom 15. Februar 2005, Rs. C-12/03 P „Kommission/Tetra Laval“, Slg. 2005, I-987, Rn. 71 ff.

denen eine Freigabe gemäß Artikel 6 Absatz 1 lit. b FKVO erteilt wurde. In den Verfahren TomTom/Tele Atlas, Nokia/Navteq sowie Itema/Barcovision und Google/Doubleclick eröffnete die Europäische Kommission hingegen die zweite Prüfungsphase und führte eingehende Untersuchungen durch. In allen vier Fällen kam sie zu dem Ergebnis, dass keine Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu befürchten seien. Sie gab daher auch diese Vorhaben ohne Bedingungen und Auflagen nach Artikel 8 Absatz 1 FKVO frei.

720. Aus den genannten Erste-Phase-Entscheidungen wird deutlich, wie die Europäische Kommission mit nicht horizontalen, insbesondere vertikalen Zusammenschlüssen, umgeht. Ausgangspunkt ist die in den Leitlinien genannte 30-Prozent-Marktanteilsgrenze. Wird diese Grenze verfehlt, verneint die Kommission das Vorliegen vertikaler Auswirkungen. Wird die Grenze erreicht, findet eine Prüfung der Fähigkeit und der Anreize zur Marktabschottung statt. Bei der Frage, ob die Fähigkeit zum Marktverschluss existiert, geht die Europäische Kommission – wenn auch kurz – auf die Aspekte Marktmacht, Existenz von Wettbewerbern sowie Bedeutung des Einsatzmittels ein. Für die Feststellung von Marktmacht sind in erster Linie die Marktanteile der beteiligten Unternehmen und ihrer Wettbewerber relevant. Existiert eine Reihe von Wettbewerbern mit entsprechend hohen Marktanteilen, wird die Fähigkeit zur Marktabschottungsstrategie regelmäßig verneint. Daneben erwähnt die Europäische Kommission in den dargestellten Fällen Argumente, die für oder gegen das Bestehen von Anreizen zur Abschottung sprechen. Dazu gehören Faktoren wie der Anteil der Input- an den Gesamtkosten der Produktion, die jeweiligen Gewinnmargen beim Vor- und Endprodukt sowie die Kosten eines Wechsels von einem Anbieter zum anderen. Zum Teil geht die Europäische Kommission auch auf Fragen der Vertragsgestaltung mit bestehenden Kunden ein. Das Vorliegen langfristiger Verträge oder Vertragsklauseln, die den existierenden Kundenstamm vor Preiserhöhungen oder Qualitätsverlusten schützen, sprechen ihrer Ansicht nach gegen die Gefahr einer Marktabschottung.

721. Ferner ist festzustellen, dass jedenfalls bislang die Gefahr eines Marktverschlusses hinsichtlich der Einsatzmittel („input foreclosure“) im Mittelpunkt der Erste-Phase-Fälle stand, das Problem einer Kundenabschottung („customer foreclosure“) wurde eher selten thematisiert. Zum Teil hat die Europäische Kommission die Anreize zur Marktabschottung untersucht, obwohl sie die entsprechende Fähigkeit vorher bereits verneint hatte. In keinem der genannten Fälle wurden Effizienzgesichtspunkte geprüft. Außerdem wurden lediglich die nicht koordinierten Effekte der Zusammenschlussvorhaben angesprochen, koordinierte Auswirkungen bildeten hingegen keinen Untersuchungsgegenstand. Insgesamt lässt sich ein pragmatisches Vorgehen der Europäischen Kommission feststellen, das sich in einer relativ kurzen Prüfung der wesentlichen Aspekte niederschlägt.

722. Die zweite Verfahrensphase leitete die Europäische Kommission unter anderem in den Fällen TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq ein.[354] Die beiden Zusammenschlüsse wurden kurz nacheinander in Brüssel angemeldet und zeichnen sich dadurch aus, dass sie beide – auch – den Markt für digitale Kartendatenbanken für die Navigation betreffen, auf dem Tele Atlas und Navteq tätig sind. TomTom produziert auf den nachgelagerten Märkten sowohl Navigationssoftware als auch Navigationsgeräte, sog. PNDs (Personal Navigation Devices). Nokia ist der größte Produzent von Mobiltelefonen, die zunehmend mit Navigationsanwendungen ausgestattet werden.

723. Der vorgelagerte Markt für digitale Kartendatenbanken zu Navigationszwecken ist durch ein Duopol charakterisiert – Tele Atlas und sein Wettbewerber Navteq sind die einzigen Anbieter von digitalen Navigationsdatenbanken, die die Staaten des EWR abdecken. Tele Atlas hält Marktanteile in Höhe von 50 bis 70 Prozent, Navteq erreicht Anteile von 30 bis 50 Prozent.[355] Während TomTom im Jahr 2006 70 bis 90 Prozent seiner navigationsfähigen digitalen Kartendatenbanken von Tele Atlas erworben hatte, nutzt der Wettbewerber Garmin nahezu ausschließlich die navigationsfähigen digitalen Kartendatenbanken von Navteq. Die Verträge zwischen Garmin und Navteq laufen bis 2015 und enthalten eine Verlängerungsmöglichkeit bis 2019. Hindernisse für einen Wechsel des Anbieters sieht die Europäische Kommission als niedrig an. Die Möglichkeit von Markteintritten lehnt die Kommission als unwahrscheinlich ab. Den nachgelagerten Markt für Navigationsgeräte unterteilt sie je nach Art der Navigationsgeräte (PNDs, PDAs (Personal Digital Assistants)), Mobiltelefone mit Navigationsfunktion und Geräte, die in Armaturenbretter eingebaut werden). Größter Anbieter auf dem Markt für PNDs ist TomTom mit Marktanteilen von 30 bis 50 Prozent, es folgen MiTac und Garmin mit jeweils 10 bis 20 Prozent sowie einige kleinere Konkurrenten.

724. Im Ergebnis bejaht die Europäische Kommission zwar die Fähigkeit von TomTom/Tele Atlas zur Marktabschottung in Form von Preiserhöhungen und Qualitätsminderungen, lehnt aber entsprechende Anreize ab. Zum einen verfüge Tele Atlas mit ca. 50 Prozent der Marktanteile über die erforderliche Marktmacht. Zum Zweiten handele es sich bei den Kartendatenbanken trotz des geringen auf sie entfallenden Kostenanteils von 10 Prozent um eine wichtige Komponente für die Herstellung von PNDs. Drittens fehle es an zeitnahen und wirksamen Gegenstrategien seitens der Wettbewerber. Mangels ausreichender Anreize für eine solche Unternehmensstrategie hält es die Europäische Kommission allerdings für unwahrscheinlich, dass das geplante Vorhaben zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung führen würde. Nach Ansicht der Europäischen Kommission wäre der Nutzen, den eine Erhöhung der Preise für Kartendatenbanken gegenüber den Mitbewerbern von TomTom bringen würde, angesichts des kleinen Anteils der Kartendatenbanken an den Gesamtkosten relativ gering. Aus diesem Grund

[354] Vgl. zu TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq auch Tz. 755.

[355] Im zeitlich nachfolgenden Verfahren Nokia/Navteq ermittelte die Europäische Kommission Marktanteile von Navteq in Höhe von 40 bis 45 Prozent und von Tele Atlas in Höhe von 55 bis 60 Prozent.

müssten die Preise für Kartendatenbanken erheblich steigen, damit sie sich auf die Preise auf dem nachgelagerten PND-Markt auswirken und es dem fusionierten Unternehmen erlauben, dort erhebliche Verkaufszuwächse zu erzielen. Außerdem geht die Europäische Kommission davon aus, dass zumindest ein Teil der Wettbewerber die Preiserhöhung nicht an die Endverbraucher weitergeben würde. Zudem wäre der Wettbewerber Garmin jedenfalls mittelfristig nicht von einer Preiserhöhung betroffen.

725. Im Fall Nokia/Navteq war mit Navteq der zweite Anbieter von navigationsfähigen Kartendatenbanken mit EWR-Abdeckung involviert. Auf dem nachgelagerten Markt für Mobiltelefone mit Navigationsfunktionen erreicht Nokia einen Anteil von 35 bis 45 Prozent. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission herrscht auf dem Markt starker Wettbewerb unter Einschluss häufiger Marktzutritte, dennoch werde kurzfristig niemand Nokia seine starke Position streitig machen können. Bei ihrer wettbewerblichen Analyse lässt die Europäische Kommission letztlich offen, ob das neue Unternehmen die Fähigkeit zur Marktabschottung besitzen würde. Sie bejaht zwar das Vorliegen von Marktmacht bei Navteq, weil ca. 50 Prozent der Marktanteile auf das Unternehmen entfallen und nicht mit Marktzutritten zu rechnen sei. Unklar ist ihrer Ansicht nach jedoch schon, ob Kartendatenbanken einen unentbehrlichen Bestandteil von Mobiltelefonen darstellen. Die Navigationsfähigkeit von Mobiltelefonen sei nur eine von mehreren Zusatzfunktionen, zwischen denen Mobiltelefonhersteller wählen könnten. Nicht auszuschließen sei darüber hinaus, dass rechtzeitige und ausreichende Gegenstrategien zur Verfügung stünden. Hier nennt die Europäische Kommission in erster Linie den Wettbewerber Tele Atlas – aber auch Garmin –, der aufgrund seiner langfristigen Vertragsbeziehungen für eine Reihe von Jahren vor Preiserhöhungen geschützt sei und quasi als dritter Wettbewerber auftrete. Schließlich gehe von den Mobilfunknetzbetreibern eine gewisse Gegenmacht aus. Nach Auffassung der Europäischen Kommission fehlt jedenfalls der Anreiz für das neue Unternehmen, eine Verdrängungsstrategie zu verfolgen. Sie begründet diese Einschätzung ähnlich wie im Fall TomTom/Tele Atlas.

726. Neben dem Aspekt der Marktabschottung prüft die Europäische Kommission in beiden Fällen die Auswirkungen des Zusammenschlusses im Hinblick auf den Zugang des fusionierten Unternehmens zu vertraulichen Informationen von Wettbewerbern auf den nachgelagerten Märkten. Die Europäische Kommission stellt zum einen fest, dass keine Pflicht zur Informationsweitergabe existiert. Zum Zweiten sei der tatsächlich stattfindende Informationsaustausch eher begrenzt und könne ohne nachteilige Folgen weiter reduziert werden. Drittens bestünden auch nach der Fusion Anreize für die neuen Unternehmenseinheiten, die vertraulichen Informationen ihrer Kunden zu schützen, weil der Ruf als neutraler Anbieter für die Erweiterung des Kundenstamms und die Steigerung des Verkaufserlöses von wesentlicher Bedeutung sei.

727. Nach Auffassung der Monopolkommission ist bemerkenswert, dass in den Fällen TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq eine Reihe der erläuterten Aspekte nach den Leitlinien zur Bewertung nicht horizontaler Zusammenschlüsse deutlich dafür spricht, dass die fusionierten Unternehmen Anreize haben, ihre Wettbewerber von dem Zugang zu Einsatzmitteln abzuschotten. Die Europäische Kommission interpretiert die in den Leitlinien aufgeführten Kriterien jedoch nicht als „Checkliste“, sondern weist einigen Faktoren eine größere Bedeutung hinsichtlich der Anreizwirkung für „input foreclosure“ zu als anderen. So hat sie eine empirische Untersuchung durchgeführt und festgestellt, dass in beiden Fällen trotz aller begünstigenden Faktoren der Trade-off zwischen Gewinneinbußen auf dem vorgelagerten Markt und dem Zusatzgewinn auf dem nachgelagerten Markt gegen eine Marktabschottungspolitik spricht. Im Fall Nokia/Navteq schätzte die Kommission, dass eine Abschottungsstrategie für das fusionierte Unternehmen nur dann profitabel sei, wenn Tele Atlas die Preise infolgedessen um über 200 Prozent erhöht; ein solcher Preisanstieg wurde aber für unrealistisch befunden. Eine ähnliche Einschätzung traf die Europäische Kommission umgekehrt im Fall TomTom/Tele Atlas. Die limitierenden Faktoren für die Anreize zur Abschottung waren in beiden Fällen der geringe Kostenanteil der Kartendatenbank an den gesamten Herstellungskosten für PNDs bzw. Mobiltelefone und die Tatsache, dass jeweils ein zweiter Anbieter auf dem Markt für Vorleistungen vorhanden ist, der nicht vertikal integriert ist mit einem Anbieter auf demselben nachgelagerten Markt.

728. Diese Einschätzung hält die Monopolkommission für kritikwürdig. Erstens sind laut Ermittlungen der Europäischen Kommission die Gewinnspannen der anderen Anbieter von PNDs niedriger als die von TomTom. Es ist davon auszugehen, dass auch ein Preisanstieg für die Kartendatenbanken, der erheblich unter 200 Prozent liegt und die anderen Hersteller nicht unmittelbar zu einer Preiserhöhung zwingt, deren Möglichkeiten, zukünftig in Forschung und Entwicklung sowie in Werbung zu investieren, vermindert und somit ihre Wettbewerbsposition beeinträchtigt. Somit sind die alternativen Hersteller von PNDs durch einen zweiten Anbieter auf dem Markt für Vorleistungen nur teilweise geschützt. Zweitens ist angesichts der schnellen technischen Entwicklung schwer abzusehen, ob für die anderen Hersteller von PNDs und Mobiltelefonen mit Navigationsfunktion langfristig tatsächlich mindestens ein alternativer Anbieter von Kartendatenbanken zur Verfügung steht. Zum einen muss die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass sich die Entwicklungspfade von Kartendatenbanken für PNDs und Mobiltelefone mit Navigationsfunktion trennen, sodass diese nicht ohne Weiteres in beiden Geräteklassen sinnvoll eingesetzt werden können. Zum anderen ist vorstellbar, dass sich die fusionierten Unternehmen durch eigene Produkte oder Kooperationen mit Dritten auf dem Markt für Mobiltelefone mit Navigationsfunktion (TomTom/Tele Atlas) bzw. auf dem Markt für PNDs (Nokia/Navteq) engagieren. In diesem Fall wäre kein zweiter Anbieter auf dem Markt für Vorleistungen vorhanden, der

nicht verbunden ist mit einem Hersteller auf demselben nachgelagerten Markt. Der Einwand der Europäischen Kommission, dass neben Tele Atlas und Navteq im Übrigen Garmin Navigationslösungen inklusive Kartenmaterial anderen Herstellern anbiete und damit eine dritte Bezugsquelle darstelle, gilt erst einmal nur so lange, wie der Vertrag zwischen Garmin und Navteq besteht, nämlich bis 2015, unter Umständen bis 2019. Dies hätte die EU-Kommission auch bei der Beurteilung der Möglichkeiten der Koordinierung zwischen TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq auf den nachgelagerten Märkten stärker anerkennen müssen.

729. Positiv steht die Monopolkommission hingegen der Feststellung der Europäischen Kommission in dem Verfahren Nokia/Navteq gegenüber, wonach eine prognostizierte Marktabschottung auch dann zu negativen Wettbewerbswirkungen führen kann, wenn nur einige Wettbewerber davon betroffen wären. Nokia hatte damit argumentiert, dass neben Mobiltelefonherstellern auch Mobilfunknetzbetreiber Navigationsanwendungen für Mobilfunkkunden anbieten, Letztere aber aufgrund ihrer erheblichen Einkaufsmacht wirksame Gegenstrategien gegen eine mögliche Abschottungspolitik des neuen Unternehmens verfolgen könnten. Die Europäische Kommission hielt diesen Einwand indes für wenig überzeugend, da die Angebote von Mobiltelefonherstellern und Mobilfunknetzbetreibern nicht vollständig substituierbar seien. Vielmehr gebe es aufseiten der Endkunden Präferenzen für bestimmte Angebote, sodass sich auch eine Abschottung, die auf bestimmte Produkte begrenzt sei, negativ auf die Verbraucher auswirken könne.

4.4.5 Nachfragemacht

730. Sowohl in der Wissenschaft als auch in der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes wird das Thema Nachfragemacht in jüngster Zeit verstärkt diskutiert.[356] Für die Zwecke der Fusionskontrolle sind zwei Aspekte der Nachfragemacht zu unterscheiden. Einerseits kann Nachfragemacht bei der Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben relevant werden, wenn die Fusionsparteien auf Beschaffungsmärkten gegenüber ihren Zulieferern über starke Marktstellungen verfügen. Andererseits kann Nachfragemacht in Form von gegengewichtiger Marktmacht vorliegen, mittels derer die Angebotsmacht der Zusammenschlussbeteiligten begrenzt wird. Der Schwerpunkt der Kommissionspraxis liegt nach wie vor auf Zusammenschlussvorhaben, die sich auf den Angebotswettbewerb auswirken. Vereinzelt, z. B. im Fall Friesland/Campina, hat die Europäische Kommission allerdings auch zu wettbewerblichen Auswirkungen auf Beschaffungsmärkten Stellung genommen. Gegengewichtige Marktmacht war Gegenstand der Entscheidungen ABF/GBI, Friesland/Campina und Rewe/Adeg. So war im Verfahren ABF/GBI die Feststellung von gegengewichtiger Nachfragemacht auf dem betroffenen französischen Markt ausschlaggebend dafür, dass koordinierte Effekte des Vorhabens entfielen.

[356] Vgl. hierzu ausführlicher Tz. 380 ff.

731. Die Europäische Kommission hat in ihren Horizontal-Leitlinien zu beiden Aspekten der Nachfragemacht Stellung genommen. Hinsichtlich der Nachfragemacht auf Beschaffungsmärkten erläutert sie, dass sie Transaktionen gegebenenfalls auch daraufhin untersucht, in welchem Ausmaß ein fusioniertes Unternehmen seine Kaufkraft in vorgelagerten Märkten verstärken kann und welche Auswirkungen davon ausgehen.[357] Die Europäische Kommission geht davon aus, dass mit einer Verstärkung der Nachfragemacht positive und negative Auswirkungen verbunden sein können. Positiv kann sich eine erhöhte Nachfragemacht dadurch auswirken, dass die Kosten für die Beschaffung gesenkt und die Kostenersparnis an die Verbraucher in Form niedrigerer Preise weitergegeben werden. Negative Effekte können sich ergeben, wenn das fusionierte Unternehmen seine Bezüge reduziert und in der Folge auch seine eigene Produktion im Markt der Endprodukte senkt (Output-Beschränkung). Daneben kann der Wettbewerb in den nachgeordneten Märkten beeinträchtigt werden, sofern die fusionierte Einheit ihre Nachfragemacht gegenüber ihren Lieferanten ausübt, um Mitbewerber abzuschotten (Abschottung). In diesen Ausführungen manifestiert sich die Grundhaltung der Europäischen Kommission, wonach die wettbewerbliche Beurteilung von Nachfragemacht maßgeblich von den Effekten auf die Konsumentenwohlfahrt bestimmt wird.

732. Gegengewichtige Nachfragemacht ist laut Leitlinien als die Verhandlungsmacht anzusehen, die ein Käufer gegenüber seinem Lieferanten angesichts seiner Größe, seiner wirtschaftlichen Bedeutung für den Verkäufer und seiner Fähigkeit ausspielen kann, zu anderen Lieferanten überzuwechseln.[358] Nach Ansicht der Europäischen Kommission sind sogar Unternehmen auf der Angebotsseite mit hohen Marktanteilen nicht in der Lage, Wettbewerb spürbar zu verhindern, wenn ihre Kunden gegengewichtige Nachfragemacht ausüben können. Gegengewichtige Nachfragemacht drückt sich in der glaubwürdigen Androhung aus, kurzfristig zu einer anderen Lieferquelle zu wechseln, eine vertikale Integration in den vorgelagerten Markt vorzunehmen oder die Expansion bzw. einen Marktzutritt im vorgelagerten Markt zu fördern. Ein Kunde kann ferner Gegenmacht ausüben, indem er sich weigert, andere von seinem Lieferanten hergestellte Produkte zu beziehen, oder seine Bezüge hinauszögert. Im Einzelfall sind die Anreize des Abnehmers zu prüfen, seine Nachfragemacht tatsächlich auszuüben. Außerdem ist nach Auffassung der Europäischen Kommission nicht davon auszugehen, dass Nachfragemacht die negativen Wirkungen eines Zusammenschlusses ausgleicht, wenn lediglich ein bestimmtes Kundensegment vor nachteiligen Wirkungen des Zusammenschlusses geschützt wird. Schließlich ist es unzureichend, wenn Nachfragemacht lediglich vor dem Zusammenschluss, nicht aber danach besteht.

[357] Vgl. Horizontal-Leitlinien, Tz. 61 ff.
[358] Vgl. ebenda, Tz. 64 ff.

733. In dem Verfahren Rewe/Adeg, das in der ersten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen abgeschlossen wurde, prüfte die Europäische Kommission insbesondere die Auswirkungen auf den österreichischen Einzelhandel mit Konsumgütern des täglichen Gebrauchs und auf die entsprechenden Beschaffungsmärkte.[359] Da der Zusammenschluss ihrer Einschätzung nach zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auf den Einzelhandelsmärkten führt, mussten die Parteien entsprechende Veräußerungszusagen anbieten. Soweit die Beschaffungsmärkte betroffen sind, grenzt die Wettbewerbsbehörde separate Märkte für 20 Produktkategorien ab und ermittelt die entsprechenden Marktanteile. Mit Verweis auf die Kommissionsentscheidung im Fall Rewe/Meinl, in der ein Marktanteilsschwellenwert von 22 Prozent genannt wird, ab dem ein Kunde für einen Lieferanten unverzichtbar wird, folgert die Europäische Kommission, dass die neue Unternehmenseinheit auf vier der betrachteten Beschaffungsmärkte Nachfragemacht erlangen wird.[360]

734. Trotz dieser Feststellung äußert die Europäische Kommission keine ernsthaften wettbewerblichen Bedenken auf den Beschaffungsmärkten. Ihrer Ansicht nach ist Nachfragemacht nicht per se als wettbewerbsfeindlich zu bewerten. Sofern effektiver Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt herrsche, seien marktstarke Käufer gezwungen, die Verbesserung ihrer Einkaufsbedingungen an den Endverbraucher weiterzugeben. Die Mehrheit der antwortenden Lieferanten hatte angegeben, dass Rewe schon vor dem Zusammenschluss aufgrund seiner Nachfragemacht unabhängig von seinen Lieferanten handeln konnte. Es ging auch niemand davon aus, dass die Preise auf dem Endkundenmarkt steigen würden. Vielmehr wird eine Stärkung des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt infolge der besseren Einkaufsbedingungen erwartet, die Rewe nach dem Zusammenschluss vermutlich erreichen wird. Im vorliegenden Fall werden laut Europäischer Kommission die wettbewerblichen Bedenken auf dem nachgelagerten Markt des Lebensmitteleinzelhandels durch die von Rewe vorgelegten Zusagen beseitigt. Daher sei es unwahrscheinlich, dass wettbewerbliche Probleme in den Beschaffungsmärkten auftreten, die Nachteile für die Verbraucher mit sich bringen.

735. In der Entscheidung Friesland/Campina setzt sich die Europäische Kommission mit beiden Aspekten der Nachfragemacht auseinander. Einerseits hält sie es für wahrscheinlich, dass die neue Unternehmenseinheit eine beherrschende Stellung auf dem Markt für die Beschaffung von konventioneller Rohmilch einnehmen würde. Wie oben erläutert,[361] lehnt sie jedoch aufgrund der Genossenschaftsstruktur der Zusammenschlussparteien das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auf dem vorgelagerten Markt ab. Andererseits verneint sie auf den nachgelagerten Märkten für Molkereiprodukte das Bestehen von gegengewichtiger Nachfragemacht seitens des Einzelhandels. In Bezug auf die nachgelagerten Märkte, z. B. den Markt für den Verkauf von Frischmilch, hatten die Zusammenschlussparteien geltend gemacht, dass die größten Handelsketten aufgrund ihrer Verhandlungsmacht Preiserhöhungen verhindern könnten. Die Europäische Kommission verwirft diese Argumentation und stellt zunächst klar, dass es nicht ausreicht, wenn nur vor dem Zusammenschluss ein gewisses Maß an Nachfragemacht besteht. Dieses müsse vielmehr auch nach der Fusion weiterbestehen, um bei der wettbewerblichen Würdigung berücksichtigt werden zu können. Im Anschluss stellt die Wettbewerbsbehörde die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Präsenz (einiger weniger) einflussreicher Abnehmer geeignet ist, kleinere oder weniger einflussreiche Käufer vor einer Verschlechterung der Lieferbedingungen zu schützen. Sie geht davon aus, dass Unternehmen, die nur geringe Mengen einkaufen, sehr wahrscheinlich nicht in der Lage sein werden, der neuen Unternehmenseinheit nennenswerte Nachfragemacht entgegenzusetzen. Selbst wenn große Einzelhändler über eine gewisse Verhandlungsmacht verfügten, sei nicht anzunehmen, dass auch andere Einzelhändler davon profitierten. Zum einen wäre das fusionierte Unternehmen nicht gezwungen, kleineren Abnehmern ähnliche Rabatte zu gewähren wie größeren Abnehmern. Zum anderen sei der Einzelhandelsmarkt für Frischmilch von einem relativ starken Wettbewerb geprägt, sodass für größere Abnehmer kein Anreiz bestehe, Konkurrenten vor Preiserhöhungen zu schützen.

736. Weitergehend stellt die Europäische Kommission fest, dass die Großabnehmer im konkreten Fall keine Verhandlungsmacht gegenüber der neuen Unternehmenseinheit ausüben können. Es bestehe angesichts der starken Stellung von Friesland/Campina auf dem Frischmilchmarkt mit 60 bis 70 Prozent Marktanteil keine realistische Möglichkeit, zu einem anderen Lieferanten zu wechseln. Zwar nehme prinzipiell die Glaubwürdigkeit einer Substitutionsdrohung mit der Größe des Abnehmers zu – je größer die abgenommene Menge, desto lohnender ein Lieferantenwechsel –, allerdings habe ein Großabnehmer gegebenenfalls auch größere Schwierigkeiten, seinen derzeitigen Lieferanten zu ersetzen. Zudem beliefern die Parteien große Einzelhändler nicht nur mit Frischmilch, sondern auch mit einer Reihe anderer Milchprodukte, bei denen sie über ein hohes Maß an Marktmacht verfügen. Das fusionierte Unternehmen könne glaubwürdig drohen, sein diesbezügliches Angebot zu verknappen oder den Preis zu erhöhen. Die schwache Verhandlungsmacht des Einzelhandels komme ferner darin zum Ausdruck, dass keine Einzelhandelskette einen „Türsteherstatus“ innehabe, d. h. auf irgendeinem Segment des Frischmilchmarktes über eine Monopolstellung oder eine Quasi-Monopolstellung verfüge.

737. Im vorliegenden Fall stellt auch die Drohung mit einer Rückwärtsintegration nach Ansicht der Europäischen Kommission keine glaubwürdige Drohung dar. Insbesondere angesichts der Tatsache, dass Milchprodukte nur eine von einer Vielzahl weiterer Produktkategorien ihres Verkaufssortiments bilden, deute nichts auf Fähigkeit und Anreize der Einzelhändler hin, in den Milchver-

[359] Vgl. zu Rewe/Adeg auch Tz. 809.
[360] EU-Kommission, Entscheidung vom 3. Februar 1999, COMP/M.1221 „Rewe/Meinl“.
[361] Vgl. Tz. 41 ff.

arbeitungsmarkt einzutreten. Schließlich konnte die Wettbewerbsbehörde keine Unternehmen ermitteln, die in der Lage wären, kurzfristig auf dem niederländischen Frischmilchmarkt tätig zu werden.

738. Die Monopolkommission stimmt den Ausführungen der Europäischen Kommission insoweit zu, als Nachfragemacht nur dann ein Gegengewicht zu den festgestellten negativen Auswirkungen eines Zusammenschlusses bilden kann, wenn sie auch noch nach dem Zusammenschluss fortbesteht. Die Möglichkeit hierzu wird jedoch stark beschränkt, wenn der Einzelhandel – wie im vorliegenden Fall – zwar vor dem Zusammenschluss über zwei zuverlässige Beschaffungsquellen verfügt, nach dem Zusammenschluss jedoch nur noch eine dieser Quellen verbleibt. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Nachfragemacht der gesteigerten Marktmacht als ausgleichender Faktor entgegenwirkt, entfällt, sobald den Abnehmern keine Alternativen mehr zur Verfügung stehen. Von besonderem Interesse sind die weiteren Ausführungen der Europäischen Kommission, wonach das Bestehen von gegengewichtiger Nachfragemacht nur dann berücksichtigt werden kann, wenn diese sämtliche Abnehmer vor negativen Auswirkungen eines Zusammenschlusses schützt. Es genügt also nicht, wenn einige starke Nachfrager sich gegen Preiserhöhungen oder Qualitätseinbußen seitens der neuen Unternehmenseinheit wehren können. Vielmehr müssen auch kleinere Abnehmer entweder selbst Nachfragemacht ausüben oder von der Nachfragemacht ihrer großen Wettbewerber profitieren. Da starke Nachfrager eher selten Anreize zum Schutz ihrer kleineren Wettbewerber haben dürften, ist davon auszugehen, dass die Europäische Kommission das Bestehen von Nachfragemacht künftig regelmäßig nur dann beachtet, wenn der Abnehmermarkt monopolistisch strukturiert ist, sämtliche Abnehmer in der Lage sind, Nachfragemacht auszuüben oder keine Fähigkeit der Anbieter zur Preisdiskriminierung besteht.

4.4.6 Koordinierte Effekte

739. Während des Berichtszeitraums hat der Europäische Gerichtshof in der Entscheidung Bertelsmann und Sony/Impala die vom Gericht erster Instanz in seinem Airtours-Urteil aufgestellten Kriterien für den Nachweis koordinierter Effekte bestätigt.[362] Hiernach müssen die folgenden Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

– Der Markt muss ausreichend transparent sein, damit die Oligopolisten ihr Verhalten gegenseitig beobachten können.

– Es muss Anreize für jedes Oligopolmitglied geben, nicht dauerhaft von einem gemeinsamen Vorgehen auf dem Markt abzuweichen. Insbesondere müssen wirksame Abschreckungsmechanismen existieren.

– Wettbewerber und Nachfrager dürfen nicht imstande sein, den Verhaltensspielraum der führenden Unternehmensgruppe zu beschränken.

740. Die Europäische Kommission prüfte im Berichtszeitraum zwar neben den nicht koordinierten Auswirkungen verschiedentlich auch die potenziellen koordinierten Effekte von Zusammenschlussvorhaben, z. B. in den Verfahren Arsenal/DSP und Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex. Die entsprechenden Ausführungen in den Entscheidungen der Kommission fallen jedoch in aller Regel knapp aus und bleiben ohne negative Konsequenzen für die Zusammenschlussbeteiligten. In der Entscheidung Arsenal/DSP ging die Europäische Kommission in nachvollziehbarer Weise davon aus, dass sich ein Teil der aktuellen Wettbewerber der Parteien einer Koordinierung entziehen würde. Den Zusammenschlussparteien standen unter anderem mehrere Konkurrenten aus China gegenüber, die ihre Einfuhren in den europäischen Markt in den letzten neun Jahren um 400 Prozent gesteigert und einen Marktanteil von 25 bis 45 Prozent erreicht hatten. Die Europäische Kommission hielt es daher für unwahrscheinlich, dass sich sämtliche oder die Mehrheit dieser Anbieter Koordinierungsmaßnahmen anschließen würden. In der Verfügung Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex griff die Europäische Kommission den Aspekt koordinierter Effekte nur ganz kurz auf und verzichtete mit dem Hinweis auf die – im Hinblick auf die nicht koordinierten Wettbewerbsbedenken – abgegebenen Verpflichtungszusagen auf eine weitere Prüfung.

741. Lediglich in einem Zweite-Phase-Verfahren – ABF/GBI Business – begründete die Europäische Kommission ihre wettbewerblichen Zweifel nach längerer Zeit erstmals wieder ausschließlich mit koordinierten Effekten des Zusammenschlusses und gab das Vorhaben nur unter Bedingungen und Auflagen frei.[363] Gegenstand des Zusammenschlusses bildete der Erwerb des Hefegeschäfts von GBI durch ABF. Die Europäische Kommission konzentrierte ihre Ausführungen auf den spanischen, portugiesischen und französischen Markt für Presshefe. Sie stellte auf den beiden erstgenannten Märkten die Entstehung bzw. Verstärkung koordinierter Effekte fest, während sie auf dem französischen Markt keine negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses erkannte. In allen drei Mitgliedstaaten waren vor dem Zusammenschluss drei Hauptwettbewerber – ABF, GBI und Lesaffre – sowie einige kleinere Marktteilnehmer präsent.

742. Hinsichtlich des spanischen und portugiesischen Marktes ergaben sich aus der Untersuchung der Europäischen Kommission zahlreiche Faktoren, die eine Koordinierung erwarten ließen. Nach dem Zusammenschluss würde die Zahl der Hauptanbieter in Spanien und Portugal von drei auf zwei zurückgehen. ABF/GBI und Lesaffre würden zusammen ca. 90 bis 100 Prozent der Marktanteile halten. Die betroffenen Märkte sind relativ stabil, die Technik der Hefeproduktion ist ausgereift und die Elastizität der Nachfrage ist gering. Auf den Märkten

[362] EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, Rs. C-413/06 P „Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala“.

[363] Vgl. zu ABF/GBI auch Tz. 147.

herrscht ein hohes Maß an Produkthomogenität, z. B. in Hinsicht auf Haltbarkeit, Verfügbarkeit und Kundendienst. Die Europäische Kommission schätzte außerdem die Transparenz bezüglich Preisen, Lieferbeziehungen und Lieferantenwechsel als hoch ein. In diesem Zusammenhang spielt die Organisation des Vertriebs eine wichtige Rolle: Die Belieferung der Handwerksbäckereien, deren Anteil am Gesamtumsatz in Spanien 70 bis 80 Prozent und in Portugal 90 bis 100 Prozent beträgt, erfolgt über eine Vielzahl kleiner Vertriebshändler. Zwar verfügt keiner der Hefeproduzenten über eine eigene Vertriebsorganisation, die Geschäftsbeziehungen zwischen Hefeproduzenten und Vertriebshändlern beruhen aber auf langfristigen Ausschließlichkeitsvereinbarungen bzw. auf De-facto-Exklusivität. Die Beziehungen zwischen Vertriebshändlern und Bäckereien sind ebenfalls durch Langfristigkeit und persönliche Kontakte gekennzeichnet, wodurch die Vertriebshändler umfassende Informationen über Preise und Lieferantenwechsel erhalten, die sie vertragsgemäß an ihre jeweiligen Lieferanten weiterleiten. Die Märkte für Presshefe sind darüber hinaus von hohen Marktzutrittsschranken geprägt. Ein erfolgreicher Marktzutritt setzt insbesondere ein Vertriebssystem vor Ort sowie den Einsatz bekannter Marken voraus.

743. Abweichungen von der stillschweigenden Koordinierung können nach Auffassung der Europäischen Kommission aufgrund der Markttransparenz einfach überwacht werden. Daneben hält die Kommission die Möglichkeit, zu einem wettbewerblichen Verhalten zurückzukehren, für einen glaubhaften und zügig umsetzbaren Sanktionsmechanismus. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die Glaubwürdigkeit solcher Maßnahmen nach Ansicht der Kommission dadurch verstärkt wird, dass ABF, GBI und Lesaffre sich auf verschiedenen nationalen Märkten innerhalb und außerhalb Europas als Wettbewerber gegenüberstehen und Vergeltungsmaßnahmen sowohl innerhalb von Spanien und Portugal als auch außerhalb dieser Märkte ergreifen können. Weder Wettbewerber noch Kunden sind nach Auffassung der Europäischen Kommission in der Lage, das Ergebnis der stillschweigenden Koordinierung zu gefährden. Unter anderem weist sie darauf hin, dass die Nachfrage fragmentiert ist und die Vertriebshändler bis zu einem gewissen Grad von technischen und wirtschaftlichen Hilfsleistungen der Lieferanten abhängig sind. Die Europäische Kommission geht schließlich davon aus, dass die stillschweigende Koordinierung durch den Zusammenschluss erleichtert bzw. stabilisiert wird.

744. Auf dem französischen Markt verneinte die Europäische Kommission hingegen das Vorliegen koordinierter Effekte aufgrund der starken Stellung von Lesaffre und der gegengewichtigen Marktmacht der Vertriebshändler. Zum einen gibt es auf dem französischen Markt einen wesentlich höheren Anteil von industriellen Bäckereien, die ihre Hefe von mehreren Quellen beziehen und offener für eine Belieferung aus dem Ausland sind. Zum anderen wird zwar das Segment der Handwerksbäckereien wie in Spanien und Portugal von Vertriebshändlern bedient. Diese bilden jedoch kein Netz von (De-facto-) Alleinvertriebshändlern, sondern haben sich im Wesentlichen zu drei großen Vertriebsgruppen/Einkaufsorganisationen zusammengeschlossen. Jede Gruppe handelt die Verkaufsbedingungen mit einem oder zwei Hefeproduzenten aus. Die Vertriebshändler vertreiben oft Produkte von mehr als einem Hersteller und unterliegen keiner Berichtspflicht.

745. Positiv ist zu werten, dass die Europäische Kommission nach einer längeren Phase der Zurückhaltung wieder Fälle mit koordinierten Effekten aufgreift. In den letzten Jahren neigte die Wettbewerbsbehörde dazu, sich auch bei oligopolistisch geprägten Märkten auf die Untersuchung von nicht koordinierten Auswirkungen zu konzentrieren, während koordinierte Effekte allenfalls ergänzend in der wettbewerblichen Beurteilung erwähnt wurden. Im vorliegenden Fall weist nach Einschätzung der Monopolkommission jedenfalls der spanische Markt sämtliche Voraussetzungen auf, die für koordinierte Effekte eines Zusammenschlusses sprechen: ein hohes Maß an Homogenität und Transparenz, eine niedrige Zahl von Marktteilnehmern, regelmäßig und in kurzen Abständen wiederkehrende Geschäftskontakte, ein hohes Maß an Symmetrie zwischen den verbleibenden Wettbewerbern sowie die Möglichkeit von Koordinierungs- und Abschreckungsmechanismen. Auch die Erleichterung der Koordination begründet die Europäische Kommission nachvollziehbar mit der Reduzierung der Marktteilnehmer von drei auf zwei sowie der erhöhten Transparenz, die sowohl die Koordinierung als auch die Möglichkeit der Überwachung und der Bestrafung erleichtere. Daneben reduziere der Zusammenschluss die Gefahr, dass GBI, das aufgrund der Produktion außerhalb der betroffenen Märkte und einer gewissen Innovationstätigkeit andere Anreize als ABF und Lesaffre haben könnte, eine stillschweigende Koordinierung destabilisiert.

746. Die asymmetrische Marktanteilsverteilung auf dem portugiesischen Markt – ABF/GBI halten gemeinsame Marktanteile in Höhe von 70 bis 80 Prozent, Lesaffre erreicht 20 bis 30 Prozent – lässt zwar eher auf nicht koordinierte Effekte des Zusammenschlusses schließen. Deren Vorliegen wird von der Europäischen Kommission lediglich kurz angesprochen und dann offen gelassen. Die Wettbewerbsbehörde begründet die Gefahr koordinierter Auswirkungen jedoch nachvollziehbar mit den sonstigen Marktmerkmalen und der engen Verbundenheit zwischen dem spanischen und dem portugiesischen Markt. Auf dem französischen Markt – mit vergleichbarer, wenn auch umgekehrter Marktanteilsverteilung zwischen ABF/GBI und Lesaffre – verneint die Europäische Kommission hingegen eine Kollusionsgefahr. Maßgebend ist die sehr starke Marktstellung von Lesaffre, die der Europäischen Kommission kaum angreifbar erscheint. Außerdem sprechen nach Ansicht der Europäischen Kommission vor allem die geringere Transparenz und die Gegenmacht der großen Einkaufsgemeinschaften gegen das Auftreten koordinierter Wirkungen. Bedenklich stimmt in diesem Zusammenhang allerdings, dass die Europäische Kommission eine von der französischen Wettbewerbsbehörde im Jahr 1989 festgestellte Kartellbildung auf dem französischen Frischhefemarkt unberücksichtigt lässt. Der französische Markt war zu diesem Zeitpunkt – wie auch künftig

nach Vollzug des geplanten Zusammenschlusses – durch eine duopolistische Struktur geprägt. Die französische Wettbewerbsbehörde stellte damals fast gleichzeitige Preiserhöhungen der Duopolisten für Handwerksbäckereien unter der Führung von Lesaffre sowie gezielte Abwehrreaktionen gegenüber neu auf den Markt eintretenden Herstellern fest. Angesichts der Tatsache, dass sich bei vergleichbarer Marktstruktur ein Kartell in der Vergangenheit als stabil erwiesen hat, hätte die Europäische Kommission zumindest erläutern müssen, warum sie nunmehr keine Kollusionsgefahr annimmt.

4.4.7 Effizienzen

747. Die Europäische Kommission hat während des Berichtszeitraums mehrfach zu möglichen Effizienzgewinnen von Zusammenschlussvorhaben Stellung genommen. Erwägungsgrund 29 der VO 139/2004 bestimmt, dass die Europäische Kommission begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung tragen soll. In den Horizontal-Leitlinien wird näher ausgeführt, unter welchen Voraussetzungen sie die von den Zusammenschlussparteien vorgebrachten Effizienzvorteile berücksichtigen wird.[364] Hiernach können sich Effizienzen nur dann positiv auf die Bewertung seitens der Wettbewerbsbehörde auswirken, wenn sie nachprüfbar und fusionsspezifisch sind und den Verbrauchern auf den relevanten Märkten direkt zugutekommen. Typische Effizienzvorteile sind Kostensenkungen bei Produktion oder Vertrieb, die Einführung neuer Produkte und Dienstleistungen oder die Verbesserung bestehender Produkte.

748. In den Zweite-Phase-Fällen Itema/Barcovision und Friesland/Campina werden Effizienzgesichtspunkte nur ganz kurz erwähnt.[365] In der erstgenannten Entscheidung geht lediglich aus einer Fußnote hervor, dass die Europäische Kommission Effizienzgewinne aufgrund der Eliminierung von doppelten Preisaufschlägen für möglich hält.[366] Da die Zusammenschlussparteien jedoch weder diese noch andere Effizienzvorteile geltend gemacht hatten, ließ die Wettbewerbsbehörde mögliche Effizienzen bei den von ihr vorgenommenen Berechnungen außer Acht. In der Entscheidung Friesland/Campina deutet die Europäische Kommission in einer Textziffer an, dass die beteiligten Unternehmen mit Effizienzgesichtspunkten argumentiert hatten.[367] Die Wettbewerbsbehörde ging dieser Argumentation allerdings mit der Begründung nicht nach, dass schon keine Wettbewerbsbedenken auf dem betroffenen Markt festgestellt worden seien und daher die Auseinandersetzung mit möglichen Effizienzen unterbleiben könne. Auch in dem Fall Lufthansa/Austrian Airlines handelte die Europäische Kommission den Aspekt der Effizienzvorteile relativ kurz ab. Lufthansa hat nur vage auf Kostenersparnisse und sonstige Effizienzen zugunsten der Verbraucher hingewiesen. Die Europäische Kommission bemängelte daher das Fehlen jeglicher Beweise für diese Behauptungen und lässt das Vorbringen der Parteien unberücksichtigt.

749. In dem Verfahren Arsenal/DSP äußerte die Europäische Kommission ernsthafte Bedenken hinsichtlich des Marktes für feste Benzoesäure, weil die neue Unternehmenseinheit der einzige Hersteller im EWR gewesen wäre und kaum Importe zu verzeichnen sind.[368] Arsenal machte Effizienzvorteile geltend und argumentierte im Einzelnen damit, das Unternehmen werde aufgrund des Zusammenschlusses seine Kapazitäten zur Reinigung von Benzoesäure steigern und einen Teil dieser zusätzlichen Benzoesäure auf dem freien Markt anbieten. Arsenal berief sich weiter darauf, dass DSP seine Produktionskapazitäten für Benzoesäure nicht ausbauen wolle und deshalb das Benzoesäureangebot auf dem freien Markt nur durch das geplante Vorhaben erhöht werden könne. Die Europäische Kommission verwarf diese Argumentation, da internen Dokumenten von DSP zu entnehmen war, dass das Unternehmen – entgegen den Angaben von Arsenal – einen Ausbau seiner entsprechenden Sparte plante. Die damit verbundene Kapazitätssteigerung wäre sogar größer gewesen als die von Arsenal für den freien Markt geplante Mengensteigerung. Die Europäische Kommission wies die vorgebrachten Effizienzgesichtspunkte deshalb als nicht fusionsspezifisch zurück.

750. In dem Verfahren Arjowiggins/M-Real Zander Reflex nahm Arjowiggins zwar nicht ausdrücklich Effizienzgewinne in Anspruch, zählte aber in seiner Antwort auf die Beschwerdepunkte vier Bereiche auf, in denen die angemeldete Transaktion seiner Meinung nach vorteilhafte Wirkungen für Arjowiggins, Reflex, die Verbraucher sowie die europäische Industrie haben würde. Die Europäische Kommission ging dem Vorbringen zu Verbrauchervorteilen im Rahmen einer Effizienzprüfung nach. Die diesbezüglichen Angaben von Arjowiggins waren allerdings laut Europäischer Kommission nur kurz und eher unbestimmt. Unter anderem erwarte Arjowiggins Effizienzvorteile infolge von Bemühungen um Rationalisierung und F&E. Die entsprechenden Ausführungen von Arjowiggins seien aber viel zu knapp, um eine Überprüfung zu erlauben. Da auch keinerlei Belege übermittelt worden waren, unterstrich die Europäische Kommission, dass F&E-Ausgaben grundsätzlich Fixkosten und versunkene Kosten darstellen und daher im Allgemeinen nicht zu fusionsspezifischen Effizienzvorteilen führen, die den Verbrauchern nach Maßgabe der Horizontal-Leitlinien zugutekommen. An einer anderen Stelle nannte Arjowiggins als Effizienzvorteile bessere Verkaufspreise und Synergien, ohne allerdings darauf einzugehen, inwiefern die Voraussetzungen der Horizontal-Leitlinien vorlagen. Die behaupteten Effizienzvorteile wurden auf der Grundlage von Schätzungen zur Kostenwettbewerbsfähigkeit verschiedener Produktionsstätten für Selbstdurchschreibepapier berechnet. Nach Auffas-

[364] Vgl. Horizontal-Leitlinien, Rn. 76 ff.

[365] In der ersten Verfahrensphase hat sich die Europäische Kommission z. B. in dem Fall KLM/Martinair kurz mit den vorgebrachten Effizienzgesichtspunkten auseinandergesetzt.

[366] Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 4. August 2008, COMP/M.4874, Fn. 54.

[367] Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 17. Dezember 2008, COMP/M.5046, Tz. 1768.

[368] Vgl. zu Arsenal/DSP auch Tz. 789.

sung der Europäischen Kommission wies die vorgelegte Analyse allerdings mehrere Mängel auf und lieferte keinen Beleg dafür, dass die geltend gemachten Effizienzen fusionsspezifisch sind.

751. Noch ausführlicher befasste sich die Europäische Kommission mit Effizienzvorteilen in dem Fall Lufthansa/SN Airholding. Das Zusammenschlussvorhaben gab auf vier Strecken zwischen Belgien und Deutschland bzw. zwischen Belgien und der Schweiz Anlass zu Wettbewerbsbedenken und hätte auf zwei dieser Strecken zu einem Monopol der neuen Unternehmenseinheit geführt. Lufthansa machte vier verschiedene Effizienzvorteile geltend. Erstens könnte SN aufgrund der finanziellen Stärke und Kaufmacht von Lufthansa seine variablen und Fixkosten senken. Einsparungen ließen sich durch niedrigere Kaufpreise für Flugzeuge und Treibstoff, niedrigere Finanzierungskosten sowie niedrigere Kosten für Wartung, Reparatur und Überholung erzielen. Zweitens würden SN und Lufthansa auf den Überschneidungsstrecken die Verbindungsnetze und Frequenzen optimieren, was Kosteneinsparungen und die Gestaltung günstigerer Flugpläne ermöglichte. Drittens könnte das Treueprogramm von SN durch die Integration in das Vielfliegerprogramm von Lufthansa verbessert werden. Viertens würde der Zusammenschluss durch das Beibehalten einer Reihe von Strecken, die SN ansonsten möglicherweise aufgegeben hätte, und durch die Entwicklung neuer direkter Linien ab Brüssel das Streckennetz verbessern. Nach Auffassung der Europäischen Kommission sind die geltend gemachten Effizienzvorteile nicht nachprüfbar und weitgehend nicht fusionsspezifisch; sie kommen ferner den Verbrauchern auf den betroffenen Strecken nicht ausreichend zugute, um die festgestellten Wettbewerbsbeeinträchtigungen auszugleichen.

752. In Bezug auf die Nachprüfbarkeit der Effizienzen bemängelte die Europäische Kommission zum einen, dass die übermittelten Belege größtenteils in Unterlagen bestanden, die eigens für diese Untersuchung angefertigt worden waren. Lufthansa habe keine aus der Zeit vor dem Zusammenschlussvorhaben stammenden Dokumente zur Untermauerung der geltend gemachten Vorteile vorgelegt. Ferner hielt die Europäische Kommission die Schätzung, auf der die Angaben von Lufthansa zu geringeren Finanzierungs- und Beschaffungskosten beim Kauf von Flugzeugen basierten, für fragwürdig. Schließlich sah es die Wettbewerbsbehörde nicht als angemessen an, die Erfahrungen von Lufthansa mit Synergien in anderen Zusammenschlussfällen ohne Weiteres auf das vorliegende Vorhaben zu übertragen. Dies betonte die Europäische Kommission sowohl im Hinblick auf bei früheren Zusammenschlüssen erzielte Synergien im operativen Bereich als auch in Bezug auf die mögliche Neueröffnung von Routen.

753. Hinsichtlich der Fusionsspezifität kommt die Europäische Kommission zu einer differenzierten Beurteilung. Während die Wettbewerbsbehörde einige Effizienzvorteile, z. B. die Kosteneinsparungen durch geringere Beschaffungskosten, als fusionsspezifisch anerkannte, lehnte sie dies im Übrigen ab. Im Zusammenhang mit den Vielfliegerprogrammen und der Netzwerkoptimierung können die geltend gemachten Effizienzgewinne nach Ansicht der Europäischen Kommission auch durch weniger wettbewerbswidrige Kooperationsvereinbarungen mit Lufthansa oder anderen Fluggesellschaften erreicht werden. Bezüglich der angegebenen Einsparung von Betriebskosten vermisste die Europäische Kommission einen Vergleich mit den Einsparungen, die SN ohne den Zusammenschluss hätte vornehmen können.

754. Die Europäische Kommission bezweifelte ferner, dass die angegebenen Effizienzvorteile den Verbrauchern auf den relevanten Märkten zugutekommen. Insbesondere habe Lufthansa keine konkreten Beweise dafür vorgelegt, dass die Vorteile aus dem Vielfliegerprogramm ausreichten, um die fusionsbedingte Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugleichen. In Bezug auf die neu zu eröffnenden bzw. beizubehaltenden Direktverbindungen ist es laut Europäischer Kommission ebenfalls fraglich, ob sämtliche Kunden auf den betroffenen Strecken so große Vorteile erlangen, dass hypothetische Preiserhöhungen ausgeglichen wären. Soweit niedrigere Kaufpreise für Flugzeuge und niedrigere Finanzierungskosten betroffen sind, ist nach Auffassung der Europäischen Kommission unklar, wie diese Fixkosteneinsparungen an die Verbraucher weitergegeben werden sollen. Selbst wenn die behaupteten Effizienzgewinne aus dem Zusammenschlussvorhaben resultierten, würde ein etwaiger Verbrauchernutzen nach Ansicht der Wettbewerbsbehörde nur mittelbar eintreten. Somit wäre der eingetretene Nutzen deutlich weniger wahrscheinlich als bei einer Senkung der Grenzkosten. Abschließend hält die Europäische Kommission fest, dass angesichts der Tatsache, dass der geplante Zusammenschluss auf mindestens zwei Strecken ein Monopol begründen und auf einer weiteren Strecke den engsten Wettbewerber eliminieren würde, viele der geltend gemachten Einsparungen Fixkosten betreffen und der Anmelder die Verbraucherbeteiligung nicht belegt hat, ausreichende Effizienzgewinne als Folge des Zusammenschlussvorhabens unwahrscheinlich sind.

755. Soweit ersichtlich, hat die Europäische Kommission lediglich in den vertikalen Fällen TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq das kumulative Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen für die Berücksichtigung von Effizienzgesichtspunkten bestätigt. Entsprechend den Leitlinien ging die Europäische Kommission davon aus, dass beide Zusammenschlüsse zu einem Wegfall von doppelten Aufschlägen führten. Im Verfahren TomTom/Tele Atlas bezifferte sie den Rückgang der durchschnittlichen Marktpreise für ein PND von TomTom mit 0 bis 5 Prozent. Nach Ansicht der Kommission würde der Endverbraucher infolge der Fusion auch von häufigeren und umfassenderen Aktualisierungen der Kartendatenbanken profitieren. Sie verwies hierzu auf die Leitlinien, wonach eine vertikale Fusion gemeinsame Anreize für die Parteien hinsichtlich Investitionen in neue Produkte, neue Herstellungsprozesse und in die Vermarktung des Produkts schaffen könne.

756. Die Europäische Kommission ging in ihrer Entscheidung ferner der Frage nach, ob die festgestellten Ef-

fizienzgewinne fusionsspezifisch waren. In Bezug auf die Eliminierung doppelter Preisaufschläge untersuchte sie, ob vertikale Vereinbarungen ohne den geplanten Zusammenschluss zu vergleichbaren Effizienzen führen würden. Maßgeblich sei hierbei, ob die fusionierenden Parteien ohne die Fusion Verträge mit einer nicht linearen Preisbildung abschließen würden. In diesem Zusammenhang prüfte die Kommission die Vertragsgestaltung zwischen Tele Atlas und Navteq einerseits und den PND-Herstellern andererseits. Dabei stellte sich heraus, dass Mengenrabatte zwar in der Branche üblich, diese Rabatte aber zu begrenzt seien, um doppelte Preisaufschläge aufzufangen. Aus diesem Grund betrachtete sie die Ausschaltung der doppelten Aufschläge als weitgehend fusionsbezogen. Soweit es um das Angebot besserer Karten ging, hielt die Wettbewerbsbehörde die Effizienzgewinne jedenfalls teilweise für fusionsspezifisch. Ein Teil der Gewinne könne zwar möglicherweise auch im Wege entsprechender Verträge über den Austausch von Feedback-Daten erzielt werden. Die notwendigen erheblichen Investitionen würden jedoch ohne den Zusammenschluss wahrscheinlich nicht getätigt werden.

757. Im Verfahren Nokia/Navteq bejahte die Wettbewerbsbehörde ebenfalls Effizienzgewinne durch den Wegfall doppelter Aufschläge. Laut den Parteien sollte der Zusammenschluss außerdem zu einer schnelleren Entwicklung von besseren Navigationsanwendungen für Fußgänger führen. Insoweit lehnte die Kommission einen Kausalzusammenhang jedoch ab.

758. In den beiden zuletzt dargestellten Verfahren erklärte die Europäische Kommission ausdrücklich, dass die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen im Rahmen einer Gesamtanalyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses, die sowohl die wettbewerbsbeeinträchtigenden als auch die wettbewerbsfördernden Effekte umfasst, zu erfolgen hat. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Europäische Kommission in beiden Fällen auf mögliche Effizienzgewinne der Zusammenschlussvorhaben einging, obwohl sie zuvor bereits die Fähigkeit und/oder Anreize zur Marktabschottung verneint hatte. Es ist anzunehmen, dass sie mit dieser Vorgehensweise das Erfordernis einer Gesamtanalyse unterstreichen wollte, verfahrensökonomisch sieht die Monopolkommission ein solches Vorgehen allerdings kritisch.

759. Kritikwürdig ist teilweise auch die Beurteilung der Europäischen Kommission hinsichtlich der zu erwartenden Effizienzgewinne. Sie verweist hierzu auf die Leitlinien, wonach vertikale Fusionen stärkere Anreize hinsichtlich Investitionen in neue Produkte, Herstellungsprozesse und in die Vermarktung des Produkts schaffen, und erwartet, dass die Fusion TomTom/Tele Atlas die Qualität der Kartendatenbank verbessere. Diese Verbesserung wird von der Europäischen Kommission zum Teil als fusionsspezifisch angesehen. Wenn TomTom zukünftig stärkeren Einfluss auf die Konzerntochter Tele Atlas bei der Herstellung der Kartendatenbanken ausübt, stellt sich die Frage, inwieweit dabei den Anforderungen der anderen Hersteller von PNDs Rechnung getragen wird. Wenn die Wettbewerber – und wenn auch nur in Details – abweichende Erfordernisse haben und sie nicht in gleicher Weise wie TomTom Einfluss auf den Herstellungsprozess nehmen können, bewirkt die Fusion, dass sich die Qualität der Kartendatenbanken für TomTom verbessert und für Dritte verschlechtert. Die Wettbewerber müssen entweder unter Inkaufnahme von Wechselkosten auf NavTeq als Zulieferer für Kartendatenbanken ausweichen und dort auf eine vergleichbare Qualitätsverbesserung hinwirken oder aber sich auf einen ähnlich intensiven Informationsaustausch mit Tele Atlas einlassen. Ein verstärkter Informationsaustausch mit Tele Atlas dürfte für viele Wettbewerber auf dem PND-Markt nach der Fusion mit TomTom nicht infrage kommen. Sie hatten die Sorge geäußert, dass die vertraulichen Informationen, die sie bis dato an Tele Atlas geliefert hatten, nach der Fusion für TomTom zugänglich sein könnten. Die Kommission vertrat diesbezüglich den Standpunkt, dass Tele Atlas keine Pflicht zur Informationsweitergabe habe, der Informationsaustausch begrenzt sei, ohne nachteilige Folgen weiter reduziert werden könne und schließlich, dass Tele Atlas ein Interesse daran habe, vertrauliche Informationen zu schützen, um den Ruf als neutraler Anbieter nicht zu gefährden.

760. Sämtliche Einschätzungen sind problematisch. Erstens müssen andere Hersteller vertraulich mit Tele Atlas zusammenarbeiten können, um auch zukünftig Einfluss auf die Erstellung der Kartendatenbank nehmen zu können, zweitens bestehen keine überprüfbaren Barrieren für die Weitergabe sensibler Informationen und drittens hat die Konzernmutter TomTom sehr wohl ein starkes Interesse, über Tele Atlas an sensible Informationen der Wettbewerber zu gelangen. Es besteht nur kein Interesse daran, dass die Weitergabe dieser Informationen öffentlich bekannt wird. Für eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Fusion ist aber nicht maßgeblich, ob Tele Atlas tatsächlich Informationen an TomTom weitergibt. Wenn die Wettbewerber ein Risiko darin sehen und weniger Informationen gegenüber Tele Atlas preisgeben, müssen sie eine Entwicklung der Kartendatenbank akzeptieren, die nicht ihren eigenen Anforderungen entspricht, oder aber zu Navteq wechseln. Im ersten Fall verschlechtert sich ihre Wettbewerbsposition gegenüber TomTom, im zweiten Fall verstärkt sich die Marktmacht und damit der Preissetzungsspielraum von Navteq. Ebenso wenig würdigt die Europäische Kommission diese Probleme im Fall Nokia/Navteq und den Markt für Mobiltelefone mit Navigationsfunktion.

761. Daneben ist Folgendes zu bemängeln: Die nicht horizontalen Leitlinien verweisen in Bezug auf die Behandlung der Effizienzgewinne auf die horizontalen Leitlinien. Daraus ließe sich prinzipiell ableiten, dass die dort genannten Kriterien und Maßstäbe auch bei vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen maßgebend sind. Tatsächlich nennt die Europäische Kommission in den dargestellten Fällen verschiedene Voraussetzungen, wie die Quantifizierbarkeit der Effizienzen, den Kausalzusammenhang zwischen Fusion und Effizienzen und mittelbar auch die Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher. Im Einzelnen ist jedoch eine Vorgehensweise erkennbar, die deutlich von der bei horizontalen

Zusammenschlüssen abweicht. Zum einen ist der Begründungsaufwand seitens der Europäischen Kommission wesentlich geringer. Soweit der Wegfall der doppelten Aufschläge betroffen ist, wiederholt die Kommission im Wesentlichen nur die Ausführungen aus den Leitlinien, geht jedoch nicht auf Details des Einzelfalls ein. Sie erörtert ferner nur kurz die Möglichkeit, dass ein Kausalzusammenhang zwischen Fusion und dargestellten Effizienzgewinnen fehlen könnte. Zum anderen verzichtet die Europäische Kommission jedenfalls teilweise auf eine Quantifizierung der Effizienzen. Soweit sie von der zügigeren Bereitstellung besseren Kartenmaterials im Fall TomTom/Tele Atlas ausgeht, räumt sie selbst die Schwierigkeiten einer Quantifizierung ein und hält die von den Parteien vorgelegten Zahlen nicht für überzeugend. Im Verfahren Nokia/Navteq unterbleibt der Versuch einer Quantifizierung gänzlich. Schließlich fehlen detaillierte Angaben zur Weitergabe der Effizienzen an die Verbraucher.

Diese Vorgehensweise der Europäischen Kommission dürfte jedenfalls zum Teil darauf beruhen, dass es mangels Fähigkeit und/oder Anreizen zur Marktabschottung nicht mehr auf die (Höhe der) Effizienzgewinne ankommt. Es lässt sich aber auch so deuten, dass die Europäische Kommission im Rahmen von nicht horizontalen Zusammenschlüssen wesentlich geringere Anforderungen an die Darlegung und den Nachweis von Effizienzgewinnen seitens der Parteien stellt als bei horizontalen Zusammenschlüssen. Dies unterstreicht ihre Position, wonach von nicht horizontalen Zusammenschlüssen prinzipiell weniger Gefahren für den Wettbewerb ausgehen als von horizontalen Fusionen. Von besonderem Interesse werden deshalb nach Ansicht der Monopolkommission künftige Zusammenschlussverfahren sein, in denen die Europäische Kommission die Fähigkeit und Anreize zur Marktabschottung bejaht und die Höhe der festgestellten Effizienzen sowie ihre Weitergabe an die Verbraucher gerichtsfest nachweisen muss. Besondere Schwierigkeiten dürften hierbei auftreten, wenn die „schnellere und bessere Entwicklung von Produkten“ aufgrund des Zusammenschlusses infrage steht und zu quantifizieren ist.

762. Positiv bewertet die Monopolkommission den Ansatz der Europäischen Kommission in der Entscheidung Friesland/Campina, in der sie auf eine Untersuchung von Effizienzen ausdrücklich mit dem Hinweis verzichtet, dass auf den betroffenen Märkten bereits Wettbewerbsbedenken fehlen. Die Monopolkommission hält eine zweistufige Prüfung – der möglichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen einerseits und der Effizienzgewinne andererseits – im Rahmen der Fusionskontrolle für richtig. Ob bestimmte Effizienzen die Wettbewerbsbeschränkungen eines Zusammenschlusses aufheben, lässt sich erst erkennen, nachdem das Ausmaß dieser Beschränkungen abgeschätzt wurde. Die Wettbewerbssituation nach dem Zusammenschluss beeinflusst außerdem die Frage, in welchem Umfang die Weitergabe von Effizienzvorteilen an die Verbraucher zu erwarten ist. Darüber hinaus müssen die Effizienzvorteile gerade den durch die Fusion ausgelösten Wettbewerbsbeeinträchtigungen begegnen. Schließlich stellt eine solche Vorgehensweise einen effizienten Ressourceneinsatz aufseiten der Wettbewerbsbehörde sicher. In Fällen, in denen schon keine Wettbewerbsbedenken auftreten, ist eine Befassung mit möglichen Effizienzgesichtspunkten daher zu unterlassen.

763. Im Einzelnen ist anzumerken, dass die Europäische Kommission im Verfahren Lufthansa/SN ihren Standpunkt zu Kostensenkungen bei Wartung und Flugzeugkauf geändert hat. Noch in der Entscheidung Ryanair/Aer Lingus hatte die Kommission die Berücksichtigung derartiger Rabatte mit der Begründung verweigert, dass die aus erhöhter Nachfragemacht resultierenden Einsparungen nicht als effizienzfördernd geltend gemacht werden können. Aus einer reinen Umverteilung der Gewinne lasse sich kein zulässiger Effizienzeinwand ableiten. Vielmehr könnten nur solche Effizienzen erfolgreich vorgetragen werden, die bei einer Gesamtbetrachtung – zusätzlich – entstehen. In der Entscheidung Lufthansa/SN führte die Europäische Kommission hingegen aus, dass Einsparungen, die aus erhöhter Nachfragemacht resultieren und an die Passagiere auf den betroffenen Märkten weitergegeben werden, prinzipiell als fusionsspezifisch anerkannt werden können. Bemerkenswert ist daneben, dass die Europäische Kommission im Verfahren Lufthansa/SN – soweit ersichtlich – zum ersten Mal eine ausdrückliche Abwägung zwischen Wettbewerbsbeeinträchtigungen einerseits und Effizienzen andererseits vornahm. So stellte sie fest, dass der Geldwert eines erweiterten Vielfliegerprogramms im Vergleich zu den zu erwartenden Preiserhöhungen auf einzelnen Strecken gering sei. Sie erhob außerdem Zweifel, ob auch Urlauber und bestimmte Geschäftsreisende derart von neuen oder aufrechterhaltenen Strecken profitieren würden, dass hypothetische Preiserhöhungen ausgeglichen wären. Allerdings verzichtete die Europäische Kommission in beiden Fällen auf eine konkrete Quantifizierung der positiven und negativen Zusammenschlusseffekte.

764. Abschließend ist festzustellen, dass während des Berichtszeitraums in einer ganzen Reihe von Entscheidungen Effizienzen diskutiert wurden. Die Zusammenschlussbeteiligten haben in sieben von insgesamt 17 Zweite-Phase-Fällen einen Effizienzeinwand erhoben. Dies ist ein erheblicher Anstieg im Vergleich zum letzten Berichtszeitraum, in dem entsprechende Argumente bei einer Gesamtzahl von 20 Fällen in der zweiten Verfahrensphase lediglich viermal vorgetragen worden sind. Festzuhalten ist ferner, dass die Europäische Kommission nur bei zwei vertikalen Zusammenschlüssen alle Kriterien für eine Berücksichtigung von Effizienzen als erfüllt angesehen hat. Sie erkannte die geltend gemachten Effizienzvorteile hingegen in keinem Vorhaben mit horizontalem Schwerpunkt an, obgleich sie zum Teil das Vorliegen einzelner Voraussetzungen bejahte. Weiter lässt sich festhalten, dass Effizienzgesichtspunkte bislang in keinem einzigen Fall entscheidungserheblich waren. Dies gilt selbst für die Verfahren TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq, in denen sämtliche Voraussetzungen für eine Effizienzberücksichtigung erfüllt waren, weil hier zuvor bereits alle denkbaren Wettbewerbsbedenken ausgeschlossen worden waren.

4.4.8 Ermittlungsbefugnisse und Analysemethoden

765. Die Europäische Kommission gewinnt die für die Beurteilung von Zusammenschlüssen notwendigen Informationen traditionell aus der Anmeldung der Zusammenschlussparteien sowie aus Befragungen von Konkurrenten und Marktteilnehmern auf vor- und nachgelagerten Marktstufen. Während des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission vermehrt Verbraucherbefragungen durchgeführt, z. B. in den Verfahren KLM/Martinair und StatoilHydro/ConocoPhillips. Eine wichtige Rolle spielten darüber hinaus interne Unterlagen der Fusionsbeteiligten. In den Fällen Thomson/Reuters und Arsenal/DSP gelang es der Europäischen Kommission mittels solcher Dokumente, die Argumente der Beteiligten im fusionskontrollrechtlichen Verfahren zu entkräften. Im Rahmen der Effizienzbeurteilung bemängelte sie hingegen wiederholt das Fehlen interner Unterlagen aus der Zeit vor dem Zusammenschlussverfahren, in denen Bezug auf die geltend gemachten Effizienzgewinne genommen wurde. Dokumenten, die ausschließlich für die Zwecke des Fusionskontrollverfahrens erstellt wurden, misst die Europäische Kommission in diesem Zusammenhang geringeren Beweiswert bei. Zu beobachten ist schließlich, dass im Berichtszeitraum vermehrt ökonomische Studien und quantitative Analysen zum Einsatz kamen. Dies war unter anderem in den Verfahren Friesland/Campina, Arsenal/DSP, Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex, StatiolHydro/ConocoPhillips, Itema/Barcovision, TomTom/Teleatlas und Nokia/Navteq sowie in mehreren Zusammenschlussverfahren im Energiebereich der Fall.

766. In der Entscheidung Vattenfall/Nuon bewertet die Europäische Kommission die Stromversorgung von Großkunden als deutschlandweiten Markt und geht insoweit konform mit dem Bundeskartellamt. Zur räumlichen Marktabgrenzung der Stromversorgung von Kleinkunden diskutiert sie einige qualitative Argumente und nimmt eine empirische Untersuchung auf der Grundlage der Daten des Monitoringberichts der Bundesnetzagentur vor. Sie vergleicht die Marktpreise, soweit sie vom Versorger zu beeinflussen sind, d. h. bereinigt um Netznutzungsentgelte sowie Steuern und Abgaben, über das Bundesgebiet hinweg. Dabei zeigten sich deutliche Unterschiede, weshalb die Wettbewerbsbehörde von einem regionalen Preissetzungsverhalten ausgeht. Vattenfall hat ebenfalls eine ökonomische Analyse vorgelegt, die auf Verivox-Daten beruht und laut Vattenfall für eine nationale Abgrenzung des Stromkleinkundenmarktes spricht. Die Europäische Kommission hält zwar die Art der Analyse für vielversprechend, kritisiert allerdings ihre Durchführung, insbesondere die Datenauswahl. Vattenfall ermittelte die mittlere absolute Abweichung vom arithmetischen Mittel der 50 besten Strompreise im Gebiet der Top-40-Verteilnetzbetreiber und erhielt einen Wert von +/-6 Prozent. Die Europäische Kommission führte selbst eine ähnliche Untersuchung durch, in der sie die Abweichung des besten, bzw. des schlechtesten Tarifs eines jeden Verteilnetzes mit dem Durchschnittstarif in Deutschland verglichen hat. Es konnte eine Spannweite von +20 Prozent bis -40 Prozent ermittelt werden, die nach Auffassung der Europäischen Kommission auf deutliche Unterschiede der Wettbewerbsbedingungen in den Gebieten der verschiedenen Verteilnetzbetreiber hinweist.

767. Der Fall EdF/BE warf nach Einschätzung der Europäischen Kommission einige energiespezifische Wettbewerbsprobleme auf. Die Wettbewerbsbehörde hatte unter anderem Bedenken hinsichtlich der Verbindung des flexiblen Erzeugungsprofils von EdF mit dem atomkraftbasierten Grundlastportfolio von BE. Basierend auf einer sehr umfassenden und detaillierten ökonomischen Analyse stellte die Europäische Kommission fest, dass die Wirkung eines solchen Zusammenschlusses ganz entscheidend von dem Portfolio der beteiligten Unternehmen und dem ihrer Wettbewerber abhängt. Die Kommission zeigte, dass die Kombination der komplementären Portfolios von EdF und BE Anreize zu einer Kapazitätszurückhaltung und damit zu steigenden Preisen bieten kann. Das Ausmaß dieser Anreize hängt laut Kommission von der Steigung der Angebotskurve, der Stellung der Erzeugungsanlagen in der Merit Order und dem variierenden Nachfrageniveau ab. Um die Wirkungen im konkreten Fall zu bestimmen, nutzte die Europäische Kommission ein Modell, das verschiedene Kapazitätszurückhaltungsstrategien berücksichtigen kann und davon ausgeht, dass die Preise auf der Basis der Grenzkosten des teuersten, gerade noch in die Produktion gerufenen Kraftwerks (Grenzkraftwerks) gebildet werden. Die Europäische Kommission führte eine Sensitivitätsanalyse durch und konnte zeigen, dass sich die Ergebnisse sehr sensitiv zu den Annahmen, unter anderem hinsichtlich Nachfrage, Kapazitäten und Grenzkosten der einzelnen Einheiten, verhalten. Dennoch konnte festgehalten werden, dass der Zusammenschluss zu signifikanten Preiserhöhungen bei verschiedenen plausiblen Annahmen führt.

768. Die Monopolkommission begrüßt das Vorgehen der Europäischen Kommission und weist mit Bezug auf den deutschen Markt darauf hin, dass eine zunehmende Konzentration auf der Erzeugerstufe zu erheblichen wettbewerblichen Problemen führen kann. Die Monopolkommission hat im Rahmen ihrer Untersuchungen bereits mehrfach festgestellt, dass die wettbewerblichen Hauptprobleme im Elektrizitätssektor auf der Erzeugerebene zu verorten sind. Eine Prüfung vor dem Zusammenschluss mit einer Simulation der Wahrscheinlichkeit möglicher Kapazitätszurückhaltungsstrategien ist nach Überzeugung der Monopolkommission sehr viel effektiver als der Versuch, der neuen Unternehmenseinheit im Nachgang des Zusammenschlusses wettbewerbsbeschränkendes Verhalten in Form von Kapazitätszurückhaltung nachzuweisen. Die Monopolkommission sieht deshalb den hohen Aufwand, der mit der detaillierten Analyse im vorliegenden Fall verbunden war, angesichts der drohenden Wettbewerbsbeeinträchtigung als gerechtfertigt an.

769. Im Fall RWE/Essent prüfte die Europäische Kommission ausführlich, ob durch den Zusammenschluss Marktmacht an den Grenzkuppelstellen zwischen Deutschland und den Niederlanden entsteht, die von RWE zur Kapazitätszurückhaltung genutzt werden kann, um dadurch die Preise in den Niederlanden und damit die

eigenen Profite zu erhöhen. Gemeinsam mit dem niederländischen Übertragungsnetzbetreiber verfügt RWE nach dem Zusammenschluss über drei von fünf Grenzkuppelstellen zwischen Deutschland und den Niederlanden. Die Europäische Kommission nahm eine zweistufige Untersuchung vor, in der sie zunächst die Anreize und dann die Möglichkeiten einer Kapazitätszurückhaltung prüfte. Bei der Untersuchung der Anreize wurde ein ökonomisches Modell verwendet, welches von den Parteien vorgelegt wurde und das den Preiseffekt einer 500-MW-Kapazitätszurückhaltung simuliert.[369] Das Modell zeigte, dass eine Zurückhaltung von 500 MW für RWE in 5 bis 10 Prozent aller Stunden im Jahr profitabel ist. Die Europäische Kommission schätzte diesen Prozentsatz als gering ein und betonte, dass der niederländische Teil des zusammengeschlossenen Unternehmens, für den diese Strategie lohnenswert ist, lediglich ein Achtel der Gesamteinheit ausmacht. Hinzu kommt, dass das Modell nach Auffassung der Europäischen Kommission die Anreize überschätzt und nicht alle Kosten, die von RWE getragen werden müssen, einbezieht. Die Wettbewerbsbehörde schloss daraus, dass Anreize zur Kapazitätszurückhaltung zwar begrenzt, jedoch nicht ausgeschlossen sind. Allerdings verneinte sie die Möglichkeit zur Kapazitätszurückhaltung und begründete dies insbesondere mit der vorhandenen deutschen Regulierung und Aufsicht durch die Bundesnetzagentur.

770. Die Monopolkommission befürwortet die gründliche Prüfung der Europäischen Kommission zu den Wirkungen des Zusammenschlusses auf die Grenzkuppelstellen. Sie hat selbst stets die hohe Bedeutung des Ausbaus der Grenzkuppelstellen für die Belebung des Wettbewerbs auf dem deutschen Strommarkt betont.[370] Würden nun durch den Zusammenschluss Anreize und Möglichkeiten zur Kapazitätszurückhaltung geschaffen, würde dieses den Bestrebungen nach einem europäischen Binnenmarkt entgegenlaufen.

771. In dem Verfahren StatoilHydro(SH)/ConocoPhillips (JET) untersuchte die Europäische Kommission die unilateralen Effekte des Zusammenschlusses auf den schwedischen und norwegischen Tankstellenmärkten und prüfte hierbei ausführlich, welchen Wettbewerbsdruck JET auf die Preise von SH und anderen Konkurrenten ausübt. Die Ergebnisse der von der Europäischen Kommission durchgeführten Marktuntersuchung weisen darauf hin, dass JET eine hervorgehobene Rolle spielt. Zum einen befinden sich die Tankstellen von JET an erstklassigen Standorten. Zum Zweiten war JET das erste Unternehmen mit einem Netzwerk von voll automatisierten Tankstellen. Das Unternehmen hat sich als Billiganbieter etabliert und ist in Bezug auf den durchschnittlichen Durchsatz pro Tankstelle der effizienteste Betreiber. Die Europäische Kommission führte weiter aus, dass JET und das Statoil-Netzwerk den größten Einfluss auf die Endverkaufspreise von Motorkraftstoffen in Schweden ausüben. Mehrere der befragten Marktteilnehmer äußerten, dass durch den starken Wettbewerb zwischen Statoil, JET und Shell die Margen geschrumpft seien und die Rentabilität kleinerer und schwächerer Netzwerke abgenommen habe. Interne Dokumente von SH bestätigten, dass JET über ein sehr ausgeprägtes Markenimage verfügt und von SH als effizientester Wettbewerber betrachtet wird. Ferner geht laut Europäischer Kommission aus der durchgeführten Verbraucherbefragung hervor, dass JET als billigster Anbieter wahrgenommen wird. Aus diesen Gründen wirft die Ausschaltung von JET als unabhängigem Wettbewerber nach Ansicht der Europäischen Kommission erhebliche Wettbewerbsbedenken auf. Diese Wettbewerbsbedenken wurden durch die Ergebnisse einer umfangreichen ökonometrischen Analyse seitens der Europäischen Kommission bestätigt. Die Kommission prüfte anhand von Regressionsanalysen, die auf die Cluster der Statoil-Tankstellen bezogen waren, wie sich die Preisgestaltung von JET auf die Preissetzung des Statoil-Netzwerks auswirkte.[371] Dabei kam sie zu dem Ergebnis, dass sowohl die Benzin- als auch die Dieselpreise von Statoil 0 bis 5 Prozent niedriger waren, wenn JET in den untersuchten Clustern präsent war.

772. Die Europäische Kommission verband im vorliegenden Fall eine qualitative Analyse mit mehreren Verbraucherbefragungen und ökonometrischen Untersuchungen. Hierbei belegte die ökonometrische Untersuchung die Ergebnisse der qualitativen Analyse, insbesondere den Druck, den JET auf allen untersuchten Märkten auf die Preispolitik von SH ausübt. Die Europäische Kommission erläutert ihr Vorgehen ausführlicher als in früheren Verfahren. Anhand dieser Erklärungen ist auch erkennbar, dass die Wettbewerbsbehörde in der ersten Verfahrensphase noch zu dem Ergebnis gekommen war, dass die Präsenz von JET zu 5 bis 10 Prozent niedrigeren Preisen bei SH führt. Auf die Kritik der Zusammenschlussbeteiligten änderte die Europäische Kommission ihren Untersuchungsansatz in verschiedener Hinsicht und kam letztlich zu dem Ergebnis, dass aus der Präsenz von JET jeweils 0 bis 5 Prozent niedrigere Preise von SH resultierten. Soweit die Wettbewerbsbehörde ihren Untersuchungsansatz in der Entscheidung erklärt, kann ihr gefolgt werden. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit der gewählten Vorgehensweise ist allerdings allein anhand der vorliegenden Entscheidung nicht möglich. Problematisch ist in diesem Zusammenhang schließlich, dass die Verfahrensfristen aufgrund von Auskunftsbeschlüssen der Wettbewerbsbehörde um insgesamt ca. acht Wochen verlängert wurden.

773. Anders als die ökonometrische Untersuchung sind die zwei von der Europäischen Kommission durchgeführ-

[369] Aus unterschiedlichen niederländischen und deutschen Studien ist bekannt, dass der niederländische Großhandelspreis sehr viel sensibler auf eine Zurückhaltung von 500 MW reagiert als der deutsche Preis. Das liegt daran, dass das Volumen auf dem sehr viel größeren deutschen Strommarkt sehr viel weniger ins Gewicht fällt als auf dem kleineren niederländischen Markt.

[370] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 316 ff., sowie Monopolkommission, Sondergutachten 54, a. a. O. Tz. 353 ff.

[371] Für das Hydro-Netzwerk sammelte die Europäische Kommission zwar vergleichbare Daten. Deren Qualität genügte den Anforderungen für die ökonometrische Untersuchung jedoch nicht.

ten Verbraucherbefragungen eher kritisch zu bewerten. In der ersten Verbraucherbefragung ging es um die Wahrnehmung von JET seitens der schwedischen Verbraucher. Nach Aussage der Europäischen Kommission zeigt die Befragung, dass JET im Allgemeinen als Billiganbieter wahrgenommen werde: 47 Prozent der Befragten hätten angegeben, dass die Preise bei JET Sweden niedriger seien als bei der Konkurrenz. Aus den weiteren Erläuterungen der Kommission geht allerdings hervor, dass lediglich 27 Prozent der Befragten angaben, dass die Preise bei JET immer niedriger seien. 20 Prozent der Befragten äußerten sich dahingehend, dass die Preise bei JET manchmal niedriger seien und 19 Prozent der Befragten stuften die Preise von JET als ungefähr den Preisen der Konkurrenz entsprechend ein. Zudem wurde erst im weiteren Verlauf der Befragung erfragt, ob diese Wahrnehmung auch unter Berücksichtigung der Rabatte der Wettbewerber gelte. Hierauf gaben nur noch 21 Prozent der Befragten an, dass die Preise bei JET immer niedriger seien. 13 Prozent der Befragten hielten die Preise bei JET manchmal für niedriger und 18 Prozent stuften die Preise von JET als ungefähr den Preisen der Konkurrenz entsprechend ein. Vor diesem Hintergrund kommt dem Ergebnis der Verbraucherbefragung nur eingeschränkte Aussagekraft zu. Außerdem erscheint die Fragestellung generell wenig zielführend. Interessanter wäre z. B. die Meinung der Verbraucher zu der Frage gewesen, ob und zu welchem Anbieter sie bei einer dauerhaften Preiserhöhung von Statoil gewechselt wären.

774. Hintergrund der zweiten Verbraucherbefragung war die Feststellung der Europäischen Kommission, dass JET Norway ein konsequentes Markenimage betreibt und durch Nettopreise starke Signalwirkung erzielt. Die Kommission ging der Frage nach, ob das Nettopreissystem von JET Norway den Preisvergleich nach Ansicht der Abnehmer vereinfacht. Hier gaben über 50 Prozent der Befragten „in sehr hohem Maß“ oder in „relativ hohem Maß“ an. Es muss indes bezweifelt werden, ob eine solche Umfrage tatsächlich erforderlich war, um festzustellen, dass die Angabe von Nettopreisen – im Gegensatz zu komplexen Preissystemen, wie sie die Wettbewerber von JET etabliert haben – den Preisvergleich vereinfacht.

775. Die Europäische Kommission hat während des Verfahrens Friesland/Campina verschiedene ökonometrische Analysen, insbesondere eine Schätzung der Nachfrageelastizitäten, durchgeführt. Hiermit wurden zwei Ziele verfolgt: Zum einen sollte die Abgrenzung des sachlichen Marktes näher beleuchtet werden, zum anderen sollte die Annahme bestätigt werden, dass die Marken der Fusionspartner wechselseitig einen erheblich stärkeren Wettbewerbsdruck aufeinander ausüben als die Hausmarken. Die Ergebnisse der vorgenommenen Analysen wurden den Parteien mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte übermittelt. Diese übten an den ökonometrischen Modellen sowohl in Hinsicht auf die Marktabgrenzung als auch in Hinsicht auf das Näheverhältnis zwischen Hersteller- und Hausmarken Kritik. In Bezug auf die Marktdefinition hielt die Europäische Kommission die Einwände für berechtigt und berücksichtigte die Analyseergebnisse im weiteren Verfahren nicht mehr. Hinsichtlich des Wettbewerbsdrucks von Hersteller- und Hausmarken nahm die Europäische Kommission den Standpunkt ein, dass die vorgetragenen Bedenken teilweise berechtigt seien und teilweise durch geeignete Modifikationen der Modellspezifikation ausgeräumt werden könnten. So gestand die Kommission in Bezug auf das Segment der haltbaren Milchmischprodukte zu, dass die Nachfragestruktur nicht zufriedenstellend beschrieben werden könne. Sie nahm daher Abstand davon, die ökonometrischen Befunde in ihrer Entscheidung als Nachweis anzuführen. Bei frischen Basismilchprodukten waren die Einwände der Parteien nach Auffassung der Europäischen Kommission durch geeignete Modifikationen der Spezifikation zu entkräften. Die erneute Durchführung der Berechnungen – diesmal auf der modifizierten Grundlage – führte allerdings zu Ergebnissen, die die sonstigen qualitativen und quantitativen Nachweise nicht mehr bestätigten. Die Europäische Kommission betonte in diesem Zusammenhang jedoch auch, dass die neuen Ergebnisse den Annahmen über mögliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen in der Entscheidung in keiner Weise widersprechen. Im Ergebnis misst die Europäische Kommission den ökonometrischen Befunden in ihrer Entscheidung kein Gewicht bei, die ökonometrische Analyse blieb daher folgenlos.

776. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Vorgehen der Europäischen Kommission zu begrüßen. Die Wettbewerbsbehörde informierte die Parteien über die Berechnungsmethoden und Ergebnisse ihrer Analysen mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte und gab ihnen somit ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme. Durch die Wahrung der in Artikel 18 Absatz 3 FKVO verankerten Verteidigungsrechte auch im Hinblick auf ihre quantitative Argumentation vermied die Kommission nicht nur diesbezügliche Verfahrensfehler. Die von den Parteien geäußerte Kritik gab ihr darüber hinaus Gelegenheit, ihre Vorgehensweise inhaltlich zu korrigieren, was die Wahrscheinlichkeit einer gerichtlichen Auseinandersetzung im Anschluss an die Kommissionsentscheidung deutlich senkt. Zudem sorgt die detaillierte Dokumentation des Geschehensablaufs und der Analyseergebnisse für mehr Transparenz. Gleichzeitig zeigt der Vorgang, dass die beteiligten Unternehmen durchaus erfolgreich gegen die quantitativen Analyseergebnisse der Europäischen Kommission argumentieren können.

777. Kritik an der Vorgehensweise der Europäischen Kommission, die sich auf die Folgenlosigkeit der vorgenommenen Berechnungen für die Entscheidungsfindung stützen würde, wäre nach Auffassung der Monopolkommission verfehlt. Es liegt in der Natur der Sache, dass vor Durchführung entsprechender quantitativer Analysen deren Ergebnisse unbekannt sind. Bei einer Kosten-Nutzen-Abwägung im Zusammenhang mit der Frage, ob die Europäische Kommission solche Analysen durchführen sollte, ist zu berücksichtigen, dass im Lebensmitteleinzelhandel die Sammlung und Aufbereitung der verwendeten Scannerdaten üblich ist, sodass die Datenübermittlung im vorliegenden Fall mit vertretbarem Aufwand möglich gewesen sein dürfte. In Rechnung zu stellen ist andererseits, dass die Verfahrensfristen auf Antrag der Parteien zweimal um je fünf Tage verlängert wurden.

778. Von besonderem Interesse in diesem Zusammenhang ist schließlich das Urteil des Gerichts erster Instanz im Verfahren Omya/Kommission, mit dem die Ermittlungsbefugnisse der Europäischen Kommission gestärkt wurden[372]. Hintergrund des Prozesses bildete der Zusammenschlussfall Omya/Huber, den die Europäische Kommission im Juli 2006 in der zweiten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen freigegeben hat. Die Freigabeentscheidung erging erst ein knappes Jahr nach der Anmeldung bei der Europäischen Kommission. Mitursächlich für die lange Verfahrensdauer waren mehrere formelle Auskunftsverlangen der Europäischen Kommission gemäß Artikel 11 Absatz 3 FKVO, die jeweils eine Fristhemmung zur Folge hatten. Die Auskunftsverlangen dienten der Sammlung von Fakten für die Durchführung von ökonometrischen Studien zur Marktabgrenzung und zur wettbewerblichen Würdigung. Auf der Grundlage der Informationen, die die Zusammenschlussparteien in Beantwortung der ersten Anfrage übermittelt hatten, verfasste die Europäische Kommission einen Entscheidungsentwurf, der die unbedingte Freigabe der geplanten Transaktion vorsah. Nachdem dieser Entscheidungsentwurf und die den Studien zugrunde gelegten Daten im Beratenden Ausschuss massiv kritisiert worden waren, verschickte die Europäische Kommission ein zweites formelles Auskunftsersuchen. Dieses zweite Ersuchen griff Omya gerichtlich an und machte unter anderem geltend, dass die verlangten Auskünfte für die Entscheidungsfindung nicht notwendig gewesen seien, weil die bereits übermittelten Informationen inhaltlich korrekt und eine weitere Verfahrensverlängerung unverhältnismäßig gewesen sei.

779. Das Gericht folgte diesem Vorbringen nicht. Seiner Auffassung nach ist die Europäische Kommission berechtigt, sämtliche Informationen zu verlangen, die sie für ihre Entscheidung benötigt. Die Frage, welche Informationen tatsächlich für die Entscheidungsfindung notwendig sind, sei aus der Ex-ante-Perspektive zu beantworten. Im vorliegenden Fall habe die Europäische Kommission daher zu Recht weitere Informationen verlangt. Die Monopolkommission begrüßt die vom Gericht vorgenommene Klarstellung. Mit der Stärkung der Ermittlungsbefugnisse der Europäischen Kommission wird sichergestellt, dass die Wettbewerbsbehörde sämtliche für ihre Entscheidungsfindung erforderlichen Informationen erhalten kann. Die Monopolkommission hält es auch für richtig, in diesem Zusammenhang auf eine Ex-ante-Betrachtung, also auf die Erkenntnislage abzustellen, in der sich die Europäische Kommission zum Zeitpunkt der Anforderung weiterer Informationen befindet.

4.5 Abhilfemaßnahmen

780. Im Oktober 2008 hat die Europäische Kommission eine überarbeitete Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen vorgelegt.[373] Damit reagierte sie unter anderem auf die Ergebnisse ihrer Studie über Abhilfemaßnahmen aus dem Jahr 2005, die bedeutende Mängel der bisherigen Zusagenpraxis identifiziert hatte. Die neue Mitteilung weist nach Ansicht der Monopolkommission eine restriktivere Grundhaltung der europäischen Wettbewerbsbehörde gegenüber Zusagenangeboten auf, was z. B. in umfänglichen Informations- und Nachweispflichten der Zusammenschlussparteien zum Ausdruck kommt. Daneben wird die Vorzugswürdigkeit von strukturellen Abhilfemaßnahmen, insbesondere von Veräußerungsverpflichtungen betont. Schließlich unterstreicht die Europäische Kommission die Bedeutung von Up-front-buyer- und Fix-it-first-Lösungen und erklärt alternative Verpflichtungsangebote für notwendig, sofern die Durchführung der zunächst offerierten Zusage ungewiss ist.

781. Soweit ersichtlich, kommt die strengere Einstellung der Europäischen Kommission auch in ihrer Entscheidungspraxis zum Ausdruck. Im Berichtszeitraum nahm die Kommission hauptsächlich Veräußerungszusagen entgegen, die allenfalls durch verhaltensorientierte Verpflichtungen ergänzt wurden. Dagegen gab es kaum Entscheidungen, in denen Verhaltenszusagen das Kernelement eines Zusagenpakets bildeten. Des Weiteren hat die Europäische Kommission in einigen Verfahren auf alternative Zusagenangebote oder Up-front-buyer- und Fix-it-first-Lösungen bestanden. Schließlich hat sie mehrfach umfängliche Überlegungen zur Unabhängigkeit und Lebensfähigkeit der zu veräußernden Vermögensteile, zu den Anforderungen an künftige Erwerber sowie zur Existenz von Kaufinteressenten angestellt.

4.5.1 Veräußerungsverpflichtungen

782. In der weit überwiegenden Zahl von Erste- und Zweite-Phase-Verfahren, die mit Bedingungen und Auflagen abgeschlossen wurden, bestand die Hauptverpflichtung der Parteien in der Veräußerung von Vermögensteilen. Veräußerungsgegenstand waren entweder ganze Geschäftsbereiche oder einzelne Produktionsstätten sowie Minderheitsbeteiligungen an einzelnen Unternehmen. Zum Teil wurden die Parteien auch zur Veräußerung von Marken angehalten. In vielen Fällen führte die Veräußerungsverpflichtung zu einem vollständigen Wegfall der festgestellten Marktanteilsüberschneidungen. Teilweise verband die Europäische Kommission die Veräußerungsbedingungen mit verhaltensorientierten Zusagen, z. B. kurz- oder langfristigen Lieferpflichten, der Erbringung von Serviceleistungen oder der Einräumung von Lizenzrechten.

783. Zusagen, die ein Veräußerungsangebot enthalten, sind nach Auffassung der Monopolkommission grundsätzlich positiv zu bewerten. Derartige Zusagen sind struktureller Natur und daher am besten geeignet, die aus einem Zusammenschluss resultierenden strukturellen Wettbewerbsbedenken zu beseitigen. Sie werden in der Regel innerhalb kurzer Fristen umgesetzt und bedürfen danach keiner weiteren Kontrolltätigkeit seitens der Wettbewerbsbehörde. Trotz dieser grundsätzlich positiven Einstellung zu Veräußerungsverpflichtungen geben nach Auffassung der Monopolkommission einige der ange-

[372] EuG, Urteil vom 4. Februar 2009, Rs. T-145/06 „Omya/Kommission".

[373] 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. EG Nr. C 267 vom 22. Oktober 2008, S. 1. Vgl. hierzu unten Tz. 854 ff.

nommenen Zusagen während des Berichtszeitraums Anlass zu Zweifeln an ihrer Wirksamkeit.

784. In dem Verfahren StatoilHydro(SH)/Conoco Phillips(JET) verpflichtete sich SH zur Veräußerung eines „Abhilfe"-Netzwerks, das aus ca. 160 Tankstellen der Marken Hydro oder UnoX sowie 40 Tankstellen von JET Sweden besteht, um die Wettbewerbsbedenken auf dem schwedischen Markt auszuräumen. Die Verpflichtungsveräußerung wurde durch eine Reihe von Belieferungs- und sonstigen Verträgen sowie der Möglichkeit zur Mitbenutzung und zum Erwerb von Kraftstoffdepots ergänzt. Für Norwegen sagte SH zu, JET Norway in seiner Gesamtheit zu veräußern. Die Europäische Kommission bestimmte insoweit, dass der Marktanteil des potenziellen Käufers vor dem Erwerb des „Abhilfe"-Netzwerks auf dem norwegischen Markt im Jahr 2007 nicht über 10 Prozent liegen darf. Daneben übernimmt SH gewisse Verpflichtungen zu Belieferung, Lagerung und Transport gegenüber dem Erwerber.

785. In dem Verfahren ist das Ergebnis des Markttests für die Verpflichtungszusagen in Schweden interessant. Der Markttest brachte kein eindeutiges Ergebnis, weil der Anteil der Befragten, die die vorgeschlagenen Maßnahmen für ausreichend und das Abhilfe-Netzwerk für existenzfähig hielten, genauso groß war wie der Anteil der Befragten, die die gegenteilige Ansicht vertraten. Die Europäische Kommission hielt die geltend gemachten Bedenken im Ergebnis für unbegründet. Sie verwies erstens darauf, dass das Abhilfe-Netzwerk den dritthöchsten durchschnittlichen Durchsatz auf dem schwedischen Markt haben und das gesamte Land abdecken werde. Zweitens habe das Netzwerk die erforderliche „kritische Masse", um die Gemeinkosten abzudecken. Drittens sei das Abhilfe-Netzwerk in 80 der 109 Cluster, in denen JET Sweden präsent ist, mit mindestens einer Tankstelle vertreten. In den verbleibenden 29 Clustern seien in allen bis auf fünf Cluster mindestens drei Konkurrenten innerhalb von fünf Minuten Fahrzeit von jeder Statoil-Tankstelle präsent. Außerdem hätten verschiedene Befragte Interesse am Erwerb des Netzwerks bekundet.

786. Nach Ansicht der Monopolkommission bleiben dennoch einige Fragen im Zusammenhang mit den Verpflichtungsmaßnahmen offen. So hält die Europäische Kommission es nicht für erforderlich, dass die Marke JET mit dem Abhilfe-Netzwerk veräußert wird, obwohl sie in ihrer Entscheidung die Bedeutung der Marke und des Images von JET im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung wiederholt unterstreicht. Ferner stellt sich die Frage, warum die Europäische Kommission für Schweden – anders als für Norwegen – trotz weitgehend vergleichbarer Marktcharakteristika auf die Bedingung verzichtet, dass die Marktanteile des Käufers vor dem Erwerb nicht über 10 Prozent liegen dürfen.

787. In dem Verfahren Thomson/Reuters beabsichtigte Thomson die Übernahme der Reuters Group. Der Zusammenschluss hätte in seiner ursprünglichen Form den Wettbewerb auf mehreren Märkten des Finanzinformationssektors erheblich beeinträchtigt. Die größten Überschneidungen bestanden im Bereich Forschung und Vermögensverwaltung, unter anderem auf den Märkten für den Vertrieb von Aftermarket-Brokerberichten und von Wirtschaftsdaten-Zeitreihen. In Aftermarket-Brokerberichten werden Wertpapiere, Wirtschaftszweige oder Märkte analysiert. Der entsprechende Markt umfasst den Vertrieb der Berichte nach einer anfänglichen Sperrzeit von rund zwei Wochen, während derer sie nur ausgewählten Kunden zugänglich sind. Zeitreihen von Wirtschaftsdaten umfassen Daten zu makroökonomischen Variablen wie Bruttoinlandsprodukt und Arbeitslosigkeitsrate, die über lange Zeiträume erfasst werden, um eine Trendanalyse zu ermöglichen. Mit dem Zusammenschluss wäre der Wettbewerb zwischen den beiden wichtigsten und engsten Anbietern derartiger Datenbanken ausgeschaltet worden. Dies hätte sich für die Nachfrageseite, insbesondere für Finanzinstitute und für Anbieter von Desktop-Produkten, die die dargestellten Daten erwerben und in ihr eigenes Kundenangebot integrieren, nachteilig ausgewirkt. Nach Auffassung der Europäischen Kommission standen einer Veräußerung der entsprechenden Geschäftsbereiche die engen Verbindungen zu anderen Unternehmensbereichen entgegen. Um die festgestellten Wettbewerbsbedenken zu beseitigen, verpflichteten sich die Zusammenschlussparteien im Wesentlichen, jeweils eine Kopie der betroffenen Datenbanken zu veräußern. Daneben hat der Käufer die Möglichkeit, entsprechendes Personal der Parteien zu übernehmen. Außerdem erhalten bestimmte Kunden der Zusammenschlussbeteiligten die Möglichkeit, zu dem Erwerber überzuwechseln. Die Parteien leisten für einen Übergangszeitraum technischen Support und stellen in dieser Zeit regelmäßige Updates zur Verfügung. Schließlich wird der Erwerber von den Beteiligten beim Aufbau vertraglicher Bindungen mit den entsprechenden Anbietern der erforderlichen Daten unterstützt. Sollte am Tag des Erwerbs nicht eine bestimmte Zahl von wichtigen Datenlieferanten als Vertragspartner zur Verfügung stehen, müssen die Zusammenschlussparteien die Erwerber mit entsprechenden Informationen beliefern. Außerdem verlängert sich dann der Zeitraum, in dem die Parteien Updates zur Verfügung stellen müssen.

788. Nach Auffassung der Monopolkommission ist fraglich, ob das dargestellte Zusagenpaket geeignet ist, die festgestellten Wettbewerbsbeeinträchtigungen auszugleichen. Die Europäische Kommission betont selbst mehrfach, dass die Wettbewerbsfähigkeit auf den relevanten Märkten maßgeblich vom Besitz einer umfassenden, historischen Datenbank abhängt. Dabei spielen die Qualität der Datenbank und die Reputation des Anbieters eine herausragende Rolle. Zwar soll laut Verpflichtungszusage die Kopie einer Datenbank veräußert werden. Nach Auffassung der Monopolkommission reicht das aber nicht aus, um die Wettbewerbsbedenken auszuräumen, da Übergangsschwierigkeiten bei der Inbetriebnahme und der fortlaufenden Dateneinspeisung wahrscheinlich sind. Sollte die zeitnahe Lieferung von validen Daten nicht jederzeit gelingen, würde die Reputation des Erwerbers sofort mit der Folge leiden, dass die Kunden zügig zu den eingesessenen Anbietern zurückkehren. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass auch Anfangsschwierigkeiten die Qualität der Datenbank unmittelbar und nach-

haltig schwächen können. Entsprechende Risiken bestehen umso mehr, weil der Qualitätserhalt in hohem Maß von der Übertragung geeigneten Personals und von der Zulieferung ausreichender und valider Daten, mithin vom Verhalten Dritter, abhängt.

Zwar trifft die Europäische Kommission insofern eine gewisse Vorsorge, indem sie die Parteien im Falle ungenügender Datenzulieferung durch Dritte dazu verpflichtet, einem Erwerber selbst Updates zur Verfügung zu stellen. Aber auch in diesem Fall ist nach Ansicht der Monopolkommission eine Verschlechterung der Situation der Abnehmer wahrscheinlich. Denn es ist davon auszugehen, dass die Zusammenschlussparteien nicht zwei parallele Datenbanken weiterführen, sondern ihre Datenbanken nach dem Zusammenschluss zusammenführen werden. Nutzt der Erwerber die Updates der Zusammenschlussparteien, steht den Abnehmern im Ergebnis für den entsprechenden Zeitraum nur noch eine einheitliche Datenbank zur Verfügung.

789. Zur Beseitigung der Wettbewerbsbedenken in dem Verfahren Arsenal/DSP schlug Arsenal zunächst vor, einige Teile eines Benzoesäurewerks zu verkaufen. Der Käufer sollte einerseits alle für die Produktion und den Verkauf von fester Benzoesäure und Natriumbenzoat, einem nachgelagerten Produkt, erforderlichen Anlagen erwerben. Zum anderen sollte im Rahmen der Veräußerung ein Gemeinschaftsunternehmen zur Herstellung flüssiger Benzoesäure – dem wesentlichen Input-Faktor bei der Herstellung fester Benzoesäure – gegründet werden. Dieses sollte gemeinsam vom Veräußerer und Erwerber kontrolliert werden, wobei die Produktion von flüssiger Benzoesäure zwischen den beiden Partnern aufzuteilen gewesen wäre. Nach richtiger Auffassung der Europäischen Kommission vermochte diese Ausgestaltung der Zusagen die festgestellten Wettbewerbsbedenken nicht auszuräumen. Kritisch zu sehen ist insbesondere die strukturelle Verknüpfung zwischen dem Erwerber und der neuen Unternehmenseinheit über ein Gemeinschaftsunternehmen. Diese führt dazu, dass sich der Erwerber bei strategischen Entscheidungen im Hinblick auf die vorgelagerte Produktion flüssiger Benzoesäure mit dem Veräußerer einigen müsste, was einen wirksamen Wettbewerb zwischen Käufer und Verkäufer auf dem Markt für feste Benzoesäure verhindern würde. In diesem Zusammenhang besteht auch die Gefahr, dass der Veräußerer den Erwerber davon abhalten würde, seine Produktion fester Benzoesäure zu steigern. Aus den genannten Gründen ist es zu begrüßen, dass die Europäische Kommission das erste Zusagenpaket für unzureichend erklärte und den Zusammenschluss erst freigab, nachdem die Parteien die völlige Veräußerung des Werks zur Herstellung flüssiger Benzoesäure anboten.

790. Problematisch bleibt der vorliegende Fall allerdings aus anderen Gründen. Die letzte Fassung des Entscheidungsentwurfs mit den geänderten Zusagen erreichte die Mitgliedstaaten erst zwei Arbeitstage vor der Sitzung des Beratenden Ausschusses. Wie die Monopolkommission bereits anlässlich vergleichbarer Fälle in der Vergangenheit festgestellt hat, ist unter diesen Voraussetzungen eine fundierte Prüfung seitens der nationalen Wettbewerbsbehörden kaum mehr möglich. Die Monopolkommission räumt ein, dass die Europäische Kommission angesichts der knappen Fristen in der Fusionskontrollverordnung unter hohem Zeitdruck steht. Dieser Zeitdruck darf aber nicht einseitig zulasten der in Artikel 19 FKVO festgelegten Mitwirkungsrechte der Mitgliedstaaten gehen. Vielmehr ist die Europäische Kommission gehalten, Termine so zu setzen, dass die nationalen Behörden – vor dem Hintergrund der zum Teil sehr umfangreichen Zusagenpakete – angemessen beteiligt werden können. Gegen das einseitig zulasten der Mitgliedstaaten gehende Vorgehen spricht auch die Bedeutung, die den nationalen Befugnissen erst in jüngster Zeit vom Gericht erster Instanz beigemessen wurde.[374] Das EuG betonte im Zusammenhang mit „verspätet“ vorgelegten Zusagen ausdrücklich, dass die Europäische Kommission solche Zusagen nur dann zurückweisen darf, wenn durch sie die festgestellten Wettbewerbsbedenken nicht klar und eindeutig ausgeräumt oder die Beteiligungsrechte der Mitgliedstaaten nicht mehr angemessen ausgeübt werden können.

4.5.2 Abbau von Marktzutrittsschranken im Energiesektor

791. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum eine Reihe von Zusammenschlüssen im Energiebereich während der ersten Verfahrensphase unter Bedingungen und Auflagen freigegeben. Sie hat hierbei hauptsächlich Veräußerungszusagen entgegengenommen. Im Fall RWE/Essent waren sämtliche Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission mit der Essent-Beteiligung an den Stadtwerken Bremen verbunden. Daher konnten die Parteien mit der Zusage, diese Beteiligung zu veräußern, die Bedenken vollständig ausräumen. Im Verfahren Nuon/Vattenfall betrafen die wettbewerblichen Probleme ausschließlich das deutsche Geschäft. Aus diesem Grund schlug Vattenfall vor, das deutsche Endkundengeschäft von Nuon mit Strom zu veräußern. Ausgenommen sind eine Vorratsgesellschaft sowie die Verträge, die nicht in Verbindung mit der Strom- und Gasversorgung von Endkunden in Berlin und Hamburg stehen. Dem Käufer wird zudem für eine Übergangsfrist die Lizenz für die Marke „Nuon“ erteilt. Nuon verzichtet im Gegenzug für eine Übergangszeit darauf, die Marke in der Endkundenversorgung mit Strom und Gas in Deutschland zu nutzen. Die Europäische Kommission sah den zu veräußernden Unternehmensteil als selbständig und rentabel an. Sie bewertete insbesondere die Verpflichtung Vattenfalls, einige Zeit auf die Marke „Nuon“ in Deutschland zu verzichten, als sachgerechten Schritt, damit sich der veräußerte Unternehmensteil als Wettbewerber zu Vattenfall positionieren könne.

792. Im Fall EdF/BE wurden die Veräußerungszusagen durch eine verhaltensorientierte Maßnahme ergänzt. Das zuletzt vorgelegte Zusagenpaket adressierte die vier Hauptbedenken der Wettbewerbsbehörde. Auf das Risiko

[374] Vgl. Tz. 841 ff.

einer Kapazitätszurückhaltung reagierten die Parteien mit dem Angebot, zwei Kraftwerke (ein Grundlastkraftwerk von BE und ein flexibles Gaskraftwerk von EdF) zu veräußern. Mit der Zusage der Versteigerung von Strommengen auf dem Großhandelsmarkt in vier aufeinanderfolgenden Zeiträumen sollte der Gefahr einer Verringerung von Liquidität entgegengewirkt werden. In diesem Zusammenhang betonte die Europäische Kommission, dass sie zwar strukturelle Auflagen favorisiert, in einigen Situationen aber Ausnahmen macht. Im vorliegenden Fall habe sie Verhaltensauflagen akzeptiert, die zusätzlich zur Kraftwerksveräußerung verhindern sollen, dass sich negative Wettbewerbseffekte aus den komplementären Erzeugungsprofilen der Zusammenschlussparteien ergeben. Die Europäische Kommission habe auch in ihrer Sektoruntersuchung festgestellt, dass Release-Programme im Gassektor eine Maßnahme gegen hohe Marktkonzentration bilden.[375] Der dritte Zusagenkomplex sollte den Zugang zu geeigneten Bauplätzen für Atomreaktoren sicherstellen. EdF sagte die Veräußerung eines ihrer Standorte zu. Schließlich gab EdF ein Anbindungsrecht für neue Kraftwerke an das Stromnetz auf.

793. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Europäische Kommission auch auf den betroffenen Energiemärkten überwiegend Abhilfemaßnahmen struktureller Natur gewählt hat. Was die Verauktionierung von Strommengen betrifft, können diese ihrer Ansicht nach grundsätzlich zu einer Erhöhung der Liquidität des Großhandelsmarktes und zur Senkung der Markteintrittsbarrieren für neue Wettbewerber beitragen. Allerdings sieht die Monopolkommission die Verauktionierung von Strommengen nur in Kombination mit den auferlegten Kraftwerksveräußerungen als geeignet an, wettbewerbliche Bedenken auszuräumen. Für den Erfolg einer solchen Verhaltensauflage sind zwei Aspekte maßgeblich, die auch im Rahmen des von der Europäischen Kommission durchgeführten Markttests von den Marktteilnehmern genannt wurden. Zum einen kommt es darauf an, dass der Auktionsmechanismus diskriminierungsfrei ausgestaltet ist. Zum anderen ist entscheidend, dass das Auktionsvolumen groß genug ist, um einen Liquiditätseffekt zu erzielen. Nach Einschätzung der Monopolkommission hat die Europäische Kommission die Verhaltensauflage im vorliegenden Fall nach einer sehr differenzierten und umfänglichen Abwägung eingesetzt. Abzuwarten bleibt, ob die vorgesehene Zeitspanne ausreicht, um auch nachhaltige Veränderungen auf den betroffenen Märkten herbeizuführen.

4.5.3 Abbau von Marktzutrittsschranken im Passagierluftverkehr

794. In den letzten beiden Jahren hatte die Europäische Kommission erneut über eine Reihe von Zusammenschlüssen im Luftverkehr zu entscheiden. Im Berichtszeitraum waren der Erwerb von British Midland, SN Airholding und Austrian Airlines durch die Lufthansa, die Übernahme von Martinair durch KLM sowie das Vorhaben Iberia/Vueling/Clickair Gegenstand von Verfahren vor der Europäischen Kommission. Die beiden letztgenannten Fälle und der Fall Lufthansa/British Midland wurden von der Europäischen Kommission in der ersten bzw. zweiten Verfahrensphase ohne Bedingungen und Auflagen genehmigt. Die Transaktionen Lufthansa/SN Airholding und Lufthansa/Austrian Airlines gab die Europäische Kommission hingegen in der zweiten Verfahrensphase unter Abhilfemaßnahmen frei.

795. In der Vergangenheit waren die Erfahrungen der Europäischen Kommission mit Abhilfemaßnahmen auf den Märkten für Luftverkehr nicht immer positiv. Kernelement dieser Maßnahmen bildete die Vergabe von Zeitnischen, sog. Slots, für Flugstrecken, auf denen der Zusammenschluss zu Wettbewerbsbedenken geführt hätte.[376] Mithilfe der Slotabgabe sollten Marktzutrittsschranken gesenkt und der Eintritt von neuen Wettbewerbern erleichtert werden. Die Verpflichtung zur Slotabgabe wurde regelmäßig durch verschiedene Verhaltensauflagen ergänzt, die unter anderem Vereinbarungen zum Interlining und Codesharing sowie die Möglichkeit, am Vielfliegerprogramm des Erwerbers teilzunehmen, vorsahen.[377] In einigen Fällen hatten diese Zusagenpakete jedoch nicht ausgereicht, um neue Anbieter zu einem Marktzutritt neben der dominanten oder starken neuen Unternehmenseinheit zu bewegen.

796. Diese negativen Erfahrungen flossen in die Ausgestaltung der Abhilfemaßnahmen in den Fällen Lufthansa/Austrian Airlines und Lufthansa/SN Airholding ein. In dem Verfahren Lufthansa/Austrian Airlines hatte die Europäische Kommission auf fünf Strecken, Wien–Stuttgart, Wien–Köln, Wien–München, Wien–Frankfurt und Wien–Brüssel, erhebliche Wettbewerbsprobleme identifiziert. Den Schwerpunkt des Abhilfepakets bildete zwar erneut die Verpflichtung zur Abgabe einer Reihe von Slots auf allen problematischen Strecken. Die Europäische Kommission entwickelte ihre Zusagenpraxis aber in verschiedener Hinsicht weiter. Zum einen wurde das Vergabeverfahren für diese Slots effizienter ausgestaltet. Zum Zweiten müssen die Slots innerhalb von 20 Minuten – anstelle der früher üblichen 30 Minuten – der angefragten Zeit liegen. Zudem enthalten die Zusagen keine Einschränkung hinsichtlich der Anzahl der zu übertragenden Slots während der sog. Peak Hours. Mit der kostenlosen Übertragung der Slots ist ferner die Möglichkeit verbunden, nach Ablauf der in den Verpflichtungszusagen festgelegten Nutzungszeiten die sog. Großvaterrechte zu er-

[375] European Commission, DG Competition Report on Energy Sector Inquiry, SEC(2006) 1724, 10 January 2007, Frequently asked Questions, S. 4.

[376] Ein Slot bezeichnet in der Luftfahrt ein Zeitfenster, in dem eine Fluggesellschaft einen Flughafen zum Starten oder Landen eines Flugzeugs benutzen darf.

[377] Unter Interlining versteht man Abkommen zwischen Airlines, die es ihren Kunden erlauben, zwischen den beteiligten Partnern umzusteigen. Das Codesharing (Code-Teilung) ist ein Verfahren im Luftverkehr, bei dem sich zwei oder mehrere Fluggesellschaften einen Linienflug teilen. Jede der beteiligten Gesellschaften führt diesen Flug unter einer eigenen Flugnummer, dem Code. Es ermöglicht den Fluggesellschaften, Flüge anzubieten, die sie gar nicht selbst durchführen.

halten.[378] Diese können dann von den Erwerbern auch für andere als die ursprünglich vorgesehenen Strecken verwendet werden. Vervollständigt wird das Zusagenpaket durch spezielle Codeshare-Vereinbarungen, die es den neuen Wettbewerbern erlauben, ihre Codes auf Flügen der Fusionsparteien zu platzieren, sofern eine der wettbewerblich bedenklichen Strecken betroffen ist. Zudem können die Erwerber Interlining- und Intermodal-Vereinbarungen sowie Abreden über Vielfliegerprogramme treffen. Nach den Erkenntnissen der Europäischen Kommission gibt es für die Slots auf sämtlichen betroffenen Strecken glaubwürdige Interessenten. Auf den Strecken Wien–Frankfurt und Wien–München existiere ein aktiver Wettbewerber, der aufgrund der Abhilfemaßnahmen seine bestehenden Slots austauschen könne, um Flüge zu attraktiveren Zeiten anzubieten. Auf der Strecke Wien–Frankfurt habe dieser Konkurrent zudem die Möglichkeit, die derzeit von Lufthansa nur geleasten Slots einzutauschen.

797. Die Monopolkommission hat sich in ihrem letzten Hauptgutachten ausführlich zu den Problemen geäußert, die mit den auferlegten Verpflichtungen verbundenen sind.[379] Insbesondere hatte sie verdeutlicht, dass die Abgabe von Slots zwar eine rechtliche Chance für Wettbewerber bildet, einen Flughafen zu bedienen. Auf stark belasteten Flughäfen können auf diese Weise grundsätzlich die Marktzutrittsschranken gesenkt werden. Allerdings stellte sie auch fest, dass die geringe Verfügbarkeit von Slots nicht die einzige Marktzutrittsschranke bilden muss, sodass durch die Slotabgabe nicht ohne Weiteres ein Marktzutritt sichergestellt werden kann. Ferner wies sie auf die Gefahr hin, dass die Abhilfemaßnahmen eine zu geringe Anzahl von Slots umfassen, unattraktive Strecken einbeziehen oder in sonstiger Weise ungeeignet sein können, potenzielle Wettbewerber anzuziehen.

798. Die Monopolkommission begrüßt deshalb, dass die Europäische Kommission selbst Mängel in der vergangenen Zusagenpraxis einräumt und nunmehr bestrebt ist, diese Defizite zu beseitigen. Allerdings verbleiben weiter erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit der angenommenen Zusagen. Nach Ansicht der Monopolkommission dürfte zwar insbesondere die Aussicht, Großvaterrechte zu erwerben und diese auch auf anderen als den wettbewerblich bedenklichen Strecken einzusetzen, die Attraktivität eines Marktzutritts erhöhen. Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang jedoch, dass bei einer anderweitigen Nutzung der erworbenen Slots die ursprünglichen Wettbewerbsbedenken erneut durchschlagen können. Dies ist um so bedenklicher, als die Großvaterrechte auf einigen Strecken bereits nach zwei (halbjährlichen) IATA-Saisons erworben werden können. Daneben stellt sich nach Auffassung der Monopolkommission die Frage, ob die Möglichkeit zum Abschluss von Codeshare-Vereinbarungen negativ auf die Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts wirkt. Die Europäische Kommission selbst hat bei der Prüfung eines Codeshare-Abkommens zwischen den Parteien in dem Verfahren Lufthansa/British Midland festgestellt, dass diese kaum aktuellen oder potenziellen Wettbewerbsdruck aufeinander ausüben. Die Monopolkommission räumt ein, dass die Auswirkungen eines Codesharing-Abkommens von Fall zu Fall unterschiedlich ausfallen können. Ihrer Auffassung nach hätte die Europäische Kommission aber im vorliegenden Fall dieser Frage bei der Entgegennahme der Zusagen nachgehen müssen. Schließlich äußert die Europäische Kommission selbst Zweifel daran, ob angesichts der derzeitigen Krise im Luftverkehr tatsächlich zeitnah Marktzutritte erfolgen werden. Es bleibt auch nach Ansicht der Monopolkommission abzuwarten, ob die Änderungen im Zusammenhang mit der Slotabgabe tatsächlich zu vermehrten und zügigen Markteintritten führen werden.

Positiver schätzt die Monopolkommission die Auswirkung der Abhilfemaßnahmen auf den Strecken Wien–München und Wien–Frankfurt ein, da hier bereits ein aktiver Wettbewerber vorhanden ist. Die Stärkung der Expansionsmöglichkeiten eines aktuellen Wettbewerbers erscheint im Hinblick auf die Entstehung wirksamen Wettbewerbsdrucks weitaus erfolgversprechender als die bloße Eröffnung von Marktzutrittsmöglichkeiten für potenzielle Konkurrenten.

4.5.4 Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen

799. Die Europäische Kommission hat während des Berichtszeitraums in aller Regel nur ergänzend auf verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen zurückgegriffen. Hier sind insbesondere Lieferpflichten des Veräußerers oder eines Dritten gegenüber dem künftigen Erwerber zu nennen. Für die Beurteilung solcher Lieferverpflichtungen kommt es nach Auffassung der Monopolkommission auf die konkrete Ausgestaltung im Einzelfall an. Sind die Belieferungspflichten eher kurzfristiger Natur und dienen sie dem Erhalt der Lebensfähigkeit des veräußerten Vermögensteils in einer Übergangszeit, sind sie regelmäßig als eher unproblematisch einzuschätzen. Dies gilt insbesondere dann, wenn dem potenziellen Erwerber Belieferungsoptionen eingeräumt werden. In solchen Fällen trifft letztlich der Erwerber die Entscheidung, ob er vom Veräußerer beliefert werden oder auf andere Quellen ausweichen will. Skeptischer steht die Monopolkommission langfristigen Lieferbeziehungen gegenüber, die dauerhaft Abhängigkeiten des Erwerbers schaffen, dem Veräußerer langfristig Einblicke in Produktionsprozesse und Kosten seines Wettbewerbers ermöglichen und kontinuierlich Diskriminierungspotenzial – etwa bezüglich Lieferfristen und Qualität – bergen. In der Entscheidungspraxis gibt die Ausgestaltung der Lieferpflichten im Verfahren Friesland/Campina Anlass zu Kritik. Verhaltensorientierte Zusagen wurden ebenfalls im Verfahren KLM/Martinair angeboten, von der Europäischen Kommission jedoch zurückgewiesen.

---

[378] Das Großvaterrecht ist das Recht auf Wiederzuteilung einer Slotserie für die nächste Saison, das eine Fluggesellschaft erhält, wenn sie in der Vorsaison mindestens 80 Prozent der Slotserie genutzt hat.

[379] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 753 ff.

800. In dem Verfahren Friesland/Campina erhob die Europäische Kommission auf einer Reihe von Märkten Wettbewerbsbedenken, die zum Teil auf der Entstehung von marktbeherrschenden Positionen, zum Teil auf der Gefahr von erheblichen Wettbewerbsbehinderungen beruhten. Sie äußerte wettbewerbliche Bedenken unter anderem auf verschiedenen Märkten für Frischmilchprodukte, auf mehreren Märkten für Käse sowie auf dem Markt für die Beschaffung von Rohmilch. Zur Begründung dienten regelmäßig die hohen Marktanteile der Parteien in Verbindung mit dem Besitz wichtiger Marken sowie das enge Substitutionsverhältnis der Parteien. Die Europäische Kommission stellte weiterhin fest, dass für die Nachfrager ein Lieferantenwechsel problematisch wäre, hohe Marktzutrittshindernisse bestehen und keine Nachfragemacht ausgeübt werden könne. Sie gab den Zusammenschluss daher nur unter Bedingungen und Auflagen frei.

801. Das Zusagenpaket enthielt weitreichende Veräußerungsverpflichtungen, die unter anderem die gesamte Frischmilchsparte von Friesland in den Niederlanden sowie einen Produktionsstandort von Campina betrafen. Daneben umfasste das Verpflichtungsangebot verschiedene Liefer- und Vertriebsvereinbarungen, die der Käufer wahlweise mit den Zusammenschlussparteien treffen kann. Außerdem mussten die Parteien eine Reihe von Marken abgeben und eine fünfjährige, erneuerbare und ausschließliche Lizenz für die Verwertung der Marke Friesche Vlag für das derzeitige Frischmilch-Portfolio von Friesland in den Niederlanden erteilen. Als Voraussetzung für tragfähige Verpflichtungsangebote hinsichtlich der nachgelagerten Märkte sah die Europäische Kommission die Sicherstellung eines langfristigen Zugangs zu Rohmilch für die künftigen Erwerber der Frischmilchsparten an. In Anbetracht der Tatsache, dass die Anmelder nach dem Zusammenschluss 70 bis 80 Prozent des gesamten niederländischen Bestands an Rohmilch kontrollieren werden, müssen die Zusammenschlussparteien laut Europäischer Kommission den Zugang zu Rohmilch für die Käufer der auszugliedernden Sparten sicherstellen. Diese Verpflichtung soll sich auch auf die Rohmilchmengen erstrecken, die für einen künftigen Kapazitätsausbau benötigt werden. Da die Parteien nicht in der Lage sind, ihre Milchviehhalter aus der Genossenschaft auszuschließen oder sie dazu zu zwingen, eine Liefervereinbarung mit den Erwerbern abzuschließen, haben sie folgende Zusagen vorgelegt:

802. Die Parteien verpflichten sich für zwei Jahre zur Lieferung von Rohmilch an die jeweiligen Käufer. Der Preis für die Rohmilch entspricht dem garantierten Auszahlungspreis, den die neue Unternehmenseinheit ihren Milchviehhaltern zahlt. Auf diesen Preis wird für die ersten sechs Monate ein Nachlass in Höhe von 1 Prozent gewährt. Außerdem gewähren die Parteien den Erwerbern sowie weiteren Molkereiunternehmen Ziehungsrechte für Rohmilch bis zu einer bestimmten Maximalmenge. Diese Ziehungsrechte werden über eine unabhängige und gemeinnützige Organisation, den neu zu gründenden Dutch Milk Fund, erteilt. Die erforderliche Flexibilität insbesondere im Zusammenhang mit der Herstellung von Frischmilchprodukten soll insbesondere durch die Möglichkeit der Anpassung der prognostizierten Wochenmenge um +/-5 Prozent gewährleistet werden. Die Vereinbarungen mit dem Dutch Milk Fund sollen zeitlich unbefristet sein und so lange bestehen, bis eine bestimmte Anzahl an Milchviehhaltern aus der zusammengeschlossenen Genossenschaft ausgetreten ist. Darüber hinaus sollen finanzielle Anreize für Milchviehhalter geschaffen werden, das fusionierte Unternehmen zu verlassen, um den Wettbewerbern den Bezug von Rohmilch unabhängig von diesem zu ermöglichen. Nach Auffassung der Europäischen Kommission ermöglicht es diese Zusage den Erwerbern, einen eigenen Lieferantenstamm aufzubauen.

803. Die Monopolkommission hält die Veräußerungsverpflichtungen in den Bereichen frische Milchbasisprodukte, Käse und haltbare Milchmischgetränke prinzipiell für geeignet, den Wettbewerb auf den betroffenen Märkten zu erhalten. Aufgrund der vorgelegten Angebote werden laut Europäischer Kommission sämtliche oder wesentliche Teile der Marktanteilsüberschneidungen auf den betroffenen Märkten beseitigt. Durch den Erwerb der jeweiligen Sparten bzw. Marken sind unmittelbar Anbieter von einer gewissen Größe mit etablierten Markenprodukten auf den betroffenen Märkten präsent. Als problematisch könnte sich allerdings erweisen, dass die Marke Friesche Vlag lediglich lizenziert, nicht aber eigentumsrechtlich übertragen wird. Die Europäische Kommission räumte selbst ein, dass die Lizenzierung und Umbenennung einer Marke fehlschlagen kann. Der Verzicht auf eine Veräußerung erscheint indes im vorliegenden Fall vertretbar, da neben einer Produktions- und Vertriebseinheit weitere bekannte Marken an den Erwerber veräußert werden. Darüber hinaus ist aufgrund der Abhilfemaßnahmen sichergestellt, dass die Zusammenschlussparteien die Marke nicht mehr auf den Märkten für Frischmilchprodukte verwerten dürfen. Das Vorgehen der Europäischen Kommission deckt sich insofern mit ihrer Mitteilung zu Abhilfemaßnahmen, wonach ein Markenwechsel zulässig sein kann, wenn die betreffende Marke weit verbreitet ist und ein großer Teil des Umsatzes auf anderen Märkten als denen erzielt wird, auf denen wettbewerbsrechtliche Bedenken bestehen.[380] Den Ermittlungen der Europäischen Kommission zufolge sind diese Voraussetzungen hier erfüllt, weil 80 bis 90 Prozent des Umsatzes mit der Marke auf anderen als den Frischmilchmärkten erzielt werden.

804. Ebenso wie die Europäische Kommission geht die Monopolkommission davon aus, dass der dauerhaft gesicherte, von der neuen Unternehmenseinheit unabhängige Zugang zu Rohmilch die wichtigste Voraussetzung für die Wettbewerbsfähigkeit der Erwerber darstellt. Gerade die diesbezüglichen Verpflichtungsangebote geben indes Anlass zur Skepsis. Fraglich ist in erster Linie, ob die Zusagen geeignet sind, wettbewerbliche Strukturen auf dem Markt für die Beschaffung von Rohmilch herzustellen. Durch die Liefervereinbarung und die Ziehungsrechte über den Dutch Milk Fund erhalten die Erwerber und andere Wettbewerber keinen direkten Zugang zu Rohmilch,

[380] Vgl. Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, a. a. O., Rn. 39 ff.

sondern sind auf die Belieferung durch die neue Unternehmenseinheit angewiesen. Obwohl die Europäische Kommission selbst betont, wie wichtig die Eigenständigkeit der zu veräußernden Sparten ist, werden die Erwerber aufgrund der vorgelegten Verpflichtungen langfristig von den Lieferungen der neuen Unternehmenseinheit abhängen. Die angebotenen Liefervereinbarungen enthalten ein erhebliches Diskriminierungspotenzial, das sich unter anderem in unterlassenen oder verspäteten Lieferungen sowie Qualitätsmängeln manifestieren kann. Außerdem erhält die neue Unternehmenseinheit während der Dauer der Liefervereinbarung Einblick über die von den Erwerbern nachgefragten Mengen. Die Entwicklung von Wettbewerb wird ferner dadurch behindert, dass die potenziellen Erwerber sowie sonstige Konkurrenten auf einem Markt mit geringer Wertschöpfung das Einsatzmittel Rohmilch (fast) zu demselben Preis wie die neue Unternehmenseinheit beziehen. Nachvollziehbar sind in diesem Zusammenhang die Bedenken einiger Marktteilnehmer, die bemängelten, dass der Preis zu hoch sei und zu Wettbewerbsnachteilen für die zu veräußernden Sparten führen werde. Insbesondere wurde kritisiert, dass der Preis auf der Grundlage der Tätigkeit von Unternehmen festgelegt werde, die über ein breiteres Produktportfolio bzw. rentablere Produkte verfügten und daher eine Mischkalkulation vornehmen könnten.

805. Zweifelhaft erscheint darüber hinaus der Erfolg der Austrittsanreize im Hinblick auf den Aufbau einer eigenen Kundenplattform. Es handelt sich um eine rein verhaltensorientierte Zusage, die zudem nicht von den Fusionsparteien zu erfüllen, sondern auf ein bestimmtes Verhalten Dritter gerichtet ist. Daher besteht weder für die Europäische Kommission noch für die Zusammenschlussbeteiligten eine Möglichkeit zur Durchsetzung dieser Zusagen. Bedenklich stimmt zudem, dass aus der Entscheidung nicht deutlich wird, wie die Höhe der Austrittszahlung ermittelt wurde und ob sie tatsächlich angemessen ist, um einen Anreiz zum Austritt zu bieten. Folgt man der Argumentation der Europäischen Kommission hinsichtlich der Wettbewerbsbedenken auf dem Markt für die Beschaffung von Rohmilch – hohe Marktanteile der Parteien auf den vor- und nachgelagerten Märkten erleichtern der neuen Unternehmenseinheit künftig die Zahlung von höheren Rohmilchpreisen mit der Folge, dass neue Milchviehhalter angezogen werden –, so stellt sich die Frage, warum Letztere zu einem Abnehmer wechseln sollten, der ihnen dauerhaft niedrigere Preise zahlen wird.

806. Die Freigabeentscheidung in dem Verfahren KLM/Martinair erging zwar ohne Bedingungen und Auflagen, allerdings hatte die Europäische Kommission die Einleitung der zweiten Verfahrensphase noch mit ernsthaften Bedenken in Bezug auf den Passagierluftverkehr zwischen Amsterdam und Aruba sowie Curaçao begründet. Um diese Bedenken auszuräumen, hatten die Zusammenschlussbeteiligten bereits in der ersten Verfahrensphase Verpflichtungszusagen angeboten. Diese sahen vor, nach dem Zusammenschluss die Entwicklung der Preise von Flügen in der Economy Class auf den problematischen Strecken an die Entwicklung der Preise von Economy-Class-Flügen eines Korbs ähnlicher Strecken anzupassen. Aufgrund der Ergebnisse der Befragung anderer Marktteilnehmer zu den Zusagen kamen jedoch Zweifel an der Praktikabilität und Wirksamkeit des vorgeschlagenen Mechanismus zur Preiskontrolle auf. Daher erachtete die Europäische Kommission die Verpflichtungszusagen als nicht hinreichend klar, um ihre Bedenken auszuräumen.

807. Die Ablehnung der vorgelegten Zusagenangebote, die eine sehr komplexe Regelung zur Begrenzung der Preishöhe enthalten, ist zu begrüßen. Zum einen handelt es sich um reine Verhaltenszusagen. Zum anderen sind die Zusagenangebote zeitlich nicht begrenzt, d. h. der vorgeschlagene Mechanismus wäre unbefristet eingesetzt worden und hätte auf Dauer überwacht werden müssen. Als problematisch hätte sich zudem die Feststellung und Auswahl geeigneter Vergleichsrouten erwiesen. Dies gilt zum einen für die Frage der prinzipiellen Vergleichbarkeit mit den zunächst als problematisch erkannten Strecken, zum anderen für die Frage, ob auf den ausgewählten Strecken hinreichender Wettbewerb besteht, sodass die dort geltenden und dem Vergleich zugrunde zu legenden Preise tatsächlich Wettbewerbspreise sind. Die Beantwortung derartiger Fragen seitens der Europäischen Kommission hätte eine umfangreiche Prüfung der Wettbewerbsverhältnisse auf den Vergleichsmärkten notwendig gemacht. Diese Prüfung wäre zudem keine einmalige Aufgabe, sondern hätte kontinuierlich wiederholt werden müssen.

4.5.5 Alternative Abhilfemaßnahmen

808. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum mehrere alternative Zusagenangebote entgegengenommen, z. B. in dem Zweite-Phase-Fall ABF/GBI sowie in den Erste-Phase-Fällen Pfizer/Wyeth und Rewe/Adeg. Die Notwendigkeit alternativer Zusagenangebote beschreibt die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung zu zulässigen Abhilfen.[381] Hiernach kann in bestimmten Situationen die Vollziehbarkeit der von den Zusammenschlussparteien bevorzugten Veräußerung zweifelhaft sein, z. B. wegen der Vorkaufsrechte Dritter, der Ungewissheit in Bezug auf die Übertragbarkeit von wichtigen Verträgen oder der Unsicherheit darüber, dass ein geeigneter Erwerber gefunden wird. In derartigen Fällen bestehe das Risiko, dass die mit dem Zusammenschluss verbundene Wettbewerbsbeeinträchtigung eintrete. Voraussetzung einer Genehmigung unter Bedingungen und Auflagen sei daher unter anderem, dass die beteiligten Unternehmen eine Veräußerungsalternative vorschlagen. Diese müsse in der Regel ein „Kronjuwel“ betreffen, d. h. sie sollte mindestens so gut wie die erste vorgeschlagene Veräußerung geeignet sein, einen lebensfähigen Wettbewerber zu schaffen, und es sollte keine Unsicherheit hinsichtlich ihrer zügigen Umsetzung bestehen. Aus der Mitteilung zu Abhilfemaßnahmen geht ferner hervor, dass die Europäische Kommission Alternativangebote einerseits und die Up-front-buyer- und Fix-it-first-Lösungen andererseits dann als gleichwertig betrachtet, wenn die Umsetzung der Veräußerung wegen der Rechte Dritter

[381] Vgl. Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, a. a. O., Rn. 44 ff.

zweifelhaft ist oder wenn Unsicherheit besteht, ob ein geeigneter Erwerber gefunden wird.

809. In dem Verfahren Pfizer/Wyeth mussten die Parteien unter anderem Vertriebsaktivitäten für Dritte auf den Erwerber übertragen. Die Europäische Kommission sah die Umsetzung dieser Zusage nicht als hinreichend sicher an, weil sie von der Zustimmung der jeweiligen Lieferanten abhing. Sie forderte daher ein alternatives Zusagenangebot, das die Veräußerung bestimmter Vermögenswerte von Pfizer vorsah. In dem Verfahren Rewe/Adeg war wiederum die Abhängigkeit vom Verhalten Dritter der Grund für die Annahme alternativer Zusagenangebote. Rewe verpflichtete sich, sämtliche Adeg-Eigenbetriebe in den von der Wettbewerbsbehörde als kritisch angesehenen Märkten zu veräußern. Darüber hinaus sollte Rewe dafür sorgen, dass die selbstständigen Adeg-Kaufleute mit Sitz in den betroffenen Bezirken die uneingeschränkte Möglichkeit zum Wechsel zu einem anderen Lebensmittelgroßhändler erhielten. Ferner versprach Rewe, alle zumutbaren Anstrengungen zu unternehmen, damit eine hinreichende Anzahl von Adeg-Kaufleuten in den betroffenen Märkten tatsächlich für einen bestimmten Zeitraum aus der Adeg-Organisation ausschied. Sollte es Rewe nicht gelingen, fristgerecht die nötige Anzahl von Adeg-Kaufleuten zum Verlassen der Adeg-Organisation zu bewegen, muss Rewe – alternativ – eigene Filialen veräußern.

810. Der Zusammenschluss ABF/GBI wurde in der zweiten Phase freigegeben, nachdem sich die Parteien verpflichtet hatten, das gesamte Vertriebsgeschäft von GBI in Spanien und Portugal an einen Käufer zu veräußern, der entweder Produktionskapazitäten in Felixstowe (Großbritannien) oder in Setúbal (Portugal) besitzt oder erwerben wird. Bei der Produktionsstätte in Felixstowe handelt es sich ursprünglich um ein Werk von GBI, das der Konkurrent Lesaffre bei der Übernahme von GBI Großbritannien erworben hat und im Rahmen einer fusionskontrollrechtlichen Zusage veräußern muss. Das Werk in Setúbal steht derzeit im Eigentum von ABF. Die alternative Abhilfemaßnahme war laut Europäischer Kommission erforderlich, weil die Veräußerung der Produktionsstätte in Felixstowe von einem Dritten – Lesaffre – abhängt. Die Europäische Kommission hielt die Abhilfemaßnahmen für ausreichend, da mit der Veräußerung des Vertriebsgeschäfts von GBI sämtliche Überschneidungen aufgrund des Zusammenschlusses entfallen.

811. In den dargestellten Fällen hat die Europäische Kommission zu Recht auf einer alternativen Verpflichtung bestanden, da die Erfüllung der zunächst angebotenen Zusagen von Dritten abhing und somit von der Europäischen Kommission nicht durchsetzbar war. Soweit etwa das Zusagenangebot im Fall ABF/GBI den Verkauf der Produktionsstätte in Felixstowe betrifft, könnte sich eine Umsetzung als besonders problematisch erweisen. Veräußerer sind nicht die Zusammenschlussparteien selbst, sondern ein drittes Unternehmen – Lesaffre –, das im Rahmen eines anderen Zusammenschlussvorhabens zu einer entsprechenden Veräußerung verpflichtet worden war. Kritisch ist in diesem Zusammenhang vor allem zu sehen, dass die Verbindung der Veräußerungszusagen in zwei Zusammenschlussverfahren zur Folge hat, dass sich mit ABF/GBI und Lesaffre die zwei wichtigsten Wettbewerber auf den betroffenen Märkten über die Umsetzung der ihnen auferlegten Abhilfemaßnahmen abstimmen und einen gemeinsamen Erwerber präsentieren müssen. Die Monopolkommission spricht sich in diesem Zusammenhang dafür aus, dass die Europäische Kommission in Fällen, in denen die Erfüllung einer Zusage von dem Verhalten eines Dritten abhängt, zwingend den vorherigen Zusagenvollzug sicherzustellen bzw. eine alternative Abhilfemaßnahme zu verlangen hat.

812. Daneben verbleiben im genannten Fall Zweifel an der Wirksamkeit der Abhilfemaßnahme, selbst wenn ein Erwerber für die Produktionsstätte in Felixstowe gefunden wird. Erstens ist es fraglich, ob Händler und Kunden vor dem Hintergrund der engen Vertragsbeziehungen und Vertrauensverhältnisse auf den betroffenen Märkten sowie der herausragenden Bedeutung von Qualität und Reputation ohne Weiteres einen neuen Lieferanten akzeptieren werden. Gewisse Unsicherheiten resultieren in diesem Zusammenhang vor allem aus der Feststellung der Europäischen Kommission, dass die Produktion in Felixstowe erst an die Anforderungen auf dem spanischen und portugiesischen Markt angepasst werden muss. Die Prognose der Europäischen Kommission, dass ein künftiger Erwerber ohne Weiteres die Marktposition von GBI einnehmen wird, erscheint in diesem Zusammenhang zumindest optimistisch. Zweitens ist fraglich, ob sichergestellt werden kann, dass der Erwerber von Felixstowe seine Produktion tatsächlich dauerhaft nach Spanien und Portugal liefern wird. Vor diesem Hintergrund wäre eine Veräußerung des GBI-Werks in Casteggio vorzuziehen gewesen. Zum einen hätte eine solche Zusage wesentlich einfacher, d. h. ohne Mitwirkung Dritter, umgesetzt werden können. Zum anderen hat GBI den spanischen und portugiesischen Markt schon in der Vergangenheit von Casteggio aus beliefert. Es wäre daher auch für einen Erwerber unproblematisch gewesen, die bestehenden Anforderungen an Qualität und sonstige Eigenschaften der Presshefe umzusetzen. Allerdings ist einzuräumen, dass die Europäische Kommission eine solche Veräußerungszusage nicht selbständig durchsetzen konnte, da die Verantwortung für den Inhalt der Zusagenangebote grundsätzlich bei den Zusammenschlussparteien liegt.

4.5.6 Fix-it-first- und Up-front-buyer-Lösungen

813. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum vereinzelt auch Fix-it-first- und Up-front-buyer-Lösungen gewählt. Bei einer Up-front-buyer-Verpflichtung wird der Vollzug des genehmigten Zusammenschlusses so lange ausgesetzt, bis die Zusammenschlussparteien eine bindende Vereinbarung mit einem geeigneten Erwerber abgeschlossen haben. Die Fix-it-first-Lösung setzt noch früher an, indem die Zusammenschlussbeteiligten eine bindende Vereinbarung mit dem Erwerber noch während des laufenden Fusionskontrollverfahrens treffen. Laut der Mitteilung zu zulässigen Abhilfemaßnahmen kommt eine solche Lösung in Betracht, sofern die Euro-

päische Kommission nur dann hinreichend sicher davon ausgehen kann, dass das Geschäft auch tatsächlich an einen geeigneten Erwerber veräußert wird, wenn ein von ihr vorab genehmigter Erwerber vorgeschlagen wird.[382] Erstens betrifft dies Fälle, in denen erhebliche Hindernisse für eine Veräußerung bestehen, z. B. Rechte Dritter oder die Unsicherheit, ob ein geeigneter Erwerber gefunden wird. Zweitens kann ein vorab genehmigter Erwerber notwendig sein, wenn ein erhebliches Risiko hinsichtlich der Erhaltung der Wettbewerbs- und Marktfähigkeit des zu veräußernden Geschäfts in der Übergangszeit bis zur Veräußerung besteht. Ein solches Risiko wird angenommen, wenn wichtige Kompetenzträger abwandern könnten oder die Ausgliederung des Geschäfts nicht in der Übergangszeit, sondern erst nach Abschluss eines Veräußerungsvertrags mit dem Erwerber vorgenommen werden kann. Eine Up-front-buyer-Lösung kann die Übertragung so weit beschleunigen, dass solche Risiken begrenzt sind.

814. Zu einer Fix-it-first-Zusage kam es im Berichtszeitraum – soweit ersichtlich – nur selten. So wurde in dem Fall Vienna Insurance Group/EBV bereits während des fusionskontrollrechtlichen Verfahrens eine Verkaufsoption ausgeübt und dadurch ein Teil der Verpflichtungen erfüllt. Up-front-buyer-Lösungen hat die Europäische Kommission z. B. in den Verfahren Arjowiggins/MReal Zanders Reflex, Hexion/Huntsman und Rail Cargo Austria (RCA)/MAV Cargo auferlegt.

815. Die einzige Up-front-buyer-Verpflichtung in der zweiten Verfahrensphase betraf das Vorhaben Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex. Die Wettbewerbsbedenken auf dem Markt für Selbstdurchschreibpapier konnte Arjowiggins durch die Zusage ausräumen, den Geschäftsbereich Selbstdurchschreibpapier von M-Real zu veräußern. Risiken sah die Europäische Kommission vor allem aufgrund der sehr beschränkten Anzahl potenzieller Käufer, die mit den ausgegliederten Vermögenswerten ein erfolgreiches Geschäft betreiben könnten. Da das Überleben des zu veräußernden Geschäfts in erheblichem Maß von der Identität des Käufers abhängt, hielt die Wettbewerbsbehörde eine Up-front-buyer-Zusage für erforderlich. Arjowiggins darf deshalb den angemeldeten Zusammenschluss erst nach Erfüllung der Verkaufsverpflichtung vollziehen. Weiterhin wurde vereinbart, dass Arjowiggins auf den Zusammenschluss verzichten und das gesamte Reflex-Papiergeschäft an M-Real Zanders zurückgeben wird, wenn bis zum Ende der Veräußerungsfrist kein Käufer gefunden ist.

816. In der ersten Verfahrensphase bestand die Europäische Kommission in den Fällen Hexion/Huntsman und RCA/MAV Cargo auf einer Up-front-buyer-Zusage. Im Verfahren Hexion/ Huntsman konzentrierten sich die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission auf das Epoxidharzgeschäft. Die Freigabe wurde daher an die Bedingung geknüpft, dass sich Hexion im Epoxidharzgeschäft von seinen Werken und F&E-Anlagen in Deutschland und den USA trennt. Die betroffenen Geschäftsbereiche stellten bisher kein eigenständiges Geschäft dar, sondern müssen erst aus dem Unternehmen Hexion ausgegliedert werden. Nach Ansicht der Wettbewerbsbehörde ist von größter Bedeutung für die Lebensfähigkeit der zu veräußernden Vermögensteile, dass weiterhin Zugang zu allen Input-Faktoren und anderen Ressourcen wie Forschung und Entwicklung, Vertrieb usw. besteht. Aus diesen Gründen legte die Europäische Kommission der Identität des Erwerbers maßgebliche Bedeutung bei und bestand auf einer Up-front-buyer-Lösung. Auch der Markttest hatte die Notwendigkeit einer solchen Vorgehensweise belegt. Marktteilnehmer hatten die Ansicht geäußert, ein potenzieller Erwerber solle Erfahrungen in der chemischen Industrie besitzen, eigene Forschung und Entwicklung betreiben und über ausreichende Vertriebskapazitäten verfügen. Außerdem sei ein vertikal integrierter Erwerber vorteilhaft, damit der Zugang zu den erforderlichen Rohstoffen abgesichert sei.

817. Das Vorhaben Rail Cargo Austria (RCA)/MAV Cargo betraf die Übernahme der ungarischen Güterbahn MAV durch das ebenfalls im Schienengüterverkehr tätige österreichische Unternehmen RCA. RCA ist eine Tochtergesellschaft der staatlichen österreichischen ÖBB-Holding, bei MAV handelt es sich um die Güterverkehrssparte der ungarischen Staatsbahnen. Ursprünglich wollte RCA die Güterbahn MAV zusammen mit GySEV übernehmen. GySEV ist ein integriertes Eisenbahn- und Infrastrukturunternehmen, das gemeinsam vom ungarischen und österreichischen Staat kontrolliert wird und an dem RCA 5,7 Prozent der Anteile hält. GySEV verfügt in Österreich und Ungarn über ein eigenes Eisenbahnnetz von 287 km Länge und ist auf den grenzüberschreitenden Güterverkehr spezialisiert. Obwohl der Schienengüterverkehr seit 2007 vollständig liberalisiert ist, herrscht nach Kenntnis der Europäischen Kommission auf den betroffenen nationalen Märkten Österreichs und Ungarns nur geringer Wettbewerb. Die ehemaligen Monopolunternehmen verfügen nach wie vor über herausragende Marktstellungen. Wettbewerber konnten in Österreich und Ungarn bislang nur individuelle Marktanteile von jeweils 0 bis 5 Prozent erlangen. In Ungarn sind zudem einige der Marktneulinge mit MAV verbunden. Nach den Ermittlungen der Europäischen Kommission würde der Zusammenschluss jeweils den stärksten potenziellen Konkurrenten auf dem ungarischen bzw. österreichischen Schienengüterverkehrsmarkt eliminieren. Um die damit einhergehenden Bedenken auszuräumen, musste sich RCA verpflichten, sämtliche seiner strukturellen Verbindungen mit GySEV zu lösen und seine vertraglichen Beziehungen mit diesem Unternehmen zu überprüfen. Ferner wird GySEV darauf verzichten, im Zuge des geplanten Zusammenschlusses Anteile an MAV zu erwerben. Daneben gaben die Regierungen Österreichs und Ungarns Erklärungen ab, wonach sie für eine Beendigung der strukturellen Verbindungen von GySEV zu der neuen Unternehmenseinheit sorgen werden. Darüber hinaus soll der Einfluss Österreichs auf die Schienengüterverkehrsdienstleistungen von GySEV auf die eines Minderheitsgesellschafters beschränkt werden und Österreich nicht im Vorstand des juristisch unabhängigen Frachtgeschäfts

[382] Vgl. ebenda, Rn. 53 ff.

vertreten sein. Mit Vollzug der Verpflichtungen wird GySEV nach Auffassung der Europäischen Kommission unabhängig von den Zusammenschlussbeteiligten agieren und hinreichende Anreize haben, für wirksamen Wettbewerb zu sorgen. Da die Erfüllung der Zusagen teilweise von dem Verhalten Dritter abhing, gab die Europäische Kommission RCA auf, die Übernahme von MAV erst zu vollziehen, nachdem die entsprechenden Erklärungen Österreichs und Ungarns in Kraft getreten sind.

818. Die Monopolkommission begrüßt das Vorgehen der Europäischen Kommission, besondere Vorkehrungen zur Sicherstellung des Zusagenvollzugs zu treffen, wenn grundsätzlich nur eine geringe Anzahl von potenziellen Erwerbern zur Verfügung steht oder mangelndes Interesse an einem Erwerb geäußert wurde. Dasselbe gilt für Fälle, in denen die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Vermögensteils von spezifischen Anforderungen an den Erwerber oder vom Verhalten Dritter abhängt. Ein gegebenenfalls erforderliches Verhalten Dritter, etwa die Aufnahme des Erwerbers als Vertragspartner in bestehende Verträge oder die Beendigung von Vertragsbeziehungen sowie die Auflösung von strukturellen Verbindungen zwischen Dritten und einer Zusammenschlusspartei können von der Wettbewerbsbehörde nicht durchgesetzt werden. In der Regel haben auch die Zusammenschlussbeteiligten selbst keine rechtliche Handhabe, die Durchführung solcher Zusagen zu erzwingen. Die Monopolkommission hält es deshalb für unerlässlich, die Zusagenerfüllung in derartigen Fällen zu gewährleisten, bevor der Zusammenschluss vollzogen wird.

819. Im Fall RCA/MAV bestehen nach Ansicht der Monopolkommission zudem erhebliche Zweifel an der materiellen Wirksamkeit der abgegebenen Zusagen. Auf den Bahnmärkten haben ehemalige Monopolisten hohe Marktanteile, außerdem herrschen hohe Marktzutrittsschranken vor. Marktzutritte, die dazu beitragen würden, Wettbewerbsprozesse anzustoßen, sind eher selten. Um so wichtiger ist es aus Sicht der Monopolkommission, den potenziellen Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern aufrechtzuerhalten. Ob die Verpflichtungszusagen im vorliegenden Fall geeignet sind, den vor dem Zusammenschluss bestehenden Wettbewerbsdruck beizubehalten, erscheint aus verschiedenen Gründen fraglich. Zum einen ist das Unternehmen GySEV bislang noch nicht als aktueller Wettbewerber auf den angestammten Märkten der Zusammenschlussparteien tätig. Anbieter, die nach der Liberalisierung der Märkte erstmals aufgetreten sind, konnten bislang nur jeweils 0 bis 5 Prozent der Marktanteile erreichen. Die Europäische Kommission geht zwar davon aus, dass GySEV insoweit bessere Ausgangsbedingungen habe, diesbezüglich fehlen jedoch in der Entscheidung nähere Ausführungen. Dies gilt auch in Bezug auf die Einschätzung der österreichischen und ungarischen Wettbewerbsbehörden, wonach GySEV ein ernsthafter Wettbewerber der Zusammenschlussparteien sei. Hinzu kommt, dass der österreichische Staat – der Eigentümer der neuen Unternehmenseinheit – auch eine Minderheitsbeteiligung an GySEV hält. Als problematisch sieht die Monopolkommission insofern die ständige Praxis der Europäischen Kommission an, derartige Unternehmen in aller Regel nicht als zu einer einheitlichen Gruppe gehörig anzusehen. Vielmehr bewertet die Europäische Kommission staatlicherseits vermittelte Verbindungen grundsätzlich schwächer als direkte Überkreuzbeteiligungen.

4.6 Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz

820. Drei Urteile des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz aus den Jahren 2008/2009 sind von besonderem Interesse.[383] Zum einen wurde die gerichtliche Auseinandersetzung um den Zusammenschluss Bertelsmann/Sony mit einem Rechtsmittel der beteiligten Unternehmen gegen Impala vor dem EuGH weitergeführt.[384] Zum Zweiten lehnte das Gericht erster Instanz Schadensersatzansprüche von MyTravel (vormals Airtours) aufgrund der fehlerhaften Fusionskontrollentscheidung der Europäischen Kommission im Verfahren Airtours/First Choice ab.[385] Drittens hat die Auseinandersetzung um den fusionskontrollrechtlichen Schadensersatzanspruch von Schneider Electric mit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in dem Verfahren Kommission/Schneider Electric ihr Ende gefunden.[386]

4.6.1 Bertelsmann und Sony/Impala

821. Mit dem Urteil Bertelsmann und Sony/Impala nimmt der EuGH zu einer Reihe wichtiger Fragen der materiellen Fusionskontrolle sowie des Verfahrensrechts Stellung. Zu nennen sind in erster Linie die Ausführungen des Gerichtshofs zur kollektiven Marktbeherrschung, zur Rechtsnatur und Funktion der Mitteilung der Beschwerdepunkte sowie zur Begründungspflicht und zum Beweismaßstab im Fusionskontrollverfahren.

822. Dem Urteil des EuGH lag folgender Sachverhalt zugrunde. Am 9. Januar 2004 hatten Bertelsmann und Sony bei der Europäischen Kommission das Vorhaben angemeldet, ihr weltweites Tonträgergeschäft zusammenzulegen. Die Kommission gab den Zusammenschluss am 19. Juli 2004 ohne Bedingungen und Auflagen frei, obwohl sie noch in ihrer an die Parteien gerichteten Mitteilung der Beschwerdepunkte erhebliche Wettbewerbsprobleme wegen möglicher kollektiver Marktbeherrschung aufgezeigt hatte. Gegen diese Freigabeentscheidung erhob Impala, ein Verband von 2 500 unabhängigen Musikproduzenten, am 3. Dezember 2004 Klage beim Gericht erster Instanz und griff unter anderem die Einschätzung der Kommission hinsichtlich der Markttransparenz und der Möglichkeit von Vergeltungsmaßnahmen an. Am 13. Juli 2006 erklärte das EuG die Kommissionsentschei-

[383] Vgl. zur Entscheidung des Gerichts erster Instanz in dem Verfahren Omya/Kommission vom 4. Februar 2009, T-145/06, Tz.778 f.

[384] EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, Rs. C-413/06 P „Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala".

[385] EuG, Urteil vom 9. September 2008, Rs. T-212/03 „MyTravel/Kommission".

[386] EuGH, Urteil vom 16. Juli 2009, Rs. C-440/07 P „Kommission/Schneider Electric".

dung wegen offensichtlicher Beurteilungsfehler und der Verletzung von Begründungspflichten für nichtig. Gegen dieses Urteil legten Bertelsmann und Sony am 3. Oktober 2006 Rechtsmittel beim EuGH ein und beantragten, das Urteil aufzuheben und den Antrag Impalas auf Nichtigerklärung der Kommissionsentscheidung zurückzuweisen. Der EuGH stellte mit Urteil vom 10. Juli 2008 verschiedene Rechtsfehler des EuG fest und verwies den Fall zur erneuten Entscheidung an das Gericht zurück.[387]

823. Der EuGH nahm das Verfahren zum Anlass, sich zu den Voraussetzungen für die Feststellung einer kollektiven Marktbeherrschung, die das EuG in der Airtours-Entscheidung aufgestellt und im vorliegenden Fall angewendet hatte, zu äußern. Nach Auffassung des EuGH kann sich eine kollektive beherrschende Stellung aus einem Zusammenschluss ergeben, wenn dieser – aufgrund der Marktmerkmale und deren Änderung durch das Vorhaben – dazu führt, dass jedes Oligopolmitglied es in Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen für möglich, wirtschaftlich vernünftig und daher ratsam hält, dauerhaft einheitlich auf dem Markt vorzugehen, um zu höheren als den Wettbewerbspreisen zu verkaufen, ohne zuvor auf eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des Artikel 81 EGV (jetzt Artikel 101 AEUV) zurückgreifen zu müssen und ohne dass die tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber oder die Kunden und Verbraucher wirksam reagieren können. Eine solche stillschweigende Koordinierung sei wahrscheinlicher, wenn die Wettbewerber hinsichtlich der Funktionsweise eines solchen Verhaltens leicht zu einer gemeinsamen Vorstellung gelangen könnten. Hierzu müssten die beteiligten Unternehmen in der Lage sein zu überwachen, ob die Modalitäten der Koordinierung eingehalten werden. Voraussetzung dafür seien erstens eine ausreichende Markttransparenz und zweitens die Existenz eines glaubwürdigen Abschreckungsmechanismus. Ferner dürften die Reaktionen von Unternehmen, die nicht an der Koordinierung beteiligt seien, oder die Reaktionen von Kunden den voraussichtlichen Effekt der Koordinierung nicht infrage stellen. Der Gerichtshof folgerte, dass die Kriterien, die das EuG in seinem Urteil Airtours/Kommission genannt hat, nicht gegen die von ihm aufgestellten Voraussetzungen verstoßen. Allerdings forderte der EuGH, dass die vom EuG gewählten Kriterien nicht mechanisch angewendet werden, indem jedes Kriterium einzeln für sich allein geprüft werde. Vielmehr sei stets der wirtschaftliche Gesamtmechanismus einer unterstellten stillschweigenden Koordinierung zu beachten. Da das EuG diesen Gesamtzusammenhang bei der Untersuchung der Markttransparenz im vorliegenden Fall vernachlässigt habe, stellte der Gerichtshof insoweit einen Rechtsfehler fest.

824. Der EuGH äußerte sich außerdem zu den Beweisanforderungen bei der Feststellung kollektiver Marktbeherrschung. Er stellte klar, dass in einem solchen Fall zwar von einer erhöhten Komplexität des Untersuchungsgegenstands auszugehen sei. Dies müsse jedoch nur bei der Beurteilung der Plausibilität der wahrscheinlichsten Folgen des Zusammenschlusses berücksichtigt werden, beeinflusse für sich allein aber die Höhe der Beweisanforderungen nicht. Der EuGH ging in diesem Zusammenhang auch auf die Ausführungen des EuG ein, wonach bei der Prüfung einer bereits bestehenden kollektiven Marktbeherrschung die zu prüfenden Kriterien gegebenenfalls mittelbar durch eine Reihe von Indizien und Beweisen nachgewiesen werden können. Er sah keinen Grund, diese Ausführungen zu kritisieren, da es sich um eine allgemeine Feststellung handele, die der freien Beweiswürdigung durch das Gericht entspreche. Es sei grundsätzlich allein Sache des Gerichts, den Wert der ihm vorgelegten Beweise zu beurteilen. Im konkreten Fall jedoch habe das EuG im Hinblick auf die Markttransparenz eine fehlerhafte Beweiswürdigung vorgenommen.

825. Der EuGH stellte darüber hinaus klar, dass für Genehmigungs- und Untersagungsentscheidungen identische Beweisanforderungen gelten. In beiden Fällen sei es Aufgabe der Europäischen Kommission, sich die verschiedenen möglichen Ursache-Wirkungs-Ketten vor Augen zu führen und diejenige mit der größten Wahrscheinlichkeit auszuwählen. Der Gerichtshof lehnte es ferner ab, aus der Fusionskontrollverordnung eine allgemeine Vermutung der Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit eines angemeldeten Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt abzuleiten. Für die Gegenmeinung ließe sich auch nicht Artikel 10 Absatz 6 FKVO anführen, wonach der angemeldete Zusammenschluss als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar gilt, wenn die Kommission nicht innerhalb der maßgeblichen Fristen eine Entscheidung erlassen hat. Diese Norm stellt nach Auffassung des Gerichtshofs lediglich eine spezifische Ausprägung des Beschleunigungsgebots dar, das die Europäische Kommission zur Einhaltung strikter Fristen verpflichte. Sie sei indes als Ausnahme von der allgemeinen Systematik der Fusionskontrollverordnung ausgestaltet, die sich unter anderem aus Artikel 6 Absatz 1 und 8 Absatz 1 FKVO ergebe, wonach die Kommission ausdrücklich über die bei ihr angemeldeten Zusammenschlüsse entscheide.

826. Besonders strittig waren in dem Prozess beim EuG Rechtsnatur und Funktion der Mitteilung der Beschwerdepunkte. Ursache war der Umstand, dass die Freigabeentscheidung in wesentlichen Punkten von der Mitteilung der Beschwerdepunkte abgewichen war. Der EuGH machte nun deutlich, dass die Mitteilung der Beschwerdepunkte eine lediglich vorbereitende Verfahrenshandlung darstellt, die den Gegenstand des von der Europäischen Kommission eingeleiteten Verwaltungsverfahrens

[387] Mit dem vorliegenden Urteil waren die gerichtlichen Auseinandersetzungen in dem Verfahren Sony/Bertelsmann noch nicht abgeschlossen. Zum einen wurde der Fall zur erneuten Entscheidung an das EuG zurückverwiesen. Zum Zweiten hat die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben – auf das Nichtigkeitsurteil des EuG hin – ein weiteres Mal untersucht und am 3. Oktober 2007 – erneut – genehmigt. Auch gegen diese Freigabeverfügung erhob Impala Klage. Im August 2008 meldete Sony sein Vorhaben bei der Europäischen Kommission an, die alleinige Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen Sony BMG zu übernehmen. Diese gab das Vorhaben mit Entscheidung vom 15. September 2008 in der ersten Verfahrensphase frei. Gegen diese Entscheidung hat Impala kein Rechtsmittel eingelegt. Mit Beschlüssen vom 30. Juni 2009 und 30. September 2009 erklärte das Gericht erster Instanz in beiden anhängigen Verfahren die Hauptsache für erledigt.

festlegt und die wirksame Ausübung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ermöglicht. Die Mitteilung habe daher vorläufigen Charakter und sei Änderungen anlässlich der späteren Beurteilung zugänglich, welche die Wettbewerbsbehörde auf der Grundlage der von den Beteiligten vorgelegten Stellungnahmen und weiterer Tatsachenfeststellungen vornehme. Gerade die wirksame Ausübung der Verteidigungsrechte erfordere es, dass das Vorbringen der Zusammenschlussparteien berücksichtigt werde. Darüber hinaus sei die Europäische Kommission auch nicht verpflichtet, eventuelle Unterschiede in der Entscheidung gegenüber ihrer vorläufigen Beurteilung in der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu erklären. Der EuGH führte weiter aus, dass das Gericht die Mitteilung der Beschwerdepunkte zwar insbesondere bei der Prüfung der Tatsachenbasis der Kommissionsentscheidung heranziehen dürfe. Es dürfe den Inhalt der Mitteilung jedoch nicht automatisch für belastbarer und maßgeblicher erachten als die Feststellungen in der streitigen Entscheidung selbst.

827. Auch bei der Bewertung der Antwort der Zusammenschlussbeteiligten auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte hat das EuG nach Ansicht des Gerichtshofs einen Rechtsfehler begangen. Das Gericht erster Instanz hatte in seinem Urteil gefordert, dass die Parteien des Zusammenschlusses nicht bis zum letzten Augenblick warten dürften, um der Europäischen Kommission Beweise vorzulegen, da es dieser dann unmöglich wäre, die erforderlichen Ermittlungen anzustellen. Zumindest müssten in diesem Fall die Beweise besonders zuverlässig, objektiv, relevant und überzeugend sein, damit sie die von der Wettbewerbsbehörde vorgelegten Beschwerdepunkte erfolgreich widerlegen könnten. Daneben hatte das EuG beanstandet, dass die Europäische Kommission im Anschluss an die Antwort auf die Mitteilung keine neuen Marktuntersuchungen vorgenommen hatte, um die Stichhaltigkeit ihrer neuen Einschätzung zu prüfen. Der EuGH erinnerte zunächst daran, dass die Verteidigungsrechte der Zusammenschlussparteien zwingend zu beachten seien. Daher könne es den Anmeldern grundsätzlich nicht vorgeworfen werden, dass sie bestimmte Argumente, Tatsachen oder Beweismittel erst anlässlich der Beantwortung der Beschwerdepunkte präsentierten. Denn erst dieser Mitteilung könnten die Beteiligten im Detail entnehmen, welche Einwände die Europäische Kommission gegen ihr Vorhaben erhebe. Solche Argumente und Beweismittel seien daher nicht als verspätet anzusehen, sondern erfolgten zum dafür vorgesehenen Zeitpunkt im Fusionskontrollverfahren. Des Weiteren dürften an das Vorbringen der Parteien anlässlich der Beschwerdepunkte keine höheren Anforderungen in Bezug auf den Beweiswert und die Überzeugungskraft gestellt werden als an das Vorbringen von Wettbewerbern, Kunden und sonstigen Dritten oder an das Vorbringen der Parteien in einem früheren Verfahrensstadium. Darüber hinaus erklärte der EuGH, dass die Europäische Kommission aufgrund der strikten Fristen im Fusionskontrollverfahren und der sich daraus ergebenden zeitlichen Zwänge nicht in jedem Einzelfall verpflichtet sei, im Anschluss an die Mitteilung der Beschwerdepunkte und die Anhörung der Parteien noch umfangreiche Marktuntersuchungen vorzunehmen.

828. Der Gerichtshof äußerte sich schließlich noch zu den Begründungspflichten der Europäischen Kommission. Nach Artikel 253 EGV (jetzt Artikel 296 AEUV) müsse die Begründung der Natur des betreffenden Rechtsakts angepasst sein und die Überlegungen der Europäischen Kommission so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass die Betroffenen ihr die Gründe für die erlassene Maßnahme entnehmen können und das zuständige Gericht seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann. Folglich müsse die Europäische Kommission alle Tatsachen und rechtlichen Erwägungen anführen, denen eine wesentliche Bedeutung für ihre Entscheidung zukommt. Ferner müsse die Begründung folgerichtig sein und dürfe keine inneren Widersprüche aufweisen. In der Begründung brauchten demgegenüber nicht alle tatsächlich oder rechtlich einschlägigen Gesichtspunkte genannt zu werden. Vor diesem Hintergrund hielt der EuGH es zwar für „bedauerlich“, dass in der streitigen Entscheidung zwischen der Darstellung der Faktoren, die für und gegen eine ausreichende Markttransparenz sprechen, ein gewisses Missverhältnis bestand. Angesichts der kurzen Zeit zwischen der schriftlichen Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte und dem Ende des förmlichen Verfahrens sei damit jedoch kein Verstoß der Europäischen Kommission gegen ihre Begründungspflichten verbunden. In diesem Zusammenhang erinnerte der EuGH außerdem daran, dass die Frage der ausreichenden Begründung von der Frage der sachlichen Richtigkeit der Begründung zu unterscheiden sei.

829. Die Ausführungen des EuGH zu den Beweisanforderungen im fusionskontrollrechtlichen Verfahren sind zu begrüßen. Verschiedene Äußerungen der europäischen Gerichte aus der Vergangenheit waren zum Teil so verstanden worden, als würden für den Nachweis gemeinsamer Marktbeherrschung und konglomerater Effekte besonders hohe Beweisanforderungen gelten. Nunmehr stellt der EuGH klar, dass sowohl für Freigaben- und Untersagungsentscheidungen als auch für unterschiedliche Arten von Zusammenschlüssen dieselben Beweisanforderungen erfüllt sein müssen. Darüber hinaus bleiben die Beweisanforderungen in jedem Verfahrensstadium gleich, ändern sich also auch nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht. Ferner kann nach Ansicht des EuGH aus der Fusionskontrollverordnung keine Vermutung zugunsten der Vereinbarkeit oder Nichtvereinbarkeit eines Zusammenschlusses abgeleitet werden. In jedem Einzelfall sind vielmehr die möglichen Ursache-Wirkungsketten zu untersuchen und diejenige mit der größten Wahrscheinlichkeit auszuwählen. Dabei bezieht sich die Wahrscheinlichkeit nicht auf die gegenwärtigen Fakten, welche die Kommission konkret belegen muss, sondern lediglich auf die Prognose bezüglich der künftigen Wirkungen des Zusammenschlusses. Was die Qualität der Beweise angeht, so müssen diese laut EuGH stets „hinreichend überzeugend und konsistent“ sein.

830. Die Monopolkommission hatte sich bereits in ihrem letzten Hauptgutachten dagegen ausgesprochen, in Freigabeentscheidungen geringere Beweisanforderungen zu stellen als in Untersagungsentscheidungen.[388] Auch

[388] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 776.

die ausdrückliche Klarstellung, dass es sich bei der Vorschrift des Artikel 10 Absatz 6 FKVO um eine Ausnahmeregelung handelt, ist positiv zu bewerten.[389] Der Gerichtshof erteilt damit Forderungen, das Instrument der Genehmigungsfiktion regelmäßig anzuwenden, um auf diesem Wege Drittklagen zu verhindern, eine deutliche Absage. Möglicherweise haben die Aussagen des EuGH zum Beweismaßstab in Fällen oligopolistischer Marktbeherrschung auch dazu beigetragen, dass die Europäische Kommission in dem Zusammenschlussfall ABF/GBI erstmals nach längerer Zeit wieder Wettbewerbsbedenken ausschließlich auf koordinierte Effekte gestützt hat.[390]

831. Für die Europäische Kommission fällt das Urteil in mehrerlei Hinsicht positiv aus. Zum einen bestätigt der EuGH den weiten Beurteilungsspielraum der Wettbewerbsbehörde bei der Untersuchung von koordinierten Effekten. Zum Zweiten unterstreicht der Gerichtshof mit dem vorliegenden Urteil den vorläufigen Charakter der Beschwerdepunkte und stellt ausdrücklich fest, dass die Europäische Kommission die Antwort auf die Beschwerdepunkte nicht in jedem Fall durch eine Marktuntersuchung verifizieren muss. Dies erleichtert der Kommission das Aufgreifen von Wettbewerbsproblemen und die Abfassung von Beschwerdepunkten ebenso wie den Erlass einer von den Beschwerdepunkten abweichenden Entscheidung. In diesem Zusammenhang ist ferner auf die Äußerungen des EuGH hinzuweisen, wonach die Begründungspflicht der Wettbewerbsbehörde auf solche Tatsachen und rechtlichen Erwägungen beschränkt ist, die für die Entscheidung wesentlich sind. Auch nach Auffassung der Monopolkommission wäre es nicht zielführend, wenn die Wettbewerbsbehörde zu sämtlichen vorgebrachten Gesichtspunkten – auch solchen ohne oder von untergeordneter Bedeutung – Stellung nehmen müsste. Der Gerichtshof nimmt insofern zutreffenderweise einen pragmatischen Standpunkt ein und berücksichtigt das Beschleunigungsgebot und die engen Verfahrensfristen im Rahmen der Fusionskontrolle. Die Stellung der Europäischen Kommission wird schließlich durch die vom EuGH bestätigte Substanziierungspflicht von Dritten bei Drittklagen gestärkt. So erklärt der EuGH ausdrücklich, dass es für Dritte nicht genügt, die Auffassung der Europäischen Kommission lediglich zu bestreiten. Vielmehr muss der Drittkläger konkret erklären, inwieweit die Sachverhaltsermittlung oder Bewertung seitens der Kommission fehlerhaft oder unvollständig war.

832. Mit dem vorliegenden Urteil stärkt der EuGH allerdings auch die Verteidigungsrechte der Zusammenschlussparteien. Die Monopolkommission teilt die Auffassung des Gerichtshofs, wonach ein Parteivortrag im Anschluss an die Beschwerdepunkte als rechtzeitig anzusehen ist und keinen höheren Anforderungen unterliegt als das Vorbringen in einem früheren Verfahrensstadium. Es ist keinesfalls auszuschließen, dass die Anmelder durch ihre Antworten auf die Beschwerdepunkte ihren Standpunkt in einer Weise ergänzen oder klarstellen, dass neue Umstände berücksichtigt oder von der Europäischen Kommission bereits geprüfte Tatsachen von einer anderen Warte aus betrachtet werden müssen.

4.6.2 MyTravel/Kommission

833. Nach dem Urteil Schneider Electric/Kommission[391] vom 11. Juli 2007, in dem das EuG zum ersten Mal über Schadensersatzforderungen im Rahmen der Fusionskontrolle zu befinden hatte, waren im Berichtszeitraum erneut Schadensersatzansprüche Gegenstand einer Klage vor dem Gericht erster Instanz. Am 29. April 1999 hatte Airtours, nunmehr MyTravel, sein Vorhaben bei der Europäischen Kommission angemeldet, seinen Wettbewerber First Choice zu übernehmen. Die Europäische Kommission hatte den Zusammenschluss mit Entscheidung vom 22. September 1999 untersagt. Auf die Klage von Airtours erklärte das EuG die Untersagung am 6. Juni 2002 für unwirksam. Daraufhin legte MyTravel am 18. Juni 2003 Klage auf Ersatz des Schadens beim EuG ein, der ihr aufgrund von Fehlern im Verfahren vor der Europäischen Kommission entstanden sein soll. Das EuG hat die Klage, die auf mehr als 500 000 000 Euro beziffert war, am 9. September 2008 in vollem Umfang abgewiesen.[392] Hierbei folgte es weitgehend der Argumentationslinie, die es bereits in dem Verfahren Schneider Electric/Kommission eingenommen hatte. Zudem beschäftigte es sich mit der Frage, ob allein die Tatsache, dass das Gericht eine Fusionskontrollentscheidung als fehlerhaft aufhebt, die Schadensersatzpflicht der Gemeinschaft begründet. Im Ergebnis verneinte das Gericht diese Frage.

834. Das EuG bestätigte zunächst die in dem Urteil Schneider Electric/Kommission aufgestellten Kriterien, die für eine außervertragliche Haftung der Europäischen Union erfüllt sein müssen. Eine solche Haftung setzt eine hinreichend qualifizierte Verletzung einer drittschützenden Norm, das Vorliegen eines Schadens sowie einen unmittelbaren Kausalzusammenhang zwischen Rechtsverstoß und Schaden voraus. Im Einzelnen stellte das EuG fest, dass sowohl die Regelungen des Artikel 2 Absatz 2 und 3 FKVO als auch die Sorgfaltspflichten, die den Gemeinschaftsorganen im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit auferlegt sind, dem Schutz der betroffenen Unternehmen dienen, also drittschützenden Charakter haben. Das EuG unterstrich in diesem Zusammenhang jedoch, dass nicht jede Rechtsverletzung ausreicht, um eine Schadensersatzforderung entstehen zu lassen. Vielmehr müsse das betroffene Gemeinschaftsorgan einen gravierenden und offenkundigen Fehler begangen haben.

835. Bei der Beurteilung, ob eine offensichtliche und schwerwiegende Rechtsverletzung vorliegt, müsse das Gericht unter anderem die Komplexität des Sachverhalts, die Probleme bei der Auslegung und Anwendung des Gesetzes sowie den eventuell bestehenden Ermessensspielraum berücksichtigen. Stehe dem Gemeinschaftsorgan

[389] Vgl. ebenda Tz. 780 ff.
[390] Vgl. Tz. 741 ff.
[391] EuG, Urteil vom 11. Juli 2007, Rs. T-351/03 „Schneider Electric/Kommission“.
[392] EuG, Urteil vom 9. September 2008, Rs. T-212/03 „MyTravel/Kommission“.

kein Ermessensspielraum zur Verfügung, könne schon die reine Rechtsverletzung ausreichend sein, um die Schadensersatzpflicht zu begründen. Dasselbe gelte, wenn Verfahrensregeln unsachgemäß angewendet worden seien. Bestehe beim Erlass der angegriffenen Maßnahme indes ein Ermessensspielraum, führe nur eine offenkundige und erhebliche Überschreitung der Ermessensgrenzen zu einer Schadensersatzpflicht. Daraus folgerte das EuG: Der bloße Umstand, dass die Untersagungsentscheidung der Europäische Kommission vom EuG aufgehoben worden war, reicht allein nicht zur Begründung einer Schadensersatzpflicht aus. Es besteht demnach – entgegen der Argumentation der Klägerin – keine Symmetrie zwischen Nichtigkeitsurteil auf der einen Seite und Schadensersatzansprüchen auf der anderen Seite.

836. Nach Auffassung des EuG geht aus dem Nichtigkeitsurteil Airtours/Kommission zwar hervor, dass die Europäische Kommission bei der Beurteilung der kollektiven Marktbeherrschung eine Reihe von Fehlern gemacht hat. Es könne im Rahmen der außervertraglichen Haftung auch nicht prinzipiell ausgeschlossen werden, dass gravierende Fehler bei der ökonomischen Analyse hinreichend qualifizierte Rechtsverletzungen darstellten. Wie bereits im Verfahren Schneider Electric/Kommission erläutert, müsse aber berücksichtigt werden, dass die ökonomische Analyse in Wettbewerbsverfahren komplex und schwierig sei, sodass gewisse Unzulänglichkeiten wie Schätzungen oder Auslassungen unvermeidbar seien. Diese Überlegung komme aufgrund der zeitlichen Restriktionen und des Prognosecharakters von behördlichen Entscheidungen insbesondere im Rahmen der Fusionskontrolle zum Tragen. Im Zusammenschluss Airtours/First Choice sei die ökonomische Analyse zudem besonders komplex gewesen, da die Untersuchung eines Oligopols mit Mengenwettbewerb zu erfolgen hatte.

837. Im weiteren Verlauf des Urteils unterschied das Gericht zwischen möglichen Fehlern bei der Beurteilung der wettbewerblichen Auswirkungen einerseits und der Zusagenvorschläge andererseits. In beiden Fällen verneinte das Gericht das Vorliegen gravierender Fehler seitens der Europäischen Kommission. Hinsichtlich der Wettbewerbswirkungen ging das Gericht insbesondere auf den Aspekt des Nachfragewachstums ein. Die Klägerin hatte einen gravierenden Sorgfaltspflichtsverstoß darin gesehen, dass die Europäische Kommission auf der Grundlage eines undatierten, lediglich eine Seite umfassenden Auszugs eines von dritter Seite erstellten Berichts, dessen Inhalt sie nie gesehen und dessen Zielrichtung ihr nicht bekannt gewesen sei, ein niedriges Nachfragewachstum auf dem betroffenen Markt angenommen hatte. Das EuG folgte dieser Argumentation nicht. Seiner Ansicht nach reicht eine lückenhafte und falsche Bewertung des zur Verfügung stehenden Datenmaterials – wegen der oben dargelegten Restriktionen im Fusionskontrollverfahren – nicht aus, um eine Schadensersatzpflicht zu begründen. Im vorliegenden Fall sei die Wettbewerbsbehörde außerdem im Besitz von Beweismaterial gewesen, aus dem sie vernünftigerweise ableiten konnte, dass die Nachfrage in den kommenden Jahren nur noch langsam wachsen würde. Selbst die Klägerin habe der Kommission im behördlichen Verfahren Informationen geliefert, die auf niedriges Nachfragewachstum schließen ließen. Entscheidend sei daher allein, dass die Europäische Kommission eine sorgfältige Prüfung der ihr vorliegenden Beweise vorgenommen habe und vernünftige Gründe für ihre Einschätzung nennen konnte.

Das Gericht sah auch die weiteren, von der Klägerin vorgetragenen Beurteilungsfehler – in Bezug auf die Volatilität der Marktanteile und der Nachfrage, die Möglichkeit von Abschreckungsmaßnahmen sowie die Reaktion von Nachfragern und potenziellen Wettbewerbern – nicht als gravierend genug an, um daraus eine Schadensersatzpflicht abzuleiten. Zum selben Ergebnis kam das EuG selbst bei kumulativer Betrachtung der einzelnen Fehler. Des Weiteren verneinte das Gericht die Verletzung von Begründungspflichten seitens der Europäischen Kommission. Es müsse insoweit zwischen der Verletzung der formalen Begründungspflicht einerseits und sachlich falschen Ergebnissen andererseits unterschieden werden.

838. Soweit die Zusagenvorschläge der Klägerin betroffen waren, lehnte das Gericht einen offensichtlichen und schwerwiegenden Rechtsverstoß seitens der Europäischen Kommission ebenfalls ab. Das Gericht konzentrierte sich hierbei auf das zweite Zusagenpaket, das die Klägerin der Wettbewerbsbehörde erst nach Ablauf der dafür vorgesehenen Verfahrensfristen vorgelegt hatte. Nach den Ermittlungen des Gerichts hat die Kommission das Zusagenpaket jedoch nicht ohne Weiteres als verspätet zurückgewiesen. Der Zurückweisung ging vielmehr eine vorläufige inhaltliche Beurteilung mit dem Ergebnis voraus, dass die Zusagen die aufgedeckten Wettbewerbsprobleme nicht klar und eindeutig ausräumen würden. Allein der Umstand, dass die Europäische Kommission diese inhaltliche Prüfung in ihrer Entscheidung nicht erwähnt hat, stelle keinen gravierenden Rechtsverstoß dar.

839. Nach dem Urteil Schneider Electric/Kommission[393] aus dem Jahr 2007 entwickelt das EuG mit dem vorliegenden Urteil seine Rechtsprechung zum Schadensersatz im Fusionskontrollverfahren weiter. Das Gericht bestätigt seine früher geäußerte Auffassung, wonach nicht jede fehlerhafte Entscheidung im Fusionskontrollverfahren zu Schadensersatzansprüchen führt. Vielmehr stellt das Gericht weiterhin hohe Anforderungen an materielle Beurteilungsfehler und Verfahrensverstöße der Wettbewerbsbehörde, die über die Anforderungen im Rahmen einer Nichtigkeitsklage hinausgehen. Daneben macht es deutlich, dass selbst bei einer Kumulation mehrerer Fehler die Voraussetzungen für Schadensersatzansprüche nicht ohne Weiteres erfüllt sind. Die bisherige Einschätzung der Monopolkommission, wonach die Gemeinschaft in erster Linie aufgrund schwerwiegender Verfahrensverstöße schadensersatzpflichtig werden kann, dürfte daher weiterhin gelten.[394]

---

[393] EuG, Urteil vom 11. Juli 2007, Rs. T-351/03 „Schneider Electric/Kommission".

[394] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 772.

840. Im Einzelnen hält die Monopolkommission es für problematisch, dass das EuG eine schwerwiegende Sorgfaltspflichtverletzung verneinte, obwohl die Europäische Kommission Auszüge eines Dokuments, dessen eigentlichen Wortlaut und Zielrichtung sie nicht kannte, als relevantes Beweismaterial berücksichtigt hatte. Insofern kann nach Ansicht der Monopolkommission gerade nicht von einer sorgfältigen Prüfung des vorliegenden Beweismaterials ausgegangen werden. Allerdings ist im Ergebnis einzuräumen, dass das Gericht in diesem Zusammenhang berücksichtigen durfte, dass der Europäischen Kommission weitere Informationen und Dokumente vorlagen, die die von ihr vorgenommene Beurteilung stützten.

841. Soweit das Gericht erster Instanz sich daneben zur Zusagenpraxis der Europäischen Kommission äußert, stimmt die Monopolkommission den wesentlichen Ausführungen zu. Die zum Zeitpunkt der Fusionskontrollentscheidung geltende Regelung des Artikel 18 VO 447/98 sah vor, dass Zusagenvorschläge nicht später als drei Monate nach der Einleitung des Verfahrens der Europäischen Kommission vorzulegen waren, wobei die Kommission diese Frist unter außergewöhnlichen Umständen verlängern konnte.[395] In der hierzu erlassenen Mitteilung der Europäischen Kommission war außerdem festgelegt, dass eine Verlängerung nur möglich ist, wenn genug Zeit für eine ordnungsgemäße Würdigung des Vorschlags durch die Kommission und für eine angemessene Konsultation der Mitgliedstaaten und Dritter verbleibt. Eine Änderung von bereits früher vorgelegten Verpflichtungsvorschlägen akzeptierte die Europäische Kommission nur, sofern die Wettbewerbsbedenken eindeutig ausgeräumt wurden und die Mitgliedstaaten angemessen konsultiert werden konnten.[396] Den Grund für diese Regelungen bildete die Praxis der Zusammenschlussparteien, Zusagenvorschläge erst in „letzter Minute“ an die Wettbewerbsbehörde zu übermitteln und damit den Zeitraum für den von dieser durchzuführenden Markttest möglichst eng zu begrenzen. Vielfach war in derartigen Fällen auch eine fristgerechte Unterrichtung des Beratenden Ausschusses nicht mehr möglich.

842. Das EuG betonte nunmehr, dass die Europäische Kommission angesichts der massiven finanziellen und wirtschaftlichen Interessen der Zusammenschlussparteien Zusagenvorschläge auch dann inhaltlich prüfen muss, wenn diese erst sehr spät im Verfahren vorgelegt werden. Eine Zurückweisung der Vorschläge allein aufgrund des Fristversäumnises hielt das Gericht für unzulässig. Maßgebend sei alleine, ob die Zusagen die Bedenken eindeutig ausräumen können und ob genug Zeit zur Konsultation des Beratenden Ausschusses verbleibe. Im vorliegenden Fall erkannte das Gericht allerdings keinen Fehler der Europäischen Kommission, weil diese intern – ohne ausdrückliche Erwähnung in der Entscheidung – eine erste inhaltliche Prüfung der verspätet vorgelegten Verpflichtungsvorschläge vorgenommen hatte und zu dem Ergebnis gekommen war, dass die geäußerten Wettbewerbsbedenken nicht eindeutig ausgeräumt worden wären. Aus dem Urteil geht hervor, dass das Gericht unter den gegebenen Umständen nicht mehr als eine oberflächliche Prüfung von der Europäischen Kommission erwartet. Den Unternehmen ist daher nach wie vor zu raten, mit ausreichenden Zusagenangeboten nicht bis zur letzten Minute zu warten. Sie gehen sonst das Risiko ein, dass ihr Zusammenschluss gänzlich scheitert.

843. Die Monopolkommission bedauert in diesem Zusammenhang allerdings, dass das EuG die Frage offenließ, ob die Europäische Kommission überhaupt genug Zeit hatte, die eingereichten Vorschläge sorgfältig zu prüfen. Immerhin standen der Wettbewerbsbehörde nur 3,5 Arbeitstage zur Verfügung, was zu diesbezüglichen Zweifeln Anlass gibt. Fraglich ist nach Auffassung der Monopolkommission ferner, ob unter diesem Voraussetzungen überhaupt noch eine angemessene Beteiligung der Mitgliedstaaten am fusionskontrollrechtlichen Verfahren möglich ist. Gemäß Artikel 19 Absatz 5 FKVO erfolgt die Anhörung des Beratenden Ausschusses in einer gemeinsamen Sitzung, die frühestens zehn Arbeitstage nach Versendung der Einladung stattfindet. Tatsächlich werden die Sitzungen des Beratenden Ausschusses häufig wesentlich knapper anberaumt, ein Umstand, der sowohl vom Bundeskartellamt als auch von der Monopolkommission in der Vergangenheit wiederholt beanstandet wurde.

4.6.3 Kommission/Schneider Electric

844. Mit dem Urteil des EuGH in dem Verfahren Kommission/Schneider Electric wurde die Auseinandersetzung um den fusionskontrollrechtlichen Schadensersatzanspruch von Schneider Electric beendet.[397] Dem Urteil des EuGH gingen das Zusammenschlussverfahren Schneider Electric/Legrand, die Untersagungs- und Entflechtungsentscheidungen der Europäischen Kommission, die Aufhebung dieser Entscheidungen durch das Gericht erster Instanz sowie die Erhebung einer Schadensersatzklage durch Schneider und ein teilweise stattgebendes Urteil des EuG voraus.[398]

845. Im Februar 2001 meldeten Schneider Electric und Legrand ein Zusammenschlussvorhaben bei der Europäischen Kommission an, bei dem Schneider im Wege eines öffentlichen Aktientauschangebots die Kontrolle über Legrand übernehmen wollte. Nachdem Schneider über 98 Prozent des Kapitals von Legrand erworben hatte, untersagte die Europäische Kommission den Zusammen-

[395] Die Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission vom 1. März 1998 über die Anmeldungen, über die Fristen sowie über die Anhörung nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. L 61 vom 2. März 1998, S. 1, wurde zum 1. Mai 2004 aufgehoben und durch die Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 7. 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, ersetzt.

[396] Vgl. Mitteilung der Kommission über zulässige Abhilfemaßnahmen, a. a. O., Tz. 39, 43.

[397] EuGH, Urteil vom 16. Juli 2009, Rs. C-440/07 P „Kommission/Schneider Electric“.

[398] EuG, Urteil vom 11. Juli 2007, Rs. T-351/03 „Schneider Electric/Kommission“.

schluss mit Entscheidung vom 10. Oktober 2001. Am 30. Januar 2002 folgte eine Entflechtungsanordnung, die eine Trennungsfrist bis zum 5. November 2002 vorsah. Im Mai 2002 verlängerte die Europäische Kommission diese Frist bis zum 5. Februar 2003. Schneider erhob im Dezember 2001 und im März 2002 Nichtigkeitsklagen gegen die Untersagungs- und Entflechtungsverfügung der Europäischen Kommission. Gleichzeitig bereitete das Unternehmen für den Fall der Klageabweisung die Veräußerung von Legrand vor und schloss am 26. Juli 2002 mit dem Konsortium Wendel/KKR einen Übertragungsvertrag, der spätestens bis zum 10. Dezember durchgeführt werden musste. Schneider behielt sich allerdings die Möglichkeit vor, den Vertrag bis zum 5. Dezember 2002 gegen ein Reugeld in Höhe von 180 Mio. Euro zu kündigen, falls die Verbotsverfügung für nichtig erklärt werden würde.

846. Am 22. Oktober 2002 erklärte das Gericht erster Instanz die Verbots- und Trennungsverfügung für nichtig. Nach Ansicht des Gerichts hatte die Europäische Kommission eine Reihe sachlicher Beurteilungsfehler begangen und die Verteidigungsrechte von Schneider aus Artikel 18 Absatz 3 FKVO verletzt. Daraufhin nahm die Europäische Kommission das Fusionskontrollverfahren wieder auf und teilte Schneider mit Schreiben vom 13. November 2002 ihre Wettbewerbsbedenken mit. Am 29. November informierte die Europäische Kommission Schneider darüber, dass die vorgelegten Änderungsvorschläge nicht ausreichten, um ihre Wettbewerbsbedenken auszuräumen. Am 4. Dezember 2002 leitete die Europäische Kommission die Hauptprüfphase des Verfahrens ein. Am 10. Dezember 2002 vollzog Schneider den Veräußerungsvertrag mit Wendel/KKR und teilte dies der Kommission mit. Diese stellte am 13. Dezember 2002 das Verfahren ein.

847. Am 10. Oktober 2003 erhob Schneider beim Gericht erster Instanz eine Schadensersatzklage auf der Grundlage von Artikel 288 EGV (jetzt Artikel 340 AEUV), mit der es eine Entschädigung in Höhe von mehr als 1,6 Mrd. Euro für den Schaden verlangte, der ihm durch die Rechtswidrigkeit der Untersagungsentscheidung entstanden sei. Mit Urteil vom 11. Juli 2007 erkannte das EuG Schneider für bestimmte geltend gemachte Schäden einen Anspruch zu. Nach Auffassung des Gerichts stellt die Verletzung der Verteidigungsrechte von Schneider einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen eine drittschützende Rechtsnorm dar. Die von der Europäischen Kommission versendete Mitteilung der Beschwerdepunkte habe es Schneider nicht erlaubt, sämtliche Wettbewerbsbedenken, auf die sich die Europäische Kommission in ihren späteren Entscheidungen gestützt habe, zu erkennen. Eine Stellungnahme zu diesen Wettbewerbsbedenken sei daher ebenso wenig möglich gewesen wie die Vorlage von geeigneten Änderungsvorschlägen. Das Gericht bejahte ferner einen Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung und zwei der geltend gemachten Schäden. Der erste kausal verursachte Schaden bestehe in den Kosten, die Schneider durch seine Beteiligung an dem nach den Nichtigkeitsurteilen vom 22. Oktober 2002 wiederaufgenommenen Fusionskontrollverfahren entstanden seien. Der zweite Schaden liege in dem Preisnachlass, den Schneider dem Konsortium Wendel/KKR für den Aufschub des Veräußerungsvollzugs bis zum 10. Dezember 2002 habe einräumen müssen. Dieser Schaden sei jedoch nur in Höhe von zwei Dritteln zu ersetzen, weil Schneider selbst zum Schadenseintritt beigetragen habe, indem es durch den Erwerb der Legrand-Anteile vor einer positiven behördlichen Entscheidung das Risiko eingegangen sei, die Vermögenswerte von Legrand gegebenenfalls wieder veräußern zu müssen. Die Europäische Kommission legte am 21. September 2007 Rechtsmittel beim Europäischen Gerichtshof ein, mit dem sie die Aufhebung des EuG-Urteils beantragte.

848. Mit dem vorliegenden Urteil folgt der Gerichtshof dem EuG nur teilweise und schränkt die Schadensersatzansprüche Schneiders weiter ein. Der EuGH bestätigt zwar die vom EuG in den Schadensersatzverfahren Schneider/Kommission und MyTravel/Kommission genannten Voraussetzungen der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft. Eine solche Haftung setzt eine hinreichend qualifizierte Verletzung einer drittschützenden Norm, das Vorliegen eines Schadens sowie einen unmittelbaren Kausalzusammenhang zwischen Rechtsverstoß und Schaden voraus. Der EuGH bestätigt außerdem, dass Artikel 18 Absatz 3 FKVO, der die Wahrung der Verteidigungsrechte im Fusionskontrollverfahren sicherstellen soll, eine drittschützende Norm darstellt. Nach Ansicht des Gerichtshofs kann auch die bloße Verletzung des Gemeinschaftsrechts als qualifizierter Rechtsverstoß angesehen werden, sofern das betreffende Gemeinschaftsorgan nur über einen erheblich verringerten oder gar auf Null reduzierten Gestaltungsspielraum verfüge. Davon sei im vorliegenden Fall auszugehen, da die Verpflichtung der Europäischen Kommission zur hinreichend klaren und deutlichen Formulierung ihrer Wettbewerbsbedenken in der Mitteilung der Beschwerdepunkte von der bloßen Anwendung der einschlägigen Verfahrensregeln abhänge. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die vom EuGH vorgenommene Konkretisierung, wonach die Mitteilung der Beschwerdepunkte auch dann unentbehrlich ist, wenn die Zusammenschlussparteien selbst im Laufe des Verfahrens Auswirkungen ihres Vorhabens ansprechen, auf die sich die Europäische Kommission später in ihrer Entscheidung stützt. Auch in einem solchen Fall geht der Gerichtshof – zutreffenderweise – davon aus, dass eine entsprechende Rüge in der Mitteilung der Beschwerdepunkte erforderlich ist, um den Parteien zu signalisieren, dass die Kommission entsprechende Wettbewerbsbedenken hegt.

849. Hinsichtlich des Schadens, der Schneider durch den gewährten Preisnachlass beim Wiederverkauf von Legrand entstanden sein soll, verneint der EuGH dagegen einen unmittelbaren Kausalzusammenhang zwischen Rechtsverstoß und Schaden. Nach Auffassung des Gerichtshofs war Schneider zwar am 26. Juli 2002, also zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags mit Wendel/KKR, aufgrund der Entflechtungsanordnung zur Vornahme des Verkaufs verpflichtet. Allerdings habe das EuG die Verbots- und Entflechtungsverfügung schon am 22. Oktober 2002, also vor Ablauf der Übertragungsfrist,

für nichtig erklärt. Der Gerichtshof führt weiter aus, dass sich Schneider dennoch dafür entschieden habe, sein Kündigungsrecht nicht auszuüben und damit den Verkauf zum 10. Dezember 2002 wirksam werden zu lassen. Diese Entscheidung habe Schneider im Wesentlichen aufgrund seiner Befürchtung getroffen, dass es im wiederaufgenommenen Zusammenschlussverfahren keine positive Entscheidung erlangen werde. Die logische rechtliche Folge der Aufhebung von Verbots- und Trennungsentscheidung hätte nach Ansicht des EuGH jedoch darin bestanden, dass sich Schneider am wiederaufgenommenen Zusammenschlussverfahren bis zu dessen Abschluss beteiligt hätte. Dieses hätte zwingend mit der Feststellung der Vereinbarkeit oder der Unvereinbarkeit des Zusammenschlussverfahrens geendet. Im ersteren Fall wäre Schneider nicht zur Übertragung von Legrand verpflichtet gewesen und hätte daher auch keinen Preisnachlass gewähren müssen. Im zweiten Fall wäre die Übertragung notwendig geworden, aber nicht Ursache eines ersatzfähigen Schadens gewesen. Daraus schließt der Gerichtshof, dass die unmittelbare Ursache des geltend gemachten Schadens die von Schneider getroffene Entscheidung war, die Übertragung von Legrand zum 10. Dezember 2002 wirksam werden zu lassen, obwohl es dazu nicht verpflichtet war. Nach Ansicht des Gerichtshofs steht dem auch nicht entgegen, dass Schneider bei Ausübung des Kündigungsrechts ein Reugeld in Höhe von 180 Mio. Euro hätte zahlen müssen. Dieses Risiko ergebe sich nämlich aus dem von Schneider selbst geschlossenen Kaufvertrag.

850. Dem vorliegenden Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen. Soweit es die Kosten betrifft, die Schneider durch das wieder aufgenommene Fusionskontrollverfahren entstanden sind, wird zu Recht eine Schadensersatzpflicht angenommen. Diese Kosten gehen ursächlich auf die fehlerhaften Entscheidungen der Europäischen Kommission im ersten Fusionskontrollverfahren zurück und sind unabhängig vom Verhalten Schneiders, etwa dem Vertragsabschluss oder den im Einzelnen vereinbarten Vertragsklauseln, aufgetreten. Selbst wenn Schneider den vom Gerichtshof vorgegebenen Weg eingeschlagen und das wiederaufgenommene Fusionskontrollverfahren zu Ende geführt hätte, wären sie – unabhängig vom Ausgang dieses Verfahrens – entstanden. Auch soweit das Urteil den Preisnachlass für die Veräußerung von Legrand betrifft, ist das Urteil des EuGH nachvollziehbar. Der Gerichtshof legt insoweit bei der Bewertung des unmittelbaren Kausalzusammenhangs einen strengeren Maßstab an als das EuG und betont, dass Schneider im Zeitpunkt der Übertragung von Legrand nicht mehr zur Veräußerung verpflichtet war, da die entsprechende Entflechtungsanordnung bereits vom EuG aufgehoben war. Der Gerichtshof lässt somit keinen Zweifel daran, dass allein die Zusammenschlussparteien das Risiko einer ablehnenden Entscheidung in dem neu aufgenommenen Fusionskontrollverfahren tragen.

851. Die Monopolkommission teilt diese Auffassung. Werden die Zusammenschlussparteien gemäß Artikel 7 Absatz 3 FKVO auf Antrag vom Vollzugsverbot befreit und führen einen Zusammenschluss mittels öffentlichen Aktientauschangebots vor dem Erlass einer Freigabeverfügung der Europäischen Kommission durch, sollten sie auch die damit verbundenen Risiken tragen. Diese Risiken umfassen unter anderem mögliche Schwierigkeiten der Parteien, nach einem für sie ungünstigen Abschluss des erneuten Fusionskontrollverfahrens wieder einen Käufer für die zu veräußernden Vermögenswerte zu finden oder einen angemessenen Kaufpreis zu erzielen. Würde man die Zusammenschlussbeteiligten von diesen Risiken freistellen, wäre der Grundsatz der präventiven Fusionskontrolle gefährdet. Zu begrüßen ist, dass mit dem nun vorliegenden Urteil für fusionswillige Unternehmen zudem Klarheit über die möglichen Konsequenzen eines vorab vollzogenen Zusammenschlusses besteht. Sie wissen bereits in der Planungsphase, dass sie regelmäßig sämtliche Kosten – bis auf die Verfahrenskosten eines eventuell erneut durchzuführenden behördlichen Verfahrens – tragen müssen, die aus einer Untersagungs- und Entflechtungsanordnung resultieren. Die potenziellen Fusionspartner sind daher künftig in der Lage, die Vor- und Nachteile eines solchen Vorgehens abzuwägen und die Gestaltung ihres Vorhabens darauf einzurichten.

852. In dem vorliegenden Urteil hatte der Gerichtshof nicht über einen Ersatz des zwischen Schneider und Wendel/KKR vereinbarten Reugelds zu entscheiden. Mangels Kündigung durch Schneider musste das Reugeld nicht gezahlt werden, ein entsprechender Schaden war nicht entstanden. Der Gerichtshof nimmt daher auch nur kurz zum Reugeld Stellung: Die unmittelbare Ursache des Schadens aufgrund des Preisnachlasses sei die von Schneider getroffene Entscheidung gewesen, die Übertragung von Legrand im Dezember 2002 wirksam werden zu lassen. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass Schneider bei der Ausübung seines Kündigungsrechts dem Risiko ausgesetzt gewesen sei, ein Reugeld entrichten zu müssen. Dieses beruhe nämlich auf dem von Schneider selbst ausgehandelten Vertrag. Dieser Äußerung des EuGH könnte entnommen werden, dass auch im Fall einer Kündigung durch Schneider und einer positiven zweiten Fusionskontrollentscheidung das Reugeld nicht als Schaden anerkannt worden wäre, weil es ursächlich auf den von Schneider geschlossenen Vertrag zurückzuführen sei. Nach Ansicht der Monopolkommission müssten in diesem Zusammenhang jedoch folgende Aspekte berücksichtigt werden. Zum einen war Schneider im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zur Veräußerung verpflichtet. Diese Verpflichtung beruhte ursächlich auf den fehlerhaften Entscheidungen der Europäischen Kommission. Zum Zweiten ist davon auszugehen, dass Schneider einem potenziellen Käufer auf jeden Fall eine wirtschaftliche Gegenleistung für das eingeräumte Kündigungsrecht hätte gewähren müssen. Die Verabredung eines solchen Kündigungsrechts war notwendig, um im Falle einer positiven Entscheidung des EuG vom Vollzug des Kaufvertrags Abstand nehmen zu können. Schließlich hätte Schneider das vereinbarte Reugeld auch in dem Fall zahlen müssen, in dem es den Vertrag gekündigt und das wieder aufgenommene Fusionskontrollverfahren mit einem für Schneider günstigen Ergebnis geendet hätte.

4.7 Legislative Entwicklungen

853. Im Berichtszeitraum betrieb die Europäische Kommission die Weiterentwicklung des rechtlichen Rahmens in zwei Bereichen: Zum einen legte sie eine neue Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen vor.[399] Zum anderen erstattete sie pflichtgemäß Bericht über die Zuständigkeitsverteilung im Rahmen der Fusionskontrollverordnung[400].

4.7.1 Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen

854. Im Oktober 2008 legte die Europäische Kommission eine neue Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen vor, mit der die Leitlinien von 2001 abgelöst wurden. Anlass für die neue Mitteilung waren laut Europäischer Kommission das Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004 und der Durchführungsverordnung Nr. 802/2004 im Mai 2004, die jüngere Rechtsprechung von EuGH und EuG sowie die Ergebnisse der Studie der Europäischen Kommission über Abhilfemaßnahmen aus dem Jahr 2005, die erhebliche Defizite der bisherigen Zusagenpraxis aufgedeckt hatte.[401]

855. Die vorgelegten Leitlinien fallen deutlich umfassender und detaillierter aus als die bisher geltende Mitteilung. Die Europäische Kommission informiert über allgemeine Grundsätze für Abhilfemaßnahmen und über die wichtigsten Arten von Verpflichtungen. Daneben äußert sie sich zum Verfahren für Verpflichtungsangebote in der ersten und zweiten Phase und erläutert die Anforderungen an die Umsetzung von Abhilfemaßnahmen. Die in der Mitteilung zum Ausdruck kommende grundsätzliche Einstellung der Europäischen Kommission gegenüber Abhilfemaßnahmen ist restriktiver als in der Vergangenheit. Die Wettbewerbsbehörde legt besonderes Gewicht auf die Geeignetheit und die Umsetzbarkeit von Verpflichtungszusagen. Daneben betont sie die Schwierigkeiten und Risiken beim Vollzug von Zusagen und hält wirksame Kontrollmechanismen für notwendig. Die Zusammenschlussparteien werden erkennbar stärker in die Verantwortung genommen als bislang. So weist die Europäische Kommission den Parteien zum einen umfassende Informationspflichten zu. Mittels eines eines neuen Formblatts, der Form RM, sind alle verfügbaren Informationen über den Inhalt der Verpflichtungen, die Bedingungen für ihre Umsetzung und ihre Geeignetheit zur Beseitigung der Wettbewerbsbehinderung vorzulegen. Sofern Gegenstand der Abhilfemaßnahme die Veräußerung eines Geschäfts ist, ist die Europäische Kommission in die Lage zu versetzen, die Lebensfähigkeit, Wettbewerbsfähigkeit und Verkäuflichkeit des Geschäfts zu beurteilen. Zum anderen obliegt es den Zusammenschlussbeteiligten, Unsicherheiten hinsichtlich der Umsetzung von Abhilfemaßnahmen zu beseitigen und die Kontrolle der Umsetzung zu ermöglichen.

856. Nach Ansicht der Europäischen Kommission eignen sich vor allem Veräußerungszusagen, um wettbewerbliche Bedenken zu beseitigen. Diese verdienten daher den Vorzug vor verhaltensorientierten Abhilfemaßnahmen, die nur ausnahmsweise und unter ganz besonderen Umständen zulässig seien. Im Zusammenhang mit Veräußerungszusagen setzt die Europäische Kommission verstärkt auf sog. Up-front-buyer- und Fix-it-first-Lösungen. Daneben eröffnet sie den Zusammenschlussbeteiligten die Möglichkeit, alternative Veräußerungsverpflichtungen anzubieten, falls die Durchführung der von ihnen bevorzugten Veräußerung zweifelhaft ist. Schließlich unterstreicht die Europäische Kommission die Bedeutung der Identität des künftigen Erwerbers und der Lebensfähigkeit des zu veräußernden Vermögensteils für die Umsetzung einer Abhilfemaßnahme.

857. Die Monopolkommission bewertet den Erlass der neuen Mitteilung zu Abhilfemaßnahmen und die darin zum Ausdruck kommende kritischere Einstellung der Europäischen Kommission positiv. Die erwähnte Studie aus dem Jahr 2005 hat erhebliche Mängel der seitherigen Verpflichtungspraxis der Europäischen Kommission zutage gebracht. So erwies sich nur etwa die Hälfte der untersuchten Abhilfemaßnahmen als wirkungsvoll. Gerade vor dem Hintergrund der Praxis der Europäischen Kommission, Untersagungsentscheidungen möglichst zu vermeiden und wettbewerblich bedenkliche Zusammenschlussvorhaben unter – zum Teil weitreichenden – Abhilfemaßnahmen zu genehmigen, kommt der reibungslosen Umsetzung und der Effektivität von Verpflichtungen herausragende Bedeutung zu. Aus diesen Gründen ist nach Auffassung der Monopolkommission ein strikterer Ansatz bei der Entgegennahme von Verpflichtungszusagen unerlässlich.

858. Die Monopolkommission unterstützt die positive Haltung der Europäischen Kommission zu Veräußerungszusagen und teilt ihre Skepsis in Bezug auf verhaltensorientierte Verpflichtungen. Veräußerungszusagen sind struktureller Natur und infolgedessen am besten geeignet, Wettbewerbsbedenken anlässlich von Zusammenschlüssen auszuräumen. Sie lassen sich in der Regel in einem überschaubaren Zeitraum umsetzen und bedürfen dann üblicherweise keiner weiteren Kontrolltätigkeit seitens der Europäischen Kommission mehr. In Bezug auf verhaltensorientierte Verpflichtungen stellt die Europäische Kommission zu Recht fest, dass insbesondere Verpflichtungen, die Preise nicht anzuheben, die Produktpalette einzuschränken, Marken aufzugeben etc., im Allgemeinen ungeeignet sind, die wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu beseitigen. Kritisch zu sehen sind in diesem Zusammenhang vor allem Umsetzungs- und Kontrollprobleme. Dies gilt nach Ansicht der Monopolkommission auch für sog. Zugangsverpflichtungen. Die Europäische Kommission räumt zwar insofern ein, dass eine derartige Maßnahme allein häufig nicht ausreichen wird, um Wettbewerbsbedenken auszuschließen, und spricht sich daher für umfänglichere Maßnahmepakete aus. Die Monopol-

---

[399] 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. EG Nr. C 267 vom 22. Oktober 2008, S. 1.

[400] Mitteilung der Kommission an den Rat, Bericht über das Funktionieren der Verordnung Nr. 139/2004 des Rates, KOM(2009) 281 endg.

[401] http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf

kommission bezweifelt jedoch, dass die Europäische Kommission die mit Zugangsverpflichtungen verbundenen Nachteile, insbesondere das Diskriminierungspotenzial der Zusammenschlussparteien, ausreichend berücksichtigt hat. Dass Zurückhaltung bei der Entgegennahme derartiger Zusagen geboten ist, zeigen eindrücklich die Ergebnisse der Studie aus dem Jahr 2005, wonach Zugangsverpflichtungen die am wenigsten erfolgreiche Art der Abhilfemaßnahme darstellen.

859. Zustimmung verdient die Europäische Kommission, wenn sie die Bedeutung des künftigen Erwerbers für den Erfolg der Abhilfemaßnahme betont. Positiv bewertet die Monopolkommission außerdem die Absicht der Europäischen Kommission, in Zukunft verstärkt auf Up-front-buyer- und Fix-it-first-Zusagen zu bestehen. Die Monopolkommission hat in der Vergangenheit mehrfach gefordert, die vorangehende Veräußerung von Vermögensteilen zur Bedingung des Zusammenschlussvollzugs zu machen. Beide genannten Lösungen gewährleisten, dass ein Zusammenschluss nur dann durchgeführt werden darf, wenn sich überhaupt ein wettbewerbsfähiger Erwerber für die zur Veräußerung stehenden Vermögensteile interessiert. In der Vergangenheit war dies nicht immer der Fall.[402] Außerdem stellt sowohl die Up-front-buyer- als auch die Fix-it-first-Lösung sicher, dass die Zusammenschlussbeteiligten sich ernsthaft bemühen, einen geeigneten Erwerber zu finden und den Erwerbsprozess möglichst unkompliziert und zügig durchzuführen.

860. Abschließend bekräftigt die Monopolkommission ihre Forderung, dass die Europäische Kommission künftig regelmäßig über die Durchführung und Wirksamkeit der von ihr auferlegten Abhilfemaßnahmen berichtet. Wie die Studie aus dem Jahr 2005 verdeutlicht, trägt eine solche Nachschau wesentlich dazu bei, Defizite aufzuspüren und notwendige Reformprozesse in Gang zu setzten. Diese Überlegung hat um so mehr Gewicht, als die Europäische Kommission in der jüngeren Vergangenheit weitgehend auf Untersagungen verzichtete und darauf setzte, problematische Fälle mit teilweise umfangreichen Abhilfemaßnahmen zu lösen. Im Zusammenhang mit der nunmehr geltenden Mitteilung der Europäischen Kommission zu zulässigen Abhilfemaßnahmen ist darüber hinaus von besonderem Interesse, inwieweit die dort aufgestellten Grundsätze in der Entscheidungspraxis Berücksichtigung finden und die Wirksamkeit der auferlegten Verpflichtungen erhöhen. Aus künftigen Erfahrungsberichten ließe sich ferner ablesen, ob und in welchen Bereichen weiterer Reformbedarf besteht.

4.7.2 Bericht über die Zuständigkeitsverteilung im Rahmen der Fusionskontrollverordnung

861. Gemäß Artikel 1 Absatz 4 und Artikel 4 Absatz 6 FKVO war die Europäische Kommission verpflichtet, dem Rat spätestens bis 1. Juli 2009 Bericht über das Funktionieren der Zuständigkeits- und Verweisungsregeln in Artikel 1 Absatz 2 und 3 sowie Artikel 4 Absatz 4 und 5 FKVO zu erstatten. Die Europäische Kommission ist dieser Verpflichtung nachgekommen, indem sie am 18. Juni 2009 einen entsprechenden Bericht[403] sowie ein Commission Staff Working Paper[404] veröffentlichte. Die Kommission berücksichtigte bei ihrer Analyse Eingaben von nationalen Wettbewerbsbehörden sowie Stellungnahmen aus der Wissenschaft, der Anwaltschaft und von verschiedenen Unternehmen im Rahmen eines öffentlichen Konsultationsprozesses. Sie kam zu dem Ergebnis, dass die Zuständigkeits- und Verweisungsregeln im Allgemeinen gut funktionieren und für eine sachgerechte und flexible Fallverteilung zwischen europäischer und nationaler Ebene sorgen. Verbesserungspotenzial sah die Kommission insbesondere bei der Behandlung von Mehrfachanmeldungen (Artikel 1 Absatz 3, Artikel 4 Absatz 5 FKVO) und der Anwendung der Zwei-Drittel-Regel in Artikel 1 FKVO. Der Bericht enthält keine konkreten Reformvorschläge, die Europäische Kommission behält sich jedoch die Option vor, derartige Vorschläge zu einem späteren Zeitpunkt zu unterbreiten.

Die Europäische Kommission unterstreicht, dass ihre ausschließliche Zuständigkeit für Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung einen der wichtigsten Grundsätze der Fusionskontrollverordnung bildet. Die ausschließliche Zuständigkeit bietet nach Ansicht der Kommission den Vorteil einer „einzigen Anlaufstelle“ (One-stop-shop-Prinzip) für die beteiligten Unternehmen und stellt eine wichtige Voraussetzung für die Gewährleistung „gleicher Wettbewerbsbedingungen“ bei der Zusammenschlusskontrolle dar. Daneben müsse bei der Verteilung der Fälle auf die europäische und die nationale Ebene dem Prinzip der „geeignetsten Wettbewerbsbehörde“ Rechnung getragen werden.

4.7.2.1 Umsatzschwellen in Artikel 1 Absatz 2 und 3 FKVO

862. Der Großteil der Zusammenschlussfälle gelangt auf der Grundlage von Artikel 1 Absatz 2 FKVO in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission. Einige Wettbewerbsbehörden und Dritte sprachen sich für eine inflationsbedingte Anpassung der Schwellenwerte aus. In der öffentlichen Konsultation wurde außerdem die Einführung sektorspezifischer Schwellenwerte, z. B. für Banken, Versicherungen, Fluggesellschaften, Energieunternehmen etc., vorgeschlagen. Nach Auffassung der Europäischen Kommission stellen die in Artikel 1 Absatz 2 FKVO genannten Umsatzschwellen ein wirksames Instrument dar, um Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung zu identifizieren. Die Feinsteuerung der Fallverteilung könne im Wege der Verweisung erfolgen, Reformbedarf bestehe daher nicht.

863. Die Regelung des Artikel 1 Absatz 3 FKVO wurde im Konsultationsprozess zum Teil als sehr kompliziert kritisiert und es wurde eine Abschaffung gefordert. Stattdessen sollte eine automatische Verweisung erfolgen,

[402] Vgl. z. B. EU-Kommission, Entscheidung vom 11. Februar 2004, COMP/M.3280 „Air France/KLM“ und EuG, Urteil vom 4. Juli 2006, Rs. T-177/04 „easyJet/Kommission“, Slg. 2006, II-1931.

[403] Mitteilung der Kommission an den Rat, Bericht über das Funktionieren der Verordnung Nr. 139/2004 des Rates, KOM(2009) 281 endg.

[404] Commission Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the Council, Report on the functioning of Regulation Nr. 139/2004; SEC(2009) 808 final/2.

sofern ein Zusammenschlussvorhaben mindestens drei nationale Wettbewerbsbehörden betrifft. Auch die Europäische Kommission erkennt insofern Verbesserungsmöglichkeiten. Insbesondere vertritt sie die Auffassung, dass trotz Artikel 1 Absatz 3 FKVO eine erhebliche Anzahl von Fällen mit grenzüberschreitenden Auswirkungen außerhalb der Brüsseler Zuständigkeit gelegen hat. Außerdem hätten rund 6 Prozent der in mindesten drei Mitgliedstaaten angemeldeten Zusammenschlüsse Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gegeben, was nach Ansicht der Kommission darauf hindeutet, dass eine Überprüfung dieser Fälle in Brüssel sachgerecht gewesen wäre, da bei problematischen Fällen die negativen Auswirkungen paralleler Prüfungen und die Gefahr unterschiedlicher Ergebnisse besonders groß seien. Die Europäische Kommission vertritt darüber hinaus die Auffassung, dass angesichts des Ziels „vollkommen gleicher Wettbewerbsbedingungen“ auf dem Gemeinsamen Markt erwogen werden sollte, die einzelstaatlichen Regeln zur Fusionskontrolle kohärenter zu gestalten und deren Zusammenspiel mit den Regeln der Gemeinschaft zu verbessern, um Schwierigkeiten bei parallelen Anmeldungen zu vermeiden.

4.7.2.2 Zwei-Drittel-Regel

864. In Bezug auf die Zwei-Drittel-Regel fielen sowohl das Echo der Wettbewerbsbehörden als auch die Stellungnahmen Dritter prinzipiell positiv aus. Einige wenige Stimmen sprachen sich für eine Abschaffung der Zwei-Drittel-Regelung und eine Feinsteuerung über das Verweisungsregime aus. Die Europäische Kommission kam zu dem Schluss, dass die Vorschrift in den meisten Fällen eine sachgerechte Abgrenzung zwischen nationaler und europäischer Zuständigkeit ermöglicht. Allerdings habe die Zwei-Drittel-Regel auch dafür gesorgt, dass einige wenige Zusammenschlüsse trotz ihrer potenziell grenzübergreifenden Auswirkungen in die nationale Zuständigkeit gefallen seien. In diesem Zusammenhang erläutert die Europäische Kommission, dass auch Zusammenschlüsse mit nationalem Bezug bei hoher Marktkonzentration und hohen Marktzutrittsschranken Abschottungswirkungen auslösen und dadurch grenzüberschreitende Effekte haben können. Zusammenschlüsse dieser Art seien für die Europäische Kommission von besonderem Interesse, wenn es um Märkte gehe, die sich in einem Liberalisierungsprozess befänden oder bei denen innereuropäische Wettbewerbsschranken erodierten. Diese Märkte befänden sich in einer Übergangsphase von einer nationalen hin zu einer weiteren räumlichen Ausdehnung. Die Europäische Kommission gibt außerdem zu bedenken, dass im selben Zeitraum in derselben Branche ähnliche Transaktionen zum Teil die Zwei-Drittel-Regel erfüllten und zum Teil nicht, was unterschiedliche Zuständigkeiten zur Folge gehabt hätte.[405] Besonders kritisch bewertet die Europäische Kommission in diesem Zusammenhang, dass bei der Genehmigung einiger der betroffenen Zusammenschlüsse auf nationaler Ebene außerwettbewerbliche Interessen den Ausschlag gegeben hätten. Sie schlägt daher vor, die Zwei-Drittel-Regel in der Zukunft einer Überprüfung zu unterziehen.

4.7.2.3 Verweisung vor der Anmeldung gemäß Artikel 4 Absatz 4 und 5 FKVO

865. Nach Artikel 4 Absatz 4 FKVO können die Beteiligten um Übertragung eines Verfahrens von der Europäischen Kommission an eine nationale Wettbewerbsbehörde ersuchen. Zwischen 2004 und 2008 sind 43 solcher Anträge eingegangen. Die überwältigende Mehrheit der Fälle berührte Märkte, die nicht größer als national waren. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich Anträge in bestimmten Branchen häufen. Nach den Erfahrungen der nationalen Wettbewerbsbehörden und der beteiligten Kreise stellt die Regelung ein gutes Instrument der Re-Allokation von Fällen dar. Auch die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Systems wird grundsätzlich positiv bewertet, wenn auch die Fristen für die behördlichen Entscheidungen möglicherweise verkürzt werden sollten. Teilweise wird von dritter Seite außerdem die fehlende Transparenz hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen ein Verweisungsantrag von den Wettbewerbsbehörden akzeptiert oder abgelehnt wird, gerügt. Darüber hinaus seien die Informationspflichten zu umfassend.

866. Artikel 4 Absatz 5 FKVO regelt die Verweisung von der nationalen an die europäische Ebene. Zwischen 2004 und 2008 stellten Unternehmen 160 entsprechende Anträge, denen in 151 Fällen stattgegeben wurde. Somit gelangten etwa 10 Prozent aller Fälle, die die Kommission bearbeitete, im Wege des Artikel 4 Absatz 5 FKVO in ihre Zuständigkeit. Über 90 Prozent der verwiesenen Fälle hätten ursprünglich – auch – in Deutschland angemeldet werden müssen. Während des Referenzzeitraums sind nur vier Verweisungsanträge aufgrund von Einsprüchen der Mitgliedstaaten abgelehnt worden. Die nationalen Wettbewerbsbehörden gehen davon aus, dass aus materiell-rechtlicher Sicht die richtigen Verfahren in die Zuständigkeit Brüssels gelangt sind. Verfahrensrechtlich könnte auch hier über eine Verkürzung der Fristen nachgedacht werden. Von dritter Seite wird wiederum der übermäßige Zeit- und Arbeitsaufwand sowie die mangelnde Transparenz kritisiert, teilweise wird ein System der automatischen Verweisung vorgeschlagen. Zum Teil wird darauf hingewiesen, dass die unterschiedlichen nationalen Fusionskontrollregime eine Quelle der Rechtsunsicherheit darstellen.

867. Nach Auffassung der Europäischen Kommission haben die Regelungen des Artikel 4 Absatz 4 und 5 FKVO zu einer flexibleren Fallverteilung beigetragen, wodurch die Fusionskontrolle erheblich effizienter geworden sei. Die Fallverteilung habe sich im Hinblick auf die Grundsätze der „einzigen Anlaufstelle“ und der „geeigneteren Behörde“ wesentlich verbessert, es bestehe allerdings immer noch Verbesserungspotenzial. Mehrfachanmeldungen sollten weiter reduziert werden, wobei die Kommission zwei Optionen benennt: Entweder könn-

[405] Die Fälle EDP/ENI/GDP, Eon/MOL, DONG/Elsam/Energi E2 und GDF/Suez wurden von der Europäischen Kommission untersucht, während für E.ON/Ruhrgas, Gas Natural/Endesa, Gas Natural/Iberdrola aufgrund der Zwei-Drittel-Regel die jeweiligen nationalen Wettbewerbsbehörden zuständig waren.

ten die Mitgliedstaaten über eine Erhöhung ihrer Aufgreifschwellen oder die Europäische Kommission über eine Regelung zur automatischen Verweisung in Fällen, in denen mindesten drei Mitgliedstaaten zuständig wären, nachdenken. Eine Abkürzung der Fristen hält die Kommission dagegen für nicht möglich. Das Problem der Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Zuständigkeit wird ihrer Ansicht nach überbewertet, da nur sehr selten Einspruch gegen die Zuständigkeitsübertragung erhoben werde.

4.7.2.4 Mechanismen zur Verweisung nach der Anmeldung gemäß Artikel 22 und 9 FKVO

868. Die Regelung des Artikel 22 FKVO diente ursprünglich dem Zweck, Mitgliedstaaten ohne eigene Fusionskontrolle die Möglichkeit zu eröffnen, wettbewerblich bedenkliche Zusammenschlüsse an die Europäische Kommission zu übertragen und sie damit doch noch einer fusionskontrollrechtlichen Prüfung zu unterziehen. Da nunmehr fast alle Mitgliedstaaten über eigene Fusionskontrollregeln verfügen, steht die Vermeidung von Parallelverfahren im Vordergrund. Mehrere nationale Wettbewerbsbehörden können einen Fall nach Brüssel verweisen oder sich einem entsprechenden Antrag einer anderen Wettbewerbsbehörde anschließen. Beteiligt sich ein Mitgliedstaat nicht an der Verweisung, bleibt er für diesen Fall in seinem Hoheitsgebiet zuständig. Seit 1. Mai 2004 gingen 14 Anträge nach Artikel 22 FKVO in Brüssel ein. In sechs dieser Fälle eröffnete die Kommission die zweite Verfahrensphase. Die nationalen Wettbewerbsbehörden stehen dem Instrument des Artikel 22 FKVO positiv gegenüber. Dritte kritisieren auch hier den Zeit- und Arbeitsaufwand und weisen auf die Unvorhersehbarkeit der Zuständigkeit aus Sicht der beteiligten Unternehmen hin.

869. Artikel 9 FKVO regelt die Verweisung eines Falles von der Europäischen Kommission an einen oder mehrere Mitgliedstaaten. Die meisten Anträge dieser Art wurden von Deutschland und vom Vereinigten Königreich gestellt. Aus Sicht der nationalen Wettbewerbsbehörden funktioniert die Verweisungspraxis zufriedenstellend. Dritte bemängeln wiederum den zeitlichen und personellen Aufwand, der mit einer Verweisung verbunden ist. Außerdem betonen sie die Extrakosten des Verfahrens. Sie machten unter anderem folgende Vorschläge zur Verbesserung: Einführung eines Anhörungsrechts der beteiligten Unternehmen, Nutzung der Form CO für die Anmeldung bei der nationalen Wettbewerbsbehörde und Ausschluss partieller Verweisungen. Nach Auffassung der Europäischen Kommission stellen die Artikel 9 und 22 FKVO insgesamt nützliche Instrumente bei der Feinsteuerung der Fallverteilung dar. Da die Artikel 9 und 22 FKVO eine andere Funktion haben als die Artikel 4 Absatz 4 und 5 FKVO, werden sie durch deren Einführung auch nicht überflüssig.

870. Die Monopolkommission hat vor dem Hintergrund des Zusammenschlusses E.ON/Ruhrgas bereits im Vierzehnten Hauptgutachten eine Änderung der Zwei-Drittel-Regel in Artikel 1 FKVO angeregt.[406] Sie vertrat – ähnlich wie die Europäische Kommission jetzt – die Auffassung, dass aufgrund der Zwei-Drittel-Regel Zusammenschlüsse trotz gemeinschaftsweiter Dimension in den Zuständigkeitsbereich der nationalen Wettbewerbsbehörde fallen können. Die Monopolkommission kritisierte insbesondere, dass die Zwei-Drittel-Regel an die in der Vergangenheit erzielten Umsätze anknüpft und damit einer rein statischen Betrachtungsweise folgt, ohne die absehbare europäische Dimension eines Zusammenschlusses zu berücksichtigen. Als problematisch sieht die Monopolkommission dies vor allem in Fällen an, in denen bislang abgeschottete Märkte betroffen sind und die Internationalisierung der Unternehmenstätigkeit noch nicht oder gerade erst begonnen hat.

871. Den Aspekt der Mehrfachanmeldung thematisiert die Europäische Kommission sowohl im Zusammenhang mit Artikel 1 Absatz 3 FKVO als auch mit Artikel 4 Absatz 5 FKVO. Sie favorisiert eine automatische Verweisung nach Brüssel in Fällen, in denen ansonsten mindestens drei nationale Wettbewerbsbehörden befasst wären. Damit greift sie alte Pläne wieder auf, die sie bereits im Zuge der ersten und zweiten Reform der Fusionskontrollverordnung verfolgte. Im Rahmen des Artikel 1 FKVO ließe sich die automatische Verweisung durch einen Verzicht auf alle Umsatzschwellen in Fällen von Mehrfachanmeldungen umsetzen. Im Fall des Artikel 4 Absatz 5 FKVO würde der Vorschlag wohl auf eine Streichung des mitgliedstaatlichen Vetorechts hinauslaufen. Die Monopolkommission hat sich bereits im Vierzehnten Hauptgutachten ausdrücklich gegen eine automatische Verweisung bei Mehrfachanmeldungen ausgesprochen, da deren Vorzüge nur unzureichend nachgewiesen waren.[407] Unter anderem wies die Erhebung, auf die sich die Europäische Kommission stützte, erhebliche methodische Mängel auf. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass mit der zwischenzeitlichen Einführung von Artikel 4 Absatz 5 FKVO im Zuge der zweiten Reform der Fusionskontrollverordnung die Möglichkeit der Verweisung auf Initiative der beteiligten Unternehmen existiert. Diese Option entschärft die vorgetragenen Probleme mit Mehrfachanmeldungen deutlich. Davon ist umso mehr auszugehen, als die nationalen Wettbewerbsbehörden seit Inkrafttreten des Artikel 4 Absatz 5 FKVO ihr Vetorecht lediglich in vier Fällen ausgeübt haben.

872. Eine Absage erteilt die Monopolkommission den im vorliegenden Bericht angedeuteten Bestrebungen der Europäischen Kommission, die nationalen Fusionskontrollrechte zu harmonisieren. Um das Ziel eines „level playing field“ zu erreichen, schlägt die Europäische Kommission die Anpassung der verschiedenen nationalen Regeln untereinander und im Verhältnis zur Fusionskontrollverordnung vor. Dieser Vorschlag bezieht sich auf

---

[406] Vgl. Monopolkommission, Netzwettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2003, Tz. 588.

[407] Vgl. ebenda, Tz. 591 ff.

Zuständigkeitsfragen und sonstige verfahrensrechtliche, aber auch auf materiell-rechtliche Aspekte. In erster Linie ist hier wohl an eine Heraufsetzung der nationalen Aufgreifschwellen und an eine Verkürzung der Fristen im Verweisungsfall gedacht. Konkrete Vorschläge zu materiell-rechtlichen Änderungen legt die Europäische Kommission nicht vor. Sie könnte mit Blick auf eine Änderung mitgliedstaatlicher Wettbewerbsgesetze ohnehin nur Anregungen geben. Dies gilt sowohl in Bezug auf die angestrebte Heraufsetzung der Aufgreifschwellen als auch hinsichtlich materiell-rechtlicher Kriterien. Da der Bericht der Europäischen Kommission keine konkreten Reformvorschläge enthält, bleibt abzuwarten, welche der genannten Aspekte künftig aufgegriffen werden. Vorzugswürdig erscheinen Bestrebungen zu einer verstärkten Harmonisierung „von unten“, also vonseiten der einzelnen Mitgliedstaaten. In diesem Zusammenhang ist an die geplante Achte GWB-Novelle zu erinnern, bei der der deutsche Gesetzgeber unter anderem über eine Neujustierung der Aufgreifschwellen und über eine Anpassung der materiell-rechtlichen Kriterien der deutschen Fusionskontrolle entscheiden wird.

Kapitel V

Arbeitsmarkt und Wettbewerb auf Produktmärkten

1. Problemstellung und Zielsetzung

873. In ihrem Zehnten Hauptgutachten hat sich die Monopolkommission bereits mit der Kartellstruktur auf den Märkten für abhängige Arbeit beschäftigt.[1] Allerdings lag der Fokus damals auf den Auswirkungen der Kartellwirkungen von Tarifverträgen auf die Beschäftigung. In der hier vorgelegten Untersuchung liegt indes das Augenmerk auf den wettbewerblichen Auswirkungen auf die Produktmärkte[2]. Hintergrund sind der Wandel des Tarifsystems in Deutschland und die damit verbundenen Auswirkungen. Angesprochen sind hierbei zwei Entwicklungslinien auf dem deutschen Arbeitsmarkt.

Zum einen ist eine fortwährende Abnahme der Anzahl tarifgebundener Beschäftigter zu konstatieren. Diesem Trend versucht der Gesetzgeber vermehrt entgegenzutreten; hieraus ergeben sich indes wettbewerblich nachteilige Auswirkungen auf die nachgelagerten Produktmärkte. Zum anderen beobachtet die Monopolkommission das vermehrte Auftreten verhandlungsstarker Spartengewerkschaften. Dieser Gewerkschaftswettbewerb komplementärer Berufsgruppen birgt indes Probleme, denn das gegenwärtige Institutionengefüge erlaubt Tarifpartnern, ihre Verteilungskonflikte auf dem Rücken Dritter auszutragen.

874. Die Zielsetzung der vorliegenden Untersuchung besteht darin aufzuzeigen, inwieweit Entwicklungen des Arbeitsmarktes den Wettbewerb auf nachgelagerten Produktmärkten negativ beeinflussen können. Abschließend werden Handlungsempfehlungen gegeben. Dabei zieht die Monopolkommission die grundrechtlich verbürgte Koalitionsfreiheit nicht in Zweifel. Sie weist jedoch auf wettbewerbliche Probleme hin, welche sich durch Interventionen der Politik sowie strukturelle Veränderungen des Marktes ergeben haben.

Konkret werden einerseits die Auswirkungen von Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz sowie die Festsetzung von Mindestlöhnen gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz auf Produktmärkte untersucht. Wettbewerbliche Probleme ergeben sich hierbei in Form der Schaffung bzw. Ausweitung branchenweiter Lohnkartelle, wodurch etablierten Unternehmen eines Marktes die Möglichkeit offeriert wird, Wettbewerber, insbesondere Newcomer, mittels Steigerung deren Personalkosten aus dem Markt zu drängen. Andererseits soll das Phänomen der Spartengewerkschaften untersucht werden. Dies ist wettbewerbspolitisch von Bedeutung, da mächtige Spartengewerkschaften im bestehenden Institutionengefüge höhere Löhne zulasten Dritter externalisieren können.

[1] Vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auf allen Märkten, Hauptgutachten 1992/1993, Baden-Baden 1994, Kapitel VII.

[2] Produktmärkte oder auch Gütermärkte sollen Waren und Dienstleistungen gleichermaßen beinhalten.

2. Die kartellrechtliche Sonderordnung für Arbeitsmärkte

2.1 Ursachen

875. Die Grundproblematik auf Arbeitsmärkten liegt in der unterstellten verhandlungstechnischen Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, welche letztlich das Arbeitsrecht auszugleichen versucht. Bei einem Arbeitsverhältnis handelt es sich um ein auf Dauer angelegtes, schuldrechtliches Austauschverhältnis, bei dem die persönlich zu erbringende Arbeitsleistung des Arbeitnehmers gegen die Zahlung von Arbeitsentgelt durch den Arbeitgeber ausgetauscht wird. Dies ist problematisch, da im Falle eines Arbeitsverhältnisses der Arbeitnehmer als abhängig Beschäftigter durch den Arbeitsvertrag der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers unterworfen und von ihm abhängig ist. Darüber hinaus verbinden sich mit dem Bestand existenzielle Interessen der Arbeitnehmer – und auch deren Familien –, weil diese auf Arbeit im Dienste anderer zur Sicherung ihres Lebensunterhalts angewiesen sind. In Zeiten hoher Arbeitslosigkeit vergrößert sich diese Abhängigkeit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber noch weiter, da der Arbeitgeber aus einem großen Arbeitsangebot wählen und den Arbeitsplatz rasch wieder besetzen kann, während ein knappes Arbeitsplatzangebot dem Arbeitnehmer bei seiner Wahl – und daraus abgeleitet seiner Verhandlungsposition hinsichtlich seiner Arbeitsbedingungen – Grenzen setzt. Der Arbeitnehmer hat gegenüber dem Arbeitgeber in vielen Fällen, so die Annahme, weniger Verhandlungsmacht und es besteht die Gefahr, dass er dadurch von seinem Arbeitgeber systematisch ausgenutzt wird. Kollektives Handeln zwischen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften soll nun diese Unterlegenheit ausgleichen, indem ein Verhandeln auf gleicher Augenhöhe herbeigeführt wird.

876. Daneben haben kollektive Lohnverhandlungen auch eine friedenssichernde und ordnende Funktion und senken im Vergleich zu individuellen Lohnverhandlungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber die Transaktionskosten. Friedenssichernd sind kollektive Lohnverhandlungen, weil die dort geregelten Fragen während ihrer Laufzeit nicht zum Gegenstand von Arbeitskämpfen werden dürfen. Eine Ordnungsfunktion erfüllen Tarifverträge, da sie in ihrem Geltungsbereich einen einheitlichen Rechtsrahmen schaffen. Transaktionskosten werden eingespart, weil von Experten geführte, gebündelte Lohnverhandlungen, die überdies breite Bindungswirkung auf viele Einzelarbeitsverhältnisse entfalten und so zu einer Standardisierung beispielsweise von Arbeitsentgelten oder Qualifikationen beitragen, insgesamt geringere Transaktionskosten erzeugen, als wenn jeder Arbeitnehmer einzeln mit seinem Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag aushandeln müsste.

2.2 Rechtliche Grundlagen

877. Artikel 9 Absatz 3 Satz 1 des Grundgesetzes (GG) bestimmt, dass das Recht der Bildung von Vereinigungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen für jedermann und alle Berufe gewährleistet ist; die Vorschrift bildet damit die verfassungsrechtliche Grundlage des kollektiven Arbeitsrechts. Die in Artikel 9 Absatz 3 Satz 1 GG garantierte Koalitionsfreiheit umfasst zum einen die Freiheit, eine Koalition zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gründen, ihr beizutreten oder sich in einer Koalition zu betätigen (positive Koalitionsfreiheit). Zum anderen wird gemäß Rechtsprechung[3] hieraus auch die Freiheit abgeleitet, einer Vereinigung auch ohne negative Konsequenzen fernzubleiben und Arbeitsbedingungen beispielsweise individuell zu regeln (negative Koalitionsfreiheit). Zu den wichtigsten Garantieelementen des Artikel 9 Absatz 3 GG gehören heute Tarifautonomie und Arbeitskampffreiheit. Tarifautonomie meint, dass Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände ohne staatliche Einflussnahme Arbeitsbedingungen regeln dürfen und der Staat sich lediglich auf die Festlegung des rechtlichen Rahmens beschränkt (z. B. das Tarifvertragsgesetz). Der Streik ist das primäre Arbeitskampfmittel der Arbeitnehmer bzw. der Gewerkschaften. Kennzeichen des Streiks ist die planmäßig und gemeinschaftlich durchgeführte Arbeitsniederlegung, um hierdurch Druck auf den Arbeitgeber aufzubauen. Umgekehrt besteht die Reaktionsmöglichkeit des Arbeitgebers auf einen Streik in der sog. Aussperrung, durch die der Arbeitgeber die Arbeitsleistung unter Verweigerung der Lohnfortzahlung generell zurückweist.

878. Auf einfachgesetzlicher Grundlage bestimmt § 1 Absatz 1 Tarifvertragsgesetz[4] (TVG), dass der Tarifvertrag die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien regelt und Rechtsnormen enthält, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können. Zentraler Regelungsgegenstand der Inhaltsnormen und wesentliches Ziel der Ausübung von Tarifmacht sind die Hauptleistungspflichten der Arbeitsvertragsparteien, insbesondere die Höhe der vom Arbeitgeber geschuldeten Vergütung. Tarifnormen über Entgelte regeln z. B. die Höhe des Entgelts einschließlich der Eingruppierung in das Entgeltsystem sowie Entgeltzuschläge für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit. Der Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers steht die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers gegenüber. Zentraler Gegenstand von Tarifnormen ist hier die Arbeitszeit. Geregelt werden unter anderem die Dauer und Lage der Arbeitszeit, Mehr- und Kurzarbeit sowie Erholungsurlaub.[5]

879. Im Rahmen dieser Rechtsordnung können Vereinbarungen über Löhne und sonstige Arbeitsbedingungen kollektiv-, aber selbstverständlich auch einzelvertraglich getroffen werden. Auf kollektiver Ebene schließen Gewerkschaften als Arbeitnehmervertretungen mit Unternehmen Firmentarifverträge oder überbetrieblich mit Arbeitgeberverbänden sog. Verbands-, Branchen- oder Flächentarifverträge für ihre Mitglieder. Ebenso sind kollektive Betriebsvereinbarungen zwischen Geschäftsleitung und Betriebsrat für die Belegschaft eines Betriebes möglich. Gemäß § 77 Absatz 3 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) dürfen allerdings normalerweise nicht Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen betroffen sein, die üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt werden. So hat der Tarifvertrag Vorrang gegenüber der Betriebsvereinbarung und dem Einzelarbeitsvertrag.

880. § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) findet bei Verträgen und Verhaltensabstimmungen, die das Marktverhalten auf dem Arbeitsmarkt regeln, nur eingeschränkt Anwendung.[6] Eine kollektive Koordinierung auf dem Markt für Arbeitsangebot und Arbeitsnachfrage durch Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände genießt also eine kartellrechtliche Sonderstellung. Sie ist im Grundsatz grundrechtlich erlaubt, vom Gesetzgeber gewünscht und wird von der Monopolkommission nicht in Zweifel gezogen. Die Regelungsgegenstände der Tarifvereinbarungen sind nicht alle gleichermaßen wettbewerblich relevant. Wettbewerbliche Relevanz haben vor allem die Vergütung und die Arbeitszeit. Zum einen wirken sie auf dem Arbeitsmarkt in der horizontalen Wettbewerbsbeziehung der Arbeitnehmer zueinander und verhindern einen Unterbietungswettbewerb zwischen den Arbeitnehmern. Zum anderen sind Wirkungen von Tarifabschlüssen auf Güter- und Dienstleistungsmärkte möglich, da flächendeckend höhere Löhne auch gleichzeitig flächendeckend höhere Produktpreise bedingen können. Bei Kollektivverhandlungen über die Arbeitszeit könnte eine Verbindung zu den Güter- und Dienstleistungsmärkten dort bestehen, wo durch sie die Betriebszeiten beeinflusst werden.

881. Die konstatierte grundsätzliche Freistellung vom Kartellverbot kann jedoch nicht grenzenlos wirken: Demnach sind Tarifverträge nur hinsichtlich der in § 1 TVG genannten Materien vom Kartellrecht ausgenommen. Durch Tarifvertrag können Inhalt, Abschluss und Beendigung von Arbeitsverhältnissen, ferner betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen geregelt werden. So kann die Arbeitszeit der Arbeitnehmer Gegenstand eines Tarifvertrags sein, nicht hingegen die Öffnungszeit des Betriebes.[7] Zwischen dem Arbeitsmarkt und den Güter- und Dienstleistungsmärkten bestehen Interdependenzen. Entwicklungen auf Gütermärkten haben Konsequenzen für den Arbeitsmarkt und umgekehrt wirken sich Änderungen des Preises für das Gut „Arbeit“ auf Güter- und Dienstleistungsmärkte aus. Der Unternehmer kauft die Arbeitskraft der Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt.

---

[3] Vgl. BVerfGE 50, 290, 370; BAGE 20, 175, AP Nr. 13 zu Artikel 9 GG.

[4] In der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969, BGBl. I S. 1323; zuletzt geändert durch Artikel 223 der Verordnung vom 31. Oktober 2006, BGBl. I S. 2407.

[5] Vgl. Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Aufl., München 2009, § 1 Rn. 41.

[6] Vgl. hierzu und zum folgenden Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., München 2007, § 1 Rn. 192 f. m. w. N.

[7] Vgl. KG, Urteil vom 21. Februar 1990, WuW/E OLG 4531 „Ladenöffnungszeit“.

Wenn der Unternehmer Güter oder Dienstleistungen am Markt anbietet und damit unternehmerisch im Sinne des GWB tätig wird, untersteht er dem GWB und damit all seinen Restriktionen. Soweit § 4 TVG verbindliche Kollektivvereinbarungen in Tarifverträgen erlaubt, kann das Kartellverbot nicht eingreifen; so sind die durch Gesetz zugelassenen Vereinbarungen des kollektiven Arbeitsrechts von der Anwendung des § 1 GWB ausgenommen. Einigen sich Tarifpartner auf Lohnerhöhungen, sind solche Absprachen grundsätzlich auch dann kartellrechtlich unangreifbar, wenn sie im Ergebnis zu Preiserhöhungen bei allen Unternehmen auf den Gütermärkten führen.[8]

882. Ob die gestiegenen Kosten über Preiserhöhungen tatsächlich an die Konsumenten weitergegeben werden, ist eine eigenständige Entscheidung der betroffenen Unternehmen. Erst wenn sich die Unternehmen untereinander zusätzlich darüber verständigen, die Lohnerhöhungen über die Preise weiterzugeben, ist der Anwendungsbereich des GWB eröffnet. Die angesprochenen Interdependenzen sind problematisch, wenn Unternehmen mittels Vereinbarungen auf dem Arbeitsmarkt Auswirkungen auf Güter- und Dienstleistungsmärkte anstreben. So können beispielsweise Regelungen zur Arbeitnehmersicherheit die Erzeugung bestimmter Produkte begünstigen oder verhindern und mittels Vereinbarungen über die Lage der Arbeitszeit konnten so in der Vergangenheit die Öffnungszeiten bei Gaststätten und im Handel determiniert werden.

3. Darstellung der Tariflandschaft in Deutschland

883. Das deutsche Tarifvertragswesen ist zunehmend veränderten Rahmenbedingungen unterworfen. Wesentliche, das Tarifvertragswesen beeinflussende Faktoren sind der technische Fortschritt, der Übergang von einer Industrie- zu einer Dienstleistungsökonomie sowie die fortschreitende internationale Verflechtung. Es stellt sich die Frage, inwieweit die derzeitige Ausgestaltung des Tarifsystems den neuen Anforderungen standhält. Hierfür soll zunächst gezeigt werden, wie sich die Tariflandschaft in Deutschland aktuell gestaltet.

3.1 Die Organisation der Arbeitgeber

884. Die Dachorganisation der Arbeitgeberverbände bildet die sog. Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) mit ca. zwei Millionen Unternehmen. Mitglieder der BDA sind 14 überfachliche Landesverbände (für Bayern beispielsweise die Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft; Berlin und Brandenburg sowie Hamburg und Schleswig-Holstein besitzen jeweils einen gemeinsamen Landesverband) und 56 Bundesfachspitzenverbände aus den Bereichen Industrie, Handel, Finanzwirtschaft, Verkehr, Handwerk, Dienstleistung, Landwirtschaft[9] (z. B. Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, Hauptverband des Deutschen Einzelhandels, Verband Deutscher Zeitschriftenverleger). Die Organisation der Arbeitgeber unterteilt sich demnach einerseits regional und andererseits fachlich. Die allgemeinen Arbeitgeberverbände sind – anders als die Fachverbände – nicht in Arbeitskämpfe involviert; Tarifverhandlungen werden demnach regelmäßig von den Fachverbänden durchgeführt. Die überfachlichen Verbände sind dagegen reine Interessenvertreter. Sowohl die BDA als auch die Fach- und Regionalverbände auf höherer Ebene sind Verbände von Verbänden, d. h. die Verbände auf den unteren Ebenen schließen sich zu einem übergeordneten Landesverband zusammen. Die Willensbildung hinsichtlich der Tarifverhandlungsstrategie findet normalerweise auf regionaler Ebene bei den regionalen Branchenverbänden statt. Viele der Mitglieder organisieren nicht nur Tarifträgerverbände, sondern auch Verbände, die keine Tarifbindung vermitteln (OT-Verbände). Bei allen grundlegenden Entscheidungen der BDA wirken die Vertreter der einzelnen Wirtschaftszweige mit.[10]

885. Ein BDA-Mitglied ist etwa der Arbeitgeberverband Gesamtmetall, in dem die Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektroindustrie aus ganz Deutschland zusammengeschlossen sind. Der Arbeitgeberverband Gesamtmetall ist der Dachverband von 22 Arbeitgeberverbänden der Metall- und Elektroindustrie (M+E-Industrie). In den M+E-Verbänden sind insgesamt 6 300 Unternehmen mit mehr als 2 Millionen Beschäftigten organisiert. Davon sind 4 000 Unternehmen tarifgebunden (mit 1,8 Millionen Beschäftigten) und 2 300 sog. OT-Mitglieder (mit 250 000 Beschäftigten). Die Metall- und Elektroindustrie in Deutschland zählt insgesamt rund 22 000 Unternehmen, davon 15 000 industrielle (7 000 sind große Handwerksbetriebe) mit 3,6 Millionen Beschäftigten.[11]

3.2 Die Organisation der Arbeitnehmer

886. Es gibt in Deutschland drei gewerkschaftliche Dachverbände, welche als Interessenvertretung fachübergreifend agieren: den Deutschen Gewerkschaftsbund (DGB) mit ca. 6,37 Millionen Mitgliedern (2008), den dbb beamtenbund und tarifunion als Interessenvertretung für Beamte und Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst und im privaten Dienstleistungssektor mit 1,25 Millionen Mitgliedern (2009) sowie an dritter Stelle den Christlichen Gewerkschaftsbund (CGB) mit 278 000 Mitgliedern.[12] In diesen drei Dachverbänden sind jeweils Einzel-

[8] Vgl. BKartA, Brief vom 6. August 1962, B4-409/61, WuW/E BKartA 502 „Gagenstoppabkommen".

[9] Vgl. nur zu diesen Bereichen BDA, Mitglieder, http://www.bda-online.de/www/arbeitgeber.nsf/id/13C4948D0DD34D96C1256DE70069F2E1 [Stand: 17. November 2009].

[10] Vgl. BDA, Die BDA – Im Dienst der Unternehmen, http://www.bda-online.de/www/arbeitgeber.nsf/res/BDA_Im_Dienst_der_Unternehmen.pdf/$file/BDA_Im_Dienst_der_Unternehmen.pdf [Stand: 17. November 2009].

[11] Vgl. Gesamtmetall – die Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektroindustrie, Der Arbeitgeberverband Gesamtmetall, http://www.gesamtmetall.de/gesamtmetall/meonline.nsf/id/DE_Verband [Stand: 17. November 2009].

[12] Die Zahlen beruhen auf Gewerkschaftsangaben der jeweiligen Homepages. Für den DGB vgl. http://www.dgb.de/dgb/mitgliederzahlen/mitglieder.htm. Für den dbb vgl. http://www.dbb.de/dbb.php und für den CGB vgl. http://www.cgb.info/aktuell/imblickpunkt.php [jeweils Stand: 17. November 2009].

gewerkschaften unter einem Dach zusammengefasst. Daneben gibt es einzeln agierende, berufsgruppenspezifische Gewerkschaften, sog. Berufs- bzw. Spartengewerkschaften[13], aus den Bereichen Kultur, Gesundheitswesen, (Luft-)Verkehr und Medien.

887. In der deutschen Tariflandschaft werden in Deutschland drei verschiedene Gewerkschaftstypen unterschieden: Einheitsgewerkschaften, Spartengewerkschaften und christliche Gewerkschaften, welche allesamt nachfolgend genauer vorgestellt werden sollen.

3.2.1 Einheitsgewerkschaften

888. Nach dem Zweiten Weltkrieg präferierten die Alliierten das Modell der Einheitsgewerkschaft; eine Neugründung der christlichen Gewerkschaften wurde beispielsweise verhindert. Löhne wurden in Deutschland lange Zeit primär durch Kollektivverhandlungen auf Branchenebene festgelegt. Einheitsgewerkschaften zeichnen sich durch einen Zusammenschluss von Arbeitnehmern unterschiedlicher Merkmale (im Sinne unterschiedlicher Qualifikationen, arbeitsvertraglicher Differenzen oder differierender politischer und weltanschaulicher Ausrichtung) zu einer Gewerkschaft aus; es gilt hier das Prinzip „ein Betrieb, eine Gewerkschaft“ – selbst dann, wenn in einem Betrieb verschiedene Berufszweige bzw. Branchen vertreten sind. Das heißt, dass z. B. in einem holzverarbeitenden Betrieb nur die Gewerkschaft Holz und Kunststoff als Tarifpartner auftritt. Konkurrenz übriger Gewerkschaften zu den mächtigen Gewerkschaften des Deutschen Gewerkschaftsbundes gab es lange Zeit kaum. Wenn nun ein Arbeitgeberverband mit der ehemaligen Deutschen Angestellten Gewerkschaft (DAG), welche eigenständig war und nicht zum DGB gehörte, verhandelte, dann stimmten dieser Tarifvertrag und der mit einer DGB-Gewerkschaft abgeschlossene Tarifvertrag für einen Tarifbezirk in aller Regel überein; oftmals verhandelten die unterschiedlichen Gewerkschaften sogar gemeinsam. In Einheitsgewerkschaften gilt das Prinzip der solidarischen Lohnpolitik. Unabhängig von der wirtschaftlichen Lage und der jeweils spezifischen Machtkonstellation im Betrieb existiert ein übergeordnetes, umfassendes System der Arbeitsbewertung, welches an der gesamtwirtschaftlichen Produktivitätssteigerung orientiert ist. Alle Arbeitnehmer sollen gleichgewichtig an der wirtschaftlichen Entwicklung Anteil haben.

889. In Deutschland zeigte sich die primär einheitsgewerkschaftliche Interessenvertretung anhand des 1949 gegründeten Deutschen Gewerkschaftsbundes, dessen Mitgliedsgewerkschaften seit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland beinahe 80 Prozent aller gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer und Beamten umfassten. Der DGB hat aber als Dachorganisation nur eine koordinierende Funktion sowie die Aufgabe der Interessenvertretung gegenüber Staat und Öffentlichkeit und schließt selbst keine Tarifverträge ab.[14] Bis Ende der 1980er Jahre setzte sich der DGB aus bis zu 17 Einzelgewerkschaften zusammen, allerdings kam es aufgrund finanzieller Probleme und zwecks Stärkung der Organisationen zu mehreren Gewerkschaftszusammenschlüssen. Der umfangreichste dieser Zusammenschlüsse durch vier DGB-Gewerkschaften und der bis dahin außerhalb des DGB stehenden DAG führte im Jahr 2001 zur Bildung der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di. Als Zusammenschluss von 6,37 Millionen Mitgliedern (2008) ist der DGB immer noch der größte und einflussreichste Dachverband. Das mitgliedsstärkste Jahr war nach eigenen Angaben des DGB das Jahr 1991, in dem der Verband 11,8 Millionen Mitglieder in sich vereinte – das waren im Vergleich zum Jahr 2008 beinahe doppelt so viele Mitglieder.[15]

890. Wie der nachfolgenden Abbildung V.1 entnommen werden kann, ist der DGB ein Dachverband mit pluralistischer Mitgliederstruktur. Von den insgesamt 6,37 Millionen Mitgliedern entfallen im Jahr 2008 36,1 Prozent der Mitglieder auf die IG Metall mit Beschäftigten aus den Bereichen Metall und Elektro, Eisen und Stahl, Textil und Bekleidung, Informationstechnik sowie Holz und Kunststoff. Hieran anschließend ist die zweitgrößte Gewerkschaft im DGB mit 34,2 Prozent die Gewerkschaft ver.di, welche die Interessen der Dienstleistungsbranchen vertritt. Es folgt die IG Bergbau, Chemie, Energie mit 11 Prozent und dann mit jeweils unter 10 Prozent die IG Bauen-Agrar-Umwelt (5,3 Prozent), die Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (4,0 Prozent), die Gewerkschaft TRANSNET (3,6 Prozent), die Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (3,2 Prozent) sowie die Gewerkschaft der Polizei (2,6 Prozent).

891. Die Tarifgeschichte der Bundesrepublik ist von DGB-Gewerkschaften geprägt, aber nie vollständig monopolisiert worden. Tarifpolitische Konkurrenz war in Ansätzen vorhanden, hat sich allerdings in ihrer Dimension seit Ende der 1990er Jahre erheblich ausgeweitet. Das Tarifsystem befindet sich im Umbruch; man kann von einem neuen Tarifwettbewerb sprechen.

---

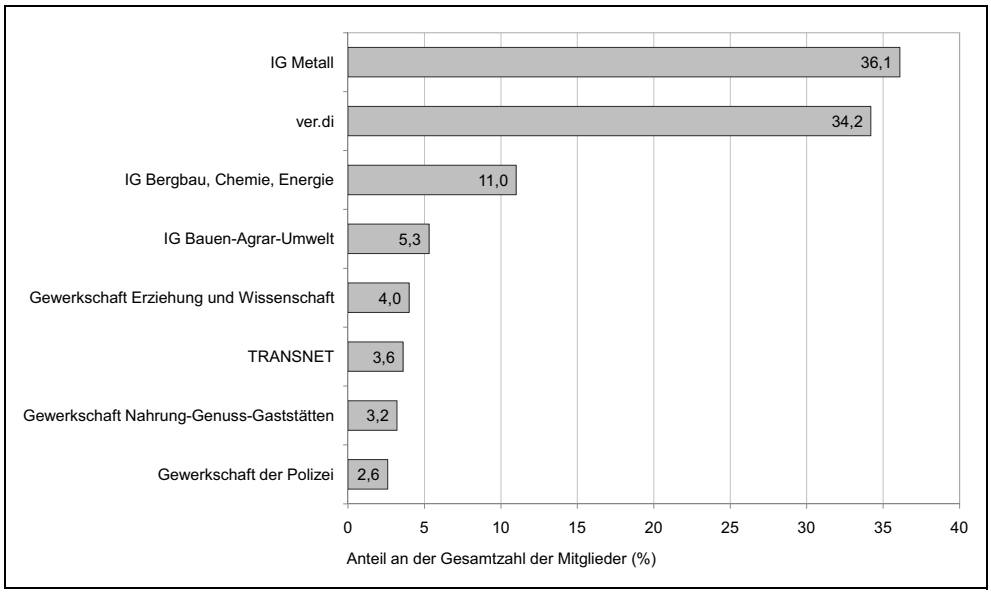
[13] Die Begriffe „Spartengewerkschaften“ und „Berufsgewerkschaften“ werden hier als Synonyme verwendet und meinen gleichermaßen homogen zusammengesetzte Gewerkschaften einer Berufsgruppe.

[14] Ausgenommen ist bei dieser Aussage die Funktion des DGB als Arbeitgeber.

[15] Vgl. DGB, Mitgliederzahlen 1950 bis 1993, http://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen/1950-1993 [Stand: 11. November 2009].

Abbildung V.1

Mitgliederanteil der DGB-Gewerkschaften mit Stand vom 31. Dezember 2008 (DGB-Gesamtmitgliederzahl: 6,37 Millionen)



Quelle: Eigene Darstellung auf der Grundlage von DGB, Mitglieder in den DGB-Gewerkschaften, http://www.dgb.de/dgb/mitgliederzahlen/mitglieder.htm [Stand: 11. November 2009]

892. Die Gründe hierfür sind vielfältig. Zunächst sind es veränderte Rahmenbedingungen, die das Konzept der Einheitsgewerkschaften als bevorzugtes Modell infrage stellen. So wird die abnehmende Bedeutung des industriellen Sektors bei gleichzeitig zunehmender Bedeutung des tertiären Sektors als Erklärung genannt. Das einstige typische Gewerkschaftsmitglied – männlich, vollzeitbeschäftigt, Facharbeiter – wird innerhalb der Gewerkschaften immer seltener. Den Gewerkschaften fehlt der Nachwuchs. Daneben sind die zunehmende Individualisierung der Gesellschaft, wirtschaftliche Umwälzungen in Ostdeutschland, eine Rezession sowie die zunehmende Internationalisierung zu nennen. Den Einheitsgewerkschaften fällt es nun sichtlich schwer, sich in diesem veränderten Umfeld strategisch neu auszurichten, sich neu zu positionieren und hierauf aufbauend – vielleicht veränderte, neue – selektive Anreize (d. h. private Güter, die ausschließlich den Gewerkschaftsmitgliedern zugute kommen)[16] für einen Gewerkschaftsbeitritt zu bieten. Ein weiteres Problem der Einheitsgewerkschaften resultiert aus den gewachsenen gewerkschaftlichen Organisationsstrukturen selbst: Je größer eine Gewerkschaft wird, umso heterogener wird sie und umso schwieriger wird es, die Erstellung des öffentlichen Gutes Tariflohn mittels identischer, weiträumig wirkender Tarifverträge zufriedenstellend für eine große Gruppe von Arbeitnehmern zu gewährleisten. Es kann konstatiert werden, dass insofern der Wunsch nach einer individuellen Interessenvertretung, d. h. nach der Erstellung eines „eigenen öffentlichen Gutes“, vom dem auch nur eine kleine, spezielle Gruppe profitieren kann und das Trittbrettfahren erschwert ist, mit der Größe der Gruppe zunimmt. Zudem bewirkt auch der zunehmende politische Einfluss, dass der Zuständigkeitsbereich der Gewerkschaften beschnitten wird. Entstandene Sozialversicherungssysteme und Gesetze wie das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) machen den Gewerkschaften die Verantwortungsbereiche immer weiter streitig.

3.2.2 Spartengewerkschaften

893. Trotz der konstatierten überwiegend einheitsgewerkschaftlichen Interessenvertretung in fortgeschrittenen Industriegesellschaften lässt die im Grundgesetz verankerte Tarifautonomie auch konkurrierende Gewerkschaften zu. Während nun Einheitsgewerkschaften ihre Mitglieder verlieren, gewinnen Berufs- bzw. Spartengewerkschaften typischerweise Mitglieder hinzu und sind im Gegensatz zu den Einheitsgewerkschaften die Profiteure der bereits beschriebenen Entwicklungen. Das Erstarken neuer Gewerkschaften macht das Tarifsystem vielschichtiger. Das vermehrte Aktivwerden von Spartengewerkschaften ist ein Phänomen, das sich wohl am ehesten mit der Unzufriedenheit der Gewerkschaftsmitglieder aufgrund starker Konzentrationen auf dem Gewerkschaftsmarkt erklären

[16] Selektive Anreize sind nicht nur materieller Natur. Nicht materielle selektive Anreize können beispielsweise „Ansehen“ oder „Zugehörigkeitsgefühl“ (insbesondere im Bergbau) sein und gleichsam wichtige Entscheidungsparameter einer Gewerkschaftsmitgliedschaft darstellen.

lässt.[17] Zwar können in einer stark konzentrierten Tariflandschaft Größen- und Verbundvorteile realisiert werden, allerdings wird es auch immer diffiziler, allen unterschiedlichen Gruppeninteressen adäquat gerecht zu werden. Diese zunehmende Durchsetzung eigener Tarifverträge der Spartengewerkschaften bedingt eine Zersplitterung, eine Aufspaltung des Tarifsystems.

894. Seit den 1990er Jahren gibt es gewerkschaftliche Fusionsprozesse, welche in Multibranchengewerkschaften münden. Die größte Fusion war der Zusammenschluss von vier eigenständigen DGB-Branchengewerkschaften mit der unabhängigen Deutschen Angestellten Gewerkschaft zu der sehr heterogenen Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di im Jahr 2001. Die Entwicklung hin zu Spartengewerkschaften im Jahr 2001 lässt sich auf die Vereinigung Cockpit (VC) zurückführen. Hierbei kündigte der Verband die Tarifgemeinschaft mit ver.di, erstreikte seine Anerkennung als Gewerkschaft und setzte bei der Deutschen Lufthansa erstmals einen eigenen Tarifvertrag durch. Eine eigenständige Tarifpolitik haben in den letzten Jahren insgesamt sechs Berufsgewerkschaften durchgesetzt, die bislang ausschließlich im Verkehrs- und Gesundheitssektor agieren. Hierzu zählen im Flugverkehr die Vereinigung Cockpit (Verband der Verkehrsflugzeugführer und Flugingenieure) mit 8 200 Mitgliedern, darüber hinaus die Unabhängige Flugbegleiter Organisation (UFO) mit 10 000 Mitgliedern und die Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF) mit 3 000 Mitgliedern sowie beim Schienenverkehr die Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) als älteste Gewerkschaft Deutschlands für das Fahrpersonal mit 34 000 Mitgliedern. Im Gesundheitssektor handelt es sich um den Marburger Bund mit 108 000 Mitgliedern und den Verband medizinischer Fachberufe mit 28 000 Mitgliedern (Berufsangehörige in Arzt-, Zahnarzt- und Tierarztpraxen).[18]

895. Für unterschiedliche Berufsbilder und demgemäß differierende Anforderungen und Verantwortlichkeiten müssen, nach Auffassung der Spartengewerkschaften, auch unterschiedliche Tarifverträge gelten. Unter dieser Prämisse ist ein eigenständiges Verhandeln der Berufsgewerkschaften allerdings auch nicht per se erfolgreicher als das der Einheitsgewerkschaften. So kann bei den eigenständigen Tarifverträgen des Verbandes medizinischer Fachberufe (VMF), der vor allem Arzthelferinnen organisiert, oder der Gewerkschaft ADEXA, die Apothekenbeschäftigte vertritt, ebenso wenig wie bei den verschiedenen Gewerkschaften im Kulturbereich von tariflicher Überbietung gesprochen werden. Sie agieren zumeist in gewerkschaftlichen Nischen und sind ganz überwiegend durchsetzungsschwach.[19] Die Forderung nach hohen Lohnabschlüssen lässt sich jedoch besser unterstreichen, wenn ein großer Streikschaden droht. Die jüngsten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zur Frage der Tariffähigkeit stärken diese Organisationsform, indem sie die Darlegung „sozialer Mächtigkeit“ erheblich erleichtern, wenn die Gewerkschaftsmitglieder „Schlüsselfunktionen“ ausüben.[20]

896. Das Phänomen der Spartengewerkschaften konzentriert sich in Deutschland auf Unternehmen des Verkehrs- und Gesundheitssektors (Luftverkehr, Bahn, Krankenhäuser), tritt also folglich auf Produktmärkten auf, auf denen lange Zeit monopolartige Strukturen herrschten, und ist insofern arbeitsrechtliche Konsequenz der Neugestaltung der Rahmenbedingungen auf den Produktmärkten. Darüber hinaus weist der öffentliche Sektor einheitliche und sehr transparente Lohnstrukturen auf, sodass hierdurch ein berufsgruppenspezifisches Ungerechtigkeits- und Solidaritätsgefühl erzeugt oder verstärkt wird. Die Zahl der tariffähigen Berufsgewerkschaften ist klein, da es schwierig ist, in den Kreis der durchsetzungsfähigen Konkurrenzgewerkschaften aufzusteigen.

897. Ökonomisch lässt sich der Erfolg der Spartengewerkschaften mit der „Logik des kollektiven Handelns“ von Olson erklären. Kleinere Gewerkschaften haben hiernach den Vorteil homogener Mitgliedsstrukturen, d. h. homogener, spezifischer Interessen und dadurch erleichterter Abstimmungsprozesse und effektiver Interessenvertretung. Zudem haben sie im Vergleich zu ihrer Verbandsstärke eine große Macht. Die Folgen hieraus sind berufsspezifische Lohnerhöhungen, vermehrte Verhandlungen und Arbeitskämpfe und damit zunehmende Planungsunsicherheit aufseiten der Unternehmen.

3.2.3 Christliche Gewerkschaften

898. Ein weiterer Schritt in Richtung einer stückweisen Fragmentierung des Gewerkschaftsmarktes zeigt sich anhand von christlichen Gewerkschaften. So kann in Branchen wie der ostdeutschen Metall- und Elektroindustrie, der Zeitarbeit, im Handwerk oder im Bankengewerbe eine wachsende Konkurrenz durch christliche Gewerkschaften beobachtet werden. Christliche Gewerkschaften, die den bei den Beschäftigten in den letzten Jahren verstärkten Wunsch nach Beschäftigungssicherheit erfüllen, sind konzessionsbereiter als DGB-Gewerkschaften. Der Christliche Gewerkschaftsbund Deutschlands als Spitzenorganisation der christlichen Gewerkschaften in der Bundesrepublik Deutschland wurde 1959 als explizite Alternative einer Richtungsgewerkschaft zum präferierten

[17] So hat der Marburger Bund (Ärztegewerkschaft Deutschlands) ver.di (Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, mehr als 2 Millionen Mitglieder) 2005 die Verhandlungsvollmacht für die Ärzte entzogen und die Arbeitgeber aufgefordert, mit dem Marburger Bund in eigenständige Verhandlungen für arztspezifische Tarifverträge einzutreten, da sich die Ärzte bei den damaligen Tarifverhandlungen gegenüber anderen Berufsgruppen über Gebühr benachteiligt sahen. Vgl. hierzu Abschnitt 5.2.3.

[18] Die Mitgliederzahlen stammen aus den Selbstangaben der Gewerkschaften auf ihren jeweiligen Homepages [Stand: 22. September 2009] sowie für die GdF und GDL aus telefonischen Auskünften.

[19] Vgl. Dribbusch, H., Konkurrierende Tarifpolitik: Herausforderung für die DGB-Gewerkschaften, WSI-Mitteilungen 62, 2009, S. 193–200, 196.

[20] Vgl. BAG, Beschluss vom 14. Dezember 2004, NZA 2005, 697, AP Nummer 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit (UFO); BAG, Beschluss vom 28. März 2006, NZA 2006, 1112, AP Nummer 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

Modell der Einheitsgewerkschaft wieder gegründet, spielte aber bis in die 1990er Jahre tarifpolitisch keine nennenswerte Rolle. Im Unterschied zu den Spartengewerkschaften unterbieten CGB-Gewerkschaften tendenziell konventionelle Tarifverträge, welche überwiegend von den DGB-Gewerkschaften abgeschlossen werden. Im Unterschied zur Überbietungskonkurrenz der Spartengewerkschaften findet Unterbietungskonkurrenz überwiegend in Branchen statt, in denen die Beschäftigten über wenig strukturelle Macht verfügen und gering organisiert sind. Die unterbietende Gewerkschaft benötigt auch keine Arbeitskampffähigkeit, da ihre Tarifübereinkünfte entweder die direkte Unterschreitung bestehender Tarifnormen oder die Zustimmung zu Regelungsinhalten beinhalten, zu deren Abschluss die bisher tarifschließende Gewerkschaft nicht bereit ist. Das Risiko für die Unternehmen besteht im Widerstand der Belegschaft und der Alternativgewerkschaft, sodass ein erfolgreiches Agieren der christlichen Gewerkschaften dort möglich ist, wo nicht zu befürchten ist, dass derartige Tarifabschlüsse die betroffenen Arbeitnehmer in eine Alternativgewerkschaft locken, welche günstigere Konditionen für die Mitglieder erkämpft.

899. Der Christliche Gewerkschaftsbund Deutschlands hat 16 Mitgliedsverbände und ca. 280 000 Mitglieder. Tarifpolitisch sind im Wesentlichen die Christliche Gewerkschaft Metall (CGM), der DHV – Die Berufsgewerkschaft im CGB[21] und die Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD) aktiv.[22] Insgesamt lassen sich bei den CGB-Gewerkschaften seit Anfang 2009 acht eigenständige Tarifverträge nachweisen. Vorreiter der Unterbietungskonkurrenz war zunächst das Elektrohandwerk. Nach der Wiedervereinigung wurde die Unterbietungspolitik deutlich ausgeweitet, sodass die Tarifverträge der Christlichen Gewerkschaft Metall in allen ostdeutschen und in einer Reihe westdeutscher Tarifverträge die IG-Metall-Flächentarifverträge verdrängt haben, d. h. es wurden nur noch Tarifverträge mit der CGM abgeschlossen. Ähnliche Entwicklungen gab es in anderen Handwerksbranchen, so insbesondere ab 2000 im Tischlerhandwerk. Des Weiteren wechselte 2006 der Bundesverband Deutscher Privatkliniken (BDPK) nach dem Scheitern von Verhandlungen mit ver.di zur CGB-Gewerkschaft DHV, mit der dann das vom BDPK gewünschte Tarifergebnis möglich war. Eine der folgenreichsten Unterbietungskonkurrenzen entwickelte sich im Bereich der Leiharbeit. Noch während die DGB-Gewerkschaften Anfang 2003 mit den beiden größten Arbeitgeberverbänden in der Leiharbeit, dem Bundesverband Zeitarbeit (BZA) und dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e. V. (iGZ), verhandelten, wurde ein von der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service-Agenturen (CGZP) mit einem kleinen nordbayerischen Arbeitgeberverband vereinbarter Abschluss bekannt. Dieser bewirkte, dass die zum gleichen Zeitpunkt noch nicht unterzeichneten Tarifverträge des DGB auf Druck der Arbeitgeberverbände nach unten korrigiert wurden, um überhaupt einen Abschluss sicherzustellen.

900. Während Berufsgewerkschaften medial beobachtet für höhere Tariflöhne kämpfen, findet die gegenteilige Unterbietungskonkurrenz von CGB-Gewerkschaften kaum öffentliche Beobachtung.[23] Die Gewerkschaften des Christlichen Gewerkschaftsbundes schließen vor allem in zahlreichen Handwerksbereichen Tarifverträge unterhalb des DGB-Niveaus ab. Im Wach- und Sicherheitsgewerbe sowie in der Zeitarbeitsbranche werden Tarifverträge christlicher Gewerkschaften als Referenz für die Mindeststandards herangezogen. Aus Arbeitgebersicht bieten Verträge mit den CGB-Gewerkschaften eine zusätzliche Handlungsoption, die immer öfter auch genutzt wird. Fast überall ohne nennenswerte Mitgliedschaften verdanken die im CGB zusammengeschlossenen christlichen Gewerkschaften ihre Tarifabschlüsse in erster Linie dem Wohlwollen der Arbeitgeber. Ihre Erfolge gründen in einem veränderten Verhalten vieler Arbeitgeber, die in einigen Wirtschaftszweigen und Regionen die CGB-Gewerkschaften bewusst zu anerkannten Tarifparteien gemacht haben, um bestehende tarifliche Standards zu umgehen oder zu unterlaufen. Dies galt bisher insbesondere für das Handwerk, wo mittels der CGB-Gewerkschaften eine verdeckte Form von Tarifflucht stattfindet. Andere wichtige Bereiche, in denen Unternehmen auf die christliche Konkurrenz zu den DGB-Gewerkschaften setzten, sind neben der Zeitarbeit beispielsweise auch die Volks- und Raiffeisenbanken sowie das Deutsche Rote Kreuz. In der Industrie haben christliche Gewerkschaften dagegen bislang – mit Ausnahme der ostdeutschen Metallindustrie – kaum Fuß gefasst.

Aktuell hat das Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin-Brandenburg der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service-Agenturen die Tariffähigkeit abgesprochen.[24] Damit hat der gemeinsame Antrag von ver.di und der Berliner Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales nun auch in der zweiten Instanz Erfolg, Tarifverträge der CGZP in der Leiharbeitsbranche unterbinden zu lassen. Am 1. April 2009 hatte bereits das Arbeitsgericht (ArbG) Berlin entschieden, dass die CGZP nicht tariffähig sei.[25] Das Landesarbeitsgericht kam nun zu dem Schluss, dass die Tarifgemeinschaft durch einzelne Gewerkschaften gebildet werde, die aufgrund ihrer Satzung nicht zum Abschluss von Tarifverträgen für den gesamten Bereich der Zeitarbeit zuständig seien; die Tarifgemeinschaft könne daher nicht einen weitergehenden Zuständigkeitsbereich haben als die Mitgliedsgewerkschaften in ihrer Summe. Das Arbeitsgericht Berlin hatte der CGZP auch bescheinigt, sie sei nicht in

[21] Gewerkschaftlicher Berufsverband für alle Angestellten in Handels-, Industrie- und Dienstleistungsunternehmen sowie öffentlichen Verwaltungen.

[22] Vgl. die Internetseiten des CGB, http://www.cgb.info/aktuell/imblickpunkt.php [Stand: 23. November 2009].

[23] Vgl. zur Über- und Unterbietungskonkurrenz unter anderem Dribbusch, H., a. a. O.

[24] Vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 7. Dezember 2009, 23 TaBV 1016/09. Zu den genauen Anforderungen an die Tariffähigkeit vgl. Abschnitt 4.5.

[25] Vgl. ArbG Berlin, Beschluss vom 1. April 2009, 35 BV 17008/08.

der Lage, einen Arbeitskampf zu führen. Die CGZP hat gegen diese Entscheidung Rechtsmittel beim Bundesarbeitsgericht eingelegt. Bis zu einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist das Urteil nicht rechtskräftig. Sollte das Bundesarbeitsgericht der Einschätzung der Vorinstanzen folgen, müssen sich die Arbeitgeber der Zeitarbeitsbranche auf Nachforderungen von Arbeitnehmern wegen ungültiger Tarifverträge einstellen. Leiharbeiter mit CGZP-Tarifen können dann ihren Anspruch auf das gleiche Entgelt eines vergleichbaren Stammbeschäftigten geltend machen.

3.3 Zunehmende Erosion des Flächentarifsystems

901. Mit einem Flächentarifvertrag werden Regelungen für die Branche einer Region getroffen. Dabei gelten diese Verträge grundsätzlich nur für die Unternehmen, die Mitglied im Tarifarbeitgeberverband sind sowie die Mitarbeiter, die der Gewerkschaft angehören. Allerdings werden diese Bedingungen in der Praxis meist auch für die nicht organisierten Angehörigen der Belegschaft übernommen. So gilt beispielsweise für die Mehrheit der Mitarbeiter in der Metall- und Elektroindustrie der Flächentarif. Die Tarifverträge werden nach dem Branchenprinzip ausgehandelt und nicht nach dem Berufsprinzip. Das bedeutet, dass z. B. die IG Metall für alle tariflich bezahlten Arbeitnehmer verhandelt, die in der Metall- und Elektroindustrie beschäftigt sind, d. h. auch für die Kantinenköche oder die LKW-Fahrer und Pförtner. Wichtige Merkmale des (Flächen-)Tarifvertrags sind die einheitliche Regelung von Mindestbedingungen und die Friedenspflicht. So ist den Tarifvertragsparteien jegliche Arbeitskampfmaßnahme verboten, solange ein Tarifvertrag noch gültig ist. Dies ermöglicht störungsfreie Betriebsabläufe. Zudem trägt der Flächentarifvertrag dadurch zur Sicherung des Betriebsfriedens bei, entlastet Unternehmen und Belegschaften von der Aushandlung der Arbeitsbedingungen (Transaktionskostenersparnis) und bietet eine zuverlässige Planungsgrundlage. Positiv für die Bewertung des Flächentarifsystems erweisen sich auch dessen Wirkungen auf die unternehmerischen Innovationsanreize: Würden Arbeitnehmer automatisch durch betriebliche Lohnanpassungen an Innovationsrenten beteiligt werden, so würde dies die Investitionsanreize für Innovationen schmälern. Die Bindung an einen einheitlichen Tariflohn schützt indes die Unternehmen vor höheren Lohnforderungen ihrer Arbeitnehmer nach erfolgreichen Innovationen.[26] Kritisiert wird an den Flächentarifverträgen vor allem die fehlende Flexibilität, welche besonderen betrieblichen Erfordernissen im Einzelfall nicht gerecht zu werden vermag.[27] Dieser Kritik begegnen indes Flexibilisierungsinstrumente wie Öffnungsklauseln[28], welche beispielsweise im Falle tarifvertraglich vereinbarter Innovationsmaßnahmen eine Lohnanpassung nach unten erlauben, um damit höhere Innovationskosten ausgleichen zu können.

902. Das Flächentarifsystem verliert in Deutschland seit Mitte der 1990er Jahr immer mehr an Bedeutung; man spricht von einer Fragmentierung des Gewerkschaftssystems. Gründe für die nachlassende Bindewirkung der Tarifverträge sind ökonomische Entwicklungen und Strukturveränderungen des Arbeitsmarktes, welche die Rahmenbedingungen gewerkschaftlichen Handelns verschlechtert haben und zu einem Rückgang gewerkschaftlicher Macht führten. Hierzu zählt die rasch steigende Arbeitslosigkeit, wodurch 1994 die Gewerkschaften erstmals auf breiter Front Verschlechterungen von Tarifstandards hinnehmen mussten. Daneben wächst die internationale Konkurrenz und die Einbindung der weltmarktorientierten Unternehmen nimmt zu. In der Folge entwickelte sich eine wettbewerbsorientierte Tarifpolitik und es kam zu Dezentralisierungstendenzen. Anhaltende Massenarbeitslosigkeit und politisch gewollte Deregulierung des Arbeitsmarktes bewirkten eine Zunahme prekärer Beschäftigung und eine starke Ausweitung des Niedriglohnsektors. Die Beschäftigungsstruktur verlagert sich von den Beschäftigten im Produzierenden Gewerbe hin zu Dienstleistungen, in denen Gewerkschaften traditionell schwach vertreten sind. Selten sind Gewerkschaftsmitgliedschaften zudem bei jüngeren Beschäftigten, Frauen, Angestellten, in kleineren und mittleren Betrieben und im Osten Deutschlands. Aufgrund der demografischen Entwicklung werden zukünftig besser organisierte Jahrgänge verrentet und kleinere und schlechter organisierte Jahrgänge nachrücken. Die Mitgliederrekrutierung wird für die Gewerkschaften demgemäß immer diffiziler; das Tarifsystem scheint nicht in der Lage zu sein, aus eigener Kraft diesen Veränderungen standzuhalten.[29]

903. Die nachlassende Bindekraft der Tarifverträge kann mithilfe von Zahlen belegt werden. Im Jahr 2007 waren 17 Prozent der Arbeitnehmer in einer Gewerkschaft organisiert – halb so viele wie in den 1980er Jahren. Gleichzeitig verlieren die Tarifverträge an Bedeutung. So waren 2009 rund 23 Prozent weniger Arbeitnehmer an Branchentarifverträge gebunden als Mitte der 1990er Jahre. Dennoch sind die Arbeitsbedingungen in Deutschland noch für gut 60 Prozent aller Beschäftigten durch Tarifvertrag geregelt.[30] Rund 90 Prozent der Vereinbarungen laufen als Branchentarifverträge. Nur in 8 Prozent der

[26] Vgl. Wey, C., Flächentarifsystem fördert Innovationswettbewerb, DIW-Wochenbericht 71, 2004, S. 147–151, S. 149 f.

[27] Vgl. Gesamtmetall, Der Flächentarifvertrag, http://www.gesamtmetall.de/Gesamtmetall/MEOnline.nsf/id/B338E79728167AC2C1256BB9005C1CED [Stand: 7. September 2009].

[28] Vgl. hierzu genauer Abschnitt 4.4.

[29] Vgl. Bispinck, R., Schulten, T., Re-Stabilisierung des deutschen Flächentarifsystems, WSI-Mitteilungen 62, 2009, S. 201–209.

[30] Gemäß IAB-Betriebspanel ermittelte das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung für die Tarifbindung der Beschäftigten für das Jahr 2009, dass 56 Prozent der Beschäftigten in Westdeutschland und 38 Prozent der Beschäftigten in Ostdeutschland tarifgebunden waren. 9 Prozent unterlagen im Westen Deutschlands einem Firmentarifvertrag, im Osten waren es 13 Prozent. 36 Prozent der westdeutschen Beschäftigten besitzen keine Tarifbindung, im Osten Deutschlands sind es 49 Prozent. Vgl. IAB-Aktuell, Tarifbindung der Beschäftigten 2009, 29. März 2010, http://doku.iab.de/aktuell/2010/Tarifbindung%20der%20Beschaeftigten%202009.pdf [Stand: 3. Mai 20109].

Fälle haben Gewerkschaften mit einzelnen Unternehmen einen Firmentarifvertrag ausgehandelt. Heute unterliegt noch jedes dritte Unternehmen einem Branchentarifvertrag, im Osten jedes fünfte. Dass überproportional mehr Beschäftigte als Firmen tarifgebunden sind, liegt daran, dass vor allem größere Unternehmen Tarifverträge anwenden. Die Frage nach dem Vorhandensein von Tarifverträgen ist auch eine Frage des Wirtschaftssektors. Eine große Tarifbindung existiert in Industriebetrieben und im Baugewerbe; bei den unternehmensbezogenen Dienstleistungen und im Verkehrs- und Nachrichtensektor ist die Tarifbindung dagegen gering. Etwa 40 Prozent der nicht tarifgebundenen Firmen orientieren sich an Tarifverträgen, was insbesondere in der Industrie der Fall ist. Von den unternehmensnahen Dienstleistern ist es dagegen nicht einmal jeder dritte Betrieb.[31]

3.4 Organisationsgrad der Gewerkschaften und Tarifbindung auf dem deutschen Arbeitsmarkt im europäischen Vergleich

904. Spricht man von dem Organisationsgrad der Gewerkschaften, dann ist hiermit der prozentuale Anteil der abhängig beschäftigten Gewerkschaftsmitglieder an allen Arbeitnehmern gemeint. Es handelt sich um den unmittelbaren, direkten (Netto-)Organisationsgrad, den man auch als Gewerkschaftsdichte (density) bezeichnet. Dieser Wert ist aber nicht sehr aussagekräftig hinsichtlich des Gewerkschaftseinflusses, da er keine Aussage darüber trifft, wie viele Arbeitnehmer tatsächlich beispielsweise durch Allgemeinverbindlich(keits)erklärungen oder eine freiwillige Übernahme von Tarifverträgen betroffen sind.

905. Der Begriff der Tarifbindung (coverage rate) beinhaltet dahingegen alle Arbeitnehmer, auf die der Tarifvertrag Anwendung findet und berücksichtigt damit zusätzlich Spill-over-Effekte eines Tarifvertrags.

906. Die Tarifbindung und auch der Organisationsgrad nehmen in Deutschland immer weiter ab.[32] Es kann seit dem Ende der 1990er Jahre eine immer geringer werdende Flächentarifbindung beobachtet werden. Dies bedeutet, dass der Außenseiterwettbewerb in Form tariffreier Unternehmen und Arbeitnehmer zugenommen hat. Aufgrund der Durchsetzungsschwäche der Tarifparteien werden gesetzliche Mindestlöhne gefordert. Damit übernimmt der Staat tarifliche Aufgaben und schränkt gleichzeitig die negative Koalitionsfreiheit sowie den Außenseiterwettbewerb ein. Mit der Gründung von Verbänden ohne Tarifbindung (OT-Verbände) haben zahlreiche Arbeitgeberverbände in den 1990er Jahren auf den ebenfalls sinkenden Organisationsgrad reagiert. Die Unternehmen konnten sich dadurch der Tarifbindung entziehen, ohne zugleich ihre Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband aufgeben zu müssen. Die Arbeitgeberverbände versuchen, diese verbandspolitische Doppelstrategie als Druckmittel in der Tarifpolitik zu nutzen.

907. Ähnlich wie in Deutschland bildet auch in den meisten anderen alten EU-Staaten in Nord-, West- und Südeuropa der branchenbezogene Flächentarifvertrag nach wie vor die strukturbildende Form des nationalen Tarifvertragssystems. Lediglich in Großbritannien werden Tarifverträge fast ausschließlich auf Unternehmensebene abgeschlossen. In den neuen EU-Staaten Mittel- und Osteuropas haben sich in der Transformationsperiode in den 1990er Jahren vorwiegend betriebs- und unternehmensbezogene Tarifvertragssysteme herausgebildet. Die Ausnahme hierbei bildet Slowenien, wo sich gegen den Trend ein zentralisiertes Tarifvertragssystem mit branchenbezogenen und branchenübergreifenden Tarifverträgen etabliert hat. Insgesamt lässt sich ein enger Zusammenhang zwischen der Tarifbindung und dem Zentralisationsgrad eines Tarifvertragssystems konstatieren. In Ländern mit branchenbezogenen Flächentarifverträgen ist stets eine Mehrheit der Beschäftigten tarifgebunden, während in Ländern mit überwiegend betrieblichen Tarifvertragsstrukturen in der Regel nur eine Minderheit der Beschäftigten den Schutz eines Tarifvertrags genießt.[33]

908. In der Europäischen Union variiert die Tarifbindung, wie in Abbildung V.2 für den Zeitraum 2005/2006 ersichtlich, beträchtlich. Sie reicht von 11 Prozent in Litauen bis zu fast 99 Prozent in Österreich. Osteuropäische Länder finden sich im hinteren Feld; hier liegt die Mehrzahl der neuen EU-Staaten mit ihrer Tarifbindung zum Teil deutlich unter 50 Prozent. Demgegenüber weisen ältere Mitglieder der Europäischen Union eine tendenziell höhere Tarifbindung auf. Deutschland befindet sich mit einer Tarifbindung von 63 Prozent insgesamt im Mittelfeld. Bezogen auf die Gruppe der alten EU-Staaten hat Deutschland jedoch mittlerweile einen der niedrigsten Werte, der nur noch von den Tarifbindungen Luxemburgs (60 Prozent) und Großbritanniens (34 Prozent) unterboten wird. Während in Deutschland die Tarifbindung rückläufig ist, ist sie in den meisten anderen EU-Staaten relativ stabil geblieben. Insgesamt lässt sich anhand der Zahlen konstatieren, dass ein Nachlassen der Tarifbindung durchaus vermieden werden kann.[34]

---

[31] Vgl. zu den Zahlen o.V., Tarifverträge, Bindekraft hat nachgelassen, iwd Nr. 40 vom 1. Oktober 2009, S. 8.

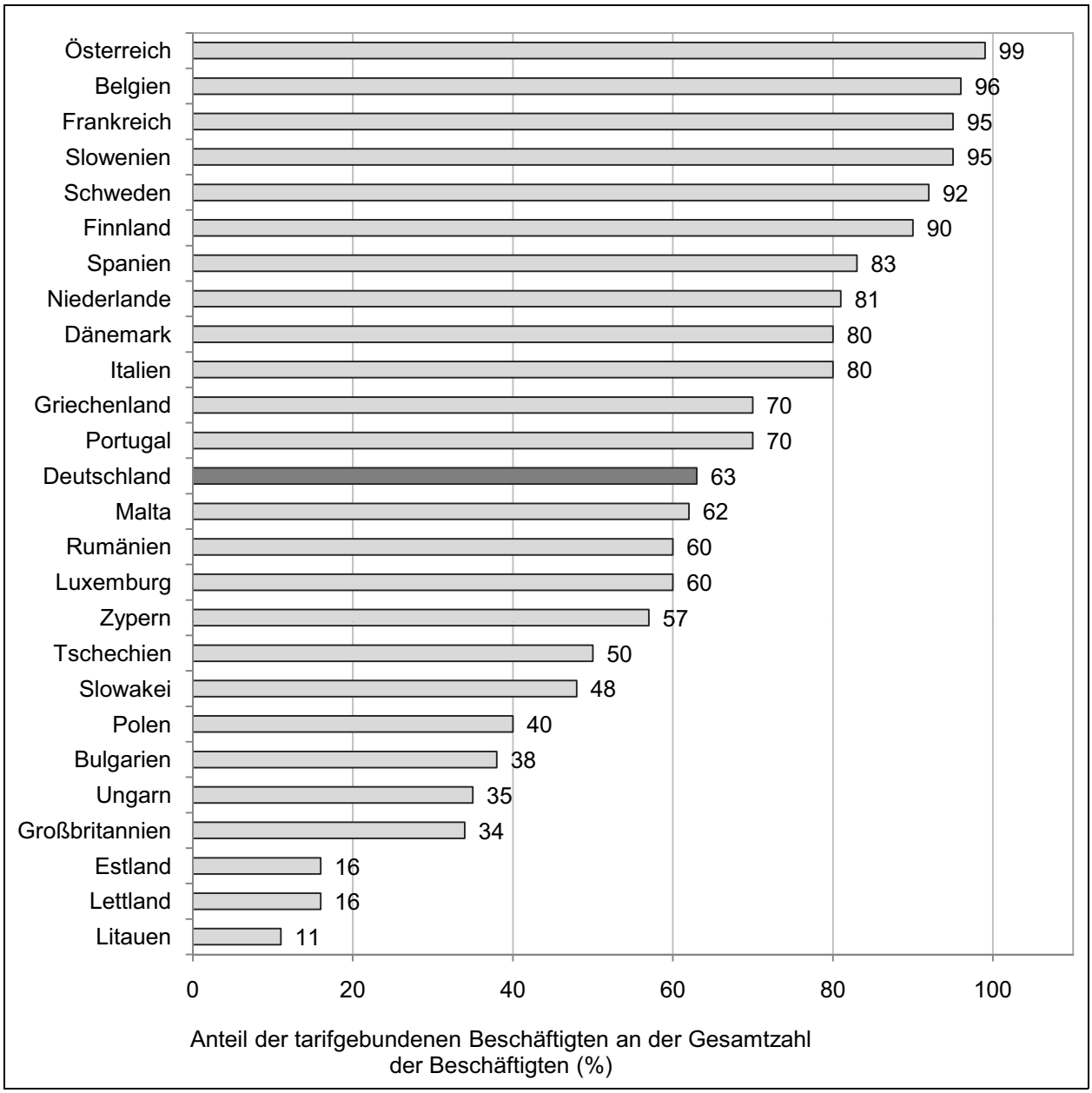
[32] Vgl. auch Tz. 903.

[33] Vgl. Bispinck, R., Schulten, T., a. a. O., S. 204 f.

[34] Vgl. European Commission, Industrial Relations in Europe 2008, Luxemburg 2009, S. 74.

Abbildung V.2

Tarifbindung in der Europäischen Union 2005/2006



Quelle: Eigene Darstellung nach Bispinck, R., Schulten, T., Re-Stabilisierung des deutschen Flächentarifsystems, WSI-Mitteilungen 62, 2009, S. 205.

909. Obwohl seit den 1990er Jahren in vielen europäischen Ländern eine Tendenz hin zur Dezentralisierung der Tarifvertragsbeziehungen zu beobachten ist, ging dieser Trend im Unterschied zu Deutschland nicht auch gleichzeitig mit einer Erosion der Tarifbindung einher. Die Differenz zwischen der Tarifbindung einerseits (für das Jahr 2006) und dem Organisationsgrad der Gewerkschaften (für das Jahr 2005) und Arbeitgeber (für das Jahr 2006) andererseits zeigt die nachfolgende Tabelle V.1. Der Tabelle kann überdies entnommen werden, welche Faktoren eine hohe Tarifbindung begünstigen.

Tabelle V.1

Tarifvertragssysteme in ausgewählten EU-Staaten

Land	Tarifbindung[1] 2006 (%)	Organisationsgrad der Gewerkschaften[2] 2005 (%)	Organisationsgrad der Arbeitgeber[3] 2006 (%)	Tarifvertragsebenen	Politische Unterstützung des Tarifvertragsssytems durch AVE[4] oder andere Institutionen
Österreich	*99*	*33*	*100*	Vorwiegend Branche	Pflichtmitgliedschaft der Unternehmen im Arbeitgeberverband (Wirtschaftskammer)
Belgien	*96*	*51*	*72*	Drei-Stufen-System: national, Branche und Unternehmen	Hohe Verbreitung von AVE
Frankreich	*95*	*9*	*78*	Branche und Unternehmen	Hohe Verbreitung von AVE
Schweden	*92*	*76*	*55*	Zwei-Stufen-System: Branche und Unternehmen	Keine AVE, hoher gewerkschaftlicher Organisationsgrad gestützt auf das Gentsystem
Finnland	*90*	*72*	*70*	Zwei-Stufen-System: Branche und Unternehmen	Teilweise Verbreitung von AVE, hoher gewerkschaftlicher Organisationsgrad gestützt auf das Gentsystem
Spanien	*83*	*15*	*72*	Branche und Unternehmen	Hohe Verbreitung von AVE
Niederlande	*81*	*22*	*85*	Vorwiegend Branche, teilweise Unternehmen	Hohe Verbreitung von AVE
Dänemark	*80*	*72*	*52*	Zwei-Stufen-System: Branche und Unternehmen	Keine AVE, hoher gewerkschaftlicher Organisationsgrad gestützt auf das Gentsystem
Italien	*80*	*34*	*51*	Zwei-Stufen-System: Branche und Unternehmen	Indirekte AVE durch einklagbaren Tariflohn
Griechenland	*70*	*23*	*70*	Vorwiegend Branche, teilweise Unternehmen	Mittlere Verbreitung von AVE
Portugal	*70*	*17*	*58*	Vorwiegend Branche, teilweise Unternehmen	Hohe Verbreitung von AVE
Deutschland	*63*	*22*	*63*	Vorwiegend Branche, teilweise Unternehmen	Sehr geringe Verbreitung von AVE
Großbritannien	*34*	*29*	*40*	Vorwiegend Unternehmen, wenige Branchen	Keine

[1] Tarifgebundene Beschäftigte in Prozent aller Beschäftigten.
[2] Beschäftigte Gewerkschaftsmitglieder in Prozent aller Beschäftigten (= Nettoorganisationsgrad).
[3] Beschäftigte in Unternehmen, die Mitglied eines Arbeitgeberverbandes sind, in Prozent aller Beschäftigten.
[4] AVE = Allgemeinverbindlicherklärung.

Quelle: Eigene Darstellung nach Bispinck, R., Schulten, T., Re-Stabilisierung des deutschen Flächentarifsystems, WSI-Mitteilungen 62, 2009, S. 206

910. Es zeigt sich zunächst, dass der Organisationsgrad der Gewerkschaften immer – zum Teil deutlich – hinter der Tarifbindung zurückbleibt. Bei den Arbeitgebern gibt es demgegenüber durchaus Organisationsgrade, die über der Tarifbindung liegen (Österreich, Niederlande, Großbritannien) oder genau mit ihr identisch sind (Griechenland, Deutschland).

911. Trotz des Rückgangs des gewerkschaftlichen Organisationsgrades sind kollektive Lohnverhandlungen nach wie vor ein wichtiger institutioneller Bestandteil auf den Arbeitsmärkten. Die im Vergleich unterschiedliche Gewerkschaftsdichte hat verschiedene Ursachen.

912. Ein wichtiger Grund für eine weiterhin hohe Tarifbindung liegt in den Tarifvertragsebenen: Anders als Deutschland verfügen die meisten europäischen Länder über eine gewerkschaftliche Interessenvertretung, welche überbetrieblich und zugleich betrieblich ist. In Skandinavien hat dies dazu geführt, dass die Dezentralisierung mit der Entwicklung von zweistufigen Tarifvertragssystemen einherging, ohne dass hierdurch die institutionelle Tarifmacht der Gewerkschaften geschwächt worden wäre.[35]

913. Neben den differierenden Tarifvertragsebenen gibt es zudem Unterschiede hinsichtlich der politischen Unterstützung des Tarifvertragssystems durch Allgemeinverbindlicherklärungen oder andere Institutionen. So zeigt die Tabelle V.1, dass in Österreich die Unternehmen in einem Arbeitgeberverband (Wirtschaftskammer) pflichtversichert sind, was den hohen Organisationsgrad von 100 Prozent erklärt.

914. Des Weiteren wirkt es sich positiv auf die Gewerkschaftsdichte aus, wenn Gewerkschaften die Arbeitslosenversicherung verwalten. Man spricht hierbei von dem sog. „Gent-“ oder „Genter System“,[36] da es ursprünglich im Jahr 1901 im belgischen Gent eingeführt wurde. Es handelt sich hierbei um eine freiwillige, staatlich subventionierte und gewerkschaftlich verwaltete Versicherung gegen Arbeitslosigkeit, die noch bis Mitte des 20. Jahrhunderts ein in Europa verbreitetes Modell war. Dies lag daran, dass die zu Beginn des Jahrhunderts expandierenden nationalen Sicherungssysteme das Risiko Arbeitslosigkeit lange Zeit ganz oder weitgehend ausklammerten. Derzeit gibt es freiwillige und gewerkschaftlich geprägte Arbeitslosenversicherungen nur noch in Dänemark, Schweden und Finnland; Gewerkschaften in Belgien haben sich eine wichtige Rolle in der nationalen Pflichtversicherung gegen Arbeitslosigkeit bewahrt. Inzwischen sind einstige Fonds in Skandinavien in formal unabhängige Kassen umgewandelt und einer staatlichen Kontrolle unterstellt worden. Auch ist der Beitritt in eine Arbeitslosenkasse ohne gleichzeitige Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft seit Beginn der staatlichen Subventionierung möglich. Allerdings traten in der Praxis nur sehr wenige Versicherte lediglich einer Arbeitslosenkasse und nicht auch der Gewerkschaft bei, was unter anderem daran liegt, dass die Zusatzkosten durch eine Doppelmitgliedschaft relativ gering sind.[37] Empirisch bestätigt sich, dass die drei nordischen Länder mit klassischen Genter Strukturen der Arbeitslosenversicherung sehr hohe Gewerkschaftsdichten aufweisen und sich dem internationalen Trend einer kontinuierlich abschwächenden gewerkschaftlichen Präsenz widersetzen konnten. So wirkt insbesondere in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit die Kopplung der Arbeitslosenversicherung an eine Gewerkschaftsmitgliedschaft positiv auf die Mitgliederzahl der Gewerkschaften, welche ansonsten unter diesen Umständen schwächer werden würden.

915. Außerhalb Skandinaviens ist die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen insgesamt der wichtigste Erklärungsfaktor für eine hohe Tarifbindung. Der Grund für ein stabileres Flächentarifsystem europäischer Nachbarländer offenbart sich in einer deutlich stärkeren politischen Unterstützung des Tarifvertragssystems durch eine hohe Verbreitung von Allgemeinverbindlicherklärungen. So wurden in Deutschland im Jahr 2008 lediglich 1,5 Prozent von allen Tarifverträgen für allgemeinverbindlich erklärt, darunter nur wenige Lohn- und Gehaltstarife. Der Trend ist seit Jahren rückläufig. Es werden Blockadehaltungen der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände im Bundestarifausschuss konstatiert, die zum Teil Allgemeinverbindlicherklärungen gegen ihre eigenen Fachverbände blockiert hat. Das war auch ein Grund dafür, dass beim Arbeitnehmer-Entsendegesetz Ende der 1990er Jahre ein neues Allgemeinverbindlicherklärungsverfahren eingeführt wurde, bei dem nicht mehr der Tarifausschuss, sondern das Bundesministerium für Arbeit und Soziales das letzte Entscheidungsrecht hat. Der Organisationsgrad kann demgemäß beträchtlich von der Tarifbindung abweichen. So betrug – als Extrembeispiel – der Organisationsgrad der Gewerkschaften 2005 in Frankreich nur 9 Prozent, während die Tarifbindung 2006 bei 95 Prozent lag. So ist in den meisten EU-Staaten der gewerkschaftliche Organisationsgrad im letzten Jahrzehnt weiter zurückgegangen, ohne dass dies negativ auf die Tarifbindung gewirkt hätte. In Italien existiert eine indirekte Allgemeinverbindlicherklärung durch einen einklagbaren Tariflohn. Die Tarifbindung ergab hier 2006 80 Prozent.

916. Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass die anhaltende Erosion des deutschen Tarifvertragssystems nicht in

[35] Vgl. zu diesem Aspekt explizit Ilsøe, A. et al., Impacts of Decentralisation – Erosion or Renewal? The Decisive Link between Workplace Representation and Company Size in German and Danish Industrial Relations, Industrielle Beziehungen 3, 2007, S. 201–222; Stokke, T. A., The Anatomy of Two-tier Bargaining Models, European Journal of Industrial Relations 14, 2008, S. 7–24.

[36] Vgl. zum Genter System in Dänemark und Schweden ausführlich Clasen, J., Viebrock, E., Das Genter System der Arbeitslosenversicherung – immer noch gewerkschaftliches Rekrutierungsinstrument oder sozialpolitisches Auslaufmodell? Dänemark und Schweden im Vergleich, Zeitschrift für Sozialreform 52, 2006, S. 351–371.

[37] Clasen und Viebrock begründen dies weiterhin damit, dass die Gewerkschaftsidentifikation weiterhin stark ausgeprägt ist und eine Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft für die Mitglieder traditionell eine Versicherung gegen Arbeitslosigkeit mit einschließt. Die inzwischen formale Trennung zwischen Gewerkschaft und Arbeitslosenkasse wird oft nicht als solche wahrgenommen. Vgl. Clasen, J., Viebrock, E. a. a. O., S. 363 ff.

erster Linie an dem Verlust gewerkschaftlicher Organisationsmacht liegt, der in ähnlicher Form auch in anderen Ländern beobachtet werden kann. Der entscheidende Faktor kann vielmehr darin gesehen werden, dass es in Deutschland – anders als in den meisten EU-Ländern – bisher kaum eine wirkungsvolle politische Unterstützung zur Stabilisierung und Ausweitung der Flächentarifbindung gegeben hat.

4. (Re-)Stabilisierung des deutschen Flächentarifsystems durch deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung?

917. Die Frage, die sich an diese Ausführungen anschließt, ist, welche Instrumente deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung in der Vergangenheit gewählt haben, um das Flächentarifsystem zu unterstützen. Auch soll die Frage beantwortet werden, welche Richtung das deutsche Flächentarifsystem in Deutschland gemäß dem Willen von Gesetzgeber und Rechtsprechung aktuell nehmen soll (Stabilisierung oder Flexibilisierung) und welche Instrumente hierfür derzeit eingesetzt werden. Einen Überblick über die entsprechende Gesetzgebung und Rechtsprechung bietet der nun folgende Teil.

4.1 Allgemeinverbindlicherklärung gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz

918. Nach § 5 TVG kann der Bundesminister für Arbeit und Soziales die Geltung eines (Verbands-)Tarifvertrags auf alle (also auch die nicht tarifgebundenen) Betriebe eines Tarifbereichs ausdehnen. Insofern handelt es sich um ein Instrument zur Stabilisierung des Flächentarifsystems. Durch eine solche Allgemeinverbindlicherklärung sollen soziales Dumping durch Lohndrückerei und sog. „Schmutzkonkurrenz“ zwischen den Betrieben verhindert werden sowie bestimmte tariflich vereinbarte Einrichtungen (wie z. B. branchenbezogene Sozialkassen zur Finanzierung der betrieblichen Ausbildung oder der Alterssicherung) in ihrer Existenz gesichert werden. Voraussetzungen für eine Allgemeinverbindlicherklärung sind: (a) Antrag einer Tarifvertragspartei, (b) mehrheitliche Zustimmung des paritätisch von Spitzenverbänden der Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände besetzten Tarifausschusses, (c) nicht weniger als 50 Prozent der in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer müssen bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt sein und (d) die Allgemeinverbindlicherklärung muss im öffentlichen Interesse geboten erscheinen. Im Falle eines sozialen Notstandes kann eine Allgemeinverbindlicherklärung auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen (c) und (d) ausgesprochen werden. Dies ist in Bereichen der Fall, in denen der Organisationsgrad der Arbeitgeber sehr niedrig ist und unangemessene Arbeitsbedingungen häufig vorkommen. Allerdings wurde eine Allgemeinverbindlicherklärung soweit ersichtlich noch nie auf das Vorliegen eines sozialen Notstandes gestützt. Sind die Voraussetzungen erfüllt, wird das eigentliche Verfahren eingeleitet. Der Tarifausschuss nach § 5 TVG ist mit je drei Vertretern der Spitzenverbände der Arbeitgeber und Arbeitnehmer besetzt und benötigt eine einfache Mehrheit. Dem Antrag muss der Bundesarbeitsminister aber dennoch nicht zwangsläufig zustimmen.

919. Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern hat dazu geführt, dass Arbeitnehmer aus Niedriglohnländern in Deutschland zu den Arbeitsbedingungen ihres Herkunftslandes gearbeitet haben. Eine solche Entsendung ist im Sinne der Dienstleistungsfreiheit gemäß Artikel 56 und 57 AEUV (ex-Artikel 49 und 50 EGV) ausdrücklich gewünscht. Allerdings ergaben sich aus diesem Umstand Wettbewerbsnachteile deutscher Arbeitnehmer im Inland, die vor Einführung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes[38] nicht unterbunden werden konnten. Denn nach Artikel 8 Absatz 2 Rom-I-Verordnung[39] ist auf Arbeitsverhältnisse entsandter Arbeitnehmer grundsätzlich das (Arbeits-)Recht des Staates anzuwenden, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Die Zahl der Wirtschaftszweige, in denen die Festlegung solcher branchenbezogener Mindestlöhne möglich ist, wurde in der 16. Wahlperiode des Deutschen Bundestages mehrfach erweitert. Das AEntG ermöglicht die Erstreckung deutscher Tarifverträge auch auf aus dem europäischen Ausland entsandte Arbeitnehmer in den gesetzlich erfassten Branchen. Derzeit bezieht das AEntG in § 4 die Bereiche Baugewerbe, Gebäudereinigerhandwerk, Briefdienstleistungen, Sicherheitsdienstleistungen, Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken, Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft, Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst, Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Sozialgesetzbuch sowie gemäß Abschnitt 4 die Pflegebranche ein und soll dafür sorgen, Wettbewerbsnachteile deutscher Unternehmen für den Fall auszuschalten, dass ein Arbeitgeber mit Sitz im Ausland seine heimischen Arbeitnehmer vorübergehend in Deutschland beschäftigt.

920. Anschaulich wirkt das Arbeitnehmer-Entgeltgesetz folgendermaßen: Es muss ein bundesweiter Tarifvertrag für eine im AEntG aufgezählte Branche zustande gekommen sein, der für allgemeinverbindlich erklärt ist. Die Wirkung tariflicher Rechtsnormen über Mindestentgelte, Überstundensätze, Urlaubsdauer, Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld wird auf ausländische Arbeitgeber erstreckt. Diese gesetzliche Anordnung war vonnöten, da nicht sicher war, ob allein durch eine Allgemeinverbindlicherklärung Arbeitsverhältnisse mit ausländischem Arbeitsvertragsstatut erfasst werden.[40] Die Tarifnormen gelten damit auch für ausländischem Recht unterliegende Arbeitsverhältnisse, da sie Eingriffsnormen im Sinne des Artikel 9 Rom-I-Verordnung darstellen.

---

[38] Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen vom 26. Februar 1996, BGBl. I S. 227; Neufassung vom 20. April 2009, BGBl. I S. 799 (Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen).

[39] Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. EU Nr. L 177 vom 4. Juli 2008, S. 6; bis 31. Dezember 2009 geregelt in Artikel 30 Absatz 2 Nummer 1 EGBGB.

[40] Vgl. BAG, Urteil vom 9. Juli 2003, 10 AZR 593/02; BAG, Urteil vom 25. Juni 2002, 9 AZR 405/00, NZA 2003, 275, 276.

921. Am 1. März 1996 ist das Arbeitnehmer-Entsendegesetz in Kraft getreten und war zunächst befristet bis zum 1. September 1999. Bedenken wurden dahingehend geäußert, ob das AEntG (und auch die EG-Entsenderichtlinie[41]) mit der im europäischem Recht vorgeschriebenen Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist. Der Europäische Gerichtshof hat jedoch entschieden, dass das AEntG im Grundsatz als europarechtskonform anzusehen ist.[42] So verstößt die in § 1 AEntG angeordnete Erstreckung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen auf Arbeitgeber mit Sitz im Inland nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit, da sowohl in- als auch ausländische Arbeitgeber an diese Tarifverträge gebunden sind.[43] Die Dienstleistungsfreiheit darf durch Maßnahmen beschränkt werden, die einem zwingenden Allgemeininteresse entsprechen und die für in- und ausländische Dienstleistende in gleicher Weise gelten und verhältnismäßig angewendet werden.[44] Der Arbeitnehmerschutz zählt zu den anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses. Zu beachten ist allerdings, dass das zwingende Allgemeininteresse nicht bereits durch anderweitige Vorschriften im Sitzstaat des Dienstleistenden ausreichend geschützt wird.[45] In der Praxis kommen Verstöße gegen Bestimmungen des AEntG sehr häufig vor. Zahlt nun ein Arbeitgeber beispielsweise nicht den geforderten Mindestlohn im Sinne des AEntG, dann ergeben sich im Vergleich zu den übrigen, den Mindestlohn zahlenden Arbeitgebern Wettbewerbsvorteile, welche von der Politik nicht gewollt sind. Die Folge ist die Verhängung eines Bußgeldes. Hierfür sind die Zollbehörden zuständig.

922. Am 24. April 2009 ist eine Neufassung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in Kraft getreten.[46] Neu in dem Gesetz ist unter anderem, dass sich nach § 7 Absatz 5 AEntG (2009) zukünftig zunächst der Tarifausschuss nach § 5 Absatz 1 Satz 1 TVG mit einem Antrag aus einer Branche zu befassen hat, die erstmals die Erstreckung eines Tarifvertrags auf alle in dieser Branche tätigen Arbeitsverhältnisse anstreben. Im Unterschied zum AEntG (1996) darf ein Tarifvertrag durch eine Rechtsverordnung aufgrund des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes nurmehr dann für allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn dies im öffentlichen Interesse geboten erscheint (§ 7 Absatz 1 Satz 2 AEntG (2009) i. V. m. § 5 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 TVG). Im Fall konkurrierender Tarifverträge muss der Verordnungsgeber berücksichtigen, ob der Tarifvertrag repräsentativ ist. Dabei ist nach § 7 Absatz 2 AEntG auf die Zahl der jeweils tarifgebundenen Arbeitgeber und der bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmer sowie die Zahl der jeweils tarifgebundenen Mitglieder der tarifvertragschließenden Gewerkschaft abzustellen. Liegen mehrere Anträge auf Allgemeinverbindlicherklärung vor, so müssen nach § 7 Absatz 3 AEntG die widerstreitenden Grundrechtsinteressen der verschiedenen Tarifvertragsparteien zu einem „schonenden Ausgleich“ gebracht werden.

923. Das Bundesverwaltungsgericht hat die am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales über zwingende Arbeitsbedingungen für Briefdienstleistungen (PostmindestlohnVO) für unwirksam erklärt.[47] Mit dieser Verordnung waren Mindestlöhne für Briefdienstleistungen nach Maßgabe des Tarifvertrags für verbindlich erklärt worden, den der Arbeitgeberverband Postdienste e. V. und ver.di im November 2007 geschlossen haben. Die klagenden Arbeitgeber erbringen mit den von ihnen beschäftigten Zustellern Briefdienstleistungen. Sie sind Mitglied in einem im September 2007 gegründeten Arbeitgeberverband. Dieser und der klagende Arbeitgeberverband haben jeweils im Dezember 2007 mit der im Oktober 2007 gegründeten Gewerkschaft der Neuen Brief- und Zustelldienste (GBNZ) einen Tarifvertrag abgeschlossen. Der darin vereinbarte Bruttomindestlohn liegt unter den in der streitigen Verordnung bestimmten Beträgen. Die GNBZ ist allerdings gemäß der Entscheidung des LAG Köln vom 20. Mai 2009[48] nicht gegnerunabhängig und damit nicht tariffähig. Vor dem Bundesverwaltungsgericht hatten die Kläger mit ihrem Feststellungsbegehren Erfolg. Die Feststellungsklagen der Arbeitgeber seien zulässig und auch begründet. Die PostmindestlohnVO verletze die Rechte der Kläger, weil bei deren Erlass das gesetzlich in § 1 Absatz 3a Satz 2 AEntG a. F. vorgeschriebene Beteiligungsverfahren nicht eingehalten wurde. Danach hatte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales vor Erlass der Verordnung den in deren Geltungsbereich fallenden Arbeitgebern und Arbeitnehmern sowie den Parteien des Tarifvertrags Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu geben. Dies sei jedoch nicht in dem vom Gesetz vorgeschriebenen Maße geschehen.

924. Die Pflege gehört zu den Branchen, welche 2009 in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (Abschnitt 4) eingefügt wurde. Die Pflegebranche (Altenpflege und ambulante Krankenpflege) nimmt gemäß §§ 10 ff. AEntG im Rahmen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes einen Sonderstatus ein. Hierfür wurde eigens ein Abschnitt in das AEntG aufgenommen, um der besonderen Situation kirchlicher Arbeitgeber Rechnung zu tragen. Kirchliche Arbeitgeber wollen sich keinem Tarifvertrag unterwerfen, da sie darin einen Eingriff in ihr Selbstbestimmungsrecht sehen. Daher gibt es auch spezielle kirchenarbeitsrecht-

---

[41] Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. EG Nr. L 18 vom 21. Januar 1997, S. 1.

[42] Vgl. EuGH, Urteil vom 23. November 1999, C-376/96 „Arblade imd Leloup“; EuGH, Urteil vom 15. März 2001, C-165/98 „Mazzoleni“; EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001, Rs C-49/98 u. a. „Finalarte“; EuGH, Urteil vom 24. Januar 2002, C-164/99 „Portugaia Construções“.

[43] Vgl. BAG, Urteil vom 20. Juli 2004, 9 AZR 343/03, NZA 2005, 114, 117.

[44] Vgl. EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2004, C-445/03 „Kommission/ Luxemburg“.

[45] Vgl. EuGH, Urteil vom 15. März 2001, C-165/98 „Mazzoleni“; EuGH, Urteil vom 24. Januar 2002, C-164/99 „Portugaia Construções“.

[46] BGBl. I S. 799.

[47] Vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2010, 8 C 19/09.

[48] Vgl. LAG Köln, Beschluss vom 20. Mai 2009, 9 TaBV 105/08, AuR 2009, 316.

liche Regelungen. Die Arbeitsbedingungen in den kirchlichen und karitativen Organisationen werden durch Arbeitsvertragsrichtlinien festgelegt, die in paritätisch besetzten Kommissionen bestimmt werden. Das ist ein mit den Tarifverträgen außerhalb des kirchlichen Bereichs vergleichbarer Weg. Im Gesetz wurde sichergestellt, dass die unterschiedlichen Traditionen weiter existieren können. Gleichzeitig wurde aber gewährleistet, dass die Konkurrenz, die Pflege zu Dumpinglöhnen anbietet, verhindert werden kann. Während in den übrigen einbezogenen Branchen der Mindestlohn auf der Grundlage von Tarifverträgen festgelegt wird, beruht der künftige Mindestlohn in der Pflegebranche demnach auf einer Empfehlung der eingesetzten Pflegekommission. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales errichtet eine Kommission zur Erarbeitung von Arbeitsbedingungen oder deren Änderung. Dies erfolgt im Einzelfall auf Antrag einer Tarifvertragspartei aus der Pflegebranche oder der Dienstgeberseite oder der Dienstnehmerseite von paritätisch besetzten Kommissionen, die auf der Grundlage kirchlichen Rechts Arbeitsbedingungen für den Bereich kirchlicher Arbeitgeber in der Pflegebranche festlegen (§ 12 Absatz 1 AEntG). Für die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen in der Pflegebranche ist also eine achtköpfige Kommission (je zwei Gewerkschafts- und Arbeitgeberverbandsvertreter, die in der Pflegebranche tarifzuständig sind und jeweils zwei Vertreter der Dienstnehmer- und Dienstgeberseite) zuständig (§ 12 Absatz 2 AEntG). Sie vereinbart Mindestarbeitsbedingungen. Die Sitzungen der Kommission werden von einem Beauftragten des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales geleitet. Ein Beschluss der Kommission bedarf jeweils einer Mehrheit von drei Vierteln einzeln benannter Gruppen der Mitglieder (§ 12 Absatz 5 AEntG). Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales als Verordnungsgeber kann den von der Kommission gefassten Beschluss durch den Erlass einer Rechtsverordnung für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Pflegebranche für verbindlich erklären. Es ist dabei inhaltlich an den Vorschlag der Kommission gebunden, d. h. die Verordnung kann nur mit dem vereinbarten Inhalt erlassen werden oder es muss auf den Erlass der entsprechenden Verordnung verzichtet werden. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat am 11. September 2009 die Mitglieder der ersten Kommission zur Erarbeitung von Arbeitsbedingungen in der Alten- und ambulanten Krankenpflege berufen. Kritisiert wurde aus Arbeitnehmersicht vor allem die langwierige Konstitution einer passenden Kommission; die Arbeitgeber warnten indes vor überhöhten Mindestlöhnen.

925. Von den rund 73 000 in das Tarifregister eingetragenen Tarifverträgen sind zurzeit (Stand: 1. April 2010) 476 für allgemeinverbindlich erklärt; die Zahl hat sich in den letzten 35 Jahren nicht bedeutend geändert. So schwankt die Anzahl der allgemeinverbindlichen Tarifverträge am 1. Tag des jeweiligen Jahres zwischen 448 im Jahre 1975 (Minimum) und 632 im Jahre 1994 (Maximum). Auffällig ist, dass die Zahl der allgemeinverbindlichen Tarifverträge bis 1994 in jedem Jahr immer leicht zunimmt und seit 1995 im Wesentlichen rückläufig ist. In den von den Bestimmungen des AEntG erfassten Branchen sind nach Angaben der Bundesregierung ca. 4 Millionen Arbeitnehmer beschäftigt.[49]

926. Problematisch erscheint, dass diese vorgestellten Gesetze in Konkurrenz zur Tarifautonomie treten und diese dadurch erheblich schwächen.

4.2 Mindestlöhne gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz

927. In Zeiten stetig sinkender Tarifbindung und eines wachsenden Niedriglohnsektors wurde der Ruf nach staatlicher Festsetzung von Mindestlöhnen gerade auch in Wirtschaftszweigen, in denen Tarifverträge nicht existieren oder nur auf eine geringe Zahl von Arbeitnehmern Anwendung finden, immer lauter. Das Mindestarbeitsbedingungengesetz (MiArbG) ergänzt insofern das Arbeitnehmer-Entgeltgesetz. Es soll den aktuellen Entwicklungen – wie dem Fortfall tarifgebundener Beschäftigung und der Geltung von Mindestlöhnen in anderen europäischen Staaten – Rechnung tragen. Es ermöglicht die Festsetzung von Mindestlöhnen in Wirtschaftszweigen, in denen bundesweit die an Tarifverträge gebundenen Arbeitgeber weniger als 50 Prozent der unter den Geltungsbereich dieser Tarifverträge fallenden Arbeitnehmer beschäftigen (§ 1 Absatz 2 MiArbG). Das bereits 1952 in Kraft getretene Gesetz wurde 2009 erheblich geändert;[50] bis dahin hatte das Gesetz keine praktische Bedeutung erlangt. Auf der Grundlage dieses Gesetzes kann das Bundesarbeitsministerium unter bestimmten Voraussetzungen Mindestarbeitsentgelte erlassen. Dieses Instrument bietet der Politik die Möglichkeit, „Lohnregelungslücken“ – als für die Politik nicht zufriedenstellende Ergebnisse der Tarifautonomie – zu schließen. Indes ist auch „Tariflosigkeit“ ein Ausdruck der verfassungsrechtlich gewährten Koalitionsfreiheit und nicht zwangsläufig regelungsbedürftig. Durch die Option, unter Beteiligung der Tarifvertragsparteien verbindliche Mindestlöhne festlegen zu können, lassen sich zukünftig auch im Geltungsbereich des MiArbG tariflich ungebundene oder tariflich anderweitig gebundene Arbeitnehmer an einen Mindestlohn binden.

928. Der Verfahrensablauf zum Erlass von Mindestarbeitsentgelten gliedert sich wie folgt:

– Die Grundlage für die Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten stellt ein Beschluss im Feststellungsverfahren durch den sog. Hauptausschuss dar. Der Hauptausschuss besteht aus einem Vorsitzenden und sechs weiteren ständigen Mitgliedern. Die Mitglieder müssen in der Lage sein, umfassend die sozialen und ökonomischen Auswirkungen von Mindestarbeitsentgel-

[49] Vgl. Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, Aktueller Begriff – Die Mindestlohn-Kommission, http://www.bundestag.de/dokumente/analysen/2009/mindestlohn-kommission.pdf [Stand: 23. November 2009]; vgl. auch Abschnitt 5.2.1.

[50] Mindestarbeitsbedingungengesetz vom 11. Januar 1952, BGBl. I S. 17, in der Fassung der Änderung vom 22. April 2009, BGBl. I S. 818.

ten einzuschätzen. Der Hauptausschuss stellt unter umfassender Berücksichtigung der sozialen und ökonomischen Auswirkungen durch Beschluss fest, ob in einem Wirtschaftszweig soziale Verwerfungen vorliegen und Mindestarbeitsentgelte festgesetzt, geändert oder aufgehoben werden sollen. Der Beschluss ist schriftlich zu begründen und bedarf der Zustimmung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (§§ 2, 3 MiArbG).

– Auf der zweiten Stufe wird das eigentliche Festsetzungsverfahren durchgeführt. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales errichtet sog. Fachausschüsse für die Wirtschaftszweige, für die Mindestarbeitsentgelte festgesetzt werden sollen. Die Höhe der Mindestarbeitsentgelte wird von den Fachausschüssen konkretisiert. Der Fachausschuss besteht aus einem Vorsitzenden und je drei Beisitzern aus Kreisen der beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Weitere sachverständige Personen können zugezogen werden; sie haben jedoch kein Stimmrecht (§ 4 Absatz 1, § 5 Absatz 1 MiArbG).

– Auf der dritten Stufe können zuletzt die von den einzelnen Fachausschüssen festgesetzten Mindestarbeitsentgelte auf Vorschlag des Bundesarbeitsministeriums als Rechtsverordnung durch die Bundesregierung (§ 4 Absatz 3 MiArbG) erlassen werden. Der Erlass von Mindestarbeitsbedingungen bedarf nicht der Zustimmung des Bundesrates.

929. Die Debatten über Mindestlöhne sind noch aus den Bundestagswahlkämpfen 2009 sehr präsent. Für den ständigen Hauptausschuss nach dem MiArbG hat sich die Bezeichnung Mindestlohnkommission etabliert. Die Mindestlohnkommission betritt rechtliches Neuland; ob gemeinsame Standpunkte gefunden werden können, bleibt abzuwarten.

930. Problematisch erscheint, dass das MiArbG in Regelungskonkurrenz zu den Tarifvertragsparteien tritt. Dies sieht die Monopolkommission vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich gewährten positiven und negativen Koalitionsfreiheit mit Sorge.

4.3 Fortgeltung und Nachwirkung von Tarifverträgen

931. Eine Stabilisierung der Tarifbindung wird durch die Fortgeltung und Nachwirkung von Tarifverträgen bewirkt. So wäre beispielsweise denkbar, dass sich ein bisher tarifgebundener Arbeitgeber dem Einfluss des Tarifvertrags entzieht und als Verbandsaußenseiter durch untertarifliche Entlohnung Wettbewerbsvorteile generiert. Grundsätzlich ist dies gemäß der negativen Koalitionsfreiheit möglich. Allerdings wird der Ausstieg aus tarifvertraglichen Regelungen wesentlich erschwert. Grund hierfür ist die Fortgeltung gemäß § 3 Absatz 3 TVG, also der Fortbestand der Tarifbindung bei Verbandsaustritt von Arbeitgeber oder Arbeitnehmer bis zum Ende des Tarifvertrags. Die Vorschrift erweitert die Tarifgebundenheit insoweit auch über den Austritt des Mitglieds aus dem tarifschließenden Verband hinaus bis zur Beendigung des Tarifvertrags. So wird verhindert, dass sich Arbeitsvertragsparteien nach Ablauf der verbandsrechtlich verlangten Austrittsfrist der Tarifbindung entziehen, wenn ihnen ein neu abgeschlossener Tarifvertrag nicht zusagt; § 3 Absatz 3 TVG dient der Tariftreue. Die Tarifgebundenen sollen sich dem Tarifvertrag nicht entziehen können, sondern durch Einflussnahme auf den innerverbandlichen Willensbildungsprozess auf einen passenden Tarifvertrag hinwirken.

932. Endet die Fortgeltung gemäß § 3 Absatz 3 TVG, besteht eine Nachwirkung nach § 4 Absatz 5 TVG, d. h. die Tarifnormen gelten so lange weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Sinn dieser Nachwirkung ist ein Regelungsbestandsschutz für die Arbeitnehmer. Die Nachwirkung ist zeitlich unbegrenzt.[51] In neuen Arbeitsverträgen ist es dem Arbeitgeber nun möglich, von den bisherigen Tarifnormen abzuweichen. Um die Löhne bereits bestehender Arbeitsverhältnisse zu vermindern, müssen Änderungskündigungen erfolgen. Da diese allerdings alle rechtlichen Anforderungen erfüllen müssen, die auch sonst bei einer Kündigung zu beachten sind, ist diese Option für den Arbeitgeber kaum umsetzbar.

4.4 Öffnungsklauseln

933. Öffnungsklauseln gemäß TVG (§ 4 Absatz 3, 1. Variante) erlauben Abweichungen vom Tarifvertrag, sofern sie ausdrücklich durch diesen gestattet sind. Auf diese Weise können tariflich geregelte Arbeitsbedingungen de facto flexibilisiert werden; einem vom Markt ausgehenden Anpassungsdruck kann so nachgegeben werden. Die „äußere“ Struktur des Flächentarifsystems wird dadurch nicht verändert, allerdings erlauben Öffnungsklauseln eine Flexibilisierung innerhalb des Flächentarifsystems.[52] Derartige Klauseln haben in den letzten Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen. Sie dienen vor allem der Absenkung der Tarifstandards in wirtschaftlichen Notlagen und der Beschäftigungssicherung. In fast jeder wichtigen Branche gibt es inzwischen tarifliche Öffnungsklauseln, die es erlauben, auf der Betriebsebene spezifische Arbeitszeit- oder Entgeltregelungen zu treffen. In einer repräsentativen Befragung von fast 16 000 Betrieben im Rahmen des IAB-Betriebspanels 2005 gaben 13 Prozent aller Betriebe mit Tarifbindung an, dass für sie Öffnungsklauseln im Tarifvertrag bestehen. Rund die Hälfte dieser Betriebe hatte davon Gebrauch gemacht. Unter den genutzten Klauseln dominierten die zur Ar-

---

[51] Vgl. BAG, Urteil vom 15. Oktober 2003, 4 AZR 573/02, BAGE 108, 114, AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 41.

[52] Vgl. zu Öffnungsklauseln auch: Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Tarifautonomie auf dem Prüfstand, Bonn 2004, S. 22 ff., sowie Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Die Chance nutzen – Reformen mutig voranbringen, Jahresgutachten 2005/2006, Wiesbaden 2005, Tz. 313 f.; Sachverständigenrat, Die Finanzkrise meistern – Wachstumskräfte stärken, Jahresgutachten 2008/2009, Wiesbaden 2008, Tz. 560 f.; Sachverständigenrat, Die Zukunft nicht aufs Spiel setzen, Jahresgutachten 2009/2010, Wiesbaden 2009, Tz. 435.

beitszeitanpassung, während Öffnungsklauseln zur Entlohnung deutlich seltener in Anspruch genommen wurden.[53]

4.5 Anforderungen an die Tariffähigkeit

934. Artikel 9 Absatz 3 GG gewährt der Rechtsprechung weite Interpretationsspielräume. Insoweit kommt den Arbeitsgerichten eine überragende Bedeutung zu. Problematisch erscheint dies vor dem Hintergrund, dass die Besetzung der Gerichte im Einvernehmen mit den Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden geschieht.[54] Eine einseitige Interessenpolitik zulasten Dritter wird hierdurch begünstigt.

935. Da weder Grundgesetz noch Tarifvertragsgesetz Vorgaben für die Anerkennung einer Vereinigung von Arbeitnehmern als tariffähige Gewerkschaft kodifizieren, wurden diese Normativbedingungen durch Rechtsprechung und Schrifttum herausgearbeitet. Die Funktionsbedingungen der Tarifautonomie gebieten eine Einschränkung der beteiligten Akteure. Es existieren strikte Anforderungen an die Tariffähigkeit, die die Erwartungen der Verfassung an die Leistungsfähigkeit des kollektiven Vertragsmechanismus rechtfertigen und Richtigkeitsgewähr vermuten lassen. So muss es sich bei einer tariffähigen Gewerkschaft (a) um eine Dauerorganisation handeln, da nur so sichergestellt werden kann, dass die Folgen des Handelns adäquat berücksichtigt werden. Des Weiteren muss (b) eine Gegnerunabhängigkeit vorliegen, da insbesondere eine Abhängigkeit vom Arbeitgeber eine gleichberechtigte kollektive Interessenwahrnehmung insofern unmöglich macht. Außerdem muss es sich (c) um eine überbetriebliche Organisation handeln, da unterstellt wird, dass nur so ein gesamtwirtschaftlich verantwortungsvolles Handeln sichergestellt werden kann und nur auf diese Weise eine Unabhängigkeit von sozialen Gegenspielern. Abschließend müssen (d) tariffähige Gewerkschaften sozialpolitisches Gewicht, also „Druckausübungsfähigkeit“ besitzen, um tatsächlich eine adäquate Gegenmacht für die Arbeitgeberseite darzustellen (Mächtigkeitsprinzip).[55]

936. Die hohen Anforderungen an die Tariffähigkeit von Gewerkschaften konservieren die bisherige Gewerkschaftsstruktur, denn insbesondere die Mächtigkeits- und Überbetrieblichkeitskriterien behindern kollektive Außenseiterkonkurrenz. So kann das Mächtigkeitserfordernis der Gründung und Etablierung von Konkurrenzgewerkschaften insofern entgegenstehen, als bereits erfolgreich abgeschlossene Tarifabschlüsse vom Bundesarbeitsgericht als Indiz hierfür gelten.[56] Dies macht es kleinen Gewerkschaften tendenziell schwer, Tariffähigkeit zu erlangen. Allerdings stärken die jüngsten BAG-Entscheidungen zumindest die Organisationsform kleiner durchsetzungsstarker Gewerkschaften, da „soziale Mächtigkeit“ auch im Falle einer geringen Mitgliederzahl gegeben sein kann, sofern die Gewerkschaftsmitglieder Spezialisten in Schlüsselfunktionen sind, die von der Arbeitgeberseite im Falle eines Arbeitskampfs kurzfristig überhaupt nicht oder nur schwer ersetzt werden können.[57] Des Weiteren behindert auch das Überbetrieblichkeitskriterium Gewerkschaftskonkurrenz, da betriebliche Gewerkschaften rigoros bereits im Vorfeld ausgeschlossen werden. Insofern kann von einem Schutz der Tarifautonomie der etablierten Tarifvertragsparteien vor kollektiver Außenseiterkonkurrenz gesprochen werden.

4.6 Prinzip der Tarifeinheit

937. Unter Tarifeinheit versteht man den vom Bundesarbeitsgericht 1957 entwickelten Grundsatz, dass nur ein Tarifvertrag im Arbeitsverhältnis oder auch im gesamten Betrieb Gültigkeit erlangt.[58] Insofern handelt es sich um eine zweifache Ausprägung des Grundsatzes. Es setzt sich immer der sachnähere Tarifvertrag durch, wobei die Sachnähe durch den fachlich-betrieblichen, subsidiär durch den räumlichen Geltungsbereich bestimmt wird

---

[53] Vgl. Kohaut, S., Schnabel, C., Tarifliche Öffnungsklauseln: Verbreitung, Inanspruchnahme und Bedeutung, Erlangen-Nürnberg 2006. Erstaunlich ist hierbei auch das Ergebnis, dass von den fast 16 000 befragten Unternehmen fast 23 Prozent der Betriebe im Westen und rund 16 Prozent der Betriebe im Osten gar nicht wussten, ob für sie überhaupt Öffnungsklauseln bestehen, wobei dies besonders häufig in kleinen Betrieben mit weniger als 50 Beschäftigten der Fall ist. Überdies sind auf Betriebsebene auch Betriebsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ohne Öffnungsklauseln im Tarifvertrag möglich. Allerdings bestimmt § 77 Absatz 3 BetrVG, dass Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, ohne Öffnungsklauseln nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein können. In der Praxis werden indes dennoch auf Betriebsebene Themen verhandelt, die nach dem Betriebsverfassungsgesetz nicht der betrieblichen Mitbestimmung unterliegen, sondern den Tarifparteien. Vgl. zu diesem Aspekt Streeck, W., Rehder, B., Der Flächentarifvertrag: Krise, Stabilität und Wandel, MPIfG Working Paper 03/6, Köln, Juli 2003.

[54] Nach § 16 Absatz 1, 2 ArbGG werden die ehrenamtlichen Richter je zur Hälfte aus den Kreisen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer entnommen und sind jeweils paritätisch in den Kammern der Arbeitsgerichte vertreten. Deren Auswahl geschieht über Vorschlagslisten, die unter anderem von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden eingereicht werden (§ 20 Absatz 2 ArbGG). Gemäß § 22 Absatz 2 Nummer 4 und § 23 Absatz 2 ArbGG können zu ehrenamtlichen Richtern aus Kreisen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer Mitglieder und Angestellte von Arbeitgeberverbänden bzw. Gewerkschaften berufen werden. Der Kammervorsitzende wird von der zuständigen obersten Landesbehörde auf Vorschlag eines dort installierten Ausschusses bestellt, dem Vertreter von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden in gleichem Verhältnis angehören (§ 18 Absatz 1, 2 ArbGG). In ähnlicher Weise geschieht auch die Bestellung und Zusammensetzung der Kammern der Landesarbeitsgerichte (§§ 37, 39) und der Senate des Bundesarbeitsgerichts (§§ 41, 43 ArbGG).

[55] Vgl. BAG, Beschluss vom 9. Juli 1968, 1 ABR 2/67; BAG, Beschluss vom 14. Dezember 2004, 1 ABR 51/03; BAG, Beschluss vom 28. März 2006, 1 ABR 58/04; LAG Berlin, Beschluss vom 10. Dezember 2009, 23 TaBV 1016/09.

[56] Vgl. BAG, Beschluss vom 10. September 1985, 1 ABR 32/83.

[57] Vgl. BAG, Beschluss vom 14. Dezember 2004, 1 ABR 51/03.

[58] Vgl. BAG, Urteil vom 29. März 1957, AP Nr. 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG, Urteil vom 14. Juni 1989, 4 AZR 200/89, AP Nummer 16 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG, Urteil vom 5. September 1990, 4 AZR 59/90, AP Nummer 19 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG, Urteil vom 20. März 1991, 4 AZR 455/90, AP Nummer 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz. Der DGB schreibt in den „Richtlinien für die Abgrenzung von Organisationsbereichen und die Veränderung der Organisationsbezeichnung gemäß § 15 Ziff. 1 der DGB-Satzung“, dass das Prinzip „ein Betrieb, eine Gewerkschaft“ ein Kriterium zur Organisationsabgrenzung sei (2. a), 2. Spiegelstrich).

(Spezialitätsprinzip). Stets verdrängt werden soll nach gängiger Interpretation der Tarifvertrag, der den kleineren Teil der Beschäftigten erfasst, insbesondere also ein Spezialisten- oder Spartentarifvertrag.[59] Auf Wettbewerb wird also auch mit dieser Regelung im Grundsatz verzichtet. Potenzielle Konkurrenz und die damit verbundene Disziplinierung der Akteure werden hierdurch nicht gefördert.

938. Dass ein Arbeitnehmer verschiedenen Gewerkschaften angehört, welche mit verschiedenen Arbeitgeberverbänden konkurrierende Tarifverträge abgeschlossen haben, ist untypisch (Tarifkonkurrenz). Was allerdings an Bedeutung gewinnt, ist – wie bereits in Abschnitt 3.2 erläutert – das Phänomen, dass die einzelnen Arbeitnehmer in einem Betrieb durchaus in unterschiedlichen Gewerkschaften organisiert sind. Daraus resultieren Tarifbindungen des Arbeitgebers an verschiedene Tarifverträge unterschiedlicher Tarifvertragsparteien, d. h. für verschiedene Arbeitsverhältnisse desselben Betriebes können mehrere Tarifverträge einschlägig sein, die sich inhaltlich widersprechen. Man spricht hierbei von Tarifpluralität (Tarifmehrheit). So steht beispielsweise dem eigenständigen Spartentarifvertrag der Lokführer-Gewerkschaft GDL der bei der Deutschen Bahn AG existierende Tarifvertrag mit der Tarifgemeinschaft aus TRANSNET und GDBA gegenüber. Insofern zeigt sich, dass das Prinzip der Tarifeinheit von der Realität aufgebrochen worden ist und dass sich die betroffenen Branchen damit arrangiert haben, dass in ihrem Betrieb mehrere Tarifverträge gelten. Somit kann ein rudimentärer Wettbewerb verschiedener Gewerkschaften um die Mitglieder konstatiert werden. Überwiegend ist allerdings eine Berufsgruppe eines betriebes in einer Gewerkschaft organisiert. So wird auf die Krankenhausärzte de facto das Vertragswerk des Marburger Bundes angewendet. Für die Arbeitnehmer gilt also der für sie günstigste Tarifvertrag unter mehreren konkurrierenden Tarifverträgen. Die jüngsten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zur Frage der Tariffähigkeit stärken die Organisationsform kleiner durchsetzungsstarker Gewerkschaften, indem sie die Darlegung „sozialer Mächtigkeit“ erheblich erleichtern, wenn die Gewerkschaftsmitglieder „Schlüsselfunktionen“ ausüben.[60] Die Arbeitgeber versuchen an der Tarifeinheit im Betrieb festzuhalten, an deren Stelle in der Realität offenbar eine Tarifeinheit innerhalb der Berufsgruppe getreten ist.[61]

939. Eine gesetzliche Norm, die Tarifeinheit im Betrieb anordnet, gibt es nicht. Dennoch wurde bislang dieser Grundsatz im Interesse der Rechtssicherheit und des Betriebsfriedens angewendet. Im Schrifttum erfährt der Grundsatz beinahe einhellig Widerspruch.[62] Es werde gegen die nach § 9 Absatz GG geschützte Koalitionsfreiheit verstoßen, da Tarifverträge einfach verdrängt werden. Vor etwa 15 Jahren begann das Thema praktische Relevanz zu entwickeln: So schlossen die Arbeitgeber nach der Wiedervereinigung besonders in den neuen Bundesländern verstärkt Tarifverträge mit den christlichen Gewerkschaften, insbesondere mit der CG Metall, die bereit war, Tarifverträge unter dem Niveau der IG Metall abzuschließen. Zugleich begannen Berufsgewerkschaften mit einer eigenständigen Berufspolitik, Tarifverträge durchzusetzen, die im Vergleich zu den christlichen Gewerkschaften über denen der großen etablierten Gewerkschaften lagen.

940. Das Bundesarbeitsgericht stärkte in einem Urteil aus dem Jahre 2005 den Wettbewerb zwischen Gewerkschaften. Hiernach ist die Mitgliederwerbung auch bei Mitgliedern der Konkurrenz verfassungsrechtlich geschützt. Damit wiesen die obersten Arbeitsrichter eine Klage der Gewerkschaft der Polizei (GdP, eine für den gesamten Bereich der Polizei zuständige Gewerkschaft und Mitglied des DGB) gegen eine Werbeaktion der Deutschen Polizeigewerkschaft (DPolG) im Deutschen Beamtenbund ab. Die GdP fühlte sich angesichts der Werbeaktionen der DPolG – diese hatte gezielt neue Mitglieder mittels eines Mitgliedsbeitrags von nur einem Euro monatlich im ersten Jahr angeworben – in ihrem Grundrecht der Koalitionsfreiheit verletzt. Das Bundesarbeitsgericht hatte indes umgekehrt die Werbeaktion der DPolG unter den Schutz der Koalitionsfreiheit gestellt. Die Grenzen zulässiger Werbung werden überschritten, wenn sie mit unlauteren Mitteln erfolgt oder auf die Existenzvernichtung einer konkurrierenden Gewerkschaft gerichtet ist.[63]

941. Der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts hatte in einer Divergenzanfrage nach § 45 Absatz 2, 3 ArbGG an den Zehnten Senat eine Abkehr von dem Grundsatz der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zur Tarifeinheit („ein Betrieb – ein Tarifvertrag“) angekündigt.[64] Mit Beschlüssen vom 23. Juni 2010 hat sich nunmehr der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts der vom Vierten Senat im Anfragebeschluss vom 27. Januar 2010 dargelegten Rechtsauffassung angeschlossen. Auch nach Auffassung des Zehnten Senats gelten die Rechtsnormen eines Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, für Beschäftigte kraft Koalitionsmitgliedschaft nach § 3 Absatz 1, § 4 Absatz 1 TVG unmittelbar. Dies werde nicht dadurch ausgeschlossen, dass für den Betrieb kraft Tarifbindung des Arbeitgebers (Verbandsmitgliedschaft oder eigener Abschluss des Tarifvertrags) mehr als ein Tarifvertrag Anwendung findet, wenn für den einzelnen Arbeitnehmer jeweils nur ein Tarifvertrag gilt. Es gebe keinen übergeordneten Grundsatz, dass für verschiedene Arbeitsverhältnisse derselben Art in einem Betrieb nur einheitliche Tarifregelungen zur Anwendung kommen können. Danach können nunmehr auch nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in einem Betrieb mehrere Tarifverträge für unterschiedliche Berufsgruppen anwendbar sein („Tarifpluralität“).[65]

---

[59] Vgl. BAG, Urteil vom 5. September 1990, 4 AZR 59/90, AP Nummer 19 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

[60] Vgl. BAG, Beschluss vom 14. Dezember 2004, 1 ABR 51/03, AP Nummer 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit (UFO).

[61] Vgl. Greiner, S., Der Arbeitskampf der GDL – Überlegungen zur Parität im Sparten- und Spezialistenarbeitskampf, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 24, 2007, S. 1023–1028.

[62] Vgl. stellvertretend für viele Hromadka, W., Tarifeinheit bei Tarifpluralität, in: Söllner, A. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, München 2005, S. 383–394.

[63] Vgl. BAG, Urteil vom 31. Mai 2005, 1 AZR 141/04.

[64] Vgl. BAG, Beschluss vom 27. Januar 2010, 4 AZR 549/08 (A).

[65] Vgl. BAG, Beschlüsse vom 23. Juni 2010, 10 AS 2/10 und 10 AS 3/10.

4.7 Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln

942. Anspruch auf tarifliche Regelungen und Leistungen haben gemäß § 3 Absatz 1 i. V. m. § 4 Absatz 1 TVG ausschließlich die Mitglieder der vertragsschließenden Gewerkschaft im jeweiligen Tarifbereich. Nichtgewerkschaftsmitglieder erhalten in einem tarifgebundenen Unternehmen jedoch dennoch in der Regel die Tarifleistungen, weil die Arbeitgeber an einem spannungsfreien Betriebsklima interessiert sind und die Außenstehenden nicht durch schlechtere Arbeits- und Einkommensbedingungen zum Gewerkschaftsbeitritt veranlassen möchten. Unter „tarifvertraglichen Differenzierungsklauseln" versteht man im Tarifvertrag enthaltene Regelungen, mit denen die Arbeitgeber verpflichtet werden, zwischen tarifgebundenen Arbeitnehmern (Gewerkschaftsmitgliedern) und sonstigen Arbeitnehmern zu differenzieren und den Gewerkschaftsmitgliedern höhere Ansprüche zu gewähren. Tarifausschlussklauseln verbieten dem Arbeitgeber, eine bestimmte tarifliche Leistung wie z. B. Urlaubsgeld auch an nicht organisierte Arbeitnehmer zu erbringen. Sie sollen somit von dieser tariflichen Leistung ausgeschlossen werden.

943. Differenzierungsklauseln hat der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts in einer Entscheidung aus dem Jahre 1967 generell für unzulässig erklärt.[66] Dieses kategorische Verbot von Differenzierungsklauseln wirkt zementierend hinsichtlich eines Gewerkschaftswettbewerbs. In Tarifverträgen darf demnach nicht zwischen den bei der vertragsschließenden Gewerkschaft organisierten und anders oder nicht organisierten Arbeitnehmern differenziert werden. Differenzierungen sollen in erster Linie den Vorteil ausgleichen, den der Außenseiter dadurch genießt, dass er die Früchte gewerkschaftlicher Tarifarbeit kostenlos in Anspruch nimmt. Tarifparteien haben nicht das Recht und nicht die Tarifmacht, zu ihrer Selbstsicherung Außenseiter zu Ausgleichszahlungen heranzuziehen. Darüber hinaus genießen die Nichtorganisierten den Schutz der negativen Koalitionsfreiheit aus Artikel 9 Absatz 3 Satz 1 und 2 GG. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist legitimer und sozialadäquater Druck hinzunehmen.[67] Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts üben Differenzierungsklauseln einen unzulässigen – sozialinadäquaten – Druck zum Beitritt aus. Aufgrund gröblich verletzter Gerechtigkeitsempfindungen soll die Gewährung des Urlaubs oder Urlaubsentgelts nicht von Fragen der Organisationszugehörigkeit abhängig gemacht werden.

944. Inzwischen ist allerdings eine vorsichtige Abkehr von dem gänzlichen Differenzierungsverbot zu beobachten. So ließ der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts in einem Urteil aus dem Jahre 2007[68] offen, ob der Auffassung des Großen Senats von der grundsätzlichen Unzulässigkeit von Differenzierungsklauseln und ihrer Begründung uneingeschränkt zu folgen ist. Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen vertrat in einem Urteil aus dem Jahre 2007[69] die Auffassung, dass einfache Differenzierungsklauseln in einem Tarifvertrag nicht gegen die negative Koalitionsfreiheit des Artikel 9 Absatz 3 GG verstoßen. Sie sind zulässig, denn das umfassende Verdikt des Bundesarbeitsgerichts verkennt, dass Differenzierungsklauseln letztendlich rechtliche Gegebenheiten aufgreifen, die ohnehin schon in den §§ 3 Absatz 1, 4 Absatz 1 TVG normiert sind. Grundsätzlich gelten Tarifverträge nur für die Tarifgebundenen und nicht für Außenseiter. Dies ist eine offenkundige Rechtstatsache, an die eine einfache Differenzierungsklausel, die lediglich die Gewerkschaftszugehörigkeit als Anspruchsvoraussetzung für eine bestimmte Leistung normiert und nicht dem Arbeitgeber eine Leistung an einen Außenstehenden verbietet oder erschwert, anknüpft. Praktische Bedeutung hat eine solche einfache Differenzierungsklausel lediglich bei einer arbeitsvertraglichen Inbezugnahme eines Tarifvertrags oder aber im Falle einer Allgemeinverbindlicherklärung. Auch ein Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit nach Artikel 9 Absatz 3 GG ist nicht erkennbar. Das Motiv der Gewerkschaften, Mitglieder zu gewinnen, ist legitim und führt nicht dazu, dass eine derartige Differenzierungsklausel von vornherein als inadäquat und damit als rechtswidrig anzusehen ist. Umfang und Ausmaß der Differenzierung üben keinen besonderen Druck aus, der den Kernbereich der negativen Koalitionsfreiheit verletzt. Es handelt sich bei dieser streitgegenständlichen Klausel um eine Vorschrift, die einem Außenseiter lediglich (je nach Verdienst) maximal den doppelten Jahresgewerkschaftsbeitrag vorenthält. Auch wird nur demjenigen Außenseiter der Vorteil vorenthalten, auf dessen Arbeitsverhältnis kraft einzelvertraglicher Verweisung (sog. Gleichstellungsabrede) der Tarifvertrag im Übrigen Anwendung findet. Andere Außenseiter haben ohnehin aufgrund der klaren Regelung des Tarifvertragsgesetzes (§§ 3 Absatz 1, 4 Absatz 1 TVG) keinen Anspruch auf die Leistungen dieses Tarifvertrags. Schließlich verhindert dieser Tarifvertrag in keiner Weise, dass Außenseiter und Arbeitgeber individuell dasselbe aushandeln, was Inhalt der streitbefangenen Differenzierungsklausel ist. Gemäß dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 2009[70] können einfache Differenzierungsklauseln, welche die Gewerkschaftszugehörigkeit des Arbeitnehmers zwar zur Voraussetzung für einen bestimmten materiellen Anspruch machen, die aber keine rechtlichen Schranken dafür aufstellen, dass der Arbeitgeber auf individualvertraglicher Ebene die tariflich vorgesehene Ungleichbehandlung beseitigt, auch nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts rechtswirksam sein. Bei der Überprüfung der Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln ist somit zunächst danach zu unterscheiden, ob lediglich der Gesetzestext wiedergegeben wird oder ob die Differenzierungsklausel eine eigenständige Regelung beinhaltet. Besonderheiten gelten im Einzelfall für Sanierungstarifverträge und Vorruhestandsregelungen, da hier wesentlich wichtigere und intensivere Belange der Arbeitnehmer berührt sind und schwerwie-

[66] Vgl. BAG, Beschluss vom 29. November 1967, GS 1/67, DB 1970, 444.
[67] Vgl. vor allem BverfGE 20, 312, 321, 322, AP Nummer 24 zu § 2 TVG.
[68] Vgl. BAG, Urteil vom 9. Mai 2007, 4 AZR 275/06, DB 2008, 358.
[69] Vgl. LAG Niedersachsen, Urteil vom 11. Dezember 2007, 5 Sa 914/07.
[70] Vgl. BAG, Urteil vom 18. März 2009, 4 AZR 64/08.

gende Nachteile drohen. Kriterien für die Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln sind deren Bezeichnung als „Ausgleichszahlung/Ersatzleistung“ und die Höhe, die maximal den doppelten Jahresgewerkschaftsbeitrag umfassen darf.

4.8 Fazit

945. Wie bereits dargelegt[71], liegt die anhaltende Erosion des deutschen Tarifvertragssystems nicht nur an dem Verlust gewerkschaftlicher Organisationsmacht, der auch in anderen Ländern beobachtet werden kann. Entscheidend ist vielmehr der Einsatz stabilisierender Faktoren, welche eine hohe Tarifbindung bewirken. So wirkt es positiv auf die Tarifbindung, wenn die gewerkschaftliche Interessenvertretung nicht nur wie in Deutschland vorwiegend auf der Branchenebene angesiedelt ist, sondern parallel auf mehreren Tarifvertragsebenen. Auch bewirkt das noch in Schweden, Finnland und Dänemark vorkommende Genter System, bei dem die Gewerkschaften die Arbeitslosenversicherung verwalten, eine hohe Tarifbindung und einen vergleichsweise hohen gewerkschaftlichen Organisationsgrad von über 70 Prozent. In Österreich kommt es vor allem durch die Pflichtmitgliedschaft der Arbeitgeber in der Wirtschaftskammer zu einer fast flächendeckenden Tarifbindung. Des Weiteren gelten Allgemeinverbindlicherklärungen als Stabilisatoren des Flächentarifsystems. Außerhalb Skandinaviens ist die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen insgesamt der wichtigste Erklärungsfaktor für eine hohe Tarifbindung. Der Grund für ein stabileres Flächentarifsystem europäischer Nachbarländer offenbart sich in einer deutlich stärkeren politischen Unterstützung des Tarifvertragssystems durch eine hohe Verbreitung von Allgemeinverbindlicherklärungen. Abschließend wirkt in Italien ein gemäß Verfassung einklagbarer Tariflohn wie eine indirekte Allgemeinverbindlicherklärung und hat zur Folge, dass 80 Prozent aller Beschäftigten tarifgebunden sind.

946. Das deutsche Tarifsystem ist durch zwei gegenläufige Entwicklungslinien gekennzeichnet. Auf der einen Seite kann ein Aufbrechen des Flächentarifsystems konstatiert werden. Am deutlichsten wird dies durch die in der Praxis aufkeimende Tarifpluralität. Aktuell hat sich der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Beschlüssen vom 23. Juni 2010[72] der vom Vierten Senat im Anfragebeschluss vom 27. Januar 2010[73] dargelegten Rechtsauffassung angeschlossen und den Grundsatz „ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ aufgegeben. Danach können nunmehr auch nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in einem Betrieb mehrere Tarifverträge für unterschiedliche Berufsgruppen anwendbar sein. Des Weiteren wurde gezeigt, dass mit Öffnungsklauseln tariflich geregelte Arbeitsbedingungen flexibilisiert werden können. Dies bedingt zwar einerseits eine Stabilisierung der „äußeren“ Struktur des Flächentarifsystems, ist aber andererseits eine weit verbreitete Flexibilisierungsoption zur individuelleren Ausformung des Flächentarifsystems.

947. Auf der anderen Seite finden sich Maßnahmen, die einer Stabilisierung und Restabilisierung des klassischen Flächentarifsystems dienlich sind. Hierzu zählen Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß TVG und AEntG, Mindestlöhne gemäß MiArbG, die Fortgeltung und Nachwirkung von Tarifverträgen, die strikten, von den Arbeitsgerichten entwickelten Anforderungen an die Tariffähigkeit, der vom Bundesarbeitsgericht vormals entwickelte Grundsatz der Tarifeinheit oder das einstige kategorische Verbot tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln durch das Bundesarbeitsgericht. Auch versucht der Gesetzgeber in jüngerer Zeit verstärkt, der zunehmenden Erosion des deutschen Flächentarifsystems mit neuen bzw. neu gefassten Gesetzen als Reaktion hierauf entgegenzuwirken (AEntG, MiArbG). Damit erreicht er zwar höhere Tarifbindungen, begibt sich aber in direkte Regelungskonkurrenz zu den Tarifvertragsparteien und schwächt insofern die Tarifautonomie.

5. Volkswirtschaftliche Analyse und wettbewerbliche Problemfelder

948. Der fünfte Teil dieser Untersuchung ist der volkswirtschaftlichen Analyse sowie drei wettbewerblichen Problemfeldern gewidmet. Es soll gezeigt werden, inwieweit sich die Ausgestaltung des Arbeitsmarktes auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf Produktmärkten auswirken kann.

5.1 Volkswirtschaftliche Analyse: Auswirkungen von Tarifkartellen auf nachgelagerte Produktmärkte

5.1.1 Historie: Produktmarktkartellierung über das Vehikel „Tarifvertrag“ bei fehlendem oder mangelndem Wettbewerb auf dem inländischen Produktmarkt bei geringer Nachfrageelastizität

949. Aus historischer Sicht lassen sich Kartellierungswirkungen des Flächentarifsystems in Deutschland in bestimmten handwerksnahen Wirtschaftszweigen bereits im 19. Jahrhundert nachweisen, indem reichsweite Flächentarifverträge zu einer Kartellierung des Arbeits- und darauf aufbauend des Produktmarktes führten.[74] Dieses Einvernehmen der Tarifvertragsparteien reichte allerdings bis zum Ersten Weltkrieg nicht wesentlich über den Hand-

[71] Vgl. die Abschnitte 3.3 und 3.4.
[72] Vgl. BAG, Beschlüsse vom 23. Juni 2010, 10 AS 2/10 und 10 AS 3/10.
[73] Vgl. BAG, Beschluss vom 27. Januar 2010, 4 AZR 549/08 (A).

[74] Vgl. zu den historischen Ausführungen Pauly, U., Der Flächentarifvertrag als Kartellierungsinstrument, Frankfurt a. M. 2005. Modelltheoretisch zeigen Kirstein und Kirstein in einem einfachen Verhandlungsmodell, dass Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände die gegebenen rechtlichen Rahmenbedingungen nutzen können, um hiermit Kartelle auf Produktmärkten zu stabilisieren. Verbindliche zweistufige Lohnuntergrenzen können so gewählt werden, dass der Produktmarktwettbewerb reduziert wird. Es wird daher vorgeschlagen, dass Wettbewerbshüter Tarifverträge hinsichtlich möglicher Kollusionseffekte bezüglich betroffener Produktmärkte überwachen sollten. Vgl. Kirstein, A., Kirstein, R., Collective Wage Agreements on Fixed Wages and Piece Rates May Cartelize Product Markets, Journal of Institutional and Theoretical Economics 165, 2009, S. 250–259.

werksbereich hinaus. Als entscheidendes Kriterium für die Kooperation der Unternehmen mit den Gewerkschaften wird gesehen, dass eine Kartellierung des Marktes wegen der klein- und mittelständischen Struktur auf diesem Markt lediglich mit Rückgriff auf eine mächtige Arbeitnehmervertretung gelingen konnte. Der Wunsch nach Kartellierung wurde so über das Vehikel des Tarifvertrags realisiert. Nachweisbar ist dies anhand von Tarifverträgen außerhalb der Großindustrie, deren erklärtes Ziel auch Preisvereinbarungen waren.[75]

950. Oligopolistisch strukturierte und bereits kartellierte Wirtschaftszweige wie etwa die Schwerindustrie brauchten dieses Instrument nicht; ein solcher Umweg über eine Arbeitsmarktkartellierung war nicht vonnöten. Rechtliche Sanktionen gegen Unternehmen, die sich tarif- und kartellbrüchig verhielten, gab es nicht. Die Institution „Tarifvertrag“ stand nicht unter staatlichem Schutz und es existierte Außenseiterkonkurrenz in Form nicht tariflich gebundener Arbeitnehmer. Erst mit den politischen Umwälzungen Ende des Ersten Weltkrieges wurde die Unabdingbarkeit von Tarifverträgen durch gesetzgeberische Maßnahmen garantiert und das Tarifkartell damit stabilisiert. Dies geschah mittels der verfassungsrechtlichen Verankerung der Tarifautonomie, der Schaffung eines einheitlichen Tarifrechts, der Etablierung einer Arbeitsgerichtsbarkeit, der Entwicklung des Instruments der Allgemeinverbindlicherklärung und der aktiven Förderung des Tarifvertragsgedankens durch staatliche Stellen, sodass sich die vorher nur als Randerscheinung in hauptsächlich handwerklich geprägten Wirtschaftszweigen entwickelte tarifvertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen nach dem Ersten Weltkrieg in der gesamten Wirtschaft durchsetzen konnte. Auch vorher abseitsstehende Unternehmenskreise erkannten die Vorteile flächendeckender Tarifverträge. Anfänglicher Widerstand verebbte – zumindest, wenn die Kartellwirkungen nicht gravierende Wettbewerbsnachteile gegenüber der Auslandskonkurrenz bedeuteten. Die Wahrscheinlichkeit für den Abschluss freiwilliger Vereinbarungen zwischen den Tarifvertragsparteien war umso größer, je weniger es auf anderem Wege gelang, Kartellstrukturen zu etablieren. Dies galt jedoch nicht für Unternehmen mit starker Auslandskonkurrenz, beispielsweise der Großindustrie, was die hohe Anzahl von Zwangstarifen in exportorientierten Wirtschaftszweigen erklärt.

951. Ob ein Flächentarifvertrag für die Koalitionspartner in Deutschland sinnvoll als Vehikel für eine Produktmarktkartellierung nutzbar gemacht werden kann, hängt letztlich damals wie heute entscheidend von der Frage ab, ob die betroffenen Unternehmen Konkurrenz aus dem Ausland haben, da höhere Produktpreise insofern einen Wettbewerbsnachteil gegenüber der ausländischen Konkurrenz bedeuten würden. Folglich sind insbesondere Dienstleistungen auf regionaler oder nationaler Ebene angesprochen, die keiner oder nur unbedeutender Auslandskonkurrenz ausgesetzt sind.

952. Eine Produktmarktkartellierung wird durch eine wenig preiselastische Nachfrage auf dem Produktmarkt begünstigt. Wäre die Nachfrageelastizität hoch, dann würden die Konsumenten auf den Produktmärkten mit deutlicher Kaufzurückhaltung reagieren, d. h. die Nachfragemenge würde deutlich zurückgehen. Wenn Kunden auf dem Produktmarkt allerdings keine oder zumindest wenig Ausweichmöglichkeiten haben, man denke etwa an nationale Produktmärkte im Bereich der Daseinsvorsorge, dann bewirkt eine Preiserhöhung auf dem Produktmarkt demgemäß auch nur eine geringe Änderung des Nachfragerverhaltens.

5.1.2 Tariflicher Branchenmindestlohn im Falle differierender Produktivitätsniveaus der Unternehmen eines Marktes

953. Weitere wichtige Erkenntnisse hinsichtlich der Auswirkungen tariflicher Vereinbarungen auf den Produktmarkt liefert Williamson. Er zeigt in einem Aufsatz aus dem Jahr 1968[76], dass tarifliche Mindestlöhne als effektive Markteintrittsbarriere für den Produktmarkt missbraucht werden können, sofern sich die betroffenen Unternehmen in ihrer Produktivität hinreichend unterscheiden. Produktivere Unternehmen auf dem Markt sind bereit, höhere Tariflöhne zu zahlen, um damit den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Produktmarkt zu be- oder verhindern. Während produktive Unternehmen auch bei hohen Löhnen profitabel arbeiten können, gilt dies nicht für weniger produktive Unternehmen, also in der Regel Newcomer. Williamson knüpft mit seiner empirischen und theoretischen Analyse des sog. „Pennington Case“ an den 1965 vor dem Supreme Court in den USA entschiedenen Fall „United Mine Workers vs. Pennington“ an. 1950 war die amerikanische Gewerkschaft der United Mine Workers mit den großen amerikanischen Kohleproduzenten übereingekommen, per Tarifvertrag eine für alle Unternehmen verbindliche Lohnuntergrenze zu implementieren. Damit sollten die kleinen, weniger produktiven Unternehmen, wie das von James M. Pennington, über das Vehikel der Verteuerung des Produktionsfaktors „Arbeit“ aus dem Markt gedrängt werden und die vorhandene Marktstruktur zugunsten der etablierten Großunternehmen gefestigt werden. Der Oberste Gerichtshof der USA entschied, dass die Ausnahme der Tarifautonomie vom allg und emeinen Wettbewerbsrecht nicht unbegrenzt sei.[77] Sie stelle dann eine Verletzung des Kartellrechts (Sherman Act) dar, wenn sich eine Gewerkschaft mit einem Teil der Arbeitgeberschaft bewusst mit dem Ziel abspreche, mittels eines standardisierten Lohntarifs Markteintrittsbarrieren zu errichten, d. h. wenn wettbewerbsfeindliche Einflüsse auf den Produktmarkt das Ziel der Vereinbarungen seien. Die von Williamson vorgebrachte Notwendigkeit der ökonomischen Analyse als Hilfestellung für die Rechtsprechung ist auch heute noch, besonders vor dem Hintergrund des „more economic approach“ als wettbewerbspolitischem Leitbild, aktuell.[78]

[75] Vgl. explizit Pauly, U., a. a. O., S. 53 ff.

[76] Vgl. Williamson, O.E., Wage rates as a barrier to entry: The Pennington case in perspective, Quarterly Journal of Economics 82, 1968, S. 85–116.

[77] United Mine Workers v. Pennington, 381 U. S. 657, 662 ff. (1965).

[78] Vgl. nachfolgend zu dem ähnlichen gelagerten „Postmindestlohn-Fall“ in Deutschland Tz. 975.

954. Auch Haucap, Pauly und Wey konstatieren anhand ihres Modells[79], dass ein allgemeinverbindlicher Mindestlohn auf dem nachgelagerten Produktmarkt eine größere Marktkonzentration bewirken kann und überdies Arbeitsplätze verloren gehen können, wenn Gewerkschaften und Arbeitgeber den später allgemeinverbindlichen Tariflohn über dem markträumenden Gleichgewicht festlegen. Dieser Kartellierungseffekt ist unabhängig von der jeweiligen Verhandlungsmacht der beteiligten Akteure. Angesprochen sind hier vor allem Märkte mit nicht oder kaum handelbaren Gütern und Dienstleistungen, die oftmals besonders arbeitskostenintensiv sind. Ebenfalls auf theoretischer Ebene kommen Shilov und Tourovsky[80] für eine arbeitsintensive Industrie (wie man sie beispielsweise auf dem Postmarkt vorfindet), die von einem Großunternehmen dominiert wird, zu dem Ergebnis, dass die Einführung eines Mindestlohns unter Zuhilfenahme des „Dominant-Firm"-Modells kurzfristig negative Folgen für den Markteintritt neuer Unternehmen hat und langfristig zu höherer Arbeitslosigkeit in der Branche führen kann.

5.1.3 Hump-shape-Hypothese

955. Bei der viel beachteten Studie von Calmfors und Driffill (1988)[81] spielt der sog. Zentralisationsgrad der Lohnverhandlungen zunächst eine wichtige Rolle – und zwar hinsichtlich der Beschäftigungshöhe. Man spricht hierbei, in Anlehnung an die grafische Gestalt der Kurve, also dem Zusammenhang zwischen Reallohn und Zentralisationsgrad, von der Hump-shape-Hypothese (vgl. Abbildung V.3).

956. Der Zentralisationsgrad gibt Auskunft über die vorherrschende Lohnfindungsebene. Hohe Zentralisationsgrade finden sich traditionell in skandinavischen Staaten, wo Verhandlungen meist auf nationaler Ebene, d. h. flächendeckend für eine ganze Volkswirtschaft geführt werden. Mittlere Zentralisationsgrade finden sich in den meisten kontinentaleuropäischen Staaten. Verhandlungen finden dort vorwiegend für Branchen auf regionaler Ebene statt. Im Falle dezentraler Systeme verhandeln Gewerkschaften und Arbeitgeber auf Firmenebene. Diese Verhandlungsebene ist typisch für die USA, Kanada und Großbritannien; auch in Japan und Neuseeland finden Verhandlungen üblicherweise dezentral auf Firmenebene statt.[82] Damit ist Großbritannien das einzige Land der Europäischen Union mit einem dezentralen, überwiegend unkoordinierten Tarifsystem. Nachfolgend wird zunächst die allgemeine Frage nach der Wirkung des Zentralisationsgrades aus empirischer und theoretischer Sicht beantwortet.

957. Die Hump-shape-Hypothese trifft (und das ist aufgrund des Arguments eines Antizipierens der Wettbewerbswirkung auf den Produktmarkt seitens der Tarifvertragsparteien im Rahmen dieses Themas interessant) auch Aussagen hinsichtlich des Einflusses des Zentralisierungsgrades von Lohnverhandlungen auf das allgemeine Preisniveau sowie die Wettbewerbsfolgen auf dem nachgelagerten Produktmarkt. Calmfors und Driffill gelangen für 17 OECD-Staaten[83] mit Durchschnitts-Arbeitslosenquoten im Zeitraum 1974 bis 1985 im Vergleich zu durchschnittlichen Arbeitslosenquoten im Zeitraum 1963 bis 1974 zu dem Ergebnis, dass die beiden Extreme „völlige Dezentralisierung" und „völlige Zentralisierung" aus makroökonomischer Sicht die für die Reallohnhöhe und – das ist entscheidend – damit für die Beschäftigung besten Resultate erbringen und demgemäß die optimalen Zentralisierungs- bzw. Koordinationsgrade der Lohnverhandlungen darstellen. Es wird der übliche neoklassische Zusammenhang angenommen, dass niedrigere Löhne einen höheren Beschäftigungsstand bedingen. Ein geringer Zentralisierungsgrad sowie ein sehr hoher Zentralisierungsgrad bewirken nach diesem Modell eine hohe Beschäftigungsquote.

958. Es wird für geschlossene Volkswirtschaften argumentiert, dass die Tarifpartner umfängliche Negativauswirkungen der Lohnsetzung auf das Preisniveau umso eher berücksichtigen, je zentraler die Lohnverhandlungen geführt werden. Gewerkschaften antizipieren in dieser Situation eher die mit der Teuerung einhergehenden Reallohneinbußen, kalkulieren die Inflationswirkungen der Lohnerhöhungen ein und tendieren zu moderaten Lohnabschlüssen. Daher könnte auf einen negativen (positiven) Zusammenhang zwischen Zentralisierungsgrad und Lohnhöhe (Beschäftigung) geschlossen werden. Im Falle völlig dezentraler Lohnverhandlungen auf der Unternehmens- oder Betriebsebene fallen die Reallohnergebnisse ebenfalls zurückhaltend aus, allerdings aufgrund des Arguments, dass Lohnerhöhungen nur bedingt möglich sind, da die Firma mit anderen Unternehmen um den Absatz ihrer Produkte konkurrieren muss. Ein einzelnes Unternehmen, welches die Kosten einer Lohnerhöhung auf die Güterpreise abwälzen möchte, sieht sich dem Problem gegenüber, dass seine teuren Güter nun den Konkurrenzprodukten seiner Wettbewerber nicht mehr standhalten könnten. Handelt eine Betriebsgewerkschaft mit einem Unternehmen direkt Löhne aus, dann verhindert im Extremfall eine unendlich preiselastische Nachfrage für das Produkt dieses Unternehmens im vollkommenen Markt jegliche Preiserhöhung. Die Gewerkschaftsmacht wird so limitiert. Eine branchenweite Lohnerhöhung schmälert die Wettbewerbssituation eines Unternehmens dagegen kaum, sofern die Nachfrageelastizität der Konsumenten gering ist.

---

[79] Das Modell besteht aus einem einfachen zweistufigen Spiel, bei dem zunächst ein allgemeinverbindlicher Tariflohn festgelegt wird (Stufe 1), bevor Unternehmen auf dem Produktmarkt miteinander in Wettbewerb treten (Stufe 2). Auf dem Produktmarkt herrscht Cournot-Wettbewerb mit bereits vorhandenen Unternehmen (k) und potenziellen, weniger produktiven Wettbewerbern (n). Arbeit ist der einzige Produktionsfaktor. Vgl. Haucap, J., Pauly, U., Wey, C., Collective wage setting when wages are generally binding: An antitrust perspective, International Review of Law and Economics 21, 2001, S. 287–307.

[80] Vgl. Shilov, A./Tourovsky, B., The Minimum Wage in the Dominant Firm Model, IAB-Discussion Paper 23/2008, http://doku.iab.de/discussionpapers/2008/dp2308.pdf [Stand: 29. März 2010].

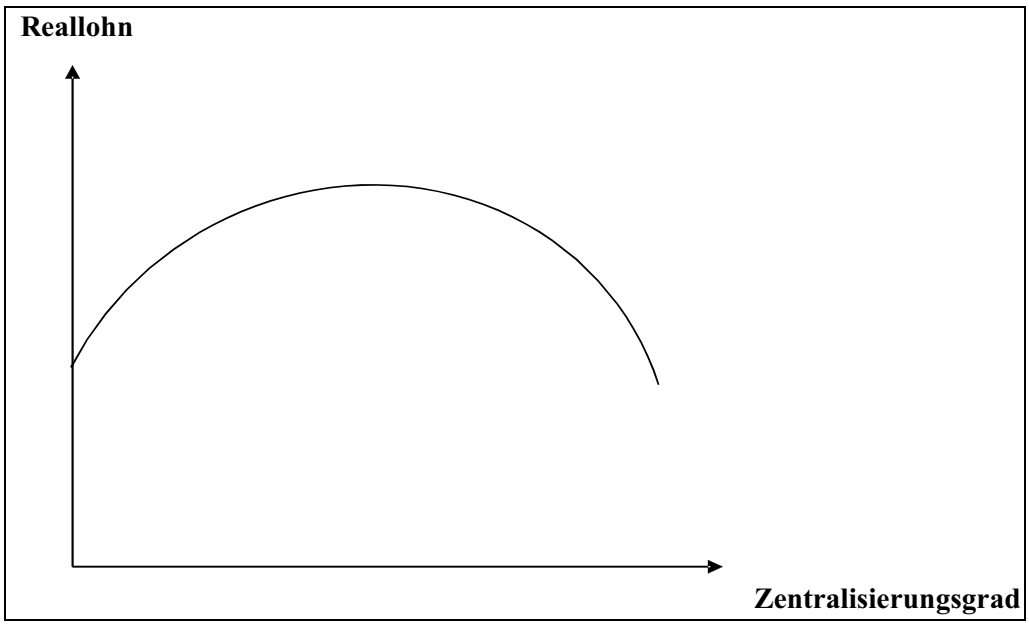
[81] Vgl. Calmfors, L., Driffill, J., Bargaining structure, corporatism and macroeconomic performance, Economic Policy 6, 1988, S. 14–61.

[82] Vgl. Dittrich, M., Kollektive Verhandlungen in Arbeitsmärkten, Marburg 2008, S. 21 m. w. N.

[83] Österreich, Norwegen, Schweden, Dänemark, Finnland mit hohem Zentralisationsgrad des Lohnverhandlungssystems; Deutschland, die Niederlande, Belgien, Neuseeland und Australien als Ökonomien mit mittlerem Zentralisationsgrad und Frankreich, Großbritannien, Italien, Japan, die Schweiz, die USA und Kanada mit geringem Zentralisationsgrad.

Abbildung V.3

Hump-shape-Hypothese



Quelle: Calmfors, L., Drifill, J., Bargaining structure, corporatism and macroeconomic performance, Economic Policy 6, 1988, S. 15

959. Positiv an der Studie sind die Ideen, die Erklärungsansätze für den Zusammenhang zwischen Zentralisationsgrad und Reallohn liefern. Allerdings entziehen sich die aufgestellten Zusammenhänge einer empirischen Überprüfung, die nicht von den Autoren beobachtete Charakteristika auf der Ebene der betrachteten Länder kontrolliert. Die empirische Erhebung bildet weitere existierende Einflussfaktoren auf den Reallohn nicht ab und verkürzt die Untersuchung auf einen eindimensionalen Zusammenhang zwischen Zentralisationsgrad und Reallohn.

960. Nimmt man überdies realistischerweise über das verwendete Modell hinaus eine offene Volkswirtschaft an, dann muss in die Überlegungen zusätzlich die Konkurrenz aus dem Ausland einbezogen werden. Unter der Annahme, dass teure inländische Produkte in Konkurrenz zu günstigeren Substituten aus dem Ausland treten müssen, ist unabhängig von dem Zentralisierungsgrad in jedem Fall eine disziplinierende Wirkung auf die Tarifvertragsparteien hinsichtlich Lohn- und Preiserhöhungen zu erwarten – und das selbst bei einem mittleren Zentralisationsgrad, der in der Studie von Calmfors und Driffill eigentlich hohe Reallöhne bedingt. Insofern nimmt mit zunehmender internationaler ökonomischer Integration die Bedeutung des nationalen Zentralisierungsgrades für Lohnhöhe und Preisgestaltung ab. Der von Calmfors und Driffill unterstellte Zusammenhang konnte überdies für Mehrjahresdurchschnitte nicht bestätigt werden und war möglicherweise nur ein Periodenphänomen.[84] Zumindest mit Blick auf die Lohn- und Arbeitsmarktentwicklung fand man bei ökonometrischen Überprüfungen kaum eindeutige und zeitlich stabile Anzeichen dafür, dass eine bestimmte Verhandlungsebene die makroökonomische Performance generell verbessert.[85]

5.1.4 Ökonomische Theorien zu Spartengewerkschaften

961. Olson[86] liefert eine Erklärung für die Organisationsschwierigkeiten großer heterogener Gewerkschaften im Vergleich zu kleinen, homogen zusammengesetzten Spartengewerkschaften. So problematisiert er in seiner Theorie die ungleiche Durchsetzungsfähigkeit von Organisationen bzw. Interessenverbänden und diese Idee lässt sich auch auf die Gewerkschaften übertragen. Hiernach sind kleine homogene Interessengruppen bei der Durchsetzung ihrer Spezialinteressen erfolgreicher als große heterogene Gruppen. Im Gegensatz zu großen heterogenen Gruppen haben kleine homogene Konstellationen einen Impuls zur Bildung eines Interessenverbandes aufgrund einer überschaubaren Größe, gemeinsamer Interessen sowie Interdependenzen der Beteiligten. Ein Vermeiden des Trittbrettfahrens ist durch eine interne Kontrolle besser möglich als in großen Organisationen. Wenn ein Verband dann im Laufe der Zeit an Größe gewonnen hat, ergeben sich eben jene Probleme, die bei großen heterogenen und anonymen Gruppen eine Verbandsbildung bereits im Vorfeld unmöglich machen. Die Koordination vieler Interes-

[84] Vgl. hierzu Schettkat, R., Koordination von Lohnverhandlungen, Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung 36, 2003, S. 634–648.

[85] Vgl. Schnabel, C., Verbetrieblichung der Lohnfindung und der Festlegung von Arbeitsbedingungen, Düsseldorf 2008, S. 36 m. w. N.

[86] Vgl. Olson, M., Die Logik des kollektiven Handelns. Kollektivgüter und die Theorie der Gruppe, Tübingen1968.

sen wird schwieriger, das herzustellende öffentliche Gut allgemeiner. Eine Bereitstellung positiver und negativer selektiver Anreize verhindert, dass das öffentliche Gut nun gar nicht mehr hergestellt wird. Gleichwohl ergeben sich aus großen heterogenen Verbänden neue, kleinere, homogenere Interessenverbände, wenn sich die entsprechenden Verbandsmitglieder nicht mehr ausreichend und spezifisch genug von ihrem Verband vertreten fühlen.

962. Das in Deutschland zu beobachtende verstärkte Wirken von Spartengewerkschaften ist aufbauend auf der Theorie Olsons folglich auf eine erfolgreichere, speziell auf Bedürfnisse einzelner Berufsgruppen zugeschnittene Interessenvertretung gegenüber großen heterogenen Einheitsgewerkschaften zurückzuführen. Einheitsgewerkschaften, die viele Berufsgruppen integrieren, organisieren den Interessenausgleich zwischen diesen Gruppen durch eine solidarische Lohnpolitik. Spartengewerkschaften dienen indes einer stärkeren Einkommensdifferenzierung zugunsten bestimmter Berufsgruppen. Diese Berufsgruppen fühlen sich durch die solidarische Lohnpolitik benachteiligt und zeichnen sich außerdem dadurch aus, dass sie ein besonderes Drohpotenzial besitzen, da sie sich in Schlüsselfunktionen im Wirtschaftsprozess befinden. Hierdurch sind sie in der Lage, besonders hohe Entgeltforderungen durchzusetzen, was sich in Abhängigkeit von der Wettbewerbsintensität auf dem jeweiligen Produktmarkt deutlich zulasten anderer Sparten auswirken kann. Die Durchsetzungsstärke einzelner Gewerkschaften differiert dabei in Abhängigkeit von einem unterschiedlichen Drohpotenzial.

963. Die Literaturmeinung scheint einhellig, dass im Falle komplementärer Arbeitnehmergruppen getrennte Lohnverhandlungen höhere Löhne implizieren als im Falle eines gemeinsamen Verhandelns.[87] Auch Upmann[88] kommt bei Anwendung der Nash-Verhandlungslösung zu diesem Ergebnis. Er untersucht auf theoretischer Ebene zwei zu beobachtende gegenläufige Trends des letzten Jahrzehnts: einerseits die Erstarkung von Spartengewerkschaften und andererseits die vermehrten Zusammenschlüsse zu großen Einheitsgewerkschaften wie den Zusammenschluss der von fünf Einzelgewerkschaften zu der Vereinten Dienstleistungsgewerdkschaft ver.di. Upmann zeigt, dass es im Falle zweier komplementärer Berufsgruppen im Gleichgewicht wahrscheinlich ist, dass sich diese in zwei (kleinen) separaten Gewerkschaften organisieren, da diese beiden unabhängigen Gewerkschaften getrennt voneinander höhere Löhne erkämpfen als gemeinsam. Göddeke[89] kommt bei der Modellierung der Tarifverhandlungen unter Zuhilfenahme der Nash-Verhandlungslösung zu dem Ergebnis, dass Einzelverhandlungen nicht zu höheren Lohnabschlüssen gegenüber einem gemeinsamen Verhandeln nur einer Gewerkschaft führen – zumindest solange die relative Verhandlungsmacht der Einzelgewerkschaften in der Summe der einer Gesamtgewerkschaft entspricht.

5.1.5 Fazit

964. Betrachtet man Arbeits- und Produktmärkte aus wettbewerblicher Sicht, dann erscheinen als Ergebnis der Ausführungen vor allem folgende Faktoren problematisch, welche oftmals auch in Kombination auftreten.

Fehlender oder mangelnder Wettbewerb auf dem inländischen Produktmarkt durch In- und/oder Auslandskonkurrenz bei geringer Nachfrageelastizität

Wie im historischen Kontext und im Zusammenhang mit der Hump-shape-Hypothese gesehen, begünstigen fehlender oder mangelnder Wettbewerb sowie eine geringe Preiselastizität der Nachfrage auf dem Produktmarkt die Absprache von Unternehmen über Produktpreise. Unternehmen, die auf monopolistisch geprägten Absatzmärkten agieren, realisieren überdies nicht nur höhere Kapitalerträge, sondern zahlen in der Regel auch Löhne über dem markträumenden Niveau. Wie weit die Löhne über dem markträumenden Niveau liegen, ist abhängig von der Höhe der Monopolrenten und der relativen Verhandlungsmacht der Tarifvertragsparteien.

Missbrauchsmöglichkeit eines tariflichen Branchenmindestlohns im Falle differierender Produktionsniveaus der Unternehmen eines Marktes

Handelt es sich um einen Markt, auf dem zwischen den Unternehmen große Produktivitätsunterschiede bestehen, dann kann ein von produktiveren Unternehmen mit der Arbeitnehmerschaft ausgehandelter tariflicher Mindestlohn als effektive Markteintrittsbarriere missbraucht werden. Weniger produktive Unternehmen, also in der Regel Newcomer, sind nicht in der Lage, den tariflich ausgehandelten Mindestlohn zu zahlen. Sie werden so durch die Verteuerung des Produktionsfaktors Arbeit in ihrer Wettbewerbsfähigkeit geschwächt oder müssen den Markt verlassen.

Auftreten verhandlungsstarker Spartengewerkschaften

Das Auftreten von Spartengewerkschaften kann im Zusammenhang mit den bereits genannten zwei Aspekten betrachtet werden. So scheint es kein Zufall zu sein, dass sich das Phänomen der Spartengewerkschaften in Deutschland vornehmlich auf Märkten konzentriert, auf denen lange Zeit monopolartige Strukturen herrschten. Spartengewerkschaften treten vornehmlich im Verkehrs- und Gesundheitssektor auf.[90] Inwieweit die Löhne über dem markträumenden Niveau liegen, ist auch im Falle des Auftretens von Spartengewerkschaften abhängig von der Wettbewerbsintensität auf dem Produktmarkt und der

[87] Vgl. Horn, H., Wolinsky, A., Worker substitutability and patterns of unionisation, Economic Journal 98, 1988, S. 484–497; Dowrick, S., Enterprise bargaining, union structure and wages, Economic Record 69, 1993, S. 393–404.

[88] Vgl. Upmann, T., Labour Unions – To Unite or to Separate?, CESifo Working Paper No. 2413, München 2008.

[89] Vgl. Göddeke, A.K., Models of Unionized Oligopolies, Nürnberg 2008, S. 154 ff., http://www.opus.ub.uni-erlangen.de/opus/volltexte/2008/1200/pdf/ModelsofUnionizedOligopoliesAnnaGoeddeke.pdf [Stand: 6. April 2010].

[90] Vgl. bereits Abschnitt 3.2.2.

relativen Verhandlungsmacht der Tarifvertragsparteien. Erfolgreiche Spartengewerkschaften haben den Vorteil, dass sich ihre Mitglieder im Wirtschaftsprozess oftmals an strategisch wichtigen Knotenpunkten befinden und sie dadurch im Streikfall große wirtschaftliche Schäden anrichten können; man denke etwa an die Streiks der Lokführer- oder Ärztegewerkschaften.

965. Als problematisch erachtet die Monopolkommission den Verteilungskonflikt zugunsten der Spartengewerkschaften und zulasten verhandlungsschwacher Arbeitnehmergruppen. Kleine Schlüsselgruppen, deren Streiks ganze Unternehmen stilllegen können, nutzen ihre Stärke, um eigene Interessen durchzusetzen. Angesichts der zu beobachtenden Erfolge ist überdies für andere Berufsgruppen ein Nachahmungseffekt gegeben, sodass ein Ansteigen der Streikbereitschaft zu befürchten ist. Insofern zeigt sich hierbei kein gleichberechtigter Wettbewerb von Gewerkschaften mit gleicher Klientel, sondern vielmehr eine Übertragung gestörter Vertragsparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf nunmehr kollektiver Ebene. Dies erscheint nicht wünschenswert.

966. Die Monopolkommission stellt die grundrechtlich verbürgte Koalitionsfreiheit nicht in Zweifel. Sie weist aber auf wettbewerbliche Probleme hin, die sich durch Interventionen der Politik sowie strukturelle Veränderungen des Marktes ergeben haben und über die eigentliche Funktion kollektiver Lohnverhandlungen hinausgehen. Interessant für die Betrachtung erscheint insofern zunächst die Frage, inwieweit Interventionen auf dem Arbeitsmarkt strategisch von den Akteuren genutzt werden können, um den Wettbewerb auf Produktmärkten auszubremsen bzw. höhere Löhne über Produktmärkte zu externalisieren, und weiterführend die Frage nach der Lösung derartiger Probleme. Die gemachten Ausführungen zeigen allerdings die Komplexität dieses Themas. Daher sollen insbesondere folgende Problemfelder an dieser Stelle näher betrachtet werden, die aus wettbewerbspolitischer Sicht besondere Relevanz haben:

- Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß TVG und AEntG,
- Mindestlöhne gemäß MiArbG,
- Spartengewerkschaften.

Die beiden ersten Instrumente stellen Eingriffe in die Koalitionsfreiheit dar. Bei den Allgemeinverbindlicherklärungen handelt es sich um tarifvertragliche Regelungen, die auf ganze Branchen erstreckt werden, im Falle des MiArbG um staatliche Mindestlöhne. Wettbewerbliche Probleme ergeben sich hierbei in Form der Schaffung bzw. Ausweitung branchenweiter Lohnkartelle, wodurch etablierten Unternehmen eines Marktes die Möglichkeit eröffnet wird, Wettbewerber, insbesondere Newcomer, mittels Steigerung derer Personalkosten aus dem Markt zu drängen. Das Phänomen der Spartengewerkschaften ist wettbewerbspolitisch von Bedeutung, da mächtige Spartengewerkschaften höhere Löhne zulasten Dritter externalisieren können.

5.2 Wettbewerbliche Problemfelder: Allgemeinverbindlicherklärungen, Mindestlöhne und Spartengewerkschaften

967. Ob Institutionen des Arbeitsmarktes reformbedürftig sind, ist zunächst abhängig von der eigentlichen Funktion, die sie erfüllen sollen. Überdies sind aber auch alle übrigen Wirkungen fernab des primär beabsichtigten Zweckes zu beachten. Angesprochen sind auch veränderte Rahmenbedingungen von Arbeits- und Produktmärkten, welche das Arbeitsrecht vor neue Herausforderungen stellen können.

5.2.1 Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz

968. Um die Wirkungen des Tarifvertrags auf weitere Arbeitsverhältnisse auszudehnen und somit die Flächentarifbindung zu erhöhen, gibt es, wie in Abschnitt 4.1 dargelegt, die Möglichkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung gemäß TVG oder AEntG.

969. Gemäß § 5 Absatz 4 TVG erfassen die Rechtsnormen des Tarifvertrags in seinem Geltungsbereich ausdrücklich „die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer“. Ob die Erstreckung eines Tarifvertrags durch Allgemeinverbindlicherklärungen neben den nicht tarifgebundenen ebenfalls die anderweitig tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber mit einbezieht, ist aus juristischer Sicht ungeklärt.[91] Die Monopolkommission verweist bei dieser Frage auf den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes, wonach ausschließlich die „bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer“ (§ 5 Absatz 4 TVG) erfasst werden, was eindeutig anderweitig tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht einschließt. Ferner weist die Monopolkommission darauf hin, dass die Verdrängung anderer bestehender Tarifverträge durch einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag einen erheblichen Eingriff in die grundrechtlich garantierte positive Koalitionsfreiheit der anderweitig Tarifgebundenen darstellen würde. Dieses Argument gilt in der Literatur übrigens auch als Hauptkritikpunkt an dem Grundsatz der Tarifeinheit.[92] Jedem Tarifvertrag kommt eine Angemessenheitsvermutung zu; eine Recht-

[91] Gegen die Erstreckung eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags auf anderweitig tarifgebundene Arbeitnehmer und Arbeitgeber spricht sich – zu dem damals mit dem des § 5 Absatz 4 TVG identischen Wortlaut des § 1 Absatz 3a AEntG a.F. – das Verwaltungsgericht Berlin aus. Die Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales hatte die Tarifverträge der Postkonkurrenten im Ergebnis für unbeachtlich erklärt, weil der zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di geschlossene Tarifvertrag für alle Arbeitsverhältnisse im Geltungsbereich gleichermaßen Anwendung finde. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts hat das Ministerium damit die gesetzliche Ermächtigung überschritten, die nur Verordnungen erlaube, die überhaupt nicht Tarifgebundenen zu erfassen. Die Erstreckung eines Mindestlohns auf die gesamte Branche Briefdienstleistungen sei rechtswidrig. Vgl. VG Berlin, Beschluss vom 7. März 2008, VG 4 A 439.07. Anderer Auffassung ohne weitere Begründung etwa: Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Aufl., München 2009, § 5 TVG Rn. 5.

[92] Vgl. z. B. Franzen, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Aufl., München 2009, § 4 TVG Rn. 71 f. m. w. N.

fertigung für eine Verdrängung können daher nur verfassungsrechtlich geschützte Gemeinwohlbelange sein, die aber für eine derart pauschale Regelung nicht ersichtlich sind.

970. Die Monopolkommission verweist in diesem Zusammenhang auf die möglichen gravierenden wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen eines allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohns als Markteintrittsschranke auf den nachfolgend betroffenen Produktmarkt.[93] Allgemeinverbindlicherklärungen stellen ihrer Natur nach durch Missachtung des Tarifvorrangs aufgrund des Eingriffs in den Zuständigkeitsbereich der Koalitionspartner eine beträchtliche staatliche Regelungskonkurrenz für die Koalitionen dar. Die Monopolkommission sieht mithin neben den erheblichen verfassungsrechtlichen Problemen einer solchen Regelung auch keine Rechtfertigung dafür, bestehende Tarifverträge durch Rechtsverordnung zu verdrängen.

971. Seit Inkrafttreten des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes 1996 können Tarifverträge, wie bereits in Abschnitt 4.1 gezeigt, in den nun explizit in § 4 AEntG n. F. aufgeführten Branchen nicht nur über das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung gemäß Tarifvertragsgesetz auf Außenseiter erstreckt werden, sondern darüber hinaus auch durch eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales nach § 7 AEntG n. F. Für andere Branchen mit einer Tarifbindung von mindestens 50 Prozent besteht die Möglichkeit, in das AEntG aufgenommen zu werden und tarifliche Mindestlöhne zu vereinbaren.[94] Das Gesetz regelt nach seiner Neufassung 2009 rein innerstaatliche wie grenzüberschreitende Sachverhalte gleichermaßen.[95] Die ursprüngliche Intention des Gesetzes war, der Gefahr der Unterbietung durch entsandte Arbeitnehmer und den damit verbundenen Wettbewerbsvorteilen von Unternehmen aus Ländern mit niedrigeren Lohn- und Sozialstandards entgegenzutreten. Angesichts der aufgrund des Herkunftslandprinzips drohenden Wettbewerbsnachteile für den deutschen Arbeitsmarkt hatten sich der deutsche und auch der europäische Gesetzgeber mit AEntG und Entsenderichtlinie 96/71/EG[96] entschlossen, im Bereich der Arbeitnehmerentsendung spezialgesetzlich tätig zu werden und dem Arbeitsortprinzip einen höheren Stellenwert einzuräumen.[97] So bestimmt § 7 Absatz 1 AEntG n.F. explizit, dass die Rechtsnormen des allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags „auf alle unter seinen Geltungsbereich fallenden und nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen Anwendung finden“. Die (ausdrückliche) Erstreckung auf anderweitig tarifgebundene Arbeitnehmer („nicht an ihn gebundenen“ statt früher „nicht tarifgebundenen“) wurde im Rahmen der Neufassung des AEntG 2009 zusammen mit den Regelungen zur Ermittlung des vorrangig zugrunde zu legenden Tarifvertrags in § 7 Absatz 2 und 3 AEntG n. F. mit aufgenommen, um einer (Wortlaut-)Argumentation wie etwa der des Verwaltungsgerichts Berlin im Fall Postmindestlohn[98] den Grund zu entziehen. So wurde zumindest dem Wortlaut nach die Verdrängung von Tarifverträgen durch die Allgemeinverbindlicherklärung ermöglicht. Ob damit allerdings die bereits oben aufgeführten verfassungsrechtlichen Bedenken ausgeräumt werden können, ist trotz der die Verfassungsproblematik aufschlüsselnden Gesetzesbegründung[99] zweifelhaft und wird letztlich vom Bundesverfassungsgericht entschieden werden müssen.

972. In Deutschland gibt es (Stand: 1. April 2010) neun gültige und durch Rechtsverordnung verbindliche Mindestlohn-Tarifverträge auf Grundlage des AEntG.[100] Für die Gebäudereinigung trat zum 10. März 2010 und für das Dachdeckergewerbe zum 19. März 2010 ein neuer Mindestlohn in Kraft. Die nachfolgende Tabelle V.2 zeigt, dass die Mindestlöhne in Deutschland zwischen 6,36 Euro pro Stunde (Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft in den neuen Ländern und Berlin) und 12,90 Euro (Baugewerbe in den alten Bundesländern) lagen. Der Mindestlohn für die Abfallwirtschaft liegt deutschlandweit bei 8,02 Euro pro Stunde und im Dachdeckerhandwerk bei 10,60 Euro. Bei Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken liegt der Mindestlohn für Hauer und Facharbeiter mit Spezialkenntnissen bundesweit bei 12,41 Euro und damit über dem für Werker und Hauer (11,17 Euro). Im Bauhauptgewerbe, im Elektrohandwerk, bei den Gebäudereinigern, bei den gelernten Arbeitern und Gesellen des Maler- und Lackiererhandwerks sowie bei den Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft gelten im früheren Bundesgebiet höhere Mindestlöhne als in den in den neuen Ländern. Im Bauhauptgewerbe sowie im Maler- und Lackierergewerbe im früheren Bundesgebiet wird zusätzlich noch zwischen Ungelernten und Facharbeitern unterschieden: So erhalten beispielsweise ungelernte Arbeitnehmer im Maler- und Lackiererhandwerk in den alten Bundesländern 9,50 Euro pro Stunde, gelernte Arbeiter und Gesellen 11,25 Euro. Für die Fachwerker, Maschinisten und Kraftfahrer des Bauhauptgewerbes gibt es in den neuen Ländern (ohne Berlin) keine Mindestlöhne. Wenngleich der Mindestlohn für Briefdienstleister bei der Mindestlohnabbildung des Statistischen Bundesamtes und auch im Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales aufgeführt wird, so ist er bereits vom Bundesverwaltungsgericht in einem

---

93 Vgl. hierzu die Abschnitte 5.1 und 5.2.1.

94 Vgl. Gesetzesbegründung, Bundestagsdrucksache 16/10486 vom 7. Oktober 2008, S. 10 ff.

95 Vgl. Thüsing, in: Thüsing, G. (Hrsg.), Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) und Erläuterungen zum Mindestarbeitsbedingungengesetz, München 2010, § 1 AEntG, Rn. 2.

96 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. EG Nr. L 18 vom 21. Januar 1997, S. 1.

97 Vgl. Thüsing, in: G. Thüsing, G. (Hrsg.), Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) und Erläuterungen zum Mindestarbeitsbedingungengesetz, München 2010, Vor § 1 AEntG, Rn. 4, 5.

98 Vgl. VG Berlin, Beschluss vom 7. März 2008, AZ 4 A 439.97, inhaltlich bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2010, 8 C 19.09, dort allerdings schon wegen formeller Verletzung von Beteiligungsrechten.

99 Vgl. Bundestagsdrucksache 16/10486, S. 12 f.

100 Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge, Stand: 1. April 2010, S. 5, http://www.bmas.de/portal/38140/property=pdf/arbeitsrecht__verzeichnis__allgemeinverbindlicher__tarifvertraege.pdf [Stand: 8. April 2010].

Urteil vom 28. Januar 2010 für unwirksam erklärt worden.[101]

973. Der in Abschnitt 3.4 aufgezeigte geringe Organisationsgrad der Gewerkschaften mag eine Antwort auf Flexibilisierungserfordernisse der Arbeitswelt sein, was im Rahmen der Tarifautonomie zunächst unproblematisch erscheint. Durch die negative Koalitionsfreiheit sind die Arbeitnehmer und Arbeitgeber auch vor der Koalition geschützt: Aus Artikel 9 Absatz 3 GG folgt unmittelbar auch das Recht des einzelnen Arbeitnehmers oder Arbeitgebers, keine Koalitionen zu gründen, sich nicht zu Koalitionen zusammenzuschließen, bestehenden Koalitionen fernzubleiben sowie aus diesen auszutreten.[102] Eine Allgemeinverbindlicherklärung hat indes eine hohe Tarifbindung zum Ziel. Sie verstärkt die Kartellwirkung des Tarifvertrags, da sie den Lohnwettbewerb auf dem Arbeitsmarkt nun vollständig unterbindet und die Lohnhöhe für eine ganze Wirtschaftsgruppe bzw. für die Wirtschaftsgruppe einer bestimmten Region vollständig von dem Wettbewerbsprozess abkoppelt. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen wird seit ihrer Einführung im Jahr 1918 einerseits als Instrument zum Schutz der Tarifgebundenen vor Lohnunterbietung durch Außenseiter, andererseits zum Schutz der Außenseiter vor unangemessenen Arbeitsbedingungen gesehen. Nun ist dieses Instrument aber auch in die Kritik geraten, da es gleichwohl Außenseitern den Zugang zur Arbeitswelt erschwert.[103] Dieses Problem soll hier indes nicht thematisiert werden.

974. Von Bedeutung sind an dieser Stelle vielmehr die unmittelbaren wettbewerbsbehindernden Einflüsse von Allgemeinverbindlicherklärungen auf den Produktmarkt. Besondere Vorsicht ist dort geboten,[104] wo eine geringe Wettbewerbsintensität auf dem Produktmarkt herrscht, große Produktivitätsunterschiede bestehen und Kunden kaum auf andere Produkte ausweichen können. So schützen die Allgemeinverbindlicherklärungen die organisierten Arbeitgeber, indem sie verhindern, dass Wettbewerber geringere Löhne zahlen und dadurch einen Kostenvorteil genießen. Branchenweite tarifliche Mindestlöhne auf der Basis von Allgemeinverbindlicherklärungen dienen als Markteintrittsbarriere für weniger produktive Unternehmen, während relativ produktivere Unternehmen in der Lage sind, höhere Löhne zu zahlen. Allgemeinverbindlicherklärungen können so eine größere Unternehmenskonzentration auf dem Produktmarkt bedingen.[105] Die mannigfaltigen Gesetzesziele gemäß § 1 AEntG reichen von der Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer bis hin zur Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen; es soll zugleich sozialversicherungspflichtige Beschäftigung erhalten und die Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie gewahrt werden. Das Ziel der Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen irritiert, denn der Gesetzgeber schafft mit dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz stattdessen eine Beschränkung des Wettbewerbs, indem die Lohnsetzung der Unternehmen dem Wettbewerb entzogen wird und Märkte damit abgeschottet werden. Diese wettbewerbsreduzierende Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung ist aus volkswirtschaftlicher Sicht problematisch.

975. Wie Williamson anhand des Pennington Case gezeigt hat[106], können Mindestlöhne als effektive Markteintrittsbarriere für den Produktmarkt missbraucht werden, wenn sich die betroffenen Unternehmen in ihrer Produktivität hinreichend unterscheiden. Ein aktuelles Beispiel hierfür aus Deutschland ist der Verdrängungskampf der Deutschen Post AG mittels eines allgemeinverbindlichen Mindestlohns.[107] Mithilfe des Mindestlohns für die Branche „Briefdienstleistungen“ konnte die Deutsche Post AG die Kosten ihrer Wettbewerber deutlich erhöhen, ohne selbst stark betroffen zu sein, da die Beschäftigten der Deutschen Post AG und ihrer Konzerntöchter fast durchgehend höhere Löhne nach dem Haustarifvertrag der Deutschen Post AG erhalten. Die Deutsche Post AG zahlt Löhne, die weit über der bei Wettbewerbern üblichen Entlohnung für vergleichbare Tätigkeiten liegen. Dies ist mit der Weitergabe eines Teils der Monopolrenten an die Beschäftigten der Deutschen Post AG zu begründen. Unternehmen, die auf monopolistisch geprägten Absatzmärkten agieren, realisieren nicht nur höhere Kapitalerträge, sondern zahlen in der Regel auch Löhne über dem markträumenden Niveau. Wie weit die Löhne über dem markträumenden Niveau liegen, ist abhängig von der Höhe der Monopolrenten und der relativen Verhandlungsmacht der Tarifvertragsparteien. Bei der Deutschen Post AG haben die Deutsche Postgewerkschaft und später ver.di große Verhandlungsmacht bewiesen und einen Lohnsatz über dem marktüblichen Niveau der Wettbewerber der Deutschen Post AG verhandelt. Selbst zwei Jahre nach Wegfall der Exklusivlizenz für Briefe bis 50 g für die Deutsche Post am 1. Januar 2008 lag der Marktanteil des ehemaligen Staatsmonopolisten Deutsche Post AG 2009 im lizenzierten Briefbereich bei 88,2 Prozent[108]; die Umsatzrendite im Briefbereich war deutlich höher als die in anderen, wettbewerblich organisierten Bereichen üblicherweise erzielten Renditen.[109] Wettbewerbliche Be-

---

[101] Vgl. Statistisches Bundesamt, Mindestlöhne in Deutschland nur für einzelne Branchen, Wiesbaden 2010, http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/VerdiensteArbeitskosten/Tarifverdienste/Mindestloehne/AktuellD.psml [Stand: 6. April 2010], sowie Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge, Stand: 1. April 2010, S. 5, http://www.bmas.de/portal/38140/property=pdf/arbeitsrecht__verzeichnis__allgemeinverbindlicher__tarifvertraege.pdf [Stand: 8. April 2010], und BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2010, 8 C 19.09.

[102] Vgl. BVerfGE 50, 290 (367); 55, 7 (21); 57, 220 (245); 64, 208 (213); BAGE 20, 175 (214 f.).

[103] Vgl. Lesch, H., Die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen, Köln 2003.

[104] Vgl. Abschnitt 5.1.1.

[105] Vgl. hierzu erneut die explizit auf Allgemeinverbindlicherkärungen zugeschnittene, modelltheoretische Analyse von Haucap, J., Pauly, U., Wey, C. a. a. O., S. 287–307, sowie Abschnitt 5.1.

[106] Vgl. Abschnitt 5.1.2.

[107] Vgl. dazu eingehend Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln, Sondergutachten 51, Baden-Baden, 2007, Tz. 51 ff., sowie Monopolkommission, Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen, Sondergutachten 57, Baden-Baden 2009, Tz. 55 ff.

[108] Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2009, S. 142.

[109] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., 2007, Tz. 58–60, sowie Monopolkommission, Sondergutachten 57, a. a. O., 2009, Tz. 55 ff. m. w. N.

Tabelle V.2

Verbindliche branchenspezifische Mindestlöhne in Deutschland gemäß Arbeitnehmer-Entsendegesetz
(Stand: 19. März 2010)

Mindestlöhne	Alte Bundesländer mit Berlin	Neue Bundesländer ohne Berlin
	Euro/Std.	
1) Abfallwirtschaft	8,02	8,02
2) Bauhauptgewerbe		
Werker. Maschinenwerker	10,80	9,25
Fachwerker, Maschinisten, Kraftfahrer	12,90 Berlin: 12,75	–[1]
3) Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken		
Hauer/Facharbeiter mit Spezialkenntnissen	12,41	12,41
Werker/Hauer	11,17	11,17
4) Briefdienstleister[2]		
Briefzusteller	9,80	9,80
Sonstige Tätigkeiten	8,40	8,40
5) Dachdecker	10,60	10,60
6) Elektrohandwerk	9,60[3]	8,20[4]
7) Gebäudereinigung		
Innen- und Unterhaltungsreinigungsarbeiten	8,40	6,83
Glas- und Fassadenreinigungsarbeiten	11,13	8,66
8) Maler und Lackierer		
Ungelernte Arbeitnehmer	9,50	9,50
Gelernte Arbeiter, Gesellen	11,25	9,50
9) Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft	7,51	6,36[5]

1 Nicht vorhanden.
2 Vom Bundesverwaltungsgericht für unwirksam erklärt.
3 Ohne Berlin.
4 Berlin.
5 Neue Bundesländer mit Berlin.

Quelle: Darstellung in Anlehnung an: Statistisches Bundesamt Deutschland, Mindestlöhne – Mindestlöhne in Deutschland am 19. März 2010, http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/VerdiensteArbeitskosten/Tarifverdienste/Mindestloehne/Tabellen/Content75/MindestlohnDeutschland,templateId=renderPrint.psml [Stand: 6. April 2010], sowie für Fn 2: BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2010, 8 C 19/09

denken ergeben sich, da Wettbewerber mit geringer Produktivität von dem Marktmächtigen über das Vehikel der höheren Löhne aus dem Markt gedrängt werden.[110] Insbesondere im Falle geringer Nachfrageelastizitäten seitens der Briefkunden (man denke z. B. an Behördenpost) sowie angesichts des hohen Marktanteils der Deutschen Post AG im Briefmarkt verhindern Mindestlöhne hier wirksam einen aufkeimenden Wettbewerb. Es werden von den Akteuren ganz andere Ziele verfolgt, als diese Maßnahme der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen auf den ersten Blick vermuten lässt. Das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung wird insofern strategisch für wettbewerbsfeindliche Ziele missbraucht.

976. Ein weiteres Beispiel für einen wettbewerblichen Missbrauch der Allgemeinverbindlicherklärung ist der durch Verordnung vom 1. Januar 2010 in Kraft getretene

[110] Die zunächst geringere Produktivität der Wettbewerber zeigt sich an folgendem Beispiel: Während die Briefträger der Deutschen Post AG und der Konkurrenz beinahe denselben Weg zurücklegen, kann der Briefträger der Deutschen Post AG, im Vergleich zu den Briefträgern der Konkurrenz, in jeden Briefkasten eines Hochhauses mehrere Briefe einwerfen. Der Mindestlohn führt dazu, dass die Kosten des Produktionsfaktors „Arbeit“ bei der Konkurrenz pro Brief trotz der höheren Löhne bei der Deutschen Post AG wesentlich höher sind. Vgl. Haucap, J., Inderst, R., Der Post-Skandal, Handelsblatt vom 6. November 2007, http://www.handelsblatt.com/politik/nachrichten/der-post-skandal%3B1347649 [Stand: 29. März 2010].

Mindestlohn in der Abfallwirtschaft.[111] Die von den kommunalen Interessenvertretern der Abfallwirtschaft und Stadtreinigung geforderte verbindliche Lohnuntergrenze für die gesamte Branche weist Parallelen zu den Entwicklungen auf dem Postmarkt auf. Auch auf diesem Markt liegen bei kommunalen Entsorgungsbetrieben nach eigenen Angaben die Löhne bereits jetzt über dem angestrebten Mindestlohn von 8,02 Euro.[112] Wenn kommunale Interessenvertreter Lohnuntergrenzen für Wettbewerbsunternehmen fordern, welche sie bereits selbst überschreiten, dann liegt die Vermutung nahe, dass hier weniger der Wunsch nach einer besseren Entlohnung für die Arbeitnehmer der Wettbewerber ausschlaggebend sein dürfte, sondern vielmehr über den Umweg einheitlicher Löhne die Kosten privater Wettbewerber erhöht werden sollen, um diese im Wettbewerb zu schwächen.[113]

977. Ebenso wie in ihrem Sondergutachten Bahn aus dem letzten Jahr[114] kritisiert die Monopolkommission auch an dieser Stelle erneut die Bestrebungen[115] verschiedener Gewerkschaften im Bahnsektor, einen einheitlichen Branchentarifvertrag für die Unternehmen im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) zu verabschieden und im Anschluss gemäß TVG durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales für allgemeinverbindlich erklären zu lassen. Die Folge hieraus wäre, dass das Lohnniveau im SPNV einer Kontrolle des Wettbewerbs vollkommen entzogen würde. Eine systematische Erhöhung aller Löhne könnte somit an die öffentlichen Aufgabenträger durchgereicht werden, ohne dass diesem Vorgehen Auswirkungen auf ihre Konkurrenzfähigkeit im Wettbewerb auf dem Verkehrsmarkt gegenüberstünden. Eine solche Lohnerhöhung bedeutet insofern lediglich erhöhte Subventionsforderungen der SPNV-Unternehmen. Langfristig bedingen höhere Subventionsausgaben, dass weniger Strecken an SPNV-Unternehmen ausgeschrieben werden können bzw. die Regionalisierungsmittel für die Länder erhöht werden müssen. Auch wenn nur wenige Wettbewerber der Deutschen Bahn AG ohne Tarifvertrag operieren, würde für diese Unternehmen eine Allgemeinverbindlicherklärung eine Schwächung ihrer Wettbewerbsfähigkeit bedeuten. Eine vollständige Abkopplung der wettbewerblichen Kontrolle über die Lohnhöhe ist nach Auffassung der Monopolkommission ein falscher Weg. Aufgrund seiner massiven Eingriffsintensität auf den Produktmarktwettbewerb lehnt die Monopolkommission das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung aus ordnungspolitischer Sicht in Gänze ab.

5.2.2 Mindestlöhne gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz

978. Bei der Frage nach den Auswirkungen von Mindestlöhnen gemäß MiArbG auf den Wettbewerb soll an dieser Stelle nicht diskutiert werden, ob ein Mindestlohn sozial wünschenswert ist, welche Höhe er haben muss und wie er sich auf die Arbeitslosenzahlen und die Arbeitslosenstruktur auswirkt. Es soll lediglich um die Möglichkeiten eines Missbrauchs der Festlegung von Mindestlöhnen gehen, durch die der Wettbewerb auf dem Produktmarkt massiv unterbunden wird.

979. Einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn hat es in Deutschland bisher nicht gegeben.[116] Das Thema „Mindestlohn“ spielt indes in der öffentlichen Diskussion eine wichtige Rolle und wird emotional diskutiert. Das MiArbG findet auf Wirtschaftszweige Anwendung, in denen entweder keine Tarifverträge bestehen oder nur solche für eine Minderheit der Arbeitnehmer und Arbeitgeber.[117] Dem Gesetzgeber soll nun gemäß MiArbG die Möglichkeit eröffnet werden, in diesen Wirtschaftszweigen Mindestarbeitsentgelte festzulegen. Das MiArbG ist seit seiner Neufasung 2009 nur noch auf Mindestarbeitsentgelte anwendbar, sein sachlicher Anwendungsbereich erstreckt sich nicht mehr auf Mindestarbeitsbedingungen generell.[118] § 8 Absatz 1 MiArbG bestimmt, dass Arbeitgeber mit Sitz im In- und Ausland, die unter den Geltungsbereich einer Rechtsverordnung nach § 4 Absatz 3 MiArbG fallen, verpflichtet sind, „ihren Arbeitnehmern mindestens die in der Rechtsverordnung für den Beschäftigungsort vorgeschriebenen Mindestarbeitsentgelte zu gewähren.“ Die Regelungen einer Rechtsverordnung über Mindestarbeitsentgelte gehen nach § 8 Absatz 2 Satz 1 MiArbG grundsätzlich tarifvertraglichen Regelungen vor, die zuungunsten des Arbeitnehmers von der Rechtsverordnung abweichen. Dies gilt nicht für abweichende Entgeltregelungen in einem Tarifvertrag nach dem Tarifvertragsgesetz, der vor dem 16. Juli 2008 (Zeitpunkt des Kabinettbeschlusses über das novellierte Gesetz) abgeschlossen worden ist.

980. Juristisch bedenklich ist auch dieser Eingriff dadurch, dass die Politik mit den Koalitionen in erhebliche Regelungskonkurrenz tritt und mit diesem Instrument

---

111 Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Neue Mindestlohnverordnung, http://www.bmas.de/portal/41506/2010__01__06__mindestlohn__abfall.html [Stand: 7. Januar 2010].

112 Vgl. VKA – Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände, Kommunale Entsorgungsbetriebe fordern weiter den Mindestlohn, Presseinformation vom 30. November 2009, http://www.vka.de/site/1211245798844440/april_2008/presse/presseinformationen/news-132.htm [Stand: 01.07.2010]

113 Die Entsorgungsbranche hat mit der Streichung von Arbeitsplätzen auf die Einführung des Mindestlohns reagiert. So seien nach Angaben des Bundesverbandes Sekundärrohstoffe und Entsorgung (BVSE) im Jahr 2009 in der Entsorgungswirtschaft zwischen 8 000 und 10 000 Arbeitsplätze verloren gegangen; dies sei ein Minus von rund 4 Prozent. Wegen der höheren Löhne würden vor allem einfache Dienstleistungen, wie die Sortierung von Alttextilien oder Reinigungsarbeiten für große Unternehmen, vielfach gar nicht mehr angeboten. Vgl. o. V., Mindestlohn kostet Stellen in der Müllbranche, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 30. März 2010, S. 11.

114 Vgl. Monopolkommission, Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung, Sondergutachten 55, Baden-Baden 2009, insbesondere Tz. 79 ff.

115 Vgl. Wettbewerb im SPNV braucht einen Branchentarifvertrag, GDBA-magazin, Juni 2009, S. 16 ff.

116 Vgl. Thüsing, in: Thüsing, G. (Hrsg.), Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) und Erläuterungen zum Mindestarbeitsbedingungengesetz, München 2010, Einleitung Rn. 43.

117 Vgl. Abschnitt 4.2.

118 Vgl. Joussen, in: Thüsing, G. (Hrsg.), Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) und Erläuterungen zum Mindestarbeitsbedingungengesetz, München 2010, Vor § 1 MiArbG Rn. 25.

eine Unzufriedenheit gegenüber den Ergebnissen aus der Tarifautonomie offenbart. Die Tarifautonomie gemäß Artikel 9 Absatz 3 GG garantiert jedoch den Arbeitsvertragsparteien, dass sie ihre Interessengegensätze in eigener Verantwortung austragen können. Wo ein angemessenes Arbeitsentgelt indes schon durch den Staat gewährleistet wird, erscheint der Abschluss von Tarifverträgen letztlich überflüssig; höhere als die staatlich festgelegten, angemessenen Arbeitslöhne können schon begrifflich fast nur noch unangemessen sein.

981. Der Eingriff in einen Kernbereich tarifvertraglicher Regelungsautonomie wird zusätzlich dadurch intensiviert, dass auf der Grundlage des MiArbG nicht nur die unterste Grenze der Entgelte in einem Wirtschaftszweig für den Beschäftigungsort festgelegt werden kann, sondern dabei nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Regionen differenziert werden kann.

982. Für einen Wirtschaftszweig kann damit nicht nur eine absolute staatliche Lohnuntergrenze festgesetzt werden, vielmehr könnte er unter Umständen mit einem staatlichen Lohngitter überzogen werden, d. h. der Mindestlohn fungiert nicht im Sinne einer generellen, einheitlichen Existenzsicherung, sondern insofern als angemessener Lohn für die entsprechende Tätigkeit. Darüber hinaus muss bedacht werden, dass staatliche Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers nur dort begründet sind, wo das Verhandlungsgleichgewicht zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite gestört ist. Dies nun jedem Tarifvertrag zu unterstellen, der von den Festsetzungen des MiArbG abweicht, entbehrt jedoch einer hinreichenden Grundlage. Überdies erscheint die Begrifflichkeit der „sozialen Verwerfungen“ inhaltlich unscharf und unbestimmt. Funktionell ist die Koalitionsfreiheit vor allem soziales Schutzrecht: Sie bedingt den Schutz der (organisierten) Arbeitnehmerschaft. Jedoch folgen aus ihr keine sozialen Leistungsansprüche gegen den Staat. Im Gegenteil: Gerade dem liberalen Freiheitsrechtscharakter der Koalitionsfreiheit entspricht die verfassungsrechtliche Zielsetzung eines der organisierten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberschaft zustehenden Rechts auf freiheitlich-autonome Interessenauseinandersetzung und -befriedung.[119]

983. Das Mindestarbeitsbedingungengesetz soll eine staatliche Mindestlohnfestsetzung in den Branchen ermöglichen, in denen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände nicht bestehen oder nur eine Minderheit der Arbeitnehmer und Arbeitgeber umfassen. Eine Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten für einen Wirtschaftszweig, in dem die tarifliche Bindungsquote unter 50 Prozent liegt, bewirkt dieselben Missbrauchsgefahren wie das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung.[120] Zunächst befindet der Hauptausschuss (dessen Mitglieder gemäß § 2 Absatz 2 Satz 3 MiArbG in der Lage sein müssen, die sozialen und ökonomischen Auswirkungen von Mindestarbeitsentgelten einzuschätzen, derzeit unter dem Vorsitz des früheren Hamburger Bürgermeisters und SPD-Politikers Klaus von Dohnanyi) darüber, ob in einem Wirtschaftszweig Mindestarbeitsentgelte festgesetzt werden sollen. Anschließend ist es Aufgabe von Fachausschüssen (welche nach § 4 Absatz 1 MiArbG vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales für den konkreten Wirtschaftszweig anlassbezogen errichtet werden und gemäß § 5 Absatz 1 Satz 1 MiArbG aus je einem Vorsitzenden und je drei Beisitzern aus Kreisen der beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber bestehen), die konkrete Lohnuntergrenze festzulegen. Den immer stärker werdenden politischen Einfluss auf die Lohnfestlegung sieht die Monopolkommission vor dem Hintergrund des Tarifvorrangs generell mit Sorge. Vorgegebene Mindestlöhne sind ein starres Konstrukt, wodurch eine Lohnabweichung nach unten nicht zugelassen wird und die Ausbreitung der Mindestlöhne zudem stark abhängig von dem jeweiligen politischen Willen sind. Die Tatsache, dass es in einem Wirtschaftszweig eine geringe tarifliche Bindungsquote gibt und damit das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung nicht greift, ist eine Ausprägung der Koalitionsfreiheit und nicht zwangsläufig reformbedürftig. Hier zeigt sich beispielsweise, dass an dieser Stelle der Markt einzelvertragliche Flexibilitäten benötigt. Eine dadurch bedingte Erhöhung der Personalkosten bewirkt, insbesondere für Newcomer, eine wettbewerbliche Schwächung. Dieses Instrument zielt insofern auf eine Beschränkung des Lohn- und Produktwettbewerbs und bewirkt dieselben angesprochenen Probleme wie eine Allgemeinverbindlicherklärung. Es ist aus wettbewerblicher Perspektive abzulehnen.

5.2.3 Spartengewerkschaften

984. Besondere Aufmerksamkeit ist hinsichtlich wettbewerblicher Probleme bei Spartengewerkschaften geboten. Die aktuelle Frage, ob an dem Konzept der Tarifeinheit[121] festgehalten werden soll oder nicht, basiert ebenfalls auf dieser Thematik: So entzog der Marburger Bund als Ärztegewerkschaft auf seiner 108. Hauptversammlung 2005 der Gewerkschaft ver.di die Verhandlungsvollmacht. Die bis dato bereits 55 Jahre alte Verhandlungsgemeinschaft mit der damaligen Deutschen Angestellten-Gewerkschaft und nachfolgend mit der heutigen Gewerkschaft ver.di wurde damit beendet. Grund war die Unzufriedenheit des Marburger Bundes mit den damaligen Verhandlungsergebnissen im Rahmen der Umstellung des Bundes-Angestelltentarifvertrags (BAT) durch den Tarifvertrag öffentlicher Dienst (TVöD). Der Marburger Bund wollte eigenständig mit Bund, Ländern und Kommunen verhandeln und so die spezifischen ärztlichen Interessen besser vertreten.[122] Aktuell hat sich der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Beschlüssen vom

[119] Vgl. Scholz, in: Isensee, J., (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Heidelberg 2001, Bd. 6: Freiheitsrechte, § 151 „Koalitionsfreiheit“ m. w. N.

[120] Vgl. Abschnitt 5.2.1.

[121] Vgl. Abschnitt 4.3.

[122] Vgl. Marburger Bund, Beschlüsse der 108. Hauptversammlung, 10. September 2005, http://www.marburger-bund.de/site/bundesverband/aktuelles/mbintern/hv_beschluesse/108hv/108-HV-Beschluesse.pdf [Stand: 16. Februar 2010] sowie Marburger Bund, Pressekonferenz, 12. September 2005, http://www.marburger-bund.de/site/bundesverband/aktuelles/mbintern/hv_beschluesse/108hv/index.htm [Stand: 16. Februar 2010].

23. Juni 2010[123] der vom Vierten Senat im Anfragebeschluss vom 27. Januar 2010[124] dargelegten Rechtsauffassung angeschlossen und den Grundsatz „ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ aufgegeben. Danach können nunmehr auch nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in einem Betrieb mehrere Tarifverträge für unterschiedliche Berufsgruppen anwendbar sein.

985. Das Auftreten von Spartengewerkschaften ist eine Konsequenz aus der Tarifautonomie und insofern auf den ersten Blick unbedenklich, denn in welcher Form sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber organisieren, bleibt gemäß Koalitionsfreiheit den Akteuren selbst überlassen. Verhandlungsstarke Spartengewerkschaften ziehen einen Nutzen daraus, Lohnverhandlungen separat von einer Einheitsgewerkschaft zu führen. Aus wettbewerblicher Perspektive besteht das Problem darin, dass das gegenwärtige Institutionengefüge Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden erlaubt, ihre Verteilungskonflikte auf dem Rücken Dritter auszutragen. Der Tausch von Tarifleistungen durch komplementären Gewerkschaftswettbewerb wird aus ökonomischen Überlegungen heraus dadurch unmöglich gemacht, dass Spartengewerkschaften es ausnutzen können, wenn beispielsweise Branchengewerkschaften aufgrund wirtschaftlicher Krisenzeiten auf Lohn(-zuwächse) verzichten und diese gegen Arbeitsplatzsicherheit eintauschen. „Arbeitsplatzsicherheit“ hat insofern die Eigenschaften eines Kollektivgutes, von dessen Nutzung eine gesamte Berufsgruppe nicht ausgenommen werden kann. So erscheint es personalpolitisch nicht praktikabel, dass beispielsweise die Deutsche Bahn allen Mitarbeitern – mit Ausnahme der Lokomotivführer – für eine bestimmte Zeitspanne Arbeitsplatzsicherheit garantiert und ausschließlich den Lokomotivführern betriebsbedingt kündigen darf. Spartengewerkschaften können infolgedessen von dem Personalbudget noch mehr für sich einfordern; sie können aufgrund ihrer Schlüsselposition im Wirtschaftsprozess leicht auf die Renten ihres Unternehmens zugreifen. Dies ist insbesondere auf Märkten mit Marktzutrittsbarrieren und Monopolrenten eine attraktive Option. Es zeigt sich ein ungleicher Gewerkschaftswettbewerb zugunsten der Spartengewerkschaften mit hohem Drohpotenzial. Zugeständnisse der Branchengewerkschaft führen nicht dazu, dass die Spartengewerkschaften ebenfalls diese Zugeständnisse machen. Für jede ausdifferenzierte Gruppe der Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist es naheliegend, nicht mit den anderen Gruppen zu kooperieren, sich tarifpolitisch zulasten der jeweils anderen Tarifakteure zu einigen und diesen die Kosten der Internalisierung der tarifpolitischen Externalitäten zu überlassen. Auf monopolisierten Produktmärkten mit geringer Nachfrageelastizität heißt dies, dass sich durch die höheren Arbeitskosten die Preise immer weiter erhöhen.[125] Die Tauschoption „Arbeitsplatzsicherheit“ anstelle von „Lohnerhöhung“ muss allerdings nach Meinung der Monopolkommission aus Flexibilitätsgründen möglich sein. Das Missbrauchspotenzial aufgrund der Macht der Spartengewerkschaften muss reduziert werden.

986. Zu befürchten ist darüber hinaus ein möglicher Überbietungswettbewerb diverser Konkurrenzgewerkschaften in den Verhandlungen sowie ein Dominoeffekt auf andere gewerkschaftlich vertretene Berufsgruppen – insbesondere dann, wenn sich höhere Löhne auf den Produktmärkten leicht externalisieren lassen. Hinzuweisen ist auch auf eine mögliche Zunahme der Streiks. Gewerkschaften einzelner Berufsgruppen drohen immer öfter, die Friedensfunktion von Tarifverträgen auszuhebeln: Ein Arbeitgeber schließt mit einer Branchengewerkschaft einen Kompromiss, doch konkurrierende Gewerkschaften erstreiken anschließend für ihre Klientel bessere Konditionen.

987. Allerdings kann es unter Umständen auch öffentlichen Druck durch die öffentliche Meinung geben. So kapitulierte die Gewerkschaft Cockpit als Verband der Verkehrsflugzeugführer und Ingenieure im Februar 2010 vor der Unternehmensleitung, den Medien und der Bundesregierung. Cockpit verpflichtete sich vor dem Frankfurter Arbeitsgericht, ohne Vorbedingungen an den Verhandlungstisch zurückzukehren und den Streik bis zum 8. März 2010 auszusetzen.[126]

988. Abschließend soll auf eine Besonderheit hingewiesen werden. Auf Märkten mit subventionierten Unternehmen (etwa SPNV-Unternehmen) oder einer generellen Versicherungspflicht, wie der Krankenversicherungspflicht im Gesundheitssektor, taucht überdies ein Problem auf, das aus dem Bereich des öffentlichen Dienstes bekannt ist. Während überzogene Tarifabschlüsse auf Wettbewerbsmärkten in der Privatwirtschaft durch entstehende Wettbewerbsnachteile die Existenz der Unternehmen (und damit Arbeitsplätze) gefährden, besteht im öffentlichen Dienst die Möglichkeit, die nach zu hohen Tarifabschlüssen leeren Kassen durch eine Erhöhung von Steuern, Gebühren und Tarifen zu füllen. Arbeitnehmer in der Privatwirtschaft haben insofern ein eigenes Interesse an der Angemessenheit ihrer Tarifabschlüsse, das in gleicher Weise für den öffentlichen Dienst nicht besteht. Es herrscht eine besondere Betroffenheit der Allgemeinheit, da diese aufgrund eines oft unvollständigen Wettbewerbs im öffentlichen Dienst häufig nicht auf andere Anbieter ausweichen kann. Die Schäden von nicht direkt an der Tarifauseinandersetzung beteiligten Dritten sind daher beträchtlich: So wird die Bevölkerung nicht nur durch den Ausfall der Dienstleistungen geschädigt, sondern überdies unmittelbar als Steuerzahler von dem Ergebnis der Tarifverhandlungen tangiert, denn letztlich ist es der Steuerzahler, der seinen Anteil zur Finanzierung der Personalkosten des öffentlichen Dienstes zu leisten hat.[127] Dass höhere Personalkosten bei der Bahn an den öffent-

[123] Vgl. BAG, Beschlüsse vom 23. Juni 2010, 10 AS 2/10 und 10 AS 3/10.
[124] Vgl. BAG, Beschluss vom 27. Januar 2010, 4 AZR 549/08 (A).
[125] Vgl. insbesondere Tz. 988.

[126] Vgl. o. V., Bundesregierung schaltet sich in den Arbeitskampf der Lufthansa ein, FAZ vom 22. Februar 2010, S. 11; o. V., Streik bei Lufthansa bis zum 8. März ausgesetzt, FAZ vom 23. Februar 2010, S. 1; o. V., Wir sind an Lösungen interessiert, FAZ vom 24. Februar 2010, S. 14.
[127] Vgl. hierzu Pusch, T., Alternativen zum Arbeitskampfrecht im öffentlichen Dienst, Berlin 2002.

lichen Aufgabenträger in Form höherer Subventionen weitergereicht werden, wurde bereits erläutert. Ein ähnliches Problem zeigt sich beispielsweise auch im Gesundheitssektor: Die generelle Krankenversicherungspflicht, eine geringe Nachfrageelastizität, stark bürokratische Strukturen und administrative Preise wirken als Anreiz, höhere Löhne über höhere Krankenkassenbeiträge oder höhere Subventionsforderungen zu externalisieren. Es zeigt sich insofern das Problem, dass in derartigen Bereichen der Daseinsvorsorge in Form eines Automatismus höhere Löhne einfach externalisiert werden können.

5.2.4 Fazit

989. Die deutsche Tariflandschaft wird durch zwei gegensätzliche Entwicklungen gekennzeichnet. Einerseits versuchen Spartengewerkschaften vermehrt, unabhängig von großen heterogenen Einheitsgewerkschaften höhere Tariflöhne für ihre Mitglieder auszuhandeln. Es kann insofern eine vermehrte Tarifpluralität, ein Aufbrechen des Flächentarifsystems konstatiert werden. Aktuell hat sich der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Beschlüssen vom 23. Juni 2010[128] der vom Vierten Senat im Anfragebeschluss vom 27. Januar 2010[129] dargelegten Rechtsauffassung angeschlossen und den Grundsatz „ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ aufgegeben. Danach können nunmehr auch nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in einem Betrieb mehrere Tarifverträge für unterschiedliche Berufsgruppen anwendbar sein. Auch vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich garantierten positiven und negativen Koalitionsfreiheit war eine Aufgabe des durch Richterrecht ausgeformten Prinzips der Tarifeinheit fast unvermeidlich.

990. Andererseits wurde und wird durch Gesetzgebung und Rechtsprechung das deutsche Flächentarifsystem stabilisiert (beispielsweise durch die Fortgeltung und Nachwirkung von Tarifverträgen (§ 3 Absatz 3 TVG und § 4 Absatz 5 TVG) oder die von den Arbeitsgerichten entwickelten strengen Anforderungen an die Tariffähigkeit). Der Gesetzgeber versucht aktuell vermehrt, der zunehmenden Erosion des deutschen Flächentarifsystems durch das neu gefasste MiArbG und das AEntG entgegenzuwirken. Im Falle der Allgemeinverbindlicherklärung und des möglichen staatlichen Mindestlohns gemäß MiArbG begibt sich der Staat allerdings in eine erhebliche Regelungskonkurrenz zu den Gewerkschaften. Denn wo für eine Branche bzw. die Branche in einer Region ein angemessenes Arbeitsentgelt bereits auf politischem Wege gewährleistet wird, erscheint der Abschluss von Tarifverträgen letztlich überflüssig. Höhere als die staatlich festgelegten, angemessenen Arbeitslöhne können schon begrifflich fast nur noch unangemessen sein. Zudem sinkt hierdurch der Anreiz, Mitglied einer Tarifkoalition zu werden.

991. Nun sind mit beiden Entwicklungslinien (Tarifeinheit vs. Tarifpluralität) der Tariflandschaft jedoch die aufgezeigten Probleme verbunden: So können auf der einen Seite Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß TVG und AEntG sowie staatliche Mindestlöhne gemäß MiArbG zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen auf den nachgelagerten Produktmärkten führen. Auf der anderen Seite erlaubt das derzeitige Institutionengefüge des Arbeitsmarktes, dass Spartengewerkschaften ihre Verteilungskonflikte zulasten Dritter, also beispielsweise weniger verhandlungsstarker Arbeitnehmergruppen, austragen können.

6. Handlungsempfehlungen

992. Aufbauend auf einer kurzen Zusammenfassung der in Abschnitt 5 herausgearbeiteten Probleme werden im Folgenden Handlungsempfehlungen bzw. Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt.

6.1 Allgemeinverbindlicherklärung gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz

993. Den immer stärker werdenden politischen Einfluss auf die Lohnfestlegung sieht die Monopolkommission vor dem Hintergrund des Tarifvorrangs generell mit Sorge. Sie weist darauf hin, dass die Allgemeinverbindlicherklärung eine erhebliche staatliche Regelungskonkurrenz für die Koalitionen darstellt und somit zu einer Schwächung der Tarifautonomie führen kann.

994. Die Monopolkommission spricht sich insbesondere aufgrund der Möglichkeit einer erheblichen Beschränkung des Produktmarktwettbewerbs sowie verfassungsrechtlicher Bedenken dagegen aus, dass bestehende Tarifverträge durch Rechtsverordnung verdrängt werden dürfen.

995. Es ist kein Zufall, dass das AEntG und das MiArbG zeitgleich novelliert wurden, denn beide Gesetze standen von Beginn an im Zentrum der gesetzgeberischen Debatte, wenn es um das politische Ziel der Einführung von Mindestlöhnen ging.[130] Mindestlöhne sind indes ökonomisch auch deshalb nicht unproblematisch, weil sie erhebliche negative Auswirkungen auf den nachgelagerten Produktmarkt haben können. Die Monopolkommission erachtet die Anwendung der Allgemeinverbindlicherklärung für besonders problematisch bei eingeschränktem oder nicht vorhandenem Wettbewerb auf betroffenen Produktmärkten, bei geringer Nachfrageelastizität sowie differierenden Produktivitätsniveaus der Unternehmen eines betroffenen Produktmarktes. Die Allgemeinverbindlicherklärung ist dazu geeignet, dass produktivere Unternehmen hohe Tarifabschlüsse strategisch dazu nutzen, weniger produktive Unternehmen mittels eines Branchenmindestlohns wettbewerblich zu behindern. Allgemeinverbindlicherklärungen können so eine größere Unternehmenskonzentration auf dem betroffenen Produktmarkt bedingen.

[128] Vgl. BAG, Beschlüsse vom 23. Juni 2010, 10 AS 2/10 und 10 AS 3/10.
[129] Vgl. BAG, Beschluss vom 27. Januar 2010, 4 AZR 549/08 (A).
[130] Vgl. Joussen, in: G. Thüsing, G. (Hrsg.), Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) und Erläuterungen zum Mindestarbeitsbedingungengesetz, München, Vor § 1 MiArbG Rn. 1.

996. Aufgrund der erheblichen wettbewerblichen Missbrauchsgefahr dieses Instruments befürwortet die Monopolkommission aus ordnungspolitischer Sicht eine starke Einschränkung der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen. Auf jeden Fall sollte eine Untersuchung absehbarer wettbewerblicher Folgen von Allgemeinverbindlicherklärungen vor deren Anordnung stattfinden. Insoweit begrüßt die Monopolkommission, wie auch bereits in ihrem Sondergutachten zur Unternehmensentflechtung, die geplante Implementierung eines generellen Stellungnahmerechts des Bundeskartellamtes im Gesetzgebungsverfahren.[131] Die Ausübung eines solchen Rechts durch eine fachlich unabhängige und ausschließlich dem Wettbewerbsschutz verpflichtete Behörde würde die möglichen Auswirkungen auf den Produktmarkt transparenter machen und die Entscheidungsgrundlage erheblich verbessern. Die Monopolkommission geht davon aus, dass sich die Berücksichtigung wettbewerblicher Aspekte im Gesetzgebungsprozess positiv auswirken wird. Sie verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass derzeit bereits einer ganzen Reihe nationaler Wettbewerbsbehörden (z. B. in Frankreich, Großbritannien, Italien und Spanien) die Aufgabe einer wettbewerblichen Folgenabschätzung gesetzlich übertragen ist.

6.2 Mindestlöhne gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz

997. Problematisch vor dem Hintergrund der Tarifautonomie ist auch bei diesem Instrument die Regelungskonkurrenz für die Tarifvertragsparteien. Die Tatsache, dass es in einem Wirtschaftszweig eine geringe tarifliche Bindungsquote gibt und damit das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung nicht greifen kann, ist eine Ausprägung der Koalitionsfreiheit und nicht zwangsläufig reformbedürftig. Hier zeigt sich beispielsweise, dass an dieser Stelle der Markt einzelvertragliche Flexibilitäten benötigt. Die Monopolkommission sieht keinerlei Notwendigkeit für ein solches Konkurrenzkonstrukt zu der Regelungsautonomie der Tarifvertragsparteien. Der Eingriff wird dadurch intensiviert, dass auf der Grundlage des MiArbG nicht nur die unterste Grenze der Entgelte in einem Wirtschaftszweig festgelegt wird, sondern dabei nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Regionen differenziert werden kann.

998. Insbesondere ist die Verdrängung bereits bestehender Tarifverträge vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich gewährten positiven und negativen Koalitionsfreiheit abzulehnen.

999. Mittels eines Mindestlohns auf der Basis des MiArbG wird eine Erhöhung der Arbeitskosten in dem jeweiligen Wirtschaftszweig bewirkt. Dies hat insbesondere für Newcomer eine Schwächung ihrer Wettbewerbsfähigkeit auf dem Produktmarkt zur Folge. Dieses Instrument zielt insofern auch auf eine Beschränkung des Lohn- und Produktwettbewerbs und ist aus wettbewerblicher Perspektive abzulehnen.

1000. Die Monopolkommission befürwortet daher eine Abschaffung der Möglichkeit, Mindestarbeitsentgelte nach dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen festzusetzen.

6.3 Spartengewerkschaften

1001. Berufs- oder auch Spartengewerkschaften zeichnen sich durch eine homogene Mitgliederstruktur aus. Erfolgreiche Spartengewerkschaften befinden sich an strategisch wichtigen Knotenpunkten des Wirtschaftsprozesses. Dieses Drohpotenzial ermöglicht ihnen eine größere Verhandlungsmacht gegenüber einer großen heterogenen Einheitsgewerkschaft. Insofern ist es für verhandlungsstarke Berufsgruppen rational, separate Lohnverhandlungen mit dem Arbeitgeber bzw. dem Arbeitgeberverband zu führen. Das zu beobachtende vermehrte Aktivwerden von Spartengewerkschaften ist indes mit einer ganzen Reihe von Problemen verbunden.

1002. Angesprochen sei zunächst der komplementäre Tarifwettbewerb zulasten verhandlungsschwächerer Arbeitnehmergruppen. Der Sinn kollektiver Lohnverhandlungen liegt jedoch gerade darin, Verhandlungsschwächen bestimmter Arbeitnehmergruppen im Vergleich zur Arbeitgeberseite zu kompensieren.

1003. Überdies scheint es kein Zufall zu sein, dass sich Spartengewerkschaften vornehmlich auf Märkten des Verkehrs- und Gesundheitssektors konzentrieren, also auf Märkten, auf denen lange Zeit monopolartige Strukturen herrschten. Auf Märkten mit subventionierten Unternehmen (etwa SPNV-Unternehmen) oder einer generellen Versicherungspflicht, wie der Krankenversicherungspflicht im Gesundheitssektor, taucht überdies das Problem auf, dass sich höhere Löhne über höhere Subventionsforderungen oder höhere Krankenkassenbeiträge leicht überwälzen lassen. In derartigen Bereichen der Daseinsvorsorge können also höhere Löhne gleichsam automatisch einfach an schutzlose Dritte weitergereicht werden.

1004. Zu befürchten sind darüber hinaus als Ergebnisse von Tarifpluralität Überbietungswettbewerbe diverser Konkurrenzgewerkschaften in den Verhandlungen sowie ein Dominoeffekt auf andere gewerkschaftlich vertretene Berufsgruppen. Hinzuweisen ist im Falle eines stärkeren Gewerkschaftswettbewerbs auch auf eine mögliche Zunahme von Streiks.

1005. Wenngleich Tarifpluralität mit Problemen verbunden ist, stellt aus verfassungsrechtlicher Perspektive die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit allerdings einen höchst problematischen Eingriff in die durch Artikel 9 Absatz 3 GG geschützte Koalitionsfreiheit dar. Nach der Aufgabe des Grundsatzes „ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ durch das Bundesarbeitsgericht[132] besteht die

[131] Vgl. Monopolkommission, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Sondergutachten 58, Baden-Baden 2010, Tz. 133 ff. Die Monopolkommission hat sich bereits in ihren beiden Post-Sondergutachten für ein Anhörungsrecht des Bundeskartellamtes bei jeder Form der Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesarbeitsminister ausgesprochen. Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., Tz. 79, 141, sowie Monopolkommission, Sondergutachten 57, a. a. O., Tz. 73, 194.

[132] Vgl. BAG, Beschlüsse vom 23. Juni 2010, 10 AS 2/10 und 10 AS 3/10.

dringliche Aufgabe des Gesetzgebers und der Arbeitsgerichtsbarkeit in der Entwicklung von Instrumenten zur Einhegung der faktisch bereits wirksamen Tarifpluralität.

1006. Dahingehende gesetzliche und richterrechtliche Bestimmungen haben dem grundgesetzlichen Rahmen zu folgen. Artikel 9 Absatz 3 Satz 1 GG gewährleistet „das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeit- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden." Diese im Grundgesetz verbürgte Koalitionsfreiheit kann jedoch nicht uneingeschränkt gelten:[133] Neben der Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers müssen gegenläufige Verfassungsgehalte aufgrund des Gebots der praktischen Konkordanz zum Ausgleich gebracht werden. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt es wesentlich auf den Gegenstand der gesetzlichen Regelung an. Der Grundrechtsschutz ist nicht für alle koalitionsmäßigen Betätigungen gleich intensiv. Die Wirkkraft des Grundrechts nimmt vielmehr in dem Maße zu, in dem eine Materie aus Sachgründen am besten von den Tarifvertragsparteien geregelt werden kann, weil sie nach der dem Artikel 9 Absatz 3 GG zugrunde liegenden Vorstellungen des Verfassungsgebers die gegenseitigen Interessen angemessener ausgleichen können als der Staat. Das gilt grundsätzlich vor allem für die Festsetzung der Löhne und der anderen materiellen Arbeitsbedingungen.[134]

1007. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit muss mit den verfassungsrechtlich geschützten Interessen Dritter in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden.[135] Man denke hierbei etwa an die Gruppe der Arbeitslosen, denen der Zugang zum Arbeitsmarkt erschwert wird (Artikel 12 Absatz 1 GG). Ebenfalls betroffen sind weniger leistungsfähige Beschäftigte, da hohe Löhne deren Arbeitsplätze im Besonderen gefährden (Artikel 12 Absatz 1 GG). Angesprochen seien überdies Arbeitgeber, deren Betrieb im Streikfall lahmgelegt wird und die insoweit in ihrer Gewerbefreiheit eingeschränkt werden (Artikel 2 Absatz 1 GG). Schließlich sind durch die Überwälzung höherer Löhne auf den Produktmarkt sowie aufgrund von Streikaktivitäten regelmäßig die Konsumenten negativ betroffen (Artikel 2 Absatz 1 GG).

1008. Die Monopolkommission kann nicht voraussehen, inwieweit sich – auch vor dem Hintergrund der Aufgabe der Tarifeinheit – die Problematik des Auftretens von Spartengewerkschaften zukünftig vermehrt zuspitzen wird. Sie äußert sich daher hinsichtlich möglicher Handlungsempfehlungen vorsichtig und erörtert fünf verschiedene Lösungsmöglichkeiten.

[133] Vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1970, 2 BvR 664/65; BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 1991, 1 BvR 779/85.

[134] Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. April 1996, 1 BvR 712/86.

[135] BVerfG, Beschluss vom 2. März 1993, 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, 103, 115: „Zum anderen macht die Möglichkeit des Einsatzes von Kampfmitteln rechtliche Rahmenbedingungen erforderlich, die sichern, dass Sinn und Zweck dieses Freiheitsrechts sowie seine Einbettung in die verfassungsrechtliche Ordnung gewahrt bleiben". Vgl. zum Ganzen auch Engel, C., Arbeitsmarkt und staatliche Lenkung, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 59, 2000, S. 56–98, 71 ff.

6.3.1 Zeitliche Koordination

1009. Um die aus den ungleichen gewerkschaftlichen Machtverhältnissen resultierenden Nachteile zu verringern, besteht eine Option in verbindlichen, zeitlich synchronisierten Tarifverhandlungen. Diese Lösung belässt den Tarifparteien ihre inhaltliche Unabhängigkeit und fordert eine zeitliche Koordination. Somit wird das Verhandeln einer starken Spartengewerkschaft zulasten einer anderen Gewerkschaft erschwert und Streikaktivitäten werden gebündelt, sodass zeitlich versetzte fortlaufende Streikaktivitäten verschiedener Gewerkschaften unterbunden werden. Die Tarifparteien müssen also nicht gemeinsam – wie nachfolgend bei dem Instrument der Kooperationspflichten – verhandeln, wohl aber zeitgleich. Hierfür müssten auch die Laufzeiten der Tarifverträge einheitlich bzw. zumindest das Ende der Tarifverträge identisch sein. Zumindest müsste solange eine Friedenspflicht für die eine Gewerkschaft gelten, wie der Tarifvertrag der anderen Gewerkschaft noch Gültigkeit hat.

Positiv an diesem Instrument ist, dass die Eingriffsintensität in die Tarifautonomie nicht sehr stark ist, sodass man vielmehr von einer Ausgestaltung des Tarifrechts sprechen kann. Allerdings ist der Erfolg einer zeitlichen Koordination von Tarifverhandlungen einzelner Gewerkschaften letztlich ungewiss. Überdies besteht die Gefahr, dass es zu strategischen Streiks kommt, im Zuge derer beispielsweise große Einheitsgewerkschaften kleine Spartengewerkschaften zum Streik aufrufen.

6.3.2 Kooperationspflichten

1010. Kooperationspflichten bedeuten einen stärkeren Eingriff in die Tarifautonomie als die zeitliche Koordination von Tarifverhandlungen. Im Falle verbindlicher Kooperationspflichten müssten sich alle beteiligten Gewerkschaften bereits im Vorfeld der Tarifverhandlungen bzw. während der Tarifverhandlungen untereinander auf gemeinsame Forderungen verständigen und sich am Ende auch einigen. Damit kann ebenfalls das Verhandeln einer starken Spartengewerkschaft zulasten einer anderen Gewerkschaft erschwert und Streikaktivitäten können gebündelt werden.

Bei dem Instrument der Kooperationspflichten kommen die Vorteile der Einheitsgewerkschaft, d. h. eine gegenseitige Disziplinierung gewerkschaftlicher Forderungen sowie das Solidaritätsprinzip, zum Tragen. Allerdings handelt es sich bei diesem Instrument um ein „Zwangskartell", eine „Zwangstarifgemeinschaft", sodass ein Verstoß gegen Artikel 9 Absatz 3 GG wahrscheinlich ist. Auch bei diesem Instrument ist das Ergebnis ungewiss. Fraglich ist auch, welche Folgen an den Fall geknüpft werden sollten, dass es zu keiner Einigung zwischen den Tarifpartnern kommt.

6.3.3 Umfassendes Aussperrungsrecht

1011. Eine andere Lösungsmöglichkeit ist ein umfassendes Aussperrungsrecht. Hierbei wird dem Arbeitgeber die Möglichkeit gegeben, neben der Aussperrung von Mitgliedern der streikenden Gewerkschaft und Außenseitern

auch in anderen Gewerkschaften organisierte Arbeitnehmer aussperren zu dürfen. Dies ermöglicht einen großen Druck derjenigen auf die streikende Gewerkschaft, die aufgrund der Aussperrung keinen Lohnanspruch haben, von dem Arbeitskampf in keiner Weise profitieren und von ihrer Gewerkschaft keine Streikunterstützung erhalten.

Positiv erscheint an diesem Instrument der deutliche Druck durch anders oder nicht organisierte Gewerkschaftsmitglieder auf die streikende Gewerkschaft. Es handelt sich um ein Instrument, bei dem es dem Arbeitgeber freisteht, ob er hiervon Gebrauch macht. Grundsätzlich ist eine umfassende Aussperrung nach der – wenngleich umstrittenen – Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts[136] bereits möglich: So steht es dem Arbeitgeber unabhängig von der wirtschaftlichen Zumutbarkeit frei, ob er einen bestreikten Betrieb oder Betriebsteil vorübergehend stilllegt oder nicht. Kritisch einzuwenden ist indes, dass das Mittel der Aussperrung in der Praxis schon seit Längerem nicht mehr verwendet worden ist, da hiermit erhebliche Risiken für den Arbeitgeber verbunden sind. Zunächst hätte der Arbeitgeber hierdurch einen Wettbewerbsnachteil gegenüber Konkurrenzunternehmen zu erleiden. Hält die Aussperrung nachträglich einer gerichtlichen Prüfung nicht stand, so drohen dem Arbeitgeber zudem Lohnnachzahlungen. Außerdem wollen Arbeitgeber eine mögliche Solidarisierung verschiedener Gewerkschaften vermeiden. Ungeklärt ist überdies, ob eine über den Kreis der Streikenden hinausgehende Aussperrung mit der arbeitsrechtlichen Friedenspflicht konfligiert.

6.3.4 Schlichtungsverfahren

1012. Ein weiterer Vorschlag ist ein für die Gewerkschaften im Falle eines drohenden Streiks zwingend vorzuschaltendes Schlichtungsverfahren. Das mindert insbesondere die angesprochenen Probleme auf den Verkehrs- und Gesundheitsmärkten, auf denen nicht nur erhebliche Streikschäden auftreten (z. B. Streiks im Personennahverkehr, streikende Ärzte), sondern Lohnzuwächse wie ein Automatismus durch höhere Subventionen und/oder Krankenkassenbeiträge aufgefangen werden können. Gestreikt werden darf gemäß dieser Option erst dann, wenn der Schlichtungsspruch gefallen und abgelehnt worden ist. Durch Tarifvertrag ist eine solche Lösung bereits auf freiwilliger Basis möglich.

Ein solches Schlichtungsverfahren erscheint besonders in Bereichen der Daseinsvorsorge überaus sinnvoll, da hier eine besondere Betroffenheit der Allgemeinheit herrscht, die aufgrund eines oft unvollständigen Wettbewerbs im öffentlichen Dienst häufig nicht auf andere Anbieter ausweichen kann (Nachteile für die Gesellschaft durch geschlossene Kindergärten etc.). Umstritten ist allerdings, ob eine solche Änderung des Arbeitskampfrechts umsetzbar ist. Überdies dürfte auch die Beantwortung der Frage einer adäquaten Lohnforderung eine schwierige Aufgabe darstellen.

6.3.5 Missbrauchsaufsicht

1013. Die Einhegung der durch Tarifpluralität entstandenen und entstehenden Machtpotenziale ist ferner durch eine Missbrauchsaufsicht denkbar. So gebietet schon die verfassungsrechtlich zwingende praktische Konkordanz zwischen widerstreitenden Grundrechten jedenfalls die Einschränkung grob unverhältnismäßiger Streikforderungen und Tarifabschlüsse.[137]

1014. Ansätze zu einer arbeitsrechtlichen Missbrauchsaufsicht haben keine größere praktische Bedeutung erlangt. So hatten zwar mehrere Arbeitsgerichte in einstweiligen Entscheidungen 2007 Streiks der GdL vorläufig untersagt mit der Begründung, der zu erwartende volkswirtschaftliche Schaden sei unverhältnismäßig.[138] Diese Entscheidungen trafen aber auf wenig Resonanz bei den übrigen Arbeitsgerichten und sind Einzelfallentscheidungen geblieben. Exemplarisch zeigt die Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts Chemnitz durch das Landesarbeitsgericht Sachsen, dass die Moderationsmittel des Arbeitsrechts zu einer effektiven Einhegung der Probleme einer sich auflösenden Tarifeinheit kaum geeignet erscheinen.[139] Denn danach sind faktisch allein solche Streiks untersagungsfähig, die offensichtlich rechtswidrige Ziele verfolgen, was kaum je der Fall sein dürfte. Die Verschiebung der sich unter Geltung der Tarifeinheit ergebenden Gleichgewichte wird zwar teilweise unter dem Begriff einer Störung oder Veränderung der Arbeitskampf- oder Verhandlungsparität diskutiert,[140] dies hat aber bislang – soweit ersichtlich – keinerlei praktische Auswirkungen gehabt hat. Vielleicht nicht zuletzt deshalb, weil die Konstellationen der entschiedenen Rechtsstreitigkeiten dies entbehrlich machten.

1015. Die sonst von den Schadensersatzvorschriften der §§ 823, 826 BGB ausgehende Moderationswirkung ist faktisch wenig funktional, da für einen Schadensersatzanspruch der Streik rechtswidrig gewesen sein muss, was nur selten der Fall ist.

1016. Normen, die eine Beschränkung der missbräuchlichen Ausnutzung der Verhandlungsmacht von Spartengewerkschaften auch unter Berücksichtigung des besonderen Grundrechtsschutzes des Artikel 9 Absatz 3 GG ermöglichen würden, finden sich allerdings in dem eigens auf die Einhegung von Verhandlungsmacht ausgelegten GWB.

---

[136] Vgl. BAG, Urteil vom 22. März 1994, NZA 1994, S. 1097; BAG, Urteil vom 31. Januar 1995, DB 1995, S. 1817.

[137] BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 1991, 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 „Abwehraussperrung“.

[138] Vgl. etwa ArbG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Juli 2007, 11 Ga 64/07 „Streikverbot Regionalverkehr NRW“; ArbG Nürnberg, Beschluss vom 8. August 2007, 13 Ga 65/07 „Lokführerstreik“; ArbG Chemnitz, Urteil vom 5. Oktober 2007, 7 Ga 26/07 „Lokführerstreik“.

[139] Sächsisches LAG, Urteil vom 2. November 2007, 7 SaGa 19/07 „Lokführerstreik“.

[140] Vgl. z. B. ebenda, S. 42 f.; zu diesem Prinzip grundlegend etwa BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 1991, 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 „Abwehraussperrung“., Rn. 47 ff.

1017. Allerdings soll dieses nach bislang überwiegender Meinung in seiner Gänze überhaupt nicht auf auch dem Tarifrecht unterliegende Sachverhalte anwendbar sein. Dafür wird von Vertretern dieser Meinung teilweise ein ungeschriebener Ausnahmebereich angenommen; teilweise soll die Nichtanwendbarkeit des GWB aus der Koalitionsfreiheit des Artikel 9 Absatz 3 GG folgen.[141]

1018. Die Annahme einer solchen Globalausnahme ist jedoch in ihrer undifferenzierten Breite weder geboten noch sinnvoll: Zwar bewirkt jeder Tarifvertrag eine Beschränkung des Wettbewerbs sowohl zwischen tarifgebundenen Arbeitnehmern als auch zwischen tarifgebundenen Arbeitgebern. Für diesen – dem Tarifvertragssystem und der Tarifautonomie immanenten – Wettbewerbsausschluss kann das Kartellverbot des § 1 GWB angesichts der Grundrechtsgarantie des Artikel 9 Absatz 3 GG nicht gelten. Anders ist jedoch die Geltung der Missbrauchsvorschriften der §§ 19, 20 GWB zu beurteilen. Denn nicht jede Ausübung der Tarifautonomie beinhaltet notwendig eine missbräuchliche Ausnutzung von wirtschaftlicher Macht; diese stellt vielmehr den seltenen Ausnahmefall dar. Das verfassungsrechtliche Gebot der praktischen Konkordanz verpflichtet schließlich den Rechtsanwender dazu, die wechselseitig betroffenen Grundrechtsgüter in Einklang zu bringen. Ein bereits in anderen Bereichen bewährtes Instrument für solche Abwägungen ist die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht. Ob und wieweit das Missbrauchsverbot des GWB auch auf Tarif- und Streikforderungen anwendbar ist, wird im Folgenden eingehender erörtert.

1019. Höchstgerichtlich noch immer ungeklärt ist, wo die Grenzen der Tarifautonomie liegen. Laut Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 27. Juni 1989[142], die einen vorgeschlagenen und dann umkämpften „Tarifvertrag zur Sicherung humaner Arbeitszeiten im Berliner Einzelhandel“ betraf, der die Ladenschlusszeiten regeln sollte, sollte § 1 GWB in seiner damaligen Fassung auf Tarifverträge grundsätzlich nicht anwendbar sein. Allerdings wies auch das Bundesarbeitsgericht ausdrücklich darauf hin, dass ein allein in wettwerbsregelnder Absicht geschlossener Tarifvertrag wie andere rechtsmissbräuchliche Tarifverträge ungültig sein könnte. Demgegenüber kam das Kammergericht zu dem identischen Sachverhalt wenig später zu dem Schluss, dass aufgrund des Vorrangs von Artikel 9 Absatz 3 GG lediglich dessen Kernbereich von der Geltung des GWB ausgenommen wäre. Tarifvereinbarungen mit überschießendem Inhalt außerhalb des Kernbereichs der Koalitionsfreiheit seien dagegen nicht generell dem Anwendungsbereich des § 1 GWB entzogen[143]. Sind nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts also nur rechtsmissbräuchliche Tarifverträge dem GWB unterworfen, so wollte das Kammergericht lediglich den Kernbereich tarifvertraglicher Regelungen von einer kartellrechtlichen Kontrolle ausnehmen.

1020. Produktangebot und -nachfrage, Preise, Mengen und Vertriebsgebiete können auch unter dem Schutzmantel der Tarifautonomie nicht abgesprochen werden. Allerdings verhält es sich mit den oben genannten Betriebs- und Ladenöffnungszeiten ein wenig anders: Hier kann nicht auf den ersten Blick den Tarifparteien jede Zuständigkeit abgesprochen werden; Tarifverträge können insoweit Doppelwirkung entfalten.

1021. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hat für das Kartellverbot des damaligen Artikel 85 EGV (jetzt Artikel 101 AEUV) eine begrenzte Bereichsausnahme angenommen, nach der „die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern zur Verbesserung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag fallen“.[144] Aus der Zusammenschau der (damaligen) sozialpolitischen Regelungen des EG-Vertrags wurde dort die allgemeine objektiv-rechtliche Wertung gewonnen, dass Kollektivverhandlungen und kollektive Interessenwahrnehmung als Instrumente zur Verfolgung sozialpolitischer Zwecke europarechtlich gebilligt, ja erwünscht seien und dass das Kartellrecht diese Wertung zu respektieren habe.[145] Diese Wertung dürfte sich mit Inkrafttreten der Grundrechte-Charta weiter verstärkt haben, gilt aber ausdrücklich nicht für kollektivvertragliche Regelungen im Bereich selbstständiger Tätigkeit.[146]

Entscheidend für die Betrachtung an dieser Stelle ist jedoch, dass die Urteile des Europäischen Gerichtshofs ausschließlich die Anwendung des Artikel 85 EGV bzw. 81 EG (jetzt Artikel 101 AEUV), also des Kartellverbots, betreffen. Für die hier interessierende Missbrauchsaufsicht lässt sich insoweit keine Analogie ziehen. Denn einerseits hat der Europäische Gerichtshof seine Aussprüche ausdrücklich auf das Kartellverbot beschränkt. Andererseits folgt aus der Anwendbarkeit der Missbrauchsaufsicht nach Artikel 102 AEUV eben noch nicht das Unwerturteil, das bei Kartellen durch die Wettbewerbsbeschränkung indiziert wird. Die beim Kartellverbot im Wesentlichen erst in der Rechtfertigungsstufe geprüften Effizienzgründe fließen beim Missbrauchsverbot schon in die erste Stufe der Beurteilung darüber ein, ob überhaupt ein Missbrauch vorliegt. Zudem stellen wettbewerbsbeschränkende Absprachen den Kerngehalt einer

---

[141] Anders als in anderen Rechtsordnungen besteht in Deutschland keine ausdrückliche Ausnahme vom Anwendungsbereich des GWB für Tarif- oder Arbeitsverträge. Die früher in § 1 GWB ausweislich der Gesetzesbegründung von 1954 ausdrücklich für die Ausnahme dieser Verträge vom Kartellverbot vorgesehene Beschränkung auf den Waren- oder Handelsverkehr wurde 1998 aufgehoben. Teilweise wird § 4 TVG auch als spezialgesetzlich vorrangige Norm (lex specialis) aufgefasst. Allerdings ist das GWB jünger als das TVG (lex posterior) und enthielt früher die genannte inzwischen entfallene Beschränkung: Der historische Gesetzgeber jedenfalls ging insoweit nicht von einem Geltungs- oder Anwendungsvorrang des TVG aus.

[142] Vgl. BAG, Urteil vom 27. Januar 1989, 1 AZR 404/88.

[143] Vgl. KG, Urteil vom 21. Februar 1990, Kart U 4357/89.

[144] So zusammenfassend zuletzt EuGH, Urteil vom 21. September 2000, C-222/98, Slg. 2000, I-7111 „van der Woude“, Rn. 22.

[145] Vgl. dazu etwa Ackermann, T., Kartellrecht und Arbeitsmarkt: Der Geltungsanspruch der §§ 1 f. GWB, in: Rieble, V., Junker, A., Giesen, R. (Hrsg.), Kartellrecht und Arbeitsmarkt, München 2010 (erscheint demnächst), S. 18, 32.

[146] Vgl. EuGH, Urteil vom 12. September 2000, C-180-184/98, Slg. 2000, I-6451 „Pavlov“.

Tarifvereinbarung dar, während damit nicht notwendigerweise ein Missbrauch von Machtpositionen verbunden ist. Bemerkenswert ist insoweit weitergehend, dass der Europäische Gerichtshof in neuerer Rechtsprechung die unionsgrundrechtlich geschützte Tarifautonomie mit den unionsrechtlichen Grundfreiheiten in Abwägung bringt.[147]

Unabhängig davon dürfte die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs über die Geltung der Wettbewerbsvorschriften im Bereich von Kollektivverträgen ohne entscheidenden Einfluss auf die deutsche Rechtslage sein, da einerseits die einer europäischen Bereichsausnahme zugrunde liegenden Wertungen und Normen der Wirtschafts- und Sozialordnung keinesfalls hinreichend harmonisiert sind, um eine einheitliche Rechtsanwendung zu gebieten. Andererseits sind gegenüber den europäischen Normen strengere nationale Missbrauchsvorschriften ausdrücklich zulässig.[148] Vor diesem Hintergrund kann konstatiert werden, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs einer kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle von Tarifverträgen weder inhaltlich noch formell entgegensteht, sondern Kollektivmaßnahmen vielmehr einer Abwägung mit anderen beeinträchtigten Rechtsgütern unterzieht.

1022. Hinsichtlich der deutschen Rechtslage weist die Monopolkommission darauf hin, dass eine wie auch immer geartete (beschränkte) Bereichsausnahme von der Anwendung des GWB nicht weiter reichen kann als ihre Begründung. Eine solche Ausnahme ist nicht Selbstzweck, sondern muss sich an ihrem Grund orientieren und dessen Einbettung in die verfassungsrechtliche Ordnung wahren.[149] Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit aus Artikel 9 Absatz 3 GG kann Tarifvereinbarungen nur soweit vor kartellrechtlichen Beschränkungen bewahren, wie der Schutzbereich dieses Grundrechts unter Berücksichtigung verfassungsimmanenter Schranken reicht. Die Erstreckung der Missbrauchsvorschriften des GWB auf Tarifverträge ist insoweit Ausdruck dieser Schranken. So hat bereits in den 1980er Jahren der Bundesgerichtshof ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nicht schon allein die besondere Form des Vertrags oder der Vertragspartei von der Anwendung des GWB befreit.[150] Soweit Spartengewerkschaften missbräuchlich überhöhte Tarifforderungen aufstellen, die zulasten der übrigen, weniger machtvollen Berufsgruppen in einem Unternehmen oder einer Branche gehen, wird vor allem für die Letzteren eine effektive Ausübung von Koalitionsfreiheit und Berufsfreiheit erschwert.[151] Eine praktische Konkordanz oder – einfacher – ein angemessener Ausgleich zwischen den betroffenen Verfassungsgütern wird notwendig. Allein aus dem Tarifvertragsgesetz lässt sich dieser Konflikt nicht lösen. Die klassische arbeitsrechtliche Lösung, die Annahme der Tarifeinheit, hat bereits erheblich an Problemlösungsmacht verloren. Dadurch ist einzelnen Spartengewerkschaften teilweise erhebliche, auch wirtschaftliche, Verhandlungsmacht erwachsen. Grundnorm für die Einhegung wirtschaftlicher Macht (um solche handelt es sich hier unzweifelhaft) ist im deutschen Recht das GWB.

1023. Die historisch überwiegend angenommene globale Nichtanwendbarkeit des GWB auf den Kernbereich von Tarifverträgen kann unter diesem Gesichtspunkt nicht unkritisch weiter gelten. Denn zum einen wurde damals von einer Bilateralität der Tarifverhandlungen ausgegangen, während nach Aufgabe des Prinzips der betrieblichen Tarifeinheit heute einem betroffenen Arbeitgeberverband mehrere Berufsgruppen und unter Umständen eine noch größere Anzahl von Gewerkschaften gegenüberstehen. Eine missbräuchliche Ausübung von Arbeitskampf- und Verhandlungsmacht von Arbeitnehmerverbänden zulasten anderer Arbeitnehmerverbände war unter den früheren strukturellen Bedingungen kaum möglich. Dennoch hat das Bundeskartellamt schon früher eine Abwägung der beteiligten Interessen für möglich gehalten.[152] Unter Berücksichtigung der heute in den zugrunde liegenden Struktur- und Machtverhältnissen wesentlich veränderten relevanten Umstände stellt sich die Frage einer praktischen Konkordanz der durch Kollektivabschlüsse berührten Verfassungsgüter auf eine völlig neue Art. Die Beantwortung dieser Frage mit dem Hinweis auf arbeitsrechtliche Traditionen respektiert die Monopolkommission für die Vergangenheit. Für den zukunftsfähigen Umgang mit diesem Spannungsfeld zwischen Tarifautonomie und Wettbewerbsschutz gibt die Monopolkommission Folgendes zu bedenken:

1024. Das Bundesarbeitsgericht ist bereits 1989 von einer prinzipiellen Anwendbarkeit der Wertungen des Kartellrechts auf missbräuchliche Kollektivvereinbarungen ausgegangen.[153] Eine undifferenzierte Bereichsausnahme für Tarifverträge findet im gegenwärtigen Recht noch weniger Anhalt als im damals geltenden. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben gebieten einen angemessenen Ausgleich der betroffenen Interessen. Wie oben dargelegt, gilt es, eine praktische Konkordanz sowohl zwischen konkurrierenden Rechten unterschiedlicher Berufsgruppen einer betroffenen Branche aus Artikel 9 Absatz 3 GG als auch zwischen anderen betroffenen Grundrechten Dritter herzustellen. Die früher im Prinzip der Tarifeinheit typisierte Regelung bricht immer mehr auf und hat insoweit ihren Kern schon verloren: Aus der früher zwingenden Tarifeinheit folgte Wettbewerbslosigkeit bei Tarifvereinbarungen. Die bislang aus dieser Wettbewerbslosigkeit teilweise implizit abgeleitete, nahezu uneingeschränkte Bereichsausnahme vom GWB für jedweden Tarifvertrag ist nach der Durchbrechung der Tarifeinheit weder verfassungsrechtlich noch gesellschaftspolitisch mehr zu recht-

147 Vgl. EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2007, C-438/05 „Viking“, Rn. 77 ff.; ebenso EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007, C-341/05 „Laval“, Rn. 95 ff.

148 Vgl. Artikel 3 Absatz 2 Satz 2 VO 1/2003 (EG).

149 BVerfG, Beschluss vom 2. März 1993, 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, 103, 115.

150 Vgl. schon BGH, Beschlüsse vom 15. April 1986, KVR 1/85 „Taxigenossenschaft“ und KVR 3/85 „EH-Partner-Vertrag“.

151 Die Eigentums- und Berufsfreiheit der betroffenen Unternehmer kann so auch betroffen sein, wird hier aber zur Vereinfachung vernachlässigt.

152 Vgl. etwa BKartA, Stellungnahme vom 3. April 1989, WuW 1989, 563 f.; BKartA, Brief vom 31. Januar 1961, WuW/E BKartA 339.

153 Vgl. BAG, Urteil vom 27. Juni 1989, 1 AZR 404/88.

fertigen, insbesondere nicht für die bislang in der Diskussion nicht unterschiedene Missbrauchsaufsicht.

1025. Eine Anwendung der Missbrauchsvorschriften des GWB auf von der grundrechtlichen Koalitionsfreiheit erfasste Vorgänge wie Tarifverhandlungen und Streiks muss den Wertungen des Grundgesetzes durch eine vorrangige Berücksichtigung des geschützten Kernbereichs Rechnung tragen. Eine solche Rücksichtnahme auf vorrangige Interessen ist nach der Konzeption und Praxis des Wettbewerbsgesetzes jeder Anwendung der Missbrauchsvorschriften des GWB immanent und findet regelmäßig auch ausdrücklich statt.

1026. Die Missbrauchsverbote des GWB erfassen den Missbrauch von struktureller Verhandlungsmacht auf Märkten. Ein solcher Missbrauch kann auch bei Tarifverhandlungen vorkommen. Die bisher überwiegend aus der beschriebenen dogmatisch-unkritischen Annahme einer globalen Bereichsausnahme heraus vertretenen Auslegungen der Rechtsbegriffe des GWB stehen allerdings einer Anwendung von dessen Vorschriften auf Kollektivmaßnahmen entgegen. Nach überkommener Auffassung als problematisch anzusehen sind in diesem Zusammenhang insbesondere die Begriffe des Unternehmens und der Gewerblichkeit (§ 19 GWB).

1027. Nach weitverbreiteter, aber selten und nicht ersichtlich überzeugend begründeter Auffassung stellen Gewerkschaften keine Unternehmen dar, sodass sie tatbestandlich von den Normen des GWB nicht erfasst würden. Diese Meinung dürfte regelmäßig von der angenommenen Bereichsausnahme des Tarifrechts ausgegangen sein, ohne im Einzelnen auf einer eigenständigen Prüfung der Unternehmenseigenschaft von Gewerkschaften aufzubauen. Demgegenüber sind die Voraussetzungen des funktionalen Unternehmensbegriffs bei genauer Betrachtung erfüllt: Gewerkschaften erbringen für ihre Mitglieder gegen die Zahlung von Mitgliedsbeiträgen[154] eine Vertretungsleistung gegenüber den Arbeitgebern und stehen hierbei vielfach im Wettbewerb.[155] Strukturell entspricht diese Konstellation derjenigen von privaten Sammelbestellern, die gleichfalls als Unternehmen zu qualifizieren sind. Diese treten ebenfalls nach außen selbständig am Markt auf und decken nicht allein einen eigenen privaten Verbrauch. Sie treten privaten Unternehmen (den Lieferanten) unter Bündelung der Interessen der anderen Marktseite (der Besteller) am Markt gegenüber (wie eine Gewerkschaft den Arbeitgebern) und sind jedenfalls insoweit als Unternehmen zu behandeln.[156]

1028. In Betracht kommt vor allem ein Ausbeutungsmissbrauch gemäß § 19 Absätze 1, 2, 4 Nummer 2 GWB. Der relevante Markt ist der für die Arbeitsleistung an Schlüsselpositionen in dem zu bestreikenden Unternehmen. Aufgrund der arbeitsrechtlichen Restriktionen, aber auch aufgrund der unternehmensspezifischen Arbeitnehmerqualifikationen ist eine Austauschbarkeit der Leistungen der von der Gewerkschaft organisierten Arbeitskräfte nicht gegeben. Auf diesem Markt ist die als Unternehmen auftretende Spartengewerkschaft per definitionem marktbeherrschend, da sie bei einem Streik Schlüsselpositionen des zu bestreikenden Unternehmens lahmlegen kann. Die nach dem Prinzip der Arbeitskampfparität vermutete gegengewichtige Nachfragemacht ist aufgrund der Vormachtstellung der Spartengewerkschaften nicht vorhanden; das historisch bedeutsame Instrument der Aussperrung, das früher die Arbeitskampfparität sicherte, ist heute ohne praktische Bedeutung. Die Gewerkschaft handelt als Anbieterin gewerblicher Leistungen, denn sie bietet gerade nicht eine Gewerblichkeit ausschließende individuelle Arbeitsleistung an, sondern die gebündelte Arbeitsleistung aller Streikwilligen, um sich am Markt für gewerkschaftliche Vertretung besser zu positionieren. Die vermittels dieser Machtposition aufgestellten Forderungen sind schließlich am Maßstab des § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB zu messen. Entscheidend ist demnach, ob Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen gefordert werden, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen.

1029. Die genaue Prüfung einer Missbräuchlichkeit der aufgestellten Forderungen muss zuoberst dem auch in diesem Bereich wirkenden Grundrechtsschutz des Artikel 9 Absatz 3 GG Rechnung tragen, was vor allem durch die Berücksichtigung eines besonderen Erheblichkeitszuschlags auf vergleichsweise herangezogene Tariffordernungen geschehen kann.

In erster Linie kommt es für die Einschätzung der Legitimität der Forderungen der Spartengewerkschaft auf in vergleichbaren Situationen erlangte Lohn- oder Konditionenverbesserungen an, etwa im Falle von Piloten die Tarifverträge vergleichbar belasteter Piloten in konkurrierenden Unternehmen, bei Lokführern die in vergleichbar verantwortlicher und qualifizierter Situation beschäftigten Arbeitnehmer (etwa Überland-Busfahrer). Dabei ist Abweichungen der betreffenden Berufsgruppe von der Vergleichsgruppe durch angemessene Zu- oder Abschläge Rechnung zu tragen.

Von besonderer Bedeutung werden in solchen Fällen stets objektive Rechtfertigungsgründe für eine Abweichung von eigentlich vergleichbaren Berufsgruppen sein, wie etwa Verschiebungen im Belastungs-, Qualifikations-, Marktgefüge der streikbereiten Berufsgruppe gegenüber der als Vergleichsmaßstab herangezogenen. Solche besonderen Umstände können weitere Zu- und Abschläge gegenüber dem Vergleichsmaßstab notwendig machen.

---

[154] Ein Teil dieser Mitgliedsbeiträge fließt wie bei anderen Unternehmen in die Infrastruktur und das Personal der Gewerkschaften; eine Gewinnorientierung ist für eine Unternehmenseigenschaft nicht erforderlich.

[155] Ähnlich bereits etwa BKartA, Stellungnahme vom 3. April 1989, WuW 1989, 563; Immenga, U., Grenzen des kartellrechtlichen Ausnahmebereichs Arbeitsmarkt, München 1989, S. 46 ff.; Emmerich, V., Kartellrecht, 9. Aufl., München 2001, S. 16.

[156] Vgl. BGH, Urteil vom 29. Oktober 1970, KZR 3/70, WUW/E BGH 1142 „Volksbühne II“; Müller-Henneberg, in: Gemeinschaftskommentar, 4. Aufl., Köln 1980, § 1 Rn. 7; Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, 2. Aufl. 1992, § 1 Rn. 100; Bunte, in: Langen/Bunte, 10. Aufl., München 2006, § 1 Rn. 18.

Die Unwägbarkeiten der Vergleichbarkeit, der Berechnung von Zu- und Abschlägen sowie die Einbeziehung des gebotenen Erheblichkeitszuschlags reduzieren die vollständige Anwendbarkeit dieser Vorschrift in Streikfällen auf eklatant missbräuchliche Forderungen. Das allerdings entspricht nach dem oben Ausgeführten der Wertung des Artikel 9 Absatz 3 GG.

1030. Von besonderer Bedeutung ist die Frage nach der – für eine Durchsetzung auf Kartellrecht gestützter einstweiliger Maßnahmen – zuständigen Gerichtsbarkeit. Denn diese könnte jedenfalls von einer Seite her den materiellen Ausgang eines Rechtsstreits auf der Grundlage der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht bestimmen: So findet sich etwa in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung nur sehr vereinzelt eine Nennung der Vorschriften des GWB, die darüber hinaus – soweit ersichtlich – regelmäßig eine Anwendung des GWB ohne Begründung ablehnt. Auch die Zusammensetzung der Arbeitsgerichte zum überwiegenden Teil aus Vertretern von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden[157] könnte der unvoreingenommenen Würdigung einer Kartellrechtsanwendung auf die hier diskutierten Fälle entgegenwirken.

Für diese Verfahren kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht können gemäß § 87 Satz 1 GWB nach bestrittener, aber überzeugender Auffassung ausschließlich die Landgerichte zuständig sein.[158] Denn ein Antrag auf einstweilige Verfügung zur Durchsetzung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots ist keine den Arbeitsgerichten nach § 2 Absatz 1 Nummer 2 ArbGG ausschließlich zugewiesene Rechtsstreitigkeit, sondern eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, die die Anwendung des § 87 Satz 1 GWB betrifft. Zwar handelt es sich dabei um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen tariffähigen Parteien oder zwischen diesen und Dritten aus unerlaubten Handlungen, denen Maßnahmen zum Zwecke des Arbeitskampfes zugrunde liegen, die grundsätzlich ausschließlich den Arbeitsgerichten zugewiesen sind. Die Konkurrenz dieser beiden ausschließlichen Rechtswegzuweisungen kann jedoch nicht nach dem äußeren Anlass (etwa einer Streikdrohung und damit dem äußeren Zusammenhang mit einem Arbeitskampf) beurteilt werden; vielmehr ist nach überzeugender Auffassung die sachliche Nähe zur kartellrechtlichen Regelungsmaterie ausschlaggebend.

1031. Erfahrungsgemäß ist insoweit – wegen der Problembehaftung der zugrunde liegenden Preismissbrauchsvorschriften und der dafür notwendigen Vergleichsmarktermittlung, aber auch angesichts der hohen Eingriffsschwellen des § 32a GWB – zwar ein Einschreiten des Bundeskartellamtes kaum zu erwarten. Das kartellrechtliche Verbot missbräuchlich überhöhter Tarifforderungen marktmächtiger Spartengewerkschaften könnte jedoch größere praktische Bedeutung erlangen in von streikbedrohten Unternehmen (oder Unternehmensverbänden) angestrengten einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach §§ 19, 33 Absatz 1, 2 GWB i. V. m. § 940 ZPO (gegebenenfalls i. V. m. Artikel 102 AEUV).

Auf diese Rechtsschutzmöglichkeit für streikbedrohte Unternehmen und für konkurrierende Gewerkschaften weist die Monopolkommission ausdrücklich hin. Ungeachtet ihrer nur vorläufigen Natur könnte diese in den seltenen Problemfällen jedenfalls eine Rückkehr der streikwilligen Spartengewerkschaft an den Verhandlungstisch sowie vor allem eine breitere Reflexion über die angemessene Tarifforderung unterstützen.

1032. Eine gesetzliche Klarstellung der Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht auch auf Marktmachtmissbrauch durch Tarifvertragsparteien ist nach dem oben Dargelegten nicht notwendig, könnte aber auch interessen- wie dogmengeleiteten abweichenden Auffassungen entgegenwirken.

Weitergehend erscheint auch der Monopolkommission wünschenswert, dass der Bundesgesetzgeber seine Ausgestaltungsbefugnis in Bezug auf das Arbeitskampfrecht ausfüllt und die Ausübung der Koalitionsfreiheit zusammenhängend regelt.[159] Denn die Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht auf Tarif- und Streikforderungen kann nur in extremen Einzelfällen Linderung eklatanter Probleme verschaffen. Angesichts der Umbrüche in der Tariflandschaft scheint auch die Leistungsfähigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit als Ersatzgesetzgeber an ihre Grenzen zu stoßen. Eine umfassende kohärente Ausgestaltung der Koalitionsfreiheitsausübung kann allein auf gesetzgeberischem Wege erfolgen. Vor diesem Hintergrund fordert die Monopolkommission den Gesetzgeber auf, sich ungeachtet politischer Widerstände auf seine Pflicht zur zukunftsfähigen Regelung des Arbeitskampfrechts zu besinnen.

1033. Das Kommissionsmitglied Peter-Michael Preusker kann sich nicht allen Ausführungen des vorliegenden Kapitels anschließen.

---

[157] Vgl. oben Fn. 54.

[158] Anderer Auffassung zu § 96 Absatz 2 GWB a. F. etwa BAG, Urteil vom 27. Juni 1989, 1 AZR 404/88 „Berliner Ladenschlusszeiten“.

[159] Vgl. zur Ausgestaltungsbedürftigkeit der Koalitionsfreiheit BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 1991, 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 „Abwehraussperrung“.

Kapitel VI

Perspektiven für mehr Wettbewerb und Effizienz in der gesetzlichen Krankenversicherung

1. Einführung

1034. Im Mittelpunkt der Diskussion um die Finanzierung des deutschen Gesundheitswesens steht die Organisation der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV). Die GKV ist Bestandteil des Sozialversicherungssystems und durch die Regelungen des Sozialgesetzbuchs V (SGB V) mit der Aufgabe betraut, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern. Sie stellt für einen Großteil der Arbeitnehmer die Pflichtversicherung dar. In der GKV waren 2007 insgesamt 70 Millionen Menschen in Deutschland versichert, was etwa 85 Prozent der deutschen Bevölkerung entspricht.[1] Etwa 30 Millionen Menschen waren zu diesem Zeitpunkt Pflichtmitglieder. Bei ihnen handelt es sich zu einem wesentlichen Teil um abhängig Beschäftigte, deren Einkommen unterhalb der Versicherungspflichtgrenze liegt.[2] Weitere 4,4 Millionen Mitglieder waren freiwillig versichert. Zusammen stellt diese Gruppe derzeit ungefähr die Hälfte der Versicherten. Darüber hinaus umfasst das Versichertenkollektiv der GKV insbesondere mitversicherte Familienangehörige und Rentner.

1035. Die Aufgaben der gesetzlichen Krankenversicherung werden von den Krankenkassen wahrgenommen. 1996 hat der Gesetzgeber gemäß § 175 SGB V den Mitgliedern der gesetzlichen Krankenversicherung die Wahl einer Krankenkasse freigestellt. Seit diesem Zeitpunkt stehen die Kassen zueinander in einem Wettbewerbsverhältnis um Versicherte. Jenseits der freien Kassenwahl und einer eingeschränkten Zahl individueller Handlungsspielräume werden die Leistungsprozesse der GKV jedoch von kooperativen Planungs- und Koordinationsmechanismen dominiert, die an ein dichtes Netz normativer Vorgaben angelehnt sind. Durch eine Vielzahl neuer Gesundheitsreformen wurde in den vergangenen Jahrzehnten mehrmals eine Verfeinerung dieser bestehenden Steuerungsmechanismen vorgenommen. Die letzte umfassende Reformierung der die GKV betreffenden Sozialgesetzgebung erfolgte im Jahr 2007 durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz[3]. Zuletzt haben damit zunehmend wettbewerbliche Elemente Einzug in die GKV gefunden. Es verbleibt jedoch ein erheblicher Reformbedarf, um die Effizienzpotenziale im System der GKV konsequent zu nutzen.

1036. Nach Auffassung der Monopolkommission besteht auch vor dem Hintergrund des Solidarprinzips viel Potenzial für effizienzverbessernde Strukturreformen des GKV-Systems. Durch eine deutlich konsequentere Nutzung von Markt und Wettbewerb als alternative Steuerungsinstrumente lassen sich auch im Rahmen einer solidarischen Wettbewerbsordnung umfangreiche Effizienzverbesserungen erzielen. Die Monopolkommission wird dazu nachfolgend die bestehenden Probleme untersuchen und ein umfassendes Konzept vorstellen.

1.1 Finanzierungsprobleme im deutschen Gesundheitswesen

1037. Die Notwendigkeit, den Gesundheitssektor umfassend neu zu ordnen und dabei konsequenter auf eine solidarische Wettbewerbsordnung zu setzen, zeigt sich insbesondere an den Finanzierungsproblemen der gesetzlichen Krankenversicherung. Der stetige Reformdruck der vergangenen Jahrzehnte hatte seine Ursache vor allem in der Entwicklung des Verhältnisses von Beiträgen und Ausgaben, das eine ungünstige Dynamik aufweist. Mit Blick auf das Ziel der Beitragssatzstabilität des § 71 SGB V hat die Politik in der Vergangenheit mehrfach versucht, dem Problem der Ausgabensteigerungen mit umfangreichen Kostendämpfungsmaßnahmen zu begegnen. Dennoch wurden die Versicherten im gesetzlichen System stetig mit Steigerungen des Versicherungsbeitrags konfrontiert. Zwischen 1991 und 2008 erhöhte sich der durchschnittliche Beitragssatz der gesetzlichen Krankenversicherungen von 12,53 Prozent auf 14,6 Prozent des beitragspflichtigen Einkommens.[4] Nach der einheitlichen Festlegung des einkommensabhängigen Beitragssatzes im Jahre 2009 beträgt dieser gegenwärtig 14,9 Prozent vom Bruttoeinkommen. Im Jahre 2010 haben verschiedene Kassen angekündigt, aufgrund der anhaltenden Finanzierungsprobleme einen kassenindividuellen Zusatzbeitrag von den Versicherten zu erheben.

1038. Mögliche Ursachen der Finanzierungsprobleme der gesetzlichen Krankenversicherung lassen sich nach Ansicht der Monopolkommission in zwei unterschiedliche Gruppen ordnen. Auf der einen Seite stehen mögliche Ineffizienzen, die in der heutigen Organisation des Krankenversicherungssystems zu beobachten sind. In diesem Zusammenhang wird häufig von einer „Über-, Unter- und

[1] Vgl. für diese und folgende Angaben Bundesministerium für Gesundheit, Daten des Gesundheitswesens 2009, 30. September 2009, Abschnitt 8.1.

[2] Die Höhe der Versicherungspflichtgrenze wird gemäß § 6 Absatz 6 SGB V durch die Bundesregierung in einer Rechtsverordnung festgelegt. 2010 beträgt die allgemeine Jahresversicherungspflichtgrenze 49 950 Euro.

[3] Vgl. Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 26. März 2007, BGBl. I S. 378.

[4] Vgl. Kassenärztliche Bundesvereinigung (KBV), Abteilung Bedarfsplanung, Bundesarztregister und Datenaustausch, Grunddaten 2008/2009 zur vertragsärztlichen Versorgung in Deutschland, V Gesetzliche Krankenversicherung, Stand: 31. Dezember 2008, S. 78, http://daris.kbv.de/daris/link.asp?ID=1003760173

Fehlversorgung“ gesprochen, welche sich mittelbar auf Beiträge und Versorgungsqualität auswirkt. Diese Überlegungen betreffen die Prozesse, nach denen sämtliche Leistungen des deutschen Gesundheitswesens produziert und an die Patienten verteilt werden. Ursächlich für deren Effizienz sind die institutionellen Grundbedingungen, von denen Verhaltensanreize für alle Akteure im deutschen Gesundheitswesen ausgehen. Auf der anderen Seite ist die Entwicklung der Leistungsausgaben von langfristigen strukturellen Veränderungen, wie z. B. der demografischen Entwicklung und dem technischen Fortschritt in der medizinischen Versorgung, betroffen.

1.2 Systemvergleiche und Unwirtschaftlichkeit

1039. Sowohl Ineffizienzen in der Leistungserstellung als auch Mängel in der bedarfsgerechten Verteilung der Gesundheitsleistungen im deutschen Gesundheitssystem sind empirisch nur schwierig zu untersuchen und damit kaum eindeutig zu belegen. Um dennoch Anhaltspunkte über die Effizienz des Gesundheitssystems zu sammeln, wird häufig auf Systemvergleiche mit anderen Gesundheitssystemen auf der Basis von OECD-Daten zurückgegriffen.[5] Weil diese Daten zum Teil unterschiedlich abgegrenzt und damit anders erfasst werden, sind die Indikatoren für Ländervergleiche nur unter großer Vorsicht zu interpretieren. Nach Auffassung der Monopolkommission ist es dennoch sinnvoll, einige wesentliche Ergebnisse dieser Statistiken zur Ausgabenentwicklung, zur Inanspruchnahme und zum Gesundheitszustand darzustellen.

1040. Eine wichtige Größe in der Diskussion um die Reformen im Gesundheitssektor ist die Entwicklung der Ausgaben für das deutsche Gesundheitssystem. Tabelle VI.1 gibt einen Überblick über die Ausgabenentwicklung der letzten Jahre. Zwischen 1998 und 2007 sind die jährlichen Gesamtausgaben von rund 201 Mrd. Euro auf fast 253 Mrd. Euro gestiegen. Dies entspricht einer durchschnittlichen Steigerung von 5,6 Mrd. Euro oder 2,6 Prozent pro Jahr. Die Gesundheitsausgaben in Deutschland stiegen zudem stärker als die Wirtschaftsleistung: Während im Jahr 1970 lediglich 6 Prozent des Bruttoinlandsprodukts für Gesundheitsleistungen aufgewendet wurden, stieg dieser Anteil auf 8,3 Prozent in 1990 und auf 10,4 Prozent in 2007. In den letzten zehn Jahren blieb allerdings die Entwicklung des Ausgabenanteils am Sozialprodukt weitgehend konstant, was möglicherweise auf Reformmaßnahmen zur Effizienzverbesserung oder zur Kostendämpfung zurückgeführt werden kann. Gemessen an den Gesundheitsausgaben in Relation zum Bruttoinlandsprodukt war das deutsche Gesundheitswesen unter den OECD-Ländern das viertteuerste: Rang 1 belegten im Jahr 2007 die USA mit einem Ausgabenanteil von 16 Prozent, gefolgt von Frankreich mit 11 Prozent und der Schweiz mit 10,8 Prozent. Die Steigerung der Gesundheitsausgaben lässt sich auch für viele andere OECD-Länder feststellen: Während diese im Jahr 2000 noch durchschnittlich 7,9 Prozent ihres Bruttoinlandsprodukts für das Gesundheitssystem ausgaben, lag die Quote in 2007 bereits bei 9,0 Prozent.[6] Für internationale Vergleiche sind auch die Pro-Kopf-Ausgaben aufschlussreich Hier lag Deutschland mit kaufkraftbereinigten 3 588 US-Dollar pro Kopf im Jahr 2007 auf Rang 10 unter den OECD-Ländern. Dieser Betrag entspricht einer Zunahme von 34,3 Prozent gegenüber dem Jahr 2000. Eine Sonderstellung bei den Pro-Kopf-Ausgaben nahmen erneut die USA mit 7 290 US-Dollar (+55 Prozent) ein, gefolgt von Norwegen mit 4 763 US-Dollar (+56,7 Prozent) und der Schweiz mit 4 417 US-Dollar (+37,3 Prozent). Der OECD-Durchschnitt im Jahr 2007 betrug 3 065 US-Dollar.

1041. Im Hinblick auf die OECD-Daten ist es zumindest technisch möglich, Ländervergleiche des Ressourceneinsatzes und der medizinischen Ergebnisse anzustellen, auch wenn diese mit den bereits genannten Problemen behaftet sind. Als Indikatoren für die Ergebnisqualität, kann z. B. auf die Angaben zur Lebenserwartung und Kindersterblichkeit zurückgegriffen werden. In Abbildung VI.1 wird ein solcher Vergleich für die OECD-Länder mit Bezug auf die Lebenserwartung dargestellt. Deutschland liegt mit einer Lebenserwartung von 80 Jahren eines im Jahr 2007 Neugeborenen leicht über dem OECD-Durchschnitt (79,1 Jahre). Die Kindersterblichkeit liegt mit 3,9 Todesfällen auf 1 000 Lebendgeburten rund ein Fünftel unter dem OECD-Durchschnitt (4,9 Todesfälle). Es ist festzustellen, dass die Bevölkerung zahlreicher Länder bei niedrigeren Pro-Kopf-Ausgaben höhere Lebenserwartungen aufweisen. Deutlich zeigt sich auch, dass die Kindersterblichkeit in vielen Ländern – bei ähnlichem oder niedrigerem Ressourceneinsatz – niedriger ist als in Deutschland.

1042. Hinweise ergeben sich auch aus der Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen. So zählte Deutschland im Durchschnitt 7,5 Arztbesuche pro Kopf im Jahr 2007, nach 7,3 Arztbesuchen in 2000 und 7,5 in 2005. Dieser Wert liegt 10,3 Prozent über dem OECD-Durchschnitt für 2007 (6,8 Arztbesuche). Am häufigsten konsultierten Patienten einen Arzt in Japan (13,6), in Tschechien (12,6) und der Slowakei (11,2), am seltensten in Schweden (2,8), in den USA (3,8) und der Schweiz (4). Die Anzahl der sog. Akutbetten in deutschen Krankenhäusern ist im Zeitraum von 2000 und 2007 von 6,4 auf 5,7 Betten pro 1 000 Einwohner (-10,9 Prozent) gesunken. Diese Zahl liegt dennoch 50 Prozent über dem OECD-Durchschnitt für 2007 (3,8). Die wenigsten Akutbetten pro 1 000 Ein-

[5] Basis ist die Datenbank „Health Data“ der OECD, die zahlreiche Indikatoren hinsichtlich Finanzierung und Ausgaben, Ressourcen und Inanspruchnahme, Medikamenten, Gesundheitszustand sowie der demografischen und wirtschaftlichen Entwicklung für die 30 Mitgliedsländer enthält. Vgl. OECD Health Data 2009, Statistiken und Indikatoren für 30 Länder, Stand: November 2009.

[6] Bei diesem Vergleich ist zu beachten, dass es sich um einen Quotienten handelt. Wenn die Gesundheitsausgaben im betreffenden Jahr steigen, das Bruttoinlandsprodukt aber stagniert oder sinkt, wird der Prozentanteil größer – und umgekehrt. Wegen der aktuellen Wirtschaftskrise mit geringerem Wirtschaftswachstum oder auch Abnahme des Bruttoinlandsprodukts und unterschiedlichen Ausgabenentwicklungen können sich für die Jahre 2008 und 2009 größere Änderungen auch in den Rangfolgen ergeben.

Tabelle VI.1

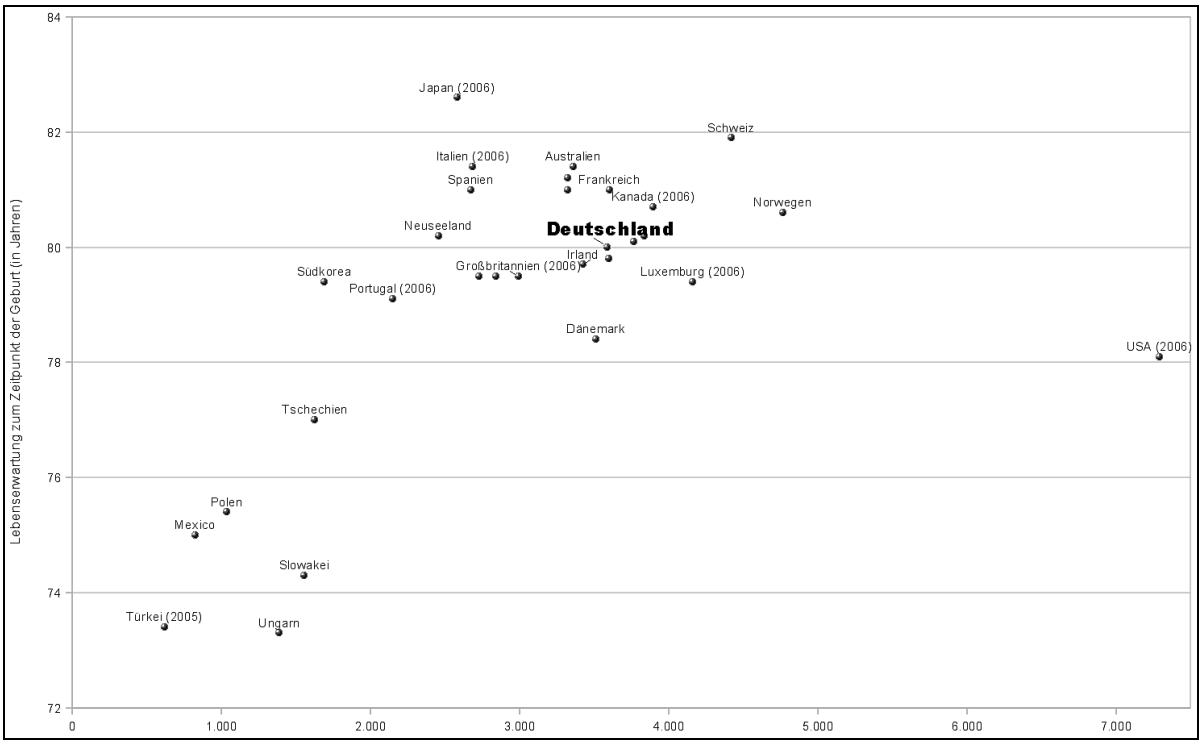
Gesundheitsausgaben in Deutschland
1998 bis 2007

Jahr	Gesamtausgaben (Mio. Euro)	Zunahme (Mio. Euro)	Zunahme (%)	Anteil der Gesamtausgaben am Bruttoinlandsprodukt (%)
1998	201.180	5.261	2,7	10,2
1999	207.305	6.125	3,0	10,3
2000	212.435	5.130	2,5	10,3
2001	220.704	8.269	3,9	10,4
2002	228.095	7.391	3,3	10,6
2003	233.778	5.683	2,5	10,8
2004	233.543	-235	-0,1	10,6
2005	239.361	5.818	2,5	10,7
2006	244.917	5.556	2,3	10,5
2007	252.751	7.834	3,2	10,4
Durchschnitt		**5.683**	**2,6**	

Quelle: OECD Health Data 2009, Statistiken und Indikatoren für 30 Länder, Stand: November 2009.

Abbildung VI.1

Beziehung zwischen Gesundheitsausgaben und Lebenserwartung in OECD-Ländern[1]



[1] Soweit nicht anders angegeben, beziehen sich die Daten auf das Jahr 2007. Um die Lesbarkeit der Abbildung zu erhalten, wurden einzelne Beschriftungen entfernt.

Quelle: OECD Health Data 2009, Statistiken und Indikatoren für 30 Länder, Stand: November 2009

wohner waren in Mexiko (1), Schweden (2,1) und Großbritannien (2,6) vorhanden, die meisten in Japan (8,2), Südkorea (7,1) und Österreich (6,1). Die Auslastung der Akutbetten in Deutschland ist zwischen den Jahren 2000 und 2007 von 81,1 auf 76 Prozent der Tage gesunken; der OECD-Durchschnitt für 2007 lag bei 76,5 Prozent. Die deutsche Bevölkerung kam damit auf durchschnittlich 1,6 Krankenhaustage in Akutbetten pro Kopf im Jahr 2007, während der OECD-Durchschnitt der 21 Länder, für die jüngere Daten verfügbar sind, bei nur 1,06 Tagen lag. Hinsichtlich der Verfügbarkeit moderner medizinischer Geräte schneidet Deutschland relativ schlecht ab (vgl. Tabelle VI.2). Gemessen an der Dichte pro Million Einwohner im Jahr 2007 lag Deutschland bei Computertomografen 13,8 Prozent, bei Magnetresonanz-Tomografen 17,2 Prozent und bei Strahlentherapiegeräten sogar 37,3 Prozent unter dem OECD-Durchschnitt. Nur die Ausstattung mit Lithotriptern war überdurchschnittlich hoch.

1043. Der Monopolkommission sind die Probleme bewusst, auf der Grundlage weniger Indikatoren eine Aussage über die Effizienz eines Gesundheitssystems zu treffen. Die referierten Daten deuten aber zumindest darauf hin, dass Deutschland mit überdurchschnittlich hohen Ausgaben für das Gesundheitssystem, überdurchschnittlich vielen Arztbesuchen und überdurchschnittlich vielen Krankenhaustagen keine in gleicher Weise überdurchschnittliche Ergebnisqualität aufweist. Auch zeigt sich nicht, dass Deutschland bei der Verfügbarkeit moderner medizintechnischer Geräte eine führende Rolle unter den OECD-Ländern einnimmt (vgl. Tabelle VI.2). Allerdings ist festzustellen, dass zumindest im Hinblick auf einzelne Indikatoren Deutschland seine internationale Position in den vergangenen Jahren verbessern konnte.

1.3 Nachhaltigkeitsproblematik bei der Finanzierung der Gesundheitsleistungen

1044. In einer dynamischen Betrachtung wird die Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung insbesondere durch die medizinisch-technologische Entwicklung und den demografischen Wandel stark beeinflusst. Letztere Entwicklung zeigt sich in einer zunehmenden Alterung der Bevölkerung. Ursächlich sind einerseits die sog. Alterung „von unten“ und andererseits die Alterung „von oben“. Damit werden zwei voneinander abzugrenzende Effekte der Bevölkerungsentwicklung bezeichnet, die dazu führen, dass sich das Medianalter der Deutschen – also das Alter, das die Deutschen in zwei gleich große Hälften jüngerer und älterer Menschen teilt – stetig nach oben verschiebt. Die Alterung „von unten“ kennzeichnet in diesem Zusammenhang die seit Ende der 1960er Jahre stark sinkende Geburtenrate in Deutschland.[7] Seit 1971 übersteigt die Zahl der Verstorbenen in jedem Jahr die Zahl der Neugeborenen, wodurch sich der Anteil älterer Menschen kontinuierlich erhöht. Diese Verschiebung des Medianalters wird durch die steigende Lebenserwartung verstärkt, die auch als Alterung „von oben“ bezeichnet wird.

1045. Die gesetzliche Krankenversicherung ist sowohl auf der Einnahmen- als auch auf der Ausgabenseite von dieser Entwicklung betroffen. Zum einen führt der Finanzierungseffekt möglicherweise zu ungünstigen Veränderungen der Beitragseinnahmen. Sofern die Alterung der Bevölkerung einen steigenden Rentnerquotienten oder ein sinkendes Rentenniveau zur Folge hat, sinken auch die durchschnittlichen Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung, da das Einkommen in der Rentenphase unterhalb des Einkommens in der Erwerbsphase liegt. In Hinblick auf Verschiebungen der Altersstruktur, die auf eine sinkende Geburtenrate zurückzuführen sind, relativiert sich dieser Effekt allerdings durch die geringere Zahl beitragsfrei versicherter Kinder.

1046. Neben dem Risiko sinkender Beitragseinnahmen besteht weiterhin die Gefahr von Ausgabensteigerungen. Diese sind darauf zurückzuführen, dass mit zunehmendem Alter die Morbidität der Bevölkerung zunimmt und ein steigendes Medianalter somit auch einen steigenden

[7] Vgl. Statistisches Bundesamt, http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Zeitreihen/Lange-Reihen/Bevoelkerung/Content100/lrbev04a,templateId=renderPrint.psml.

Tabelle VI.2

Medizintechnische Geräte pro Million Einwohner, 2007

	Computer-tomografen	Magnetresonanz-Tomografen	Strahlentherapie-geräte	Lithotripter[1]
Deutschland	16,3	8,2	4,7	3,9
OECD-Durchschnitt	18,9	9,9	7,5	3,1
Abweichung	*-13,8 %*	*-17,2 %*	*-37,3 %*	*25,8 %*
OECD-Rangnummer	12	13	13	5

[1] Lithotripter dienen zur Nieren- und Gallensteinzertrümmerung.

Quelle: Kocher, G., Schweiz: dritthöchste Gesundheitsausgaben im neuesten OECD-Vergleich, Schweizerische Ärztezeitung 46/2009, S. 1811, Tabelle 8

Versorgungsaufwand impliziert. Ist die Veränderung der Altersstruktur auf eine längere Lebenserwartung zurückzuführen, kann dieser Effekt auch überschätzt werden, da die Steigerung der Gesundheitsausgaben für einen Menschen auch in Abhängigkeit zu dessen Todeszeitpunkt stark ansteigt, sich dieser Zeitraum höherer Ausgaben durch eine längere Lebenserwartung aber nicht zwangsläufig mitverlängert.

1047. Verschiedene Aspekte sprechen dafür, dass sich der Wandel der Altersstruktur zunehmend problematisch auf das Verhältnis von Beiträgen und Ausgaben der gesetzlichen Krankenversicherung auswirkt. Die genauen Auswirkungen der demografischen Veränderungen auf den Beitragssatz hängen von den verschiedenen dargestellten und teils gegenläufigen Faktoren ab und sind a priori nur sehr grob abzuschätzen. Sie stehen zudem in einem Zusammenhang mit einem weiteren Kostentreiber, der die Nachhaltigkeit des gesetzlichen Versicherungssystems beeinträchtigt: Den medizinisch-technologischen Fortschritt erfährt das Gesundheitssystem in erster Linie in Form von Produktinnovationen. Die Aufnahme neuer Produkte in den Leistungskatalog, z. B. die Untersuchung durch leistungsfähigere bildgebende Anlagen, führt bereits ohne den demografischen Effekt zu Ausgabensteigerungen, die sich im Wachstum der altersspezifischen Ausgabenprofile widerspiegeln.[8] Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass der technologische Fortschritt auch lebensverlängernd wirken und somit demografische Ausgabeneffekte verstärken kann.

1048. Anknüpfend an die beschriebenen Kosten- und Einnahmeneffekte existieren eine Reihe von Studien, die die weitere Beitragsentwicklung in der GKV simulieren. Eine sehr aktuelle Berechnung zeigt die mögliche Entwicklung des Beitragssatzes der GKV bis zum Jahr 2050.[9] Die Darstellung erfolgt für drei Szenarien, die sich in der Annahme unterscheiden, wieweit der medizinisch-technische Fortschritt die Ausgabenentwicklung beeinflusst. Nach diesen Berechnungen müsste der jahresdurchschnittliche Beitragssatz der GKV im Status-quo-Szenario bis zum Jahr 2050 auf 30,9 Prozent ansteigen. Im Best-Case-Szenario liegt der Beitragssatz bei 26,9 Prozent, während er im Worst-Case-Szenario auf 34,9 Prozent klettert. (vgl. Tabelle VI.3). Das heißt, eine gegenüber dem Status-quo-Szenario um 0,3 Prozentpunkte niedriger bzw. höher zugrunde gelegte Ausgabenwirkung des medizinisch-technischen Fortschritts verändert den prognostizierten Beitragssatz der GKV um jeweils +/- vier Prozentpunkte bis zum Jahr 2050.

1049. Die Monopolkommission stellt fest, dass die dargelegte Nachhaltigkeitsproblematik tendenziell erodierend auf die Finanzierbarkeit des deutschen Gesundheitswesens in seiner heutigen Ordnung wirkt. Um den Herausforderungen, die sich aus dieser Struktur ergeben, zu begegnen, werden zweierlei Teilprobleme diskutiert.

Zum einen betrifft dies die asymmetrische Lastenverteilung, die sich aus den beschriebenen Kostenentwicklungen ergibt. Kostensteigerungen treffen verschiedene Generationen in unterschiedlichem Maße. Zur Lösung dieses Problems werden für die Umverteilung der demografisch bedingten Lasten teilweise Kapitaldeckungsverfahren für die gesetzliche Krankenversicherung vorgeschlagen. Diese sollen eine Glättung der intergenerativen Finanzierungseffekte bewirken.[10] Die Bewertung solcher

[8] Vgl. Buchner, F., Wasem, J., Versteilerung der alters- und geschlechtsspezifischen Ausgabenprofile von Krankenversicherern, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft 89, 2000, S. 357–392.

[9] Vgl. Postler, A., Nachhaltige Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung, Berlin 2010 (erscheint demnächst).

[10] Einen Vorschlag zur Einführung einer Teilkapitaldeckung im Gesundheitswesen machte 2003 die Rürup-Kommission, zu unterschiedlichen Ergebnissen kam der Sachverständigenrat im Jahr 2004. Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Nachhaltigkeit in der Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme, Bericht der (Rürup-)Kommission, Berlin, August 2003, S. 183, sowie Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Erfolge im Ausland – Herausforderungen im Inland, Jahresgutachten 2004/05, Wiesbaden 2004, S. 421.

Tabelle VI.3

Prognostizierte Entwicklung des Beitragssatzes zur gesetzlichen Krankenversicherung im Zeitraum von 2006 bis 2050[1]

Jahr	Best-Case-Szenario: Beitragssatz (%)	Status-quo-Szenario: Beitragssatz (%)	Worst-Case-Szenario: Beitragssatz (%)
2006	*14,2*	*14,2*	*14,2*
2010	*15,0*	*15,2*	*15,3*
2020	*17,5*	*18,3*	*19,0*
2030	*20,9*	*22,5*	*24,1*
2040	*24,1*	*26,9*	*29,5*
2050	*26,9*	*30,9*	*34,9*

[1] Unterstellte Ausgabenwirkungen des medizinisch-technischen Fortschritts: 1,0 Prozent im Best-Case-Szenario, 1,3 Prozent im Status-quo-Szenario und 1,6 Prozent im Worst-Case-Szenario.

Quelle: Postler, A., Nachhaltige Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung, Berlin 2010 (erscheint demnächst), Tabelle D-20

Instrumente ist jedoch nicht Bestandteil dieser Untersuchung.

Zum anderen muss die Struktur des Gesundheitssystems darauf ausgerichtet sein, sich künftigen Entwicklungen anzupassen und technologisch bedingte Leistungsausweitungen effizient zu koordinieren. Dabei sollten Effizienzreserven ausgeschöpft werden, bevor Leistungseinschränkungen gewählt werden. In diesem Zusammenhang wird die Monopolkommission die effizienzverbessernden Effekte einer solidarischen Wettbewerbsordnung für die GKV insbesondere mit Blick auf die Versorgungsseite untersuchen.

2. Das Solidarprinzip in der gesetzlichen Krankenversicherung

1050. Der Begriff des Solidarprinzips kennzeichnet verschiedene abstrakte Gerechtigkeitsziele einer Gemeinschaft, die durch das Einstehen ihrer Mitglieder füreinander erreicht werden sollen. In der Solidargemeinschaft eines Staates betreffen diese Ziele insbesondere die Frage, wie der Staat darauf wirken sollte, die Zustände benachteiligter Gruppen zu verbessern. Eine wesentliche Bedeutung kommt dem Solidarprinzip in der Gesundheitspolitik zu, da hier die normativen Anforderungen, die an den Staat gestellt werden, besonders ausgeprägt sind. Dies betrifft vor allem den Aspekt der Bedarfsgerechtigkeit, da ein breiter gesellschaftlicher Konsens darüber besteht, dass allen Mitgliedern der Gesellschaft eine ausreichende Versorgung mit Gesundheitsleistungen ermöglicht werden soll. Das Solidarprinzip stellt deshalb einen ganz grundsätzlichen Handlungsrahmen für die Gestaltung der gesetzlichen Krankenversicherung dar, der allerdings im Hinblick auf den konkreten Umfang der Leistungen nicht sehr genau bestimmt ist.

1051. Um die wesentlichen, mit dem Solidarprinzip verbundenen Anforderungen an das deutsche Gesundheitssystem zu kennzeichnen, lassen sich die Verteilungswirkungen heranziehen, die sich aus dem heutigen System der GKV ergeben. Ein ganz grundsätzliches Merkmal der GKV ist die Umverteilung, die durch das Versicherungssystem zwischen Gesunden und Kranken ex post eintritt, weil die Gesundheit jedes einzelnen Versicherten einem Krankheitsrisiko ausgesetzt ist und daher nur zu einer bestimmten Wahrscheinlichkeit bestimmte Kosten verursacht werden. Diese Umverteilung existiert auch in der privaten Krankenversicherung und hat sich am Markt durchgesetzt. Sie ist an das Prinzip der Individualäquivalenz angelehnt, weil ein Versicherter mit seinem Versicherungsbeitrag zwar nicht die tatsächlich für ihn anfallenden Kosten, dafür aber seine individuellen Erwartungskosten finanziert. Diese Form der Umverteilung in der GKV ist sowohl mit dem Solidarprinzip als auch mit den Anforderungen ökonomischer Effizienz vereinbar.

1052. Eng mit dem Solidarprinzip verknüpft sind weitere Umverteilungsmerkmale der GKV, die jedoch vom Prinzip der Individualäquivalenz abweichen. So werden heute in der GKV substanziell einkommensproportionale Beiträge erhoben, sodass besser verdienende Mitglieder schlechter verdienende Mitglieder der Solidargemeinschaft mitfinanzieren. Teil des heutigen Systems der GKV ist zudem ein Ausgleich zwischen Generationen und Geschlechtern, da die Erwartungskosten für Gesundheitsleistungen zwischen Versicherten nach Alter und Geschlecht zwar differieren, aber im System der GKV nicht zu Beitragsunterschieden führen. Im Rahmen des Familienlastenausgleichs kommen Kinderlose zudem für die Versicherung von Familien mit Kindern auf. Vorerkrankungen führen zwar zu tendenziell höheren Kosten, haben aber keinen Einfluss auf die Beitragshöhe, da die Beiträge unabhängig von der Morbidität der zu Versichernden erhoben werden. All diese Verteilungsaspekte sind Ausdruck des Kerngedankens des solidarischen Krankenversicherungssystems, wonach bei der Leistungsinanspruchnahme zwar eine Form der Bedarfsgerechtigkeit hergestellt werden soll – ein Erkrankter also stets Leistungen erhalten soll –, er dafür aber nur in Höhe seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit aufzukommen hat.

1053. Solidarisch bedingte Verteilungswirkungen, die nicht mit dem Prinzip der Individualäquivalenz vereinbar sind, stehen auf den ersten Blick im Widerspruch zu bekannten Mechanismen von Effizienz und Wettbewerb in anderen Märkten. So stellen die Krankenkassen der GKV jeweils eigene Versichertenkollektive dar, die einerseits die diskutierten Verteilungsmechanismen umzusetzen haben, andererseits aber miteinander im Wettbewerb um Versicherte stehen sollen. Unter dieser Voraussetzung ist festzustellen, dass vor allem das Versichertenkollektiv Wettbewerbsvorteile haben wird, das wenige Menschen versichert, die soziale Unterstützung aus dem Kollektiv benötigen. Wettbewerb zwischen Krankenkassen ist deshalb nicht unmittelbar mit den bestehenden Anforderungen aus dem Solidarprinzip kompatibel. Eine Kompatibilität kann nur hergestellt werden, indem über die genannten Verteilungswirkungen hinaus verschiedene Voraussetzungen für einen unverzerrten Leistungswettbewerb hergestellt werden. In diesem Zusammenhang sind Aspekte der Gesundheitspolitik wie „Kontrahierungszwang“, „einheitlicher Leistungskatalog“ und „Risikostrukturausgleich“ ebenso notwendige Bedingung wie der „Schutz vor Wettbewerbsbeschränkungen“ sowie Handlungsspielräume der Kassen im Preis- und Leistungsbereich.

1054. Sofern die sich aus dem Solidarprinzip ergebenden Anforderungen an das Gesundheitswesen vorauszusetzen sind, ist es nach Auffassung der Monopolkommission geboten, konsequent die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um in diesem Rahmen eine wettbewerbliche Ordnung der GKV herzustellen. Die Monopolkommission weist in diesem Zusammenhang auf die herausragende Bedeutung des Wettbewerbs im Gesundheitswesen hin. Wettbewerb zwingt die Akteure zu einer qualitativ hochwertigen Versorgung, zum effizienten Einsatz von Produktionsmitteln und ist Garant für medizinische, technische und administrative Innovationen. Er ist eine wesentliche Voraussetzung für ein effizientes und hochwertiges Gesundheitssystem, das den zukünftigen Herausforderungen an Finanzierbarkeit und Qualität gerecht

werden soll. Die Monopolkommission wird in dieser Untersuchung analysieren, inwieweit auf der Basis des Solidarprinzips heute adäquate wettbewerbliche Elemente im System der GKV vorliegen bzw. wie diese ausgebaut werden können.

3. Wettbewerbsfelder im deutschen Gesundheitswesen

3.1 Akteure und Märkte

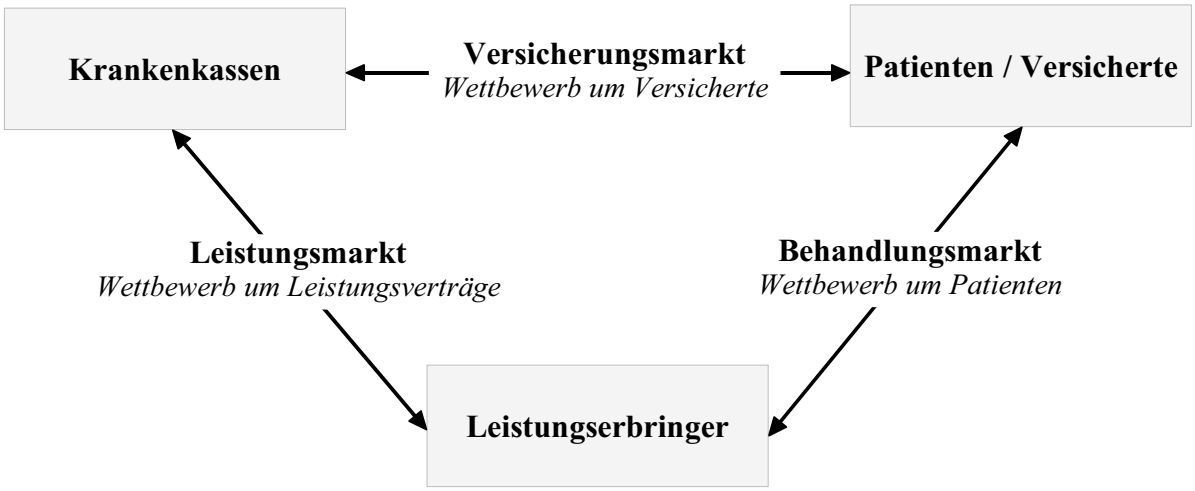
1055. Wettbewerbs- und Effizienzüberlegungen im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherungen setzen oft bei den Wettbewerbsparametern an, die den Krankenkassen zur Verfügung stehen, um den Versicherten ein Angebot über eine Versicherungsleistung zu machen. Dabei handelt es sich auf der einen Seite um den Preis für die Versicherungsleistung, der im System der GKV aufgrund der traditionellen Abhängigkeit vom Einkommen auch unter dem Begriff „Beitragssatz“ bekannt ist. Auf der anderen Seite bieten die Krankenkassen für den verlangten Beitrag ein Leistungsangebot an, das den Versicherten insbesondere im Krankheitsfall zur Verfügung steht. Beide Wettbewerbsparameter sind eng miteinander verknüpft, denn der Wettbewerb soll den Kassen Anreize setzen, ihr Leistungsangebot so effizient wie möglich zu gestalten, sodass sich attraktive Preis-Leistungskombinationen ergeben.

1056. Die Aufgaben der gesetzlichen Krankenversicherung werden nach Maßgabe des SGB V von den Kassen wahrgenommen. Unmittelbaren Einfluss auf Qualität und Kosten haben die Kassen hinsichtlich der Organisation der direkt von ihnen erbrachten Leistungen, insbesondere auf Verwaltungskosten und die Betreuung der Versicherten. Der wesentlich größere Anteil an den Gesamtkosten des Gesundheitswesens wird – neben dem Krankengeld – von den (versicherten) Gesundheitsleistungen verursacht, die der Versicherte als Patient im Krankheitsfall in Anspruch nimmt. Diese Leistungen werden durch niedergelassene Ärzte, Krankenhäuser, Pharmaunternehmen, Apotheken und weitere Akteure im deutschen Gesundheitswesen erbracht, die mit den Krankenkassen in einer Vertragsbeziehung stehen. Die Leistung dieser Akteure ist primärer Bestandteil des Leistungsangebots der Krankenkassen. Im Bezug auf die Leistungserbringung wird sich die Monopolkommission in dieser Untersuchung auf die Leistungen in der ambulanten und stationären Versorgung fokussieren, die durch niedergelassene Ärzte und Krankenhäuser erbracht werden.

1057. Versicherte bzw. Patienten, Kassen und Leistungserbringer bilden ein Beziehungsdreieck, das für die Effizienz des Gesamtsystems von zentraler Bedeutung ist. Von daher kennzeichnen sich die für die GKV relevanten Märkte und möglichen Wettbewerbsfelder, wie in Abbildung VI.2 dargestellt. Im Gegensatz zu den Leistungen, die direkt von der Krankenkasse erbracht werden, handelt es sich bei der Versorgungsleistung im Krankheitsfall um eine indirekte Wettbewerbsrelation von Krankenkassen und gesetzlich Versicherten. Die Leistungserbringer handeln im Rahmen ihrer Vertragsbeziehungen im Auftrag der Krankenkassen. Sie agieren somit auf verschiedenen Märkten, da sie ihre Leistungen einerseits den Versicherten auf dem Behandlungsmarkt anbieten, Umfang und Vergütung aber auf dem Leistungsmarkt durch die Krankenkassen erfolgen.

Abbildung VI.2

Beziehungsdreieck von Märkten und Akteuren im Gesundheitswesen



Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Cassel, D., Jacobs, K., Reformoption Vertragswettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung, Wirtschaftsdienst 86, 2006, S. 285

3.2 Das Verhältnis zwischen Wettbewerb und Regulierung

1058. Durch die Berücksichtigung der Beziehungen von Kassen, Patienten und Leistungserbringern ergeben sich mit dem Versicherungs-, Behandlungs- und Leistungsmarkt drei relevante Wettbewerbsfelder im System der GKV. Um die Effizienz dieser Märkte zu bewerten, kann eine Referenzperspektive hilfreich sein, bei der sich die Wettbewerbsprozesse auf allen Märkten auf die Leistungsbeziehungen auf dem Versicherungsmarkt zurückführen lassen: Steht es den Krankenkassen frei, auf dem Leistungsmarkt individuell ausgehandelte Verträge mit Ärzten und Krankenhäusern zu schließen, dann hat eine Kasse die Möglichkeit, mit den entsprechend ausgehandelten Konditionen auf dem Versicherungsmarkt in Preis und Leistung individuelle Versicherungsangebote zu machen. Durch die Wahl des Versicherungsangebots einer Kasse steuert der Patient auf diese Weise die Leistungsverträge indirekt, da die Kassen einen Anreiz haben, solche Konditionen zu erzielen, mit denen sie auf dem Versicherungsmarkt Versicherte attrahieren können. Aufseiten der Leistungserbringer besteht der Anreiz, dem Patienten auf dem Behandlungsmarkt eine hochwertige Versorgung zukommen zu lassen, da sie dies im Wettbewerb um lukrative Verträge auf dem Leistungsmarkt für sich nutzen können. Effizienzanreize der Kassen aus dem Wettbewerb um Versicherte und Effizienzanreize der Versicherten bei der Wahl einer Krankenversicherung übertragen sich auf diese Weise auf den Leistungs- und Behandlungsmarkt und führen beide Märkte auf dem Versicherungsmarkt zusammen.

1059. Von dieser theoretischen Konstellation einer umfassenden Wettbewerbssteuerung der GKV, ausgehend vom Kassenwettbewerb, ist das heutige Gesundheitswesen jedoch weit entfernt. Individuelles Handeln im Wettbewerb der Akteure wird im deutschen Gesundheitssektor vielfach durch sog. korporatistische Elemente oder normative Vereinheitlichungen ersetzt. Die korporatistische Steuerung bezeichnet ein prägendes Merkmal des deutschen Gesundheitswesens. Der Staat hat dabei die unmittelbare Gestaltung und administrative Steuerung an selbstverwaltete Körperschaften und deren Verbände delegiert. Der Korporatismus im Gesundheitswesen ist historisch entstanden und lässt sich bis in die Anfänge der GKV im Deutschen Reich zurückverfolgen. Er wurde in der Vergangenheit als eine adäquate Möglichkeit gesehen, um den hoheitlichen Organisationsaufgaben einer GKV entsprechend nachkommen zu können.

1060. Effizienzdefizite des korporatistischen Handelns treten insbesondere dadurch auf, dass dieses eine kartellähnliche Wirkung entfaltet. Gemeinsames Handeln der Krankenkassen schränkt den individuellen Handlungsspielraum jeder einzelnen Kasse stark ein. Dies induziert fehlende Differenzierungsmöglichkeiten, sodass die Kassen auf dem Versicherungsmarkt mit einem weitgehend ähnlichen Angebot in Leistungsumfang und Qualität auftreten und den Versicherten die Chance genommen wird, sich für das preislich und qualitativ präferierte Angebot zu entscheiden.

1061. Nach Auffassung der Monopolkommission sind korporatistische Steuerungsmechanismen aus den vorstehenden Gründen grundsätzlich nicht geeignet, um das Versorgungsangebot effizient zu steuern. Sie sind jedoch vor allem dort von hoher Bedeutung, wo Markt und Wettbewerb nicht zur Koordination des Versicherungsprinzips infrage kommen. Gesundheitspolitisch ist dies insbesondere dann der Fall, wenn Verteilungsfragen – etwa im Hinblick auf das Solidarprinzip – die Steuerung durch Wettbewerbsmechanismen überlagern.

1062. Durch die Wahlmöglichkeit einer Krankenkasse hat der Versicherte heute zwar die Freiheit, auf dem Versicherungsmarkt über das Angebot der zur Wahl stehenden Krankenkassen zu entscheiden. Aus den dreiseitigen Marktbeziehungen im Gesundheitswesen wird jedoch deutlich, dass der Wettbewerb der Kassen auf dem Versicherungsmarkt, isoliert betrachtet, nur geringe Auswirkungen auf die Effizienz des Gesamtsystems haben kann. Vielmehr sind die Interdependenzen zwischen den Märkten zu beachten. Nur soweit die Kassen auch das Leistungsangebot selbstständig kontrollieren, können sich Anreize, die vom Wettbewerb um Patienten ausgehen, auf die Effizienz der Leistungserbringung übertragen. Lässt der gesetzliche Rahmen den Kassen hingegen nur die individuelle Kontrolle über originäre Verwaltungs- und Serviceleistungen, kann nicht von Wettbewerb und Effizienz bei der Leistungserbringung gesprochen werden.

1063. Hierin zeigt sich nach Auffassung der Monopolkommission die grundsätzliche Problematik von Wettbewerb und Regulierung im Gesundheitssektor. Je stärker der individuelle Handlungsspielraum der Krankenkassen beschränkt bleibt und kollektive bzw. korporatistische Mechanismen individuelle Handlungsspielräume ersetzen, desto begrenzter sind auch Effizienzanreize, die sich aus dem Wettbewerb der Kassen auf dem Versicherungsmarkt ableiten. Dieses Verhältnis zwischen Wettbewerb und Regulierung beeinflusst in entscheidender Weise die Effizienz in der gesetzlichen Krankenversicherung. Es bleibt deshalb genau zu untersuchen, an welcher Stelle normative und korporatistische Steuerungsmechanismen notwendig sind und wo Spielräume für mehr Wettbewerb und kassenindividuelles Handeln in der gesetzlichen Krankenversicherung verbleiben.

4. Die Leistungsseite der gesetzlichen Krankenversicherung im Bereich der ärztlichen Versorgung

1064. Auf der Leistungsseite der GKV sind die Krankenkassen gefordert, das Angebot für ihre Versicherten zu definieren. Der Wettbewerb auf dem Versicherungsmarkt kann die Kassen dazu anreizen, eine möglichst effiziente Leistungserstellung und Verteilung durch Ärzte und Krankenhäuser zu erwirken. Allerdings sind die Krankenkassen in ihrer Handlungsfreiheit durch eine Reihe normativer Vorgaben eingeschränkt, die den Versicherungsumfang und die Art der Kontrakte regeln, die sie mit den Leistungserbringern abschließen. Von den dabei wirkenden Vorgaben gehen grundlegende Effekte auf die möglichen Wettbewerbswirkungen des Kassenangebots aus.

1065. Gegenstand der Analyse in diesem Abschnitt ist das gegenwärtige System zur Organisation der in der GKV versicherten Versorgungsleistungen. Zunächst sollen die wichtigsten Anforderungen an dieses System erläutert werden. Neben den wesentlichen ökonomischen Problemen bei der Organisation der Krankenversicherung sind hier insbesondere auch normative Vorgaben zu beachten, die sich aus den Vorschriften des SGB V ableiten. Die Monopolkommission wird sich an dieser Stelle auf die Darstellung einzelner Normen mit herausgehobener Bedeutung für die nachfolgende Untersuchung konzentrieren. Dazu gehören die Vorgabe des einheitlichen Leistungskatalogs und der Grundsatz der Beitragssatzstabilität. Im Anschluss an diese grundlegende Darstellung wird die Monopolkommission das bestehende System zur Organisation der Leistungsseite und die damit verbundenen Anreize der beteiligten Akteure kritisch untersuchen, um den möglichen Reformbedarf festzustellen.

4.1 Ökonomische Anforderungen an die Steuerung des Leistungsangebots

4.1.1 Das Steuerungsproblem in der Versorgung

1066. Ein Kernproblem der effizienten Versorgung von GKV-Patienten ist die wirtschaftliche Steuerung von Angebot und Nachfrage der auf dem Behandlungsmarkt erbrachten Leistungen. Ein grundsätzliches Problem eines jeden Krankenversicherungssystems liegt in der Schwierigkeit, die „notwendigen“ oder „richtigen“ Leistungen zur Linderung oder Heilung einer Krankheit eindeutig zu bestimmen. Der durch die GKV versicherte Gesundheitsschaden ist im Vergleich zu anderen Versicherungsmärkten nur eingeschränkt monetär messbar, woraus sich grundsätzliche Probleme für die Erstellung und Verteilung von Versorgungsleistungen ergeben.

1067. In einer aggregierten Betrachtung aller Versorgungsfälle der GKV ist die mögliche Leistungsmenge zur Erhaltung, Verbesserung oder Wiederherstellung der Gesundheit der Versicherten nach oben nahezu unbegrenzt. An dieser Stelle bedarf es eines Koordinationsverfahrens, um die Gesamtheit der erbrachten Leistungen auf ein gesellschaftlich angemessenes Maß zu beschränken. Dazu müssen medizinisch besonders „dringende“ Behandlungen von weniger „dringenden“ unterschieden werden, was auch deshalb notwendig ist, um die Gesamtheit der erbrachten Versorgungsleistungen effizient auf die Versorgungsbedürfnisse der Patienten zu verteilen. Zudem müssen den Leistungserbringern Anreize gegeben werden, die Versorgungsaufgaben so effizient wie möglich durchzuführen.

1068. Versorgungsleistungen werden im Arzt-Patienten-Verhältnis auf dem Behandlungsmarkt erbracht. Zwar können Versicherte der GKV gemäß § 76 SGB V im Krankheitsfall ihren behandelnden Arzt frei wählen, sodass die Voraussetzungen für Wettbewerb hier gegeben sind. Dennoch kann der durch die Wahlfreiheit induzierte Wettbewerb um Patienten zwischen niedergelassenen Ärzten oder Krankenhäusern das Leistungsangebot und die Leistungsnachfrage gegenwärtig nicht effizient steuern. Im System der GKV sind Marktmechanismen auf dem Behandlungsmarkt außer Kraft gesetzt, da der Patient gegenwärtig für die Behandlung im Rahmen des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung kein Entgelt entrichten muss.[11] Somit existieren für die Nachfrage nach Versorgungsleistungen keine Preissignale. Der Arzt sieht sich deshalb keiner Preis-Absatzbeziehung gegenüber, welche die unterschiedlichen Präferenzen der Patienten für unterschiedliche Leistungen durch Zahlungsbereitschaften offenbaren könnte. Durch die Ausschaltung von Preissignalen auf dem Behandlungsmarkt entfällt insbesondere die Steuerungsfunktion des Wettbewerbs für die Verteilung der ärztlichen Leistungen auf die Versicherten.

1069. Da für eine Behandlung aus Sicht des Patienten keine Preisunterschiede existieren, hat er die Möglichkeit, das Angebot ausschließlich nach Qualitätsaspekten auszuwählen. Der Wettbewerb auf dem Behandlungsmarkt kann deshalb theoretisch Qualitätsanreize auf die Leistungen von Ärzten und Krankenhäusern ausüben. Leistungserbringer, die eine schlechte Qualität abliefern, müssen damit rechnen, Patienten zu verlieren und vice versa. Hinsichtlich der qualitätsinduzierenden Wirkung muss jedoch auf Einschränkungen hingewiesen werden. Die Monopolkommission verweist hier auf die geringe Qualitätstransparenz, die es dem Kunden erschwert, eine effektivere Behandlung von einer weniger effektiven zu unterscheiden. Im Hinblick auf den stationären Sektor hat die Monopolkommission solche Transparenzhürden in ihrem Siebzehnten Hauptgutachten ausführlich erläutert und Vorschläge zur Abschwächung dieses Problems gemacht.[12]

Es bleibt weiterhin festzustellen, dass im Rahmen des Qualitätswettbewerbs keine Steuerung von Leistungsmenge, Leistungsproduktion und Leistungsverteilung erfolgt. Wichtige Marktmechanismen auf dem Behandlungsmarkt bleiben bei bloßer Nutzung des Qualitätswettbewerbs somit heute ausgeschaltet.

1070. Von großer Bedeutung für die Steuerung der Versorgung ist deshalb der Leistungsmarkt. Hier definieren sich die Regeln für die Leistungsbeziehungen zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen. Durch sie werden wesentliche Anreizmechanismen für Umfang und Effizienz der im Rahmen der GKV erbrachten Leistungen wirksam. Auf der einen Seite sind hier die gesetzlichen Vorgaben zu berücksichtigen, durch die den Akteuren wesentliche Pflichten auferlegt werden. Auf der anderen Seite ergeben sich Regelungen über Leistungsumfang und Leistungsvergütung aus den Verträgen, die von Leistungserbringern und Krankenkassen auf dem Leistungsmarkt geschlossen werden. Derzeit dominieren hier sog. Kollektivverträge, die für alle Kassen einheitliche Bedingungen vorgeben, während innerhalb von im Wettbewerb

[11] Die 2008 eingeführte und vom Patienten einmalig pro Quartal beim Arzt zu bezahlende Praxisgebühr sei aufgrund ihrer geringen Steuerungswirkung von dieser Überlegung ausgenommen.

[12] Vgl. Monopolkommission, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Hauptgutachten 2006/2007, Baden-Baden 2008, Tz. 819 ff.

verhandelten selektiven Verträgen individuelle Konditionen zu erwarten sind. Die Effizienz der hier geltenden Regulierung soll von der Monopolkommission in diesem Abschnitt genauer untersucht werden.

4.1.2 Mögliche Effizienzprobleme durch angebotsinduzierte Nachfrage

1071. Auf dem Leistungsmarkt liegt es im Interesse der Krankenkassen, das Angebot der Leistungserbringer so zu definieren, dass diese ihren vertraglichen Pflichten möglichst effizient nachkommen. Weil die effiziente Durchführung der Versorgungsaufgaben jedoch nur bedingt vertraglich zu regeln ist, entstehen automatisch Kontrollprobleme. Ein besonders intensiv diskutiertes Problem ist das der angebotsinduzierten Nachfrage.[13] Da auf dem Behandlungsmarkt die sonst üblichen Markt/Preismechanismen außer Kraft gesetzt sind, können vom System der Vergütung ärztlicher Leistungen auch Fehlanreize für das Angebot der Leistungserbringer ausgehen. Sofern die Versorgungsleistungen ohne Einschränkung durch die Kasse finanziert werden, haben Ärzte und Krankenhäuser nur schwache Anreize, ihr Angebot auf ein medizinisch vertretbares Maß einzuschränken. Vielmehr deuten die ökonomischen Anreize darauf hin, dass der Arzt so lange zusätzliche Leistungen erbringen wird, wie ihm dies innerhalb seines Zeitbudgets möglich ist bzw. wie die zusätzlichen Erlöse seine Zeitkosten übersteigen.

1072. Während auf regulären Märkten die Zahlungsbereitschaft des Nachfragers als Korrektiv zu einer ineffizienten Leistungsausweitung wirken kann, ist dies in der Arzt-Patienten-Beziehung aufgrund des fehlenden Preismechanismus nicht möglich. Zwar ist davon auszugehen, dass der durchschnittliche Patient kein Interesse hat, mehr Leistungen als notwendig zu erhalten, da ihm trotz der Ausschaltung von Preissignalen mehr oder weniger persönliche Kosten bzw. Transaktionskosten entstehen, wenn er durch einen Arzt bzw. im Krankenhaus behandelt wird. Bei der Entscheidung über die Inanspruchnahme von Versorgungsleistungen kommt jedoch der Informationsvorsprung des Arztes zum Tragen. Da der Patient den Arzt wegen seiner fachlichen Expertise aufsucht, wird er sich auf dessen Einschätzung über notwendige Behandlungen in vielen Fällen verlassen. Er ist deshalb auf die Behandlungsempfehlung des Arztes angewiesen, da ihm keine besseren Informationen zur Verfügung stehen.

1073. Es zeigt sich, dass ein Gesundheitssystem berücksichtigen muss, dass die Leistungserbringung in der Versorgung stets entsprechend dem individuellen Nutzen der behandelnden Ärzte und Krankenhäuser optimiert wird. Dies ist nicht automatisch gleichbedeutend mit der Effizienz des Gesundheitssystems, sondern insbesondere abhängig von dem Anreizsystem, das aus den Vergütungsregeln resultiert. Diese Regeln ergeben sich auf dem Leistungsmarkt einerseits aus den Versorgungsverträgen und korporatistischen Mechanismen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern, andererseits durch gesetzliche Vorgaben.

4.1.3 Effizienzeffekte von Vergütungsmechanismen

1074. Das Vergütungssystem für ärztliche Leistungen ist von wesentlicher Bedeutung, um adäquate Leistungsanreize für die in der Versorgung tätigen Akteure zu gewährleisten. International existiert eine Vielzahl von Vergütungsregeln für Gesundheitsleistungen. Voneinander abzugrenzen sind insbesondere Regeln zur Vergütung von Einzelleistungen und solche für eine pauschale Vergütung.

1075. Erhält ein Arzt für jede erbrachte Leistung eine Vergütung, so entspricht dies einem für den Patienten adäquaten Vergütungssystem. Der Arzt hat auf diese Weise keinen Anreiz, dem Patienten eine Leistung vorzuenthalten. Damit verstärkt sich jedoch gleichfalls das Problem der angebotsinduzierten Nachfrage, da der Arzt womöglich dem Anreiz unterliegt, auch medizinisch nicht notwendige Leistungen zu erbringen, da er sich dadurch besserstellen kann.

1076. Dem entgegen steht das Konzept einer Pauschalprämie zur Vergütung der Leistungen von Ärzten und Krankenhäusern, die auch unter dem Begriff Capitation bekannt ist. Bei diesen Vergütungssystemen erhält der Leistungserbringer eine Vergütung, die vom Behandlungsaufwand für den Patienten unabhängig ist. Ein Teil des Risikos über den Umfang des Behandlungsaufwands und die individuelle Morbidität der Patienten geht im Rahmen von Capitation-Regelungen auf den Leistungserbringer über.

Durch eine Pauschalprämie entfällt jeder Anreiz für einen Arzt, zusätzliche Leistungen zu erbringen, da er sich durch weitere Leistungen bei einem Patienten nicht mehr besserstellen kann. Dies kann sich auf die Effizienz eines Gesundheitssystems positiv auswirken, wenn auf diese Weise angebotsinduzierte Nachfrage vermieden wird. Gleichfalls kann es zu Problemen kommen, wenn der Arzt zu wenige Leistungen erbringt, weil sein Anstrengungsniveau nicht perfekt überprüfbar ist. Der negative Effekt einer Pauschalprämie kann theoretisch damit abgefedert werden, dass der Arzt die Kosten einer Unterversorgung selbst zu tragen hat, er also etwa die aufgrund einer Unterversorgung notwendigen Nachbehandlungen selbst ohne zusätzliche Vergütung vornehmen muss. In diesem Fall liegt es in seinem individuellen Interesse, den Patienten nicht mehr und nicht weniger als notwendig zu behandeln. Muss der Arzt die Nachbehandlungskosten nicht selbst übernehmen, so können beispielsweise Abschläge im Falle einer besonders kurzen Behandlung Fehlanreize reduzieren.[14]

[13] Ob und in welcher Dimension eine angebotsinduzierte Nachfrage im deutschen Gesundheitssystem vorliegt, ist in der Literatur umstritten und empirisch nicht eindeutig geklärt. Das Phänomen hängt zudem stark von den institutionellen Rahmenbedingungen ab, die im Zeitablauf häufigen Veränderungen ausgesetzt sind. Die Darstellung an dieser Stelle zielt darauf ab zu erläutern, welchen theoretischen Anreizen die Leistungserbringer unterliegen können.

[14] So werden z. B. im Rahmen der Pauschalvergütung von Krankenhausleistungen in Deutschland Abschläge für zu kurze Liegezeiten vorgenommen.

1077. Auch Mischformen zwischen pauschalen Vergütungen und solchen nach Einzelleistungen sind möglich. Diese können z. B. zu einer Teilung der risikobedingten Fallkosten zwischen Kostenträgern und Leistungserbringern führen. Welches Vergütungssystem im Einzelfall optimal ist, hängt sehr stark davon ab, für welchen Arzt oder welche Gruppe von Ärzten oder Krankenhäusern die Regeln zur Anwendung kommen sollen und wie diese institutionell ausgestaltet sind.

4.2 Normative Anforderungen an die Steuerung des Leistungsangebots

4.2.1 Vorgabe des einheitlichen Leistungskatalogs

1078. Der einheitliche Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung ist ein normatives Instrument, um den Umfang des von allen Kassen versicherten ärztlichen Angebots festzulegen. Er schränkt den Handlungsspielraum der Krankenkassen ein, da die gesetzlich festgelegten Leistungen von allen gesetzlichen Krankenkassen einheitlich zu erbringen sind.

1079. Die einheitlichen Leistungen aller Krankenkassen sind im dritten Kapitel des SGB V geregelt; die relevanten Leistungsarten werden in § 11 SGB V aufgezählt. Eine besondere Rolle bei der Definition des Leistungskatalogs nimmt zudem der Gemeinsame Bundesausschuss als oberstes Gremium der Selbstverwaltung im deutschen Gesundheitswesen ein. Der Ausschuss wird von den Spitzenverbänden der Krankenkassen und der Leistungserbringer gemeinsam gestellt. § 92 SGB V ermächtigt das Gremium, für die ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten verbindliche Richtlinien aufzustellen. Das Gremium hat die Möglichkeit, durch seine Richtlinien die Leistungsvorgaben zu konkretisieren. Es kann dabei die Erbringung und Verordnung von Leistungen einschließlich Arzneimitteln oder Maßnahmen einschränken oder ausschließen, wenn nach allgemein anerkanntem Stand der medizinischen Erkenntnisse der diagnostische oder therapeutische Nutzen, die medizinische Notwendigkeit oder die Wirtschaftlichkeit nicht nachgewiesen ist.

1080. Dem einheitlichen Leistungskatalog liegt ein Umverteilungsmotiv zugrunde, das sich aus dem Solidarprinzip herleitet. Durch die grundsätzliche Ausgestaltung der gesetzlichen Krankenversicherung als Vollversicherung soll eine Herauslösung bestimmter Risiken aus dem solidarischen Versicherungsschutz im Vorhinein ausgeschlossen werden. Versicherte mit geringerem Krankheitsrisiko sollen somit auch für die Versorgung von Patienten mit hohem Krankheitsrisiko, z. B. chronisch Erkrankte, aufkommen müssen. Der Leistungskatalog verhindert in diesem Zusammenhang, dass einzelne Krankenkassen Wettbewerbsvorteile erzielen können, indem bestimmte Risiken nicht versichert werden. Die Monopolkommission unterstützt diesen auf das Solidarprinzip zurückgehenden Gedanken des einheitlichen Leistungskatalogs. Sie weist aber darauf hin, dass die Risikoneigung auch durch andere Faktoren, z. B. durch Extremsport, erhöht sein kann. In diesem Zusammenhang muss infrage gestellt werden, ob auch diese Form der Risikoerhöhung durch die Versicherungsgemeinschaft getragen werden sollte.

1081. Der Leistungskatalog ist weiterhin als ein Instrument der Angebotssteuerung im Gesundheitswesen zu bewerten. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Konkretisierung der durch die gesetzliche Krankenversicherung versicherten Leistungen und Behandlungsmethoden durch die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses. Die genaue Vorgabe der Leistungen auf dem Leistungsmarkt ist das wichtigste Instrument, um die Gesamtmenge der erbrachten Leistungen einzugrenzen. Durch eine Einschränkung des Leistungsumfangs kann auch ein zunehmender Kostendruck auf die Versicherungsträger abgefedert werden. Auch solche Kostensteigerungen, die auf den medizinisch-technischen Fortschritt zurückzuführen sind, können zumindest begrenzt durch die Einschränkung des Leistungsumfangs aufgefangen und damit faktisch aus dem Versicherungsumfang herausgehalten werden. Solche Eingrenzungen sind bereits heute durch das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V gedeckt, wonach die Sachleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung nicht unwirtschaftlich sein dürfen. Dahinter steht eine schwierige Kosten-Nutzen-Abwägung, die im Einzelfall durch den Gemeinsamen Bundesausschuss vorzunehmen ist.

1082. Eine Einschränkung des Leistungskatalogs als Reaktion auf Kostensteigerungen wäre gleichbedeutend mit einer zunehmenden Privatisierung von Krankheitsrisiken, da auf diese Weise nach und nach auch evidenzbasiert nutzenstiftende Behandlungen oder Therapien nicht mehr durch den Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung gedeckt wären. Mit einer Begrenzung der Pflichtleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung werden deshalb ganz grundsätzliche ethische und moralische Fragen der Gesellschaft berührt. Insofern der technische Fortschritt zu Ausgabensteigerungen führt, die eine soziale Kostendeckung nicht sinnvoll ermöglichen, ist die Begrenzung der Leistungen jedoch unausweichlich. Die Monopolkommission sieht es jedoch für wichtig an, am Prinzip der Vollversicherung im Grundsatz festzuhalten und die Konzentration zunächst auf die Ausschöpfung anderer Effizienzreserven zu lenken.

4.2.2 Beitragssatzstabilität

1083. Während die Gesamtproduktion eines Gutes auf normalen Märkten aus den Produktionskosten und Zahlungsbereitschaften der Nachfrager folgt, bestimmt sich die Leistungsmenge im System der GKV aus dem gesetzlichen Leistungskatalog und dem Leistungsbedarf der Versicherten. Die gesetzliche Vorgabe des Leistungskatalogs hat zur Folge, dass sich eine veränderte Morbidität der Versicherten, veränderte Behandlungsbedürfnisse, differierende Versichertenzahlen oder die Erweiterung oder Kürzung des Leistungskatalogs in sich stetig verändernden Beitragssätzen widerspiegeln müssten. Auch eine Veränderung von Effizienz bzw. Ineffizienz auf der Versorgungsseite müsste sich direkt im Beitragssatz niederschlagen.

1084. Gravierende Veränderungen des Beitragssatzes zur GKV sind jedoch vom Gesetzgeber nicht gewollt. Gemäß § 71 Absatz 1 SGB V haben die Vertragspartner aufseiten der Krankenkassen und der Leistungserbringer die Vereinbarungen über die Vergütung so zu gestalten, dass Beitragserhöhungen ausgeschlossen werden, es sei denn, die notwendige medizinische Versorgung ist auch nach Ausschöpfung von Wirtschaftlichkeitsreserven nicht zu gewährleisten. Gemäß § 220 Absatz 1 und 2 SGB V sollen die Ausgaben der Krankenkassen durch Beitrags- und sonstige Einnahmen gedeckt werden, sodass die Aufnahme von Darlehen durch die Krankenkassen im Regelfall nicht möglich ist.

1085. Die Zwänge, die sich aus dem Gebot der Beitragssatzstabilität ergeben, spielen insbesondere in den Verhandlungen über die Vergütung der Leistungserbringer eine wesentliche Rolle. Um Ausgabensteigerungen und Ausgabenschwankungen entgegenzuwirken, hat der Gesetzgeber verschiedene Verfahren zur Ausgabenbeschränkung in die bestehenden Regelungen implementiert. Eine besondere Rolle spielt das Verfahren der Budgetierung innerhalb der kollektiven Versorgungsverträge.

4.3 Steuerung durch kollektive Versorgungsverträge

4.3.1 Kollektive Vertragsbeziehungen in der gesetzlichen Krankenversicherung

1086. Ein erheblicher Anteil der Versorgungsleistungen wird im Wege der korporatistischen Steuerung durch kollektives Handeln der Kassen auf dem Leistungsmarkt beschafft. Kollektivverträge bezeichnen daher Gesamtverträge, durch die einheitliche Kontrakte zwischen sämtlichen Kassen und zugelassenen Ärzten und Krankenhäusern entstehen. Art und Umfang der Leistungen sind den Kassen durch den einheitlichen Leistungskatalog normativ vorgegeben. Als Kollektivvertragspartner in der Regelversorgung hat der Gesetzgeber die Spitzenverbände von Krankenkassen und Leistungserbringern vorgesehen. Beide Parteien verhandeln somit über Leistung und Vergütung auf einem bilateralen Monopolmarkt. Das Verfahren unterscheidet zwischen Regelungen, die speziell die ambulante und solchen, die die stationäre Versorgung betreffen.

1087. Im Falle der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung ist dazu der § 83 SGB V einschlägig, der die kassenärztlichen Vereinigungen und die für ihren Bezirk zuständigen Landesverbände der Krankenkassen und der Ersatzkassen als Vertragspartner sog. Gesamtverträge vorsieht. Gemäß § 87 Absatz 1 SGB V verhandeln dabei die Bundesverbände, die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und der Spitzenverband Bund der Krankenkassen über den sog. Bundesmanteltarifvertrag. Im Rahmen der Gesamtverträge werden gemäß § 82 Absatz 2 bzw. den Regelungen in § 87a SGB V auch die Vergütungen der an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte und Einrichtungen geregelt. Letztere Regelungen werden auf Landesebene zwischen den örtlichen Verbänden der Krankenkassen und Ersatzkassen und den kassenärztlichen Vereinigungen verhandelt. Gemeinsam und einheitlich wird gemäß § 87a SGB V dabei eine morbiditätsorientierte Gesamtvergütung beschlossen.

1088. In der stationären Versorgung gilt die Aufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausplan des jeweiligen Bundeslandes gemäß § 109 Satz 2 SGB V als Abschluss eines Versorgungsvertrags. Ein Versorgungsvertrag besteht weiterhin mit landesrechtlich anerkannten Hochschulkliniken. Die Krankenhausplanung wird durch landeseigene Krankenhausgesetze bestimmt, in denen in der Regel auch eine Bedarfsplanung vorgenommen wird. Ein Recht zur Aufnahme in den Krankenhausplan für neue Krankenhäuser besteht gemäß § 8 Absatz 2 Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) nicht. Darüber hinaus können auch Krankenhausträger solcher Häuser, die nicht Plankrankenhäuser oder Hochschulkliniken sind, mit den Landesverbänden der Kassen einen Versorgungsvertrag abschließen. Alle Krankenhäuser, die in einer der genannten Vertragsbeziehungen zu den Krankenkassen stehen, können gemäß § 108 SGB V abrechnungsfähige Leistungen erbringen.

4.3.2 Kollektivvertragliches Vergütungssystem im ambulanten Sektor

4.3.2.1 Früheres System der Budgetierung

1089. Aus den gesetzlichen Vorgaben über die Beitragsstabilität ergeben sich verschiedene Implikationen für die ökonomische Gestaltung des kollektiven Vergütungssystems. Die strikte Orientierung an stabilen Beiträgen zur GKV erfordert für die Kassen eine hohe Planungssicherheit auf der Ausgabenseite. Der Gesetzgeber hat deshalb das Instrument der Budgetierung geschaffen, welches auch in der kollektiven Versorgung Einzug gefunden hat.

1090. In der ambulanten ärztlichen Versorgung wurden seit 1993 verschiedene Budgetmechanismen eingesetzt, welche die Gesamtvergütung deckelten.[15] Durch die Budgetierung wurden die Gesamtausgaben nach oben hin begrenzt. Durch diese Deckelung der Gesamtausgaben wurde insbesondere das Morbiditätsrisiko auf die Leistungserbringer verlagert. Erhöhte sich die durchschnittliche Morbidität der Bevölkerung, sodass zusätzliche Behandlungen nötig wurden, dann erhöhte sich auf diese Weise nicht automatisch auch die von den Kassen zu finanzierende Gesamtvergütung, sodass die Ärzte die zusätzlichen Behandlungen de facto kostenlos durchführen mussten.

4.3.2.2 Morbiditätsorientierte Gesamtvergütung seit 2009

1091. Die Berechnung der Gesamtvergütung hat sich 2009 geändert, sodass die budgetierte Gesamtvergütung einer morbiditätsorientierten Gesamtvergütung gewichen

[15] Zuletzt regelte bis 2008 der § 85 SGB V die Verhandlungen über die Gesamtvergütung auf dem Leistungsmarkt. Gemäß § 71 Absatz 3 SGB V veröffentlicht das Bundesministerium für Gesundheit jährlich die durchschnittliche Veränderungsrate der beitragspflichtigen Einnahmen aller Mitglieder der Krankenkassen je Mitglied. Die jährliche Erhöhung der Gesamtvergütung durfte die Erhöhung dieser sog. Grundlohnsumme gemäß § 85 Absatz 3 SGB V nur unter besonderen Umständen überschreiten.

ist, die nachfolgend in ihren Grundzügen dargestellt wird (vgl. zur Veranschaulichung auch Abbildung VI.3).[16] Grundlage der neuen Gesamtvergütung ist der auf ein Punktzahlvolumen vereinheitlichte Jahresbehandlungsbedarf einerseits und der Euro-Preis für einzelne Behandlungspunkte andererseits. Der Jahresbehandlungsbedarf des Folgejahres wird gemäß § 87a Absatz 3 SGB V auf Landesebene durch die regionalen kassenärztlichen Vereinigungen und durch die Landesverbände der Krankenkassen bestimmt. Die Anpassungen des Behandlungsbedarfs sollen sich gemäß § 87a Absatz 4 SGB V insbesondere an Veränderungen der Versichertenzahl und deren Morbiditätsstruktur, des Leistungsumfangs oder an Effizienzverbesserungen orientieren. Der vereinbarte morbiditätsorientierte Behandlungsbedarf gilt gemäß § 87a Absatz 3 Satz 2 Halbsatz 2 SGB V als notwendige medizinische Versorgung im Sinne des Grundsatzes der Beitragsstabilität, sodass Vergütungsausweitungen, die auf einen steigenden Behandlungsbedarf zurückzuführen sind, auch die Anforderungen des § 71 SGB V (Grundsatz der Beitragssatzstabilität) erfüllen.

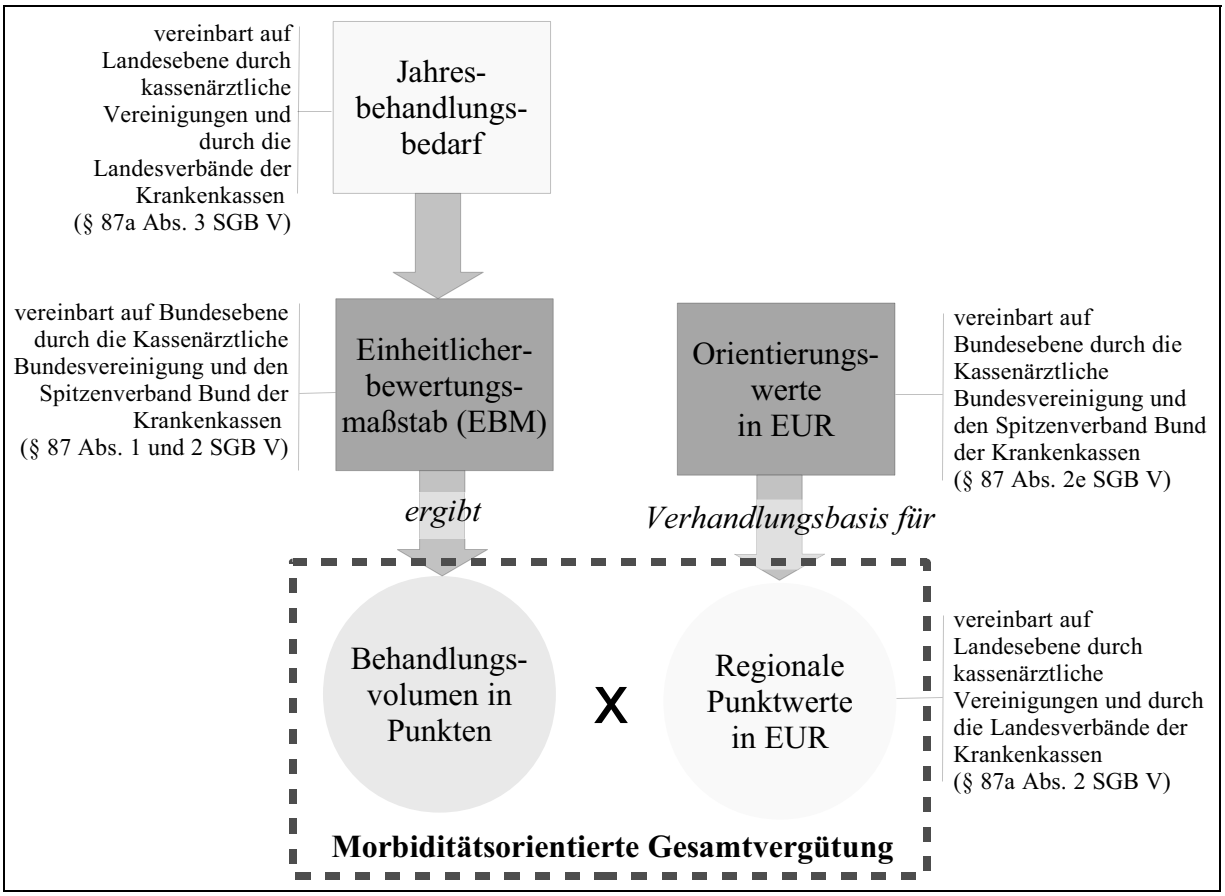
[16] Die neuen Regelungen treten vollständig erst ab dem Jahr 2011 in Kraft, da für die Jahre 2009 und 2010 in § 87c SGB V zum Teil Übergangsregelungen getroffen wurden.

1092. Die Bewertung des Behandlungsbedarfs zur Ermittlung der Gesamtvergütung erfolgt, indem die voraussichtlichen Behandlungsleistungen zur Versorgung der Versicherten in ihrem Verhältnis zueinander bewertet und addiert werden. Die Ermittlung des Wertverhältnisses wird nach Maßgabe des einheitlichen Bewertungsmaßstabs vorgenommen. Im einheitlichen Bewertungsmaßstab legen die Kassenärztliche Bundesvereinigung und der Spitzenverband Bund der Krankenkassen gemäß § 87 Absatz 1 und 2 SGB V Punktwerte für einzelne Behandlungsleistungen fest, um ihren relativen Wert im Verhältnis zueinander auszudrücken. In der Summe aller vorhersehbaren Behandlungsleistungen ergibt sich das Leistungsvolumen in Punkten, das sog. Punktzahlvolumen.

1093. Zur Festlegung eines Gesamtbudgets muss das festgestellte Punktzahlvolumen weiterhin in Euro bewertet werden. Dazu werden zunächst gemäß § 87 Absatz 2e SGB V auf Bundesebene im einheitlichen Bewertungsmaßstab sog. Orientierungswerte festgelegt, die nach Versorgungslage differenziert werden, um in unterver-

Abbildung VI.3

Ermittlung der morbiditätsorientierten Gesamtvergütung seit 2009



Quelle: Eigene Darstellung

sorgten Regionen Anreize zur Niederlassung zu setzen. Die Orientierungswerte sind Ausgangspunkt für weitere Verhandlungen auf Landesebene, durch die der dort regional geltende Punktwert gemäß § 87a Absatz 2 SGB V durch Zu- oder Abschläge noch angepasst werden kann.

1094. Aus den regional festgelegten Punktwerten und dem entsprechenden, in Punkten bewerteten Behandlungsbedarf ergibt sich gemäß § 87a Absatz 3 Satz 2 SGB V die morbiditätsorientierte Gesamtvergütung. Sie wird individuell entsprechend der Versichertenzahl und dem morbiditätsbedingten Behandlungsbedarf den einzelnen Kassen zugeordnet.

4.3.2.3 Honorarverteilungsregeln und Regelleistungsvolumen

1095. Mit der neuen Form der Berechnung des jährlichen Gesamtvergütungsvolumens für ambulante ärztliche Leistungen wurden auch die Regelungen zur Vergütungsverteilung angepasst. Dazu wurden eine Euro-Gebührenordnung und ein arzt- bzw. praxisbezogenes Budget in Form des sog. Regelleistungsvolumens eingeführt. Allerdings bleiben die kassenärztlichen Vereinigungen weiterhin für die Budgetverteilung zuständig.

1096. Bis zur Änderung der Vergütungsverteilung konnten Kassenärzte ihre im Quartal erbrachten Leistungen nicht wertmäßig nach Euro-Beträgen bei der entsprechenden kassenärztlichen Vereinigung abrechnen. Vielmehr sah die Gebührenordnung zur Abrechnung Punkte entsprechend den nach Leistungen differenzierten Punktwerten des einheitlichen Bewertungsmaßstabs vor. Im Anschluss an die Abrechnungsperiode wurde das zur Verfügung stehende Budget durch das Volumen aller abgerechneten Punkte dividiert, sodass das Ergebnis dem jeweiligen Punktwert in Euro entsprach. Nahm die Anzahl der insgesamt erbrachten Leistungen zu, dann sank der Wert des einzelnen Leistungspunktes. Eine Punktzahlobergrenze je Arzt pro Quartal sollte außerdem verhindern, dass die Ärzte ihren Behandlungsaufwand über das erforderliche Maß ausdehnen.

1097. 2009 wurde auch die Abrechnung von Punktwerten durch die Abrechnung nach einer regionalen Euro-Gebührenordnung ersetzt. Diese regelt das Honorar für einen wesentlichen Teil des vertraglich erbrachten Behandlungsvolumens. Jährlich wird die Honorarordnung neu berechnet. Gemäß § 87a Absatz 2 Satz 6 SGB V sind dazu die regional verhandelten Punktwerte mit den im einheitlichen Bewertungsmaßstab festgelegten Leistungsgewichten zu multiplizieren. Auf diese Weise wird die regional zur Verfügung stehende Gesamtvergütung einer Periode auf die geplanten Leistungen aufgeteilt. Es bestehen jedoch weitere Anforderungen an das Verteilsystem. Zum einen bedarf es einer Regelung für das Problem, dass durch einen ungeplanten Anstieg der Behandlungsfälle das Budget innerhalb der Abrechnungsperiode überschritten werden kann. Zum anderen soll das Vergütungssystem Anreize für die Ärzte setzen soll, eine übermäßige Ausdehnung der ihrer Leistungen zu verhindern.

1098. Diese Zwecke soll gemäß § 87b Absatz 2 Satz 1 SGB V das Instrument des Regelleistungsvolumens erfüllen. Das Regelleistungsvolumen begrenzt als arztspezifisches Budget die abrechnungsfähigen Regelleistungen eines Vertragsarztes in einem Quartal.[17] Es berechnet sich aus dem Produkt des arztgruppenspezifischen Fallwertes in Euro und der Fallzahl des Arztes bzw. der Praxis im Vorjahresquartal. Da die Höhe des Regelleistungsvolumens auf diese Weise stark von der Patientenzahl abhängig ist, wird das Ergebnis mit einem Altersfaktor des Patientenstamms gewichtet, um eine höhere oder geringere Morbidität des Patientenstamms einzelner Ärzte berücksichtigen zu können. Fallzahlen oberhalb der 1,5-fachen Durchschnittsfallzahl gehen zudem nur mit einem abgestaffelten Fallwert in das Regelleistungsvolumen ein. Die Staffelung endet mit der doppelten Durchschnittsfallzahl, ab der nur noch 25 Prozent des normalen Fallwertes berechnet werden. Überschreitet der Arzt durch die von ihm im Quartal abgerechneten Leistungen sein Regelleistungsvolumen, werden diese Leistungen nicht oder nur begrenzt berücksichtigt. Morbiditätsbedingte Erhöhungen der Gesamtfallzahlen aller Ärzte werden allerdings bei der nächsten Berechnung der morbiditätsorientierten Gesamtvergütung berücksichtigt.

4.3.2.4 Anreiz- und Effizienzwirkungen des neuen Vergütungssystems

1099. Systematisch hat das neue Vergütungssystem insbesondere zu einer Verlagerung von Risiken geführt. Vor 2009 lag das Risiko morbiditätsbedingter Leistungsveränderungen bei den Vertragsärzten, da Vergütungsänderungen nicht an die Zahl der Behandlungsfälle gekoppelt waren. Dies hat sich nun grundlegend geändert, sodass heute bei der Neuverhandlung des Jahresbudgets der Behandlungsbedarf berücksichtigt wird und die Kassen so für zusätzliche Leistungen aufkommen müssen. Steigt demnach die Zahl der Behandlungsfälle an, so erhöht sich nach dem neuen System zur Berechnung der Gesamtvergütung auch der Behandlungsbedarf. Die jährlich berechnete morbiditätsbedingte Gesamtvergütung schwankt somit mit dem Leistungsaufkommen. Damit und durch die Einführung der Euro-Gebührenordnung wurde einer nachdrücklichen Forderung vonseiten der Ärzteschaft entsprochen.

1100. Die Ansetzung des Morbiditätsrisikos im Leistungsbereich der gesetzlichen Krankenversicherung stellt ein ganz grundsätzliches ökonomisches Problem dar. Einerseits sprechen grundsätzliche Überlegungen für die heutige Regelung. Auf einem gewöhnlichen Markt muss die Finanzierung zusätzlicher Nachfrage durch die Nachfrager selbst erfolgen. Die Nachfrageausweitung im Gesundheitssystem entsteht durch den Behandlungsbedarf der Patienten und wird auf dem Leistungsmarkt über die dortige Vergütung durch die Krankenkassen vermittelt. Zusätzliche Nachfrage nach Leistungen durch die Patienten sollte demnach auch durch die Patienten mittels stei-

[17] Einzelheiten zur Berechnung werden nach § 87b Absatz 4 SGB V durch den Bewertungsausschuss festgelegt.

gender Kassenbeiträge finanziert werden. Demnach ist das Risiko von Veränderungen der Leistungsmenge bei den Kassen anzusiedeln, wie es durch die neue Berechnung der Gesamtvergütung geschehen ist.

1101. Gegen eine vollständige Verlagerung des Morbiditätsrisikos auf die Krankenkassen spricht jedoch, dass auch Ineffizienzen die Entstehung eines zusätzlichen Behandlungsbedarfs auslösen können. Hier sind die grundsätzlichen Allokationsprobleme im Krankenversicherungsmarkt von Bedeutung, die in Abschnitt 4.1 ausführlich dargestellt wurden. Demnach muss die Ausweitung der Nachfrage nicht grundsätzlich auf selbstverantwortlichen Effizienzerwägungen der Patienten beruhen. Nachfrage nach Gesundheitsleistungen kann auch dann entstehen, wenn der Nutzen der ärztlichen Leistung geringer ist als die durch die Inanspruchnahme des Arztes tatsächlich abgerechneten Kosten. In diesen Fällen ist es nicht effizient, der Nachfrage nachzukommen. Ineffiziente Nachfrage kann auf dem Behandlungsmarkt einerseits durch den Patienten selbst ausgelöst sein, der aufgrund der fehlenden Behandlungspreise nur geringe Anreize besitzt, auf zusätzliche, medizinisch nicht notwendige Behandlungen zu verzichten. Andererseits kann der Arzt seinen Wissensvorsprung ausnutzen, zusätzliche Behandlungen über ein medizinisch vertretbares Maß hinaus durchzuführen, wenn dies seinen persönlichen Ertrag steigert. Behandlungsleistungen, die beispielsweise auf letzteren Aspekt einer angebotsinduzierten Nachfrage zurückgehen, sind deshalb ineffizient. Ineffizienzkosten sollten jedoch durch den Verursacher getragen werden, um ihm Anreize zur Reduktion der Ineffizienz zu geben. Mit der Verlagerung des morbiditätsbedingten Risikos tragen alleine die Kassen jede Form von Ineffizienz.

1102. Ob durch angebotsinduzierte Nachfrage ausgelöste Behandlungsineffizienzen vorliegen können, ist anhand der Anreize zu untersuchen, die sich aus den Regelungen zur Vergütungsverteilung ergeben. Vor 2009 verhinderte eine facharztspezifische Abrechnungsobergrenze für die nach Punkten abgerechneten Behandlungsleistungen, dass der Arzt pro Quartal mehr als eine bestimmte Leistungsmenge abrechnen konnte. Kam der Arzt über die Quartalsgrenze, dann fielen sämtliche monetären Anreize weg, zusätzliche Patienten zu behandeln. Dieser Mechanismus war nur teilweise wirksam, um ineffiziente Leistungsausweitungen einzugrenzen, da nur Anreize bei solchen Ärzten wegfielen, die auch die Grenze überschritten. Solche Ärzte, die die Grenze bisher nicht erreicht hatten, behielten hingegen Anreize, ihre Behandlungen auszuweiten. Zudem bestand invers auch ein Qualitätsproblem, da die Ärzte ihren Vertragspflichten zur Behandlung von Patienten nach Erreichung der Grenze de facto ohne Bezahlung nachkommen mussten.

Durch die Einführung der Euro-Gebührenordnung konnte die nach Punkten ermittelte bestehende Abrechnungsgrenze nicht beibehalten werden. Eine gewöhnliche Abrechnungsgrenze in Euro hatte jedoch den Nachteil, dass die ex post erbrachten, kumuliert abgerechneten Leistungen so nicht zwangsläufig mit der ex ante verhandelten Gesamtvergütung übereinstimmen mussten. Mit der Einführung des Regelleistungsvolumens wird dieses Problem umgangen, indem das Budget der morbiditätsorientierten Gesamtvergütung bereits ex ante auf die Vertragsärzte aufgeteilt wird. Überschreiten die Ärzte diese Grenze, so bestehen zunächst keine unmittelbaren Vergütungsanreize, weitere Patienten zu behandeln. Mittelbar jedoch erhöhen zusätzliche Patienten das Regelleistungsvolumen des Arztes im Folgejahr, sodass weiterhin Anreize erhalten bleiben, auch über das Regelleistungsvolumen hinaus Behandlungsleistungen zu erbringen. Dies ist auch notwendig, um die Möglichkeit, Vergütungsunterschiede auf dem Behandlungsmarkt zu generieren, beizubehalten und den Ärzten somit Qualitätsanreize im Wettbewerb um Patienten zu geben. Das Regelleistungsvolumen führt deshalb de facto zu einer Verlagerung der Anreize des Arztes hin zu einer Ausweitung seines Patientenstammes. Dies ist der einzige transparente Parameter, durch den er sein Regelleistungsvolumen mittelfristig erhöhen kann. Somit verbleiben für den Arzt stets Anreize, einen zusätzlichen Patienten aufzunehmen, auch wenn er sein Regelleistungsvolumen bereits überschritten hat. Allerdings bleiben keinerlei Anreize, einen Patienten, den er bereits in einem Quartal behandelt hat, nach Erreichen des Regelleistungsvolumens nochmals zu sehen.

1103. Das Problem angebotsinduzierter Nachfrage wird durch das Regelleistungsvolumen auf zwei verbleibende Probleme reduziert. Zum einen hat der Arzt nun ein gesteigertes Interesse, seine Patienten jedes Quartal erneut zu behandeln. Es bleibt an dieser Stelle ein empirisches Problem zu prüfen, ob das Regelleistungsvolumen zu einer Erhöhung der durchschnittlichen Behandlungsfälle pro Quartal führt. Die Monopolkommission gibt zu bedenken, dass das Quartal möglicherweise ein zu kurzes Intervall für die periodische Erneuerung des Regelleistungsvolumens darstellen könnte.

Zum anderen hat der Arzt einen Anreiz, seinen Leistungsumfang auszuweiten, solange er das Regelleistungsvolumen noch nicht ausgeschöpft hat. Wie sehr dieses Problem zum Tragen kommt, hängt auch von der Art der Abrechnung ärztlicher Leistungen ab. Werden einzelne Leistungen separat vergütet, so bestehen für den Arzt mehr Möglichkeiten, sein Budget durch die Erbringung medizinisch verzichtbarer Leistungen zu optimieren als im Rahmen einer Pauschalvergütung mehrerer Leistungen. Im ambulanten Sektor wurde der für die Abrechnungstiefe maßgebliche einheitliche Bewertungsmaßstab in den vergangenen Jahren mehrmals so verändert, dass eine zunehmend pauschale Abrechnung mehrerer Einzelleistungen vorgesehen wurde. Dennoch stellt der einheitliche Bewertungsmaßstab keine Form der Abrechnung entsprechend Fallpauschalen dar, wie es etwa im Bereich der stationären Versorgung der Fall ist.

1104. Zusammenfassend ist festzustellen, dass empirisch nicht eindeutig geklärt ist, wie umfangreich die Möglichkeiten sind, die zur ineffizienten Ausweitung der Nachfrage im neuen Vergütungssystem verbleiben. Die Monopolkommission weist deshalb darauf hin, dass das Vergütungssystem in seiner heutigen Form vor allem da-

raufhin überprüft werden muss, ob der quartalsweise Zeitraum für die Festsetzung des Regelleistungsvolumens zu einer Erhöhung der Behandlungsfälle führt. Sofern Kostensteigerungen auf angebotsinduzierte Nachfrage durch die Anreize des neuen Vergütungssystems zurückzuführen sind, müssen diese im neuen Vergütungssystem allein durch die Kassen getragen werden, sodass höhere Beiträge die Folge sind.

4.3.2.5 Durch die institutionelle Ausgestaltung des Abrechnungssystems bedingte Informationsdefizite

1105. Im kollektiven Vergütungssystem erfolgt die vertragsärztliche Abrechnung ambulant erbrachter Leistungen nicht bei den Krankenkassen, sondern bei den zwischengeschalteten kassenärztlichen Vereinigungen, die für die Verteilung der Gesamtvergütung verantwortlich sind. Aufgrund dieser Organisation der Ärztevergütung haben die Krankenkassen keinerlei direkte Information über die abgerechneten Leistungen. Gleiches gilt für den Patienten, der – zumindest obligatorisch – keine Information über die durch den behandelnden Arzt für ihn abgerechneten Leistungen erhält.

1106. Gesetzlich wurde die Prüfung der Arztabrechnung im Wesentlichen nicht den Krankenkassen zugeordnet. Aufgrund ihrer Zuständigkeit für die Verteilung der Gesamtvergütung obliegt den kassenärztlichen Vereinigungen auch die Durchführung der Prüfung auf sachlich-rechnerische Richtigkeit und die darauf bezogene Plausibilitätsprüfung der abgerechneten Leistungen gemäß § 106a Absatz 2 SGB V. Den Krankenkassen bleiben lediglich bestimmte grobe Prüfungsmöglichkeiten gemäß § 106a Absatz 3 SGB V, die in der Praxis jedoch kaum eine Rolle spielen;[18] sie können allerdings gemäß § 106a Absatz 4 SGB V die kassenärztlichen Vereinigungen zu gezielten Prüfungen auffordern.

1107. Um eine möglichst effiziente Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen im Gesundheitssektor zu erreichen, ist es notwendig, die Informationsasymmetrien auf den entsprechenden Märkten so gering wie wirtschaftlich möglich zu halten. Die Information über die von den Vertragsärzten abgerechneten Behandlungsleistungen ist hier von erheblicher Bedeutung. Entsprechende Leistungsanreize vorausgesetzt, können Krankenkassen diese Daten nutzen, um Rückschlüsse darüber zu ziehen, wie das Verhalten der Versicherten z. B. durch Vergütungsanreize geeignet gesteuert werden kann. Krankenkassen können die Abrechnungsdaten weiterhin nutzen, um die Vertragsbeziehungen zu Ärzten und Krankenhäusern (auch durch selektive Verträge) geeignet zu gestalten und dabei Abrechnungsbetrug vorzubeugen. Dabei sind die sich aus dem Datenschutz ergebenden Anforderungen zu beachten. Auch im Hinblick auf die Patienten bestehen verschiedene Ziele, die mit einer Information über die abgerechneten Leistungen verknüpft sind. Die Kenntnis über die durch den Arzt abgerechneten Leistungen kann zum Ziel haben, das Bewusstsein der Patienten über die Kosten einer Behandlung zu verbessern. Vor allem aber kann durch das Wissen des Patienten über die abgerechneten Leistungen dem Abrechnungsbetrug effektiv vorbeugt werden.

1108. Aus der mangelnden Kenntnis der Krankenkassen über die kollektivvertraglich abgerechneten Arztleistungen lassen sich sehr direkt Kontrollprobleme ableiten. Die Krankenkasse hat ein Interesse, die Einhaltung der Vertragspflichten zu überwachen. Neben der Schwierigkeit, die Leistungen des einzelnen Arztes auf ein effizientes Maß zu begrenzen, besteht im Hinblick auf die Abrechnungsdaten ein besonderes Problem darin, die sachliche Richtigkeit der Arztabrechnungen sicherzustellen. Auch ohne dass Erkenntnisse darüber vorliegen, ob einzelne Ärzte unrechtmäßig Leistungen abrechnen, ist eine wirkungsvolle Kontrolle vorzusehen, um Betrugsmöglichkeiten vorzubeugen. Die Kontrollaufgabe ist geeigneterweise demjenigen Akteur zu übertragen, der auch den Schaden einer falschen oder fehlerhaften Abrechnung zu tragen hat. Innerhalb des heutigen Vergütungssystems liegen deshalb die Kontrollanreize bei den Krankenkassen, die für unrechtmäßige Abrechnungsvolumina auf dem Wege einer steigenden Gesamtvergütung aufkommen müssen. Die Krankenkassen treten wiederum als Sachwalter der Versicherten auf, die durch ihre Beiträge auch unrechtmäßige Arztabrechnungen finanzieren.

1109. Es ist weiterhin davon auszugehen, dass die abrechnungsbezogenen Plausibilitätsprüfungen nur bedingt in der Lage sind, Falsch- oder Fehlabrechnungen feststellbar zu machen. Einem Arzt, der gewillt ist, unrechtmäßig Leistungen abzurechnen, bleiben dazu weitreichende Spielräume erhalten. So verfügt er gegenüber Kontrolleuren stets über einen Wissensvorsprung hinsichtlich der tatsächlich erbrachten Leistungen und deren Abrechnungsmöglichkeiten. Es ist davon auszugehen, dass am ehesten der Patient Informationen besitzt, welche Behandlungsleistungen an ihm erbracht wurden. Abrechnungsbetrug kann demnach am besten vermieden werden, wenn das Wissen des Patienten nutzbar gemacht wird, in dem dieser über die bei ihm abgerechneten Leistungen informiert wird.

1110. Im deutschen Gesundheitswesen besteht nach Auffassung der Monopolkommission auch keine hinreichende Information des Patienten über die für ihn abgerechneten Leistungen. Der Patient hat zwar gemäß § 305 SGB V Auskunftsrechte über die vom Arzt an ihm erbrachten und für ihn abgerechneten Leistungen sowohl gegenüber der Krankenkasse als auch gegenüber dem behandelnden Arzt (Patientenquittung). Diese Informationen sind jedoch nicht obligatorisch, sondern werden „auf Antrag“ bzw. „auf Verlangen“ des Patienten erbracht und sind teilweise sogar mit – wenn auch geringen – Kosten für den Patienten verbunden. Da die Kontrolle der Abrechnungsdaten für den Patienten keinen direkten Nutzen stiftet, soweit er die Behandlung nicht selbst zu vergüten hat, ist keine hohe Bereitschaft der Patienten zu erwarten, für die Einsicht in die abgerechneten Leistungen Kosten bzw. Transaktionskosten in Kauf zu nehmen. Dies zeigen auch bisherige Modellversuche, die mit der Patientenquit-

[18] Vgl. Clemens, in: Juris Praxiskommentar, § 106a Rn. 143.

tung durchgeführt wurden.[19] Eine obligatorische oder durch die Kassen initiierte Information des Patienten über die für seine Behandlung abgerechneten Leistungen könnte jedoch in jedem Fall dem Problem möglichen Abrechnungsbetrugs wirksam vorbeugen. Hier ist zu erwarten, dass bereits die nicht vorhersehbare Kontrolle der Abrechnung durch wenige Patienten ausreichen würde, um eine hinreichende Abschreckungswirkung zu erzielen.

4.3.3 Kollektivvertragliches Vergütungssystem im stationären Sektor

1111. Die Monopolkommission hat sich bereits in ihrem Siebzehnten Hauptgutachten ausführlich mit dem Krankenhaussektor befasst und ist dabei auf die Wirkungen und den Reformbedarf des dortigen Vergütungssystems eingegangen.[20]

1112. Das Vergütungssystem im deutschen Krankenhaussektor unterscheidet sich grundsätzlich von der Vergütung für ambulante Leistungen. Hauptbestandteil der Vergütung stationärer Leistungen durch die gesetzlichen Krankenkassen ist die Abrechnung zu landeseinheitlichen Fallpauschalen (German Diagnostic Related Groups, G-DRG). Diagnoseabhängig wird jeder Behandlungsfall einer Fallgruppe zugeordnet und pauschal vergütet. Die Fallgruppen unterscheiden sich nach Erkrankung, Behandlung und Schweregrad.

1113. Das pauschale Abrechnungssystem über G-DRG-Fallgruppen wurde 2003 in Deutschland eingeführt. Die Höhe der Pauschalen bestimmt sich zentral aus dem sog. Basisfallwert, der den Preis für einen durchschnittlichen Behandlungsfall wiedergibt. Seit dem Abschluss einer Übergangsphase, die im Jahr 2008 endete, sind die Basisfallwerte eines Bundeslandes einheitlich.[21] Gemäß § 10 Absatz 8 Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) werden die unterschiedlichen Basisfallwerte der Länder nun an einen Bundes-Basisfallwert angeglichen. Jährliche Veränderungen des Basisfallwertes werden gemäß § 10 KHEntgG durch die Sozialpartner auf Landesebene verhandelt. § 10 Absatz 3 KHEntgG nennt hier die zu berücksichtigenden Kriterien, wie Kostenerhebungen und Entwicklungen.

1114. Durch die Pauschalierung des fallspezifischen Abrechnungsbetrags sind die Anreize für die Krankenhäuser reduziert worden, mehr Leistungen als medizinisch notwendig zu erbringen, da zusätzliche Leistungen – insbesondere längere Liegezeiten – den abrechnungsfähigen Betrag in vielen Fällen nicht weiter erhöhen können.[22] Der Hauptanreiz der Krankenhäuser liegt heute in einer Reduzierung der Kosten. Der Kostendruck durch die Einführung der G-DRG hat deshalb dazu beigetragen, dass Krankenhausbetten und durchschnittliche Verweildauer der Patienten stark reduziert wurden.[23] Um unerwünschte Wirkungen des Kostendrucks auf die Behandlungsqualität zu vermeiden, wurden Mindestliegezeiten festgelegt, bei deren Unterschreiten Abschläge auf den Abrechnungsbetrag fällig werden.

1115. Auch im stationären Sektor hat der Gesetzgeber verschiedene krankenhausspezifische Erlöslimitierungen vorgegeben, die in ihrer Funktionsweise dem Regelleistungsvolumen im ambulanten Sektor ähneln. Die Ausgabenregulierung des einzelnen Krankenhauses erfolgt durch ein Erlösbudget, das der Krankenhausträger mit den Sozialleistungsträgern gemäß § 11 KHEntgG aufstellen muss. Gemäß § 4 Absatz 2 KHEntgG wird das Erlösbudget ermittelt, indem für die voraussichtlich zu erbringenden stationären und teilstationären Leistungen Art und Menge der Entgelte mit der jeweils maßgeblichen Entgelthöhe multipliziert werden. Die erforderliche Bedarfsplanung kann sich z. B. auch an Werten orientieren, die durch die Krankenhausplanung festgelegt wurden. Erzielt das Krankenhaus nun mehr oder weniger Erlöse als im Erlösbudget vorgesehen, so werden diese zum Teil durch die Mehr- und Mindererlösausgleichsregeln des § 4 Absatz 3 KHEntgG ausgeglichen.

1116. Das Erlösbudget wirkt sich reduzierend auf die Anreize der Krankenhäuser aus, wettbewerbliche Vorstöße zu wagen, durch die zusätzliche Patienten attrahiert werden können. Überschreitet das Krankenhaus das Erlösbudget, muss es wesentliche Teile der Entgelte für zu viel erbrachte Leistungen wieder abgeben, was sich mindernd auf die Wettbewerbsaktivität auswirkt. Im Vergleich zum ambulanten Sektor scheint das Erlösbudget hier auch deshalb entbehrlich, da die Fallpauschalen die Anreize zu einer ineffizienten, angebotsinduzierten Nachfrage weitgehend ausschließen. Die Monopolkommission hat deshalb bereits in ihrem Siebzehnten Hauptgutachten für die Abschaffung der Erlösbudgets plädiert.[24]

4.3.4 Geringe Kooperationsanreize im kollektivvertraglichen Bereich

1117. Zur wohlfahrtsfördernden Optimierung der Versorgungsleistungen ist in vielen Fällen eine Kooperation

---

[19] In einem einjährigen Modellversuch, der zwischen dem 1. April 2002 und dem 31. März 2003 in Rheinhessen durchgeführt wurde, waren keine Änderungen des Nachfrageverhaltens spürbar. Das Interesse an der Patientenquittung ist dort zudem mit der Dauer des Modellversuches kontinuierlich abgeflaut. Daten über die Entwicklung der pro Patient durchschnittlich abgerechneten Leistungen sind jedoch nicht bekannt. Über die nach Auffassung der Monopolkommission wichtige Funktion der Patientenquittung als stichprobenhafte Abrechnungskontrolle können aus dem Modellversuch somit keine Schlussfolgerungen gezogen werden. Vgl. Meye, M. R., Koch, H., Modellversuch in Rheinhessen: „Patientenquittung“ zeigt, was Ärzte leisten, Deutsches Ärzteblatt 2003; 100(27): A-1846/B-1535/C-1443, http://www.aerzteblatt.de/v4/archiv/artikel.asp?src=heft&id=37572.

[20] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 794 ff.

[21] Für eine ausführliche Darstellung vgl. ebenda, Tz. 831 ff.

[22] Eine Ausnahme bilden psychiatrische Behandlungen, die weiterhin auf der Basis von Tagessätzen abgerechnet werden.

[23] Allerdings setzte der Trend zur Verkürzung der Verweildauer bereits vor der Einführung der Fallpauschalen ein. Vgl. Augurzky, B. u. a., Krankenhaus Rating Report 2008 Essen 2008, S. 51 ff.

[24] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 836.

der Leistungserbringer erforderlich. Kooperation kann dabei einerseits dem Zweck der Auslastung der zur Verfügung stehenden Untersuchungsgeräte dienen. Andererseits kann durch eine enge Kooperation auch die Versorgung qualitativ verbessert und je Versorgungsfall durch geringeren Ressourceneinsatz organisiert werden. Für eine effiziente Kooperation von Versorgungsträgern sind jedoch Regeln und geeignete Anreizstrukturen erforderlich, die in den bestehenden kollektiven Versorgungsstrukturen nur bedingt vorliegen.

1118. Im Hinblick auf die betriebswirtschaftlich günstige Nutzung von Anlagengütern wie Praxisausstattung, medizinischen Geräten und Verwaltungspersonal besteht bereits unter dem gegebenen Vergütungssystem die Möglichkeit, starke Kooperationsanreize zu setzen. Im ambulanten Sektor sind hier die Vorgaben des Bewertungsausschusses von besonderer Bedeutung, der gemäß § 87b Absatz 4 SGB V darüber entscheidet, ob die Regelleistungsvolumina arzt- oder praxisbezogen zugeordnet werden, und der auch weitere Regelungen zur Förderung von Gemeinschaftspraxen treffen kann. Es zeigt sich, dass der Bewertungsausschuss dabei die konsequente Förderung von Gemeinschaftspraxen und medizinischen Versorgungszentren im Blick hat, deren Regelleistungsvolumina sich im Prinzip addieren.[25] Somit entstehen starke Kooperationsanreize, da der Arzt durch die Kooperation seine Kapitalkosten senken kann, ohne dadurch Honorarverluste hinnehmen zu müssen. Gleiche Anreize bestehen bei der Kooperation von Krankenhäusern.

1119. Im Hinblick auf die möglichst effiziente Behandlung eines Patienten liegen innerhalb des kollektiven Vertragssystems nur geringe Kooperationsanreize zwischen verschiedenen Versorgungsstufen vor. Die Versorgung durch verschiedene Leistungserbringer erfolgt nicht fließend, sondern erfordert das Zusammenwirken verschiedener Akteure. Dabei ist aufgrund unterschiedlicher ärztlicher Spezialisierung insbesondere im ambulanten Sektor ein Übergang von einem Haus- oder Facharzt auf einen anderen Arzt möglich und nötig. Gleiches gilt für die Abstimmung zwischen den Ärzten des ambulanten Sektors mit Krankenhäusern und Rehabilitationseinrichtungen. Durch Kooperation können Fehl- und Doppeluntersuchungen, eventuell auch sich widersprechende Therapien, vermieden und die Informationsverteilung innerhalb der Versorgungskette verbessert werden. Im SGB V werden Kooperationen insbesondere durch den Abschluss dreiseitiger Verträge gemäß § 115 eingefordert. Die Regelung konzentriert sich allerdings auf die Optimierung der Versorgungsabläufe im Hinblick auf Kooperationen bei der ärztlichen Weiterbildung, beim Entlassungsmanagement, bei der Versorgungsforschung und Optimierung der zeitnahen und gegenseitigen Information über geplante Vorhaben. Vergütungsanreize, die eine effiziente Kooperation zwischen den Leistungsbereichen fördern, sieht der kollektivvertragliche Bereich hingegen nicht vor. Dies lässt sich am Beispiel von Doppeluntersuchungen zeigen. Im gegenwärtigen Vergütungssystem bestehen kaum monetäre Anreize, solche Ineffizienzen bei der Behandlung durch mehrere Ärzte zu vermeiden. Eine Kooperation der Leistungserbringer, bei der die doppelte Untersuchung ausgeschlossen wird, führt automatisch zu einer Erlösminderung durch den anderen Leistungserbringer. Es ist deshalb davon auszugehen, dass durch mangelnde Kooperationsanreize im kollektivvertraglichen System ein erhebliches Synergiepotenzial ungenutzt bleibt. Nach Auffassung der Monopolkommission lassen sich durch geeignetere Anreizstrukturen erhebliche Effizienzverbesserungen erzielen.

4.4 Steuerung durch selektive Versorgungsverträge

4.4.1 Mehr Wettbewerb durch selektivvertragliches Kontrahieren

1120. Selektivverträge bezeichnen in der Gesundheitspolitik eine Art von Versorgungsverträgen, bei der Krankenkassen einzeln und damit selektiv mit bestimmten ausgesuchten Leistungserbringern, z. B. Ärzten, kontrahieren. Die damit verbundene Möglichkeit der Kassen, Leistungen zu individuell ausgehandelten Konditionen zu beschaffen, steht im direkten Gegensatz zum kollektivvertraglichen Kontrahieren, bei dem die Spitzenverbände von Kassen und Leistungserbringern einen für beide Seiten allgemeingültigen Vertrag über die Versorgungsbedingungen schließen.

1121. Während wesentliche Leistungs- und Vergütungsparameter in Kollektivverträgen einheitlich geregelt sind, implizieren Selektivverträge, dass es zu einer Heterogenität in den Beschaffungskonditionen zwischen unterschiedlichen Vertragspartnern kommen kann. Das Konzept, wonach die Leistungserbringer durch die Kassen selektiv unter Vertrag zu nehmen sind, ist somit ein Ansatz, um auch den Leistungsmarkt in der GKV wettbewerblicher zu organisieren, indem die Akteure dort um möglichst hochwertige Verträge konkurrieren. Eine solche Wettbewerbsordnung zielt darauf, Leistungsanreize bei Kassen- und Leistungserbringern zu aktivieren.

1122. Die Vorteile äußern sich zum einen in zusätzlichen Möglichkeiten der Krankenkassen im Leistungs- und Vertragsbereich, präferenzorientierte Angebote zu setzen, die vor allem, wenn sich das medizinische Angebotsspektrum tendenziell ausdifferenziert, zunehmend an Bedeutung gewinnen. Ausgehend vom Wettbewerb um Versicherte, haben die Kassen einen Anreiz, eine möglichst attraktive Kombination aus Versicherungsbeitrag und Versorgungsleistung anzubieten. Während die Kassen im Rahmen der kollektivvertraglichen Beschaffung kaum die Möglichkeit haben, durch den geschickten Einkauf von Leistungen Vorteile im Wettbewerb um Versicherte zu erzielen, stellen selektive Verträge eben solche

[25] Strittig ist, ob bei der Berechnung des Regelleistungsvolumens in Gemeinschaftspraxen der Arztfall oder der Behandlungsfall herangezogen wird. Erhält ein Patient in einer Gemeinschaftspraxis Leistungen von zwei oder mehr Ärzten innerhalb eines Quartals, so handelt es sich um einen Behandlungsfall, aber mehrere Arztfälle. Seit dem dritten Quartal 2009 hat der Bewertungsausschuss auf die Berücksichtigung von Behandlungsfällen umgestellt. Da auf diese Weise Anreize zu ineffizienten Kooperationen vermieden werden, ist diese Regelung zu begrüßen. Gemeinschaftspraxen erhalten zum Ausgleich einen Zuschlag zum Regelleistungsvolumen.

Differenzierungspotenziale zur Verfügung. Durch Selektivverträge haben die Kassen ein Instrument, um im Wettbewerb zueinander neue, effizientere und qualitativ bessere Versorgungsstrukturen zu etablieren. Sie können dabei solche Leistungserbringer unter Vertrag nehmen, die nach ihrer Auffassung geeignet sind, die angestrebten Versorgungsstrukturen effizient umzusetzen. Durch ihren individuellen Weg, die durch das SGB V geforderte Versorgung zu organisieren, stehen die Kassen in einem besonderen Preis- und Innovationswettbewerb.

1123. Selektivverträge erhöhen gleichfalls individuelle Leistungsanreize aufseiten der Leistungserbringer. Ärzte und Krankenhäuser, die den Kassen innovative Versorgungsangebote machen, haben im Wettbewerb um lukrative Verträge einen Vorteil. Der Anreiz, durch eigene individuelle Leistungen Vorteile im Vertragswettbewerb zu generieren, wird deshalb umso größer, je wichtiger die kollektiven Verträge für die Einnahmenbeschaffung des einzelnen Arztes werden und je geringer die Möglichkeiten der Ärzte sind, ihr Einkommen aus dem einheitlichen Kollektivsystem zu finanzieren. Mit der Auswahl von Vertragspartnern wird dem Problem des Kollektivsystems entgegengewirkt, in dessen Rahmen die Bedarfsplanung heute weitgehend unabhängig von Qualitäts- und Preiskriterien der Leistungserbringer erfolgt. So sind bisher alle ambulanten Ärzte im Kollektivvertragssystem unabhängig von ihrer individuellen Leistung gleichermaßen kontrahiert und obliegen auch dem gleichen Vergütungssystem. Durch dieses Kontrahierungsprinzip wird die in einer Marktwirtschaft relevante Gefahr des potenziellen Marktaustritts bei Schlechtleistung weitgehend außer Kraft gesetzt.

1124. Die Monopolkommission sieht in dem Konzept selektiver Verträge auf dem Leistungsmarkt eine wichtige Chance, um Effizienzpotenziale im deutschen Gesundheitssystem nachhaltig auszuschöpfen. Dies erfordert jedoch den konsequenten Ausbau einer Wettbewerbsordnung für die selektivvertragliche Versorgung. Nachfolgend setzt sich die Monopolkommission mit den gegebenen Bedingungen für eine selektivvertragliche Steuerung im System der GKV kritisch auseinander.

4.4.2 Selektivvertragliche Leistungsbereiche nach Sozialgesetzbuch V

1125. Bisher dominiert im deutschen Gesundheitswesen die Versorgung der Patienten durch kollektivvertraglich kontrahierte Leistungen. Durch die Gesundheitsreformen der vergangenen Jahre wurde den Krankenkassen allerdings das selektive Kontrahieren in verschiedenen Bereichen zunehmend ermöglicht. Derzeit sieht das SGB V insbesondere in folgenden Leistungsbereichen die Möglichkeit des Abschlusses selektiver Verträge vor:

- Außerhalb der Regelversorgung können Krankenkassen und ihre Verbände gemäß § 63 in Verbindung mit § 64 SGB V Verträge im Rahmen von Modellvorhaben zur Verbesserung der Qualität und der Wirtschaftlichkeit der Versorgung und zur Weiterentwicklung der Verfahrens-, Organisations-, Finanzierungs- und Vergütungsformen der Leistungserbringung schließen. Vertragspartner sind gemäß § 64 SGB V die in der gesetzlichen Krankenversicherung zugelassenen Leistungserbringer oder deren Gruppen.
- Ein weiterer Bereich ist die „hausarztzentrierte Versorgung“ gemäß § 73b SGB V, bei der die Kassen Hausärzte unter Vertrag nehmen können, um ihren Mitgliedern Wahltarife mit Hausarztbindung anzubieten. Verträge über die hausarztzentrierte Versorgung können von Krankenkassen allein oder in Kooperation mit anderen Krankenkassen mit Gemeinschaften von Hausärzten geschlossen werden. Im Regelfall nach § 73b Absatz 4 Satz 1 SGB V sollen diese Gemeinschaften allerdings mindestens die Hälfte der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzte des Bezirks der kassenärztlichen Vereinigung vertreten.
- Durch die „besondere ambulante ärztliche Versorgung“ nach § 73c SGB V wird den Krankenkassen die Möglichkeit gegeben, allein oder in Kooperation mit anderen Krankenkassen, Einzelverträge mit vertragsärztlichen Leistungserbringern, deren Gemeinschaften, Einrichtungen oder kassenärztlichen Vereinigungen zu schließen. Der Leistungsumfang darf im Rahmen der Bedingungen des § 73c Absatz 4 SGB V gegenüber den Vorgaben im dritten Kapitel des Gesetzes abweichen. Die Teilnahme für Versicherte ist stets freiwillig.
- Selektive Verträge sind notwendige Bedingung für das Konzept der „integrierten Versorgung“ nach § 140a bis d SGB V. Ziel ist hier eine verschiedene Leistungssektoren übergreifende Versorgung der Versicherten bzw. eine interdisziplinär-fachübergreifende Versorgung. Gemäß § 140b Absatz 1 SGB V können die Krankenkassen dazu Verträge mit zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzten, Krankenhäusern und weiteren Leistungserbringern bzw. deren Gemeinschaften schließen.
- Jenseits der ärztlichen Versorgung sind Selektivverträge zudem im Bereich der „Heil- und Hilfsmittelversorgung“ gemäß § 125 Absatz 2 Satz 1 SGB V und § 127 Absatz 2 SGB V möglich. Diese Vorschriften erlauben auch kollektivvertragliche Lösungen durch den Kontrakt auf Verbandsebene. Leistungserbringer haben bei der Heilmittelversorgung ein Beitrittsrecht zu bestehenden Verträgen gemäß § 127 Absatz 2a SGB V.
- Um Selektivverträge handelt es sich auch bei den sog. „Arzneimittel-Rabattverträgen“ gemäß § 130a Absatz 8 SGB V. Krankenkassen oder ihre Verbände können danach mit Pharmaunternehmen für bestimmte Arzneimittel Rabatte aushandeln und sich im Gegenzug zur Abgabe von Präparaten des Unternehmens verpflichten.

1126. Ob die mit dem Konzept des Selektivvertrags verbundenen Ziele erreicht werden können, wird entscheidend durch den institutionellen Rahmen bestimmt, den das SGB V für die jeweiligen Gruppen von Selektivverträgen vorsieht. Effizienzvorteile kann das Konzept

der Selektivverträge nur dann ausspielen, wenn die Verträge Wettbewerb sowohl zwischen Krankenkassen als auch zwischen Leistungserbringern zulassen. Die Marktstruktur auf dem Markt für Verträge mit Leistungserbringern muss somit den Anforderungen eines Wettbewerbsmarktes entsprechen. Dies ist vor allem dann nicht gegeben, wenn die Normen eine ungeregelte, wettbewerbsbeschränkende Vermachtung durch den Zusammenschluss von Kassen oder Leistungserbringern ausdrücklich erlauben.

1127. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass die selektivvertraglichen Möglichkeiten, die das SGB V heute vorsieht, zum weit überwiegenden Teil nicht wettbewerbsadäquat sind, da sie in vielen Fällen eine gemeinschaftliche Kooperation der Vertragspartner auf beiden Seiten ausdrücklich zulassen oder sogar vorsehen. Beispielsweise sind als Vertragspartner der Kassen in der hausarztzentrierten Versorgung vom Gesetz aus Hausarztorganisationen vorgegeben, die über 50 Prozent der Hausärzte in ihrem Bezirk vertreten. Vertragspartner der Kassen sind deshalb bis heute fast ausschließlich Ärzteorganisationen bzw. die regionalen Hausärzteverbände. Auch den Kassen ist eine Kooperation ausdrücklich gestattet. Wettbewerbliche Effizienzvorteile sind im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung deshalb nicht zu erwarten, da die kollektiven Strukturen der Regelversorgung lediglich durch andere kollektivvertragliche Strukturen ersetzt wurden.

1128. Ähnlich kritisch bewertet die Monopolkommission die übrigen Versorgungsbereiche, die selektives Kontrahieren nur optional zulassen. Im Zusammenhang der besonderen ambulanten Versorgung und der Kontrakte im Rahmen von Modellvorhaben sieht das SGB V ausdrücklich vor, dass mehrere Kassen diese Verträge gemeinsam schließen und damit ihre Marktmacht bündeln können. Gleiches gilt auch für die Marktgegenseite. Als problematisch sind auch solche Zusatzregelungen zu sehen, die ein wettbewerbliches Kontrahieren erschweren. Hierzu gehört das Beitrittsrecht zu bestehenden Verträgen, dass Leistungserbringern gemäß § 127 Absatz 2a SGB V in der Heilmittelversorgung gewährt wird.

1129. Nach Auffassung der Monopolkommission sind die bestehenden selektivvertraglichen Handlungsbereiche des SGB V zu einem überwiegenden Teil nicht effizient konzipiert. Wettbewerbsökonomische Vorteile, die sich durch selektivvertragliches Kontrahieren eröffnen, werden immer dann unterlaufen, wenn der Gesetzgeber einer oder beiden Marktseiten jeweils den gemeinsamen Vertragsschluss und damit das Ausspielen von Marktmacht zubilligt. Beschränkungen, die den Wettbewerb durch Selektivverträge vor kollektiven marktbeherrschenden Stellungen schützen etwa nach den Maßstäben des § 19 GWB hat der Gesetzgeber in den selektivvertraglichen Regelungen des SGB V in den meisten Fällen nicht ausdrücklich verankert. Neben den bestehenden Hindernissen einer kartellrechtlichen Kontrolle der Vertragsbeziehungen, auf die in Abschnitt 6 ausführlich eingegangen wird, wird so eine zusätzliche Hürde für den Effizienzwettbewerb um Verträge aufgebaut. Die Monopolkommission sieht hier dringenden Nachbesserungsbedarf.

4.4.3 Integrationsvertrag als Archetyp des Selektivvertrags

1130. In der deutschen Gesundheitspolitik wird vor allem im Konzept der integrierten Versorgung im Sinne der §§ 140a bis d SGB V ein besonders vielversprechendes Substitut zur kollektiv organisierten Regelversorgung gesehen. Der diesem Konzept zugrunde liegende Integrationsvertrag gilt entsprechend als Musterbegriff eines Selektivvertrags. Die integrierte Versorgung kann als ganzheitliche, schnittstellenübergreifende Gesundheitsversorgung verstanden werden. Im Idealfall werden in integrierten Versorgungsstrukturen alle Etappen einer Patientenbehandlung über verschiedene Fachdisziplinen und Sektoren hinweg berücksichtigt. In Deutschland dominieren heute zwei Formen integrierter Versorgungsverträge. Zum einen existieren solche Integrationsverträge, die sich auf die Versorgung von Patienten mit einzelnen d. h. einer oder wenigen Indikationen beziehen (indikationsbezogene integrierte Versorgung); auf der anderen Seite gibt es Verträge, die prinzipiell für alle oder fast alle Indikationen einer definierten Population gelten (populationsbezogene integrierte Versorgung).

1131. Mit dem Konzept der integrierten Versorgung werden zahlreiche Innovations- bzw. Effizienzvorteile gegenüber der Regelversorgung verbunden. Diese sind in erster Linie auf Wettbewerb und Kooperationsanreize zurückzuführen, die sich unter geeigneten Voraussetzungen in dieser Versorgungsform in Abgrenzung zur Regelversorgung einstellen können.[26]

In der kollektivvertraglichen Regelversorgung liegen für das Zusammenwirken verschiedener Leistungserbringer innerhalb der Versorgungskette eines Patienten nur geringe oder sogar gegenläufige Anreize vor, sodass sich zwischen Hausärzten und Fachärzten, ambulantem und stationärem Sektor, ärztlichen und nichtärztlichen Leistungserbringern und weiteren Schnittstellen der Versorgungskette Strukturbrüche ergeben. Durch die Vielzahl der in der Leistungserbringung tätigen Akteure lässt sich Kooperation auch nicht sinnvoll vertraglich regeln, da Kontrollprobleme bei der Umsetzung zu einem Hierarchieversagen führen. Demgegenüber bietet der Integrationsvertrag die Möglichkeit, dass die kooperierenden Leistungserbringer einer Versorgungskette gemeinsam einen Integrationsvertrag mit der Krankenkasse abschließen, woraus vielfach direkte Kooperationsanreize der Beteiligten resultieren.

1132. Kooperationsanreize ergeben sich insbesondere aus der Organisations- und Vergütungsform in der integrierten Versorgung. Der Gestaltungsspielraum für die Wahl von Vertragspartnerkombinationen, Organisationsform und Vergütung ist groß, sodass auch auf vertragli-

[26] Vgl. Jasper, J., Sundmacher, T., Wettbewerb und Kooperation als Koordinationsverfahren für die Integrierte Versorgung, Sozialer Fortschritt 54, 2005, S. 53–62.

cher Seite Anreize zu Innovationen erhalten bleiben. Es dominiert aber die Vergütung durch Komplexpauschalen, bei denen die Krankenkassen den Vertragspartnern eine gemeinsame Pauschalvergütung für die Versorgung eines Patienten über mehrere Versorgungsstufen hinweg garantiert. Damit verlagert sich das Kostenrisiko von den Kassen auf die Vertragspartner im Integrationsvertrag, die auf diese Weise auch für Ineffizienzen beim Übergang zwischen mehreren Versorgungsstufen aufkommen müssen. Die Vertragspartner auf der Leistungsseite haben deshalb einen direkten Anreiz, eine Fehl-, Über- oder Unterversorgung zu vermeiden, sofern sie im Rahmen der Pauschalvergütung selbst für die Ineffizienzen einstehen müssen. Zulässige Vertragspartner der Krankenkassen sind in § 140b Absatz 1 SGB V aufgeführt. Die Regelung schließt unter anderem niedergelassene Ärzte, Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen sowie deren Gemeinschaften mit ein. Darüber hinaus kommen beispielsweise auch Managementgesellschaften als Vertragspartner infrage. Die Kassenärztliche Bundesvereinigung wird hingegen nicht als möglicher Vertragspartner zugelassen.

1133. Inhaltlich können die Vertragsparteien flexibel über Rechte und Pflichten des integrierten Versorgungsvertrags entscheiden. Hinsichtlich des Vertragsgegenstands beschränkt lediglich eine ablehnende Entscheidung des Gemeinsamen Bundesausschusses den Gestaltungsspielraum. Integrierte Versorgungsverträge stehen explizit außerhalb des Sicherstellungsauftrags, die Vertragspartner müssen sich jedoch zu einer „qualitätsgesicherten, wirksamen, ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Versorgung der Versicherten verpflichten“. Auf diese Weise bieten die Verträge zur integrierten Versorgung ein weites Feld für Effizienzverbesserungen durch Produkt- und Prozessinnovationen. Damit verbunden sind Effizienz- und Qualitätspotenziale für die Patientenversorgung, die je nach Vertragsmodell sowohl kostensenkende (insbesondere im Falle von Effizienzverbesserungen durch Prozessinnovationen) als auch kostensteigernde (insbesondere im Falle von Qualitätsverbesserungen durch Produktinnovationen) Wirkungen auf die Krankenkassen entfalten können.

1134. Die Effizienz- und Qualitätspotenziale der integrierten Versorgung basieren auf Innovation und bedürfen zunehmender Erfahrung im Umgang mit dem neuen Versorgungskonzept. Der Wettbewerb um möglichst geeignete Versorgungsverträge stellt deshalb ein geeignetes Verfahren dar, um die Potenziale des Konzeptes zu erkunden und den Versicherten der GKV präferenzorientierte Angebote zu machen. Auch vor diesem Grund ist zu begrüßen, dass das SGB V als Vertragspartner für Integrationsverträge weder Kooperationen von Krankenkassen noch von kassenärztlichen Vereinigungen ausdrücklich zulässt und damit echtem Wettbewerb um Selektivverträge den Weg ebnet.

4.4.4 Dualität von Kollektiv- und Selektivverträgen in der ärztlichen Versorgung durch Wahltarife

1135. In der ärztlichen Versorgung gilt insbesondere der Integrationsvertrag als vielversprechender Schlüssel für eine effizientere, wettbewerbliche Steuerung der GKV. In das SGB V hat der Integrationsvertrag bereits ab dem Jahr 2000 durch das Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung[27] Eingang gefunden. Selektivverträge, wie der Integrationsvertrag, waren bereits zu diesem Zeitpunkt als parallele Versorgungsform neben der durch Kollektivverträge organisierten Regelversorgung konzipiert. Sie sollten die kollektivvertragliche Versorgung also nicht vollständig ablösen, sondern sukzessive ersetzen bzw. ergänzen. Versicherte sollten zu diesem Zweck wählen können, ob sie einen Tarif ihrer Krankenkasse in Anspruch nehmen wollen, bei dem insbesondere Versorgungsformen zum Einsatz kommen, bei denen die Leistungen von den Krankenkassen selektiv beschafft werden. Seit April 2007 haben die Krankenkassen nach § 53 Absatz 3 SGB V die Pflicht, spezielle Tarifmodelle für die integrierte Versorgung und andere besondere Versorgungsformen anzubieten.

1136. Die Dualität von kollektivvertraglicher Regelversorgung und besonderen Versorgungsformen steht im Gegensatz zu einem vollständigen Systemwechsel hin zu einer selektivvertraglichen Versorgung. Es stellt sich somit die Frage, ob ein vollständiger Systemwechsel zu Selektivverträgen unmittelbar zu begrüßen wäre. In diesem Zusammenhang sind neben den beschriebenen Effizienzvorteilen eines Wettbewerbs um Selektivverträge auch verschiedene Nachteile gegenüber der bisher dominierenden kollektivvertraglichen Regelversorgung zu berücksichtigen. Im Vergleich zum Kollektivsystem fallen bei der Versorgung durch Selektivverträge parallel zur Zunahme der notwendigen Leistungsverträge auch zusätzliche Transaktionskosten an, die bei der effizienten Ausgestaltung eines Selektivvertragssystem zu beachten sind.[28] Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass durch Selektivverträge der Markt als Organisationsmechanismus zur Beschaffung von Versorgungsleistungen genutzt wird.

Zu beachten ist weiterhin, dass Selektivverträge immer dann scheitern müssen, wenn der gewünschte Leistungsumfang der GKV durch den Markt nicht ausreichend bereitgestellt wird, z. B. weil gewisse sozialpolitische Anforderungen bestehen. Dies ist beispielsweise im Hinblick auf die flächendeckende Versorgung und auch im Hinblick auf die Notfallversorgung der Fall, die ohne entsprechende Vorgaben im Rahmen eines selektivvertraglichen Kontrahierens der Leistungserbringer nicht selbstständig und im erwünschten Umfang sichergestellt wird.

1137. Im Hinblick auf die dargestellten Hindernisse einer ausschließlich selektivvertraglichen Steuerung des Gesundheitswesens sieht die Monopolkommission die

---

[27] Vgl. Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000) vom 22. Dezember 1999, BGBl. I S. 2626.

[28] Im Hinblick auf die Selektivverträge über ärztliche Versorgungsleistungen, speziell den Integrationsvertrag, wird die Effizienz des Wettbewerbs um Verträge insbesondere durch das Recht der freien Arztwahl nach § 76 Absatz 1 SGB V berührt. Wird die Leistungserbringung allein über Selektivverträge organisiert, so ist jede Kasse gezwungen, mit dem Leistungserbringer zu kontrahieren, um dem Versicherten unabhängig von der Wahl der Kasse die Möglichkeit zu geben, sämtliche zugelassenen Ärzte aufsuchen zu können. Durch den Kontrahierungszwang wird die Effizienz des Wettbewerbs um Verträge deutlich herabgesetzt.

Dualität von Kollektivvertragssystem und selektiven Verträgen zumindest vorläufig als geeignet an. Auf diese Weise können sozialpolitische Anforderungen der Notfallversorgung und flächendeckenden Versorgung durch das Kollektivvertragssystem gesichert bleiben, während Optionstarife für die Patienten die Tür zu Qualitäts- und Preisvorteilen durch im Wettbewerb stehende selektivvertragliche Versorgungsformen öffnen.

1138. In Anbetracht der diskutierten Aspekte hält es die Monopolkommission für geeignet, dem Versicherten die Wahl zu lassen, ob er an der Regelversorgung mit kollektivvertraglich kontrahierten Leistungen teilnehmen möchte oder ob er im Rahmen eines Wahltarifs ganz oder teilweise zu anderen Versorgungsformen wechselt, die auf selektiven Verträgen aufbauen. Dies steht im Einklang mit der im Grundsatz bereits bestehenden Konzeption des SGB V, die Inanspruchnahme der neuen Versorgungsformen durch sog. Wahltarife gemäß § 53 Absatz 3 SGB V zu öffnen.[29] Danach sind gesetzlich Versicherte so lange in der bisherigen Form der Regelversorgung versichert, wie sie sich nicht explizit für einen Wahltarif entscheiden. Dieser verpflichtet sie, sich im Rahmen der besonderen Versorgungsformen von zugewiesenen Leistungserbringern behandeln zu lassen. Im Gegenzug profitieren sie von den damit verbundenen Preis- und Qualitätsvorteilen. Durch dieses Konzept erscheint sichergestellt, dass nur dann ein Wechsel der Patienten zu selektivvertraglichen Versorgungsformen erfolgt, wenn diese eine effizientere Versorgung ermöglichen.

[29] Zu den Regelungen hinsichtlich Wahltarifen vgl. auch Abschnitt 5.1.3.

1139. Faire Bedingungen vorausgesetzt, wird sich durch die Wahlentscheidung der Versicherten die effizienteste Versorgungsform schrittweise durchsetzen. Die Monopolkommission geht davon aus, dass unter dieser Voraussetzung der bisher nur geringe Anteil der selektiv kontrahierten Leistungen an der Versorgung deutlich steigen wird. Sofern das SGB V faire Bedingungen für die Dualität der Versorgungsbereiche vorsieht, werden Selektivverträge den Anteil an der Kollektivversorgung sukzessive zurückdrängen. Ärzte, Krankenhäuser und weitere Leistungserbringer stehen damit analog zu anderen Wirtschaftsbereichen erstmals unter einem individuellen Leistungsdruck, um sich durch Selektivverträge neue Ertragsquellen zu erschließen.

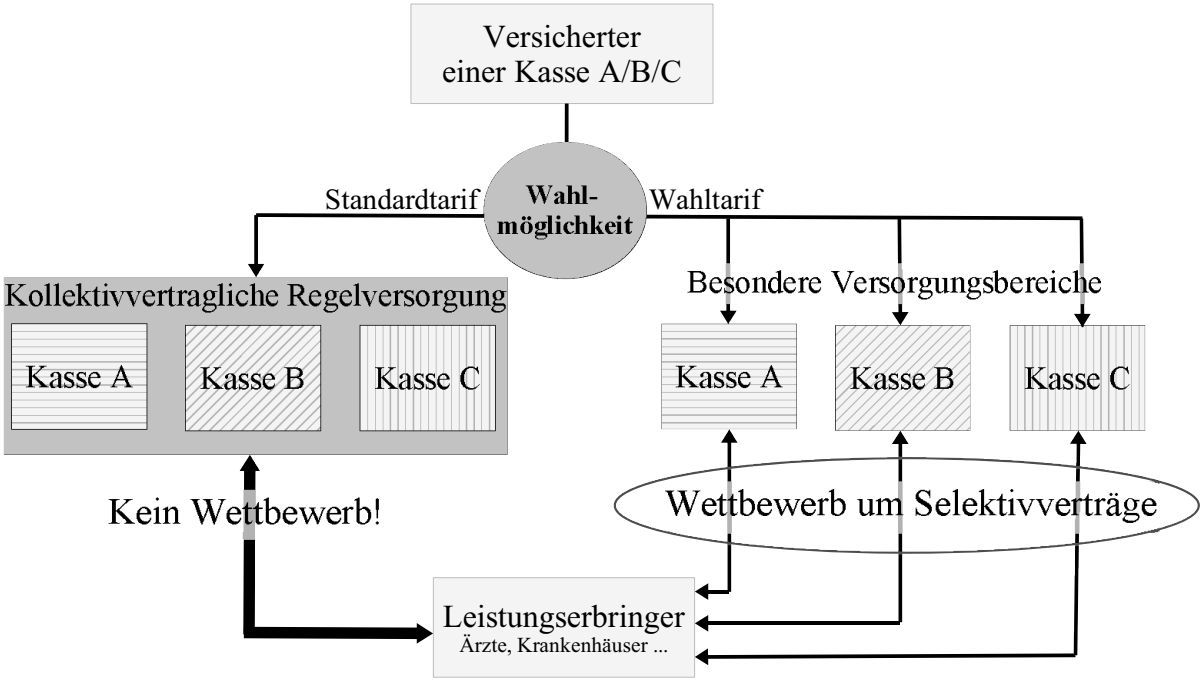
1140. Sofern die Kassen Tarife anbieten, die gegenüber der Regelversorgung Einschränkungen, etwa beim Angebot vertragsärztlicher Versorgung, vorsehen, ist sicherzustellen, dass eine umfassende Versorgung in der Fläche und im Rahmen der Notfallversorgung stets gewahrt bleibt. Die Monopolkommission hält es dazu für erforderlich, den Sicherstellungsauftrag auch im Rahmen von Bedingungen für das Angebot der Kassen bei den besonderen Versorgungsformen entsprechend umfassend zu regulieren.

4.4.5 Budgetbereinigung als zentrale Wettbewerbshürde

1141. Die Dualität von Versorgungsbereichen, deren Leistungen kollektiv bzw. selektiv kontrahiert werden, stellt ein Konzept für die GKV dar, durch das ein sukzessiver Übergang zu mehr Wettbewerb auf dem Leistungsmarkt erreicht werden kann (vgl. Abbildung VI.4). Eine

Abbildung VI.4

Wettbewerbskonzept mit Selektivverträgen: Dualität der Versorgungsbereiche



Quelle: Eigene Darstellung

notwendige Bedingung dieses Konzeptes sind neutrale Wettbewerbsbedingungen zwischen den Versorgungsalternativen. Eine zentrale Hürde stellt dabei das Problem des Budgetausgleichs beider Bereiche dar. Ein solcher Ausgleich ist aufbauend auf das bestehende System der Regelversorgung notwendig. Die hierzu geltenden Regelungen verhindern nach Auffassung der Monopolkommission derzeit einen fairen Wettbewerb, sodass sich effizientere Versorgungsformen bisher nicht entscheidend durchsetzen können.

4.4.5.1 Problem der Budgetbereinigung

1142. Ursache des Problems der Budgetbereinigung ist die Berechnung der Gesamtvergütung für die kollektivvertragliche Regelversorgung. Wie in Abschnitt 4.3.2 ausführlich dargestellt, zahlen die Krankenkassen den kassenärztlichen Vereinigungen gemäß § 87a Absatz 3 SGB V mit befreiender Wirkung eine morbiditätsbedingte Gesamtvergütung für die gesamte vertragsärztliche Versorgung der Versicherten mit Wohnort im Bezirk der kassenärztlichen Vereinigung im Folgejahr. Dieses Budget für die Regelversorgung deckt somit sämtliche vertragsärztlichen Leistungen ab, welche die Kassen zur Versorgung ihrer Mitglieder im kommenden Jahr leisten müssen und wird nach einem bestimmten, an die Leistungserbringung geknüpften Verfahren auf die Vertragsärzte verteilt. Eine anschließende Bereinigung des Budgets entsprechend den tatsächlich erbrachten Leistungen erfolgt nicht mehr. Vergleichbar mit der vertragsärztlichen Versorgung verhält es sich auch mit der Erlösplanung bei Krankenhäusern, die zumindest teilweise ähnliche Budgetwirkungen entfaltet.

1143. Das Ausgleichsproblem entsteht nun mit der Möglichkeit der Kassen, neben den kollektiv kontrahierten Leistungen auch selektiv Versorgungsverträge zu schließen z. B. durch Integrationsverträge und damit eigenständig und unabhängig von der kollektiven Regelversorgung für die gesamte Versorgung von Patienten oder für die Versorgung im Falle bestimmter Indikationen eigene Versorgungsstrukturen aufzubauen. Da die Kassen auch für die selektivvertraglich kontrahierten Leistungen eine Vergütung zahlen müssen, fällt diese Vergütung für die Kassen zusätzlich zur kollektiven Gesamtvergütung an. Im Gegenzug reduziert der zusätzliche Selektivvertrag aber die Inanspruchnahme von kollektivvertraglichen Regelleistungen, da bestimmte Leistungen am Patienten nicht mehr durch die Regelversorgung, sondern im Rahmen der selektiv kontrahierten Versorgungsbereiche erbracht werden.

1144. Entschließen sich die Kassen, die Versorgung zunehmend durch die neuen Versorgungsformen zu erbringen, dann wird die kollektivvertragliche Regelversorgung zunehmend um diese Leistungen entlastet, die von den Kassen individuell kontrahiert wurden. Ohne eine Bereinigung des Kollektivbudgets um diesen sinkenden Aufwand für die Leistungserbringung in der Regelversorgung entfällt jedoch faktisch jeder Anreiz für die Kassen, einen Selektivvertrag mit einzelnen Leistungserbringern zu schließen. Denn die dafür aufzuwendenden Kosten müsste die jeweilige Kasse neben den Kosten für das Kollektivbudget zusätzlich tragen. Falls es durch den Integrationsvertrag zu Effizienzgewinnen kommt, hätte die Kasse keinen Nettoertrag, wenn sie parallel für die gleiche, weniger effiziente Leistung im Kollektivvertrag ebenfalls bezahlt hat. Deshalb bedarf es eines Budgetausgleichs, durch den das Kollektivbudget um die selektivvertraglich kontrahierten ärztlichen Leistungen bereinigt wird.

4.4.5.2 Optionen für die Budgetbereinigung

1145. Für die Budgetbereinigung in der GKV werden vor dem Hintergrund der dualistischen Versorgung im wesentlichen zwei grundlegende Varianten diskutiert:

- Eine Möglichkeit besteht darin, das Budget für die Regelversorgung im Rahmen der Budgetverhandlungen jährlich exakt zu bereinigen. Sofern die Krankenkassen den Anteil der Regelversorgung durch selektiv kontrahierte Versorgungsformen ergänzen, ist das Kollektivbudget um eben jene Beträge zu entlasten, die im kollektivvertraglichen System für die Versorgung der eingeschriebenen Versicherten angefallen wären.

- Demgegenüber ließe sich auch ein Gesamtbudget für sämtliche Versorgungsbereiche prospektiv in einen Teil zur Finanzierung der Regelversorgung und einen oder mehrere weitere Anteile zur Finanzierung anderer Versorgungsformen aufteilen. Auf diese Weise würde der Anteil der neuen Versorgungsformen nicht primär durch die Wahl des Patienten bestimmt, sondern wäre ex ante durch den Gesetzgeber oder einen Regulator festzulegen.

1146. Erstere Variante einer exakten Budgetbereinigung zwischen den verschiedenen Versorgungsbereichen im GKV-System stellt ein diffiziles ökonomisches Problem dar. Die Monopolkommission hat zu diesem Zweck ein Gutachten erstellen lassen.[30] Zur Bestimmung des optimalen Ausgleichsbetrags, der für die Herauslösung einer Leistung aus dem Kollektivvertrag für den Selektivvertrag angesetzt werden sollte, ist eine Vielzahl unterschiedlicher Faktoren zu berücksichtigen. Diese setzen eine vollständige Beobachtbarkeit der Nachfrager und insbesondere der Morbiditätsstruktur der auszugliedernden Leistungen voraus.[31] Nur theoretisch lässt sich ein optimales Ausgleichsniveau für jede Form von Selektivvertrag festlegen. Die Effektivität einer exakten Budgetbereinigung ist zudem ganz unmittelbar an die institutionellen Voraussetzungen eines Gesundheitssystems

[30] Vgl. Zerth, J., Daum, S., Gestaltungsmöglichkeiten für einen Budgetausgleich zwischen Kollektiv- und Selektivvertrag, Gutachten im Auftrag der Monopolkommission, Bayreuth 2010.

[31] Der optimale Ausgleich für den Selektivvertrag wäre einerseits an den Grenzkosten der Morbidität und andererseits an der Residualleistung (z. B. Notfallversorgung) des Kollektivvertrags zu bemessen. Sofern der Selektivvertrag nur ausgesuchte Leistungen herauslöst und weitgehende Bestandteile beim Kollektivvertrag lässt, müsste dies zulasten des Ausgleichsbetrags für Leistungen aus dem Selektivvertrag berücksichtigt werden. Vgl. Zerth, J., Daum, S., a. a. O., insbesondere S. 34.

geknüpft, in welchem die Budgetbereinigung durchgeführt werden soll.

1147. Demgegenüber stellt die Variante einer prospektiven Aufteilung des Gesamtbudgets eine vergleichsweise einfach durchzuführende Möglichkeit der Budgetbereinigung dar, da in diesem Fall der wertmäßige Ausgleichsbedarf nicht für jeden Selektivvertrag individuell berechnet werden muss. Diese Variante hat jedoch das grundlegende Problem, dass nicht nur der optimale Ausgleichsbetrag für unterschiedliche Formen von Selektivverträgen, sondern darüber hinaus auch die sich bei diesem ergebende Menge selektiv kontrahierter Leistungen von einem Regulator, der die Aufteilung vornimmt, korrekt eingeschätzt werden müssten. Es liegt nahe, dass aufgrund der Komplexität des Optimierungsproblems und der Vielzahl der ex ante zu bestimmenden Informationen eine geeignete prospektive Aufteilung eines gemeinsamen Budgets nicht sinnvoll zu ermitteln ist.

1148. Des Weiteren ist bei einer prospektiven Aufteilung zu erwarten, dass die Selektivverträge nur zur Qualitätsverbesserung, nicht aber zur Verbesserung der Kosteneffizienz eingesetzt werden und damit stets eine Verzerrung möglicher Effekte der Selektivverträge vorliegt. Da die Kasse die Entlastung des Kollektivsystems bei einer prospektiven Aufteilung der Gesamtvergütung nicht im Einzelnen nachweisen muss, hat sie auch keinen Anreiz, die kollektive Leistungserbringung durch eine möglichst kosteneffiziente Selektivversorgung zu ersetzen. Vielmehr kann die Kasse stets auf die Vollversorgung ihrer Versicherten im Rahmen der Regelversorgung zurückgreifen und wird den für die Selektivversorgung vorgesehenen Budgetanteil alleine für Maßnahmen zur Qualitätsverbesserung nutzen.

4.4.5.3 Problematik bestehender Bereinigungsregeln

1149. Für den Bereich der integrierten Versorgung hat der Gesetzgeber gemäß § 140d Absatz 1 SGB V für den Zeitraum zwischen 2004 und 2008 erstmals eine prospektive Budgetbereinigung als Ausgleichsmechanismus vorgesehen.[32] Für diesen Zeitraum wurde aus dem Kollektivbudget für die ambulante Versorgung maximal 1 Prozent herausgelöst und für den Abschluss von Selektivverträgen im Bereich der integrierten Versorgung zur Verfügung gestellt. Die prospektive Aufteilung des Gesamtbudgets wurde jedoch nur als Einstieg in die selektivvertragliche Versorgung gesehen. Der Charakter einer Übergangslösung wird auch daran deutlich, dass die zwischen 2004 und 2008 für den Bereich der integrierten Versorgung geltende Budgetaufteilung in § 140d SGB V den Titel „Anschubfinanzierung“ erhalten hat. Um eine parallele Bereinigung für die Erlösbudgets bei Krankenhäusern zu vermeiden, sah der § 140d Absatz 4 SGB V vor, dass Krankenhausbehandlungen nicht in der integrierten Versorgung, sondern in der bisherigen Regelversorgung vergütet werden.

1150. Seit dem 1. Januar 2009 ist gemäß § 140d Absatz 2 Satz 2 SGB V ein exakter Budgetausgleich für Integrationsverträge vorgesehen.[33] Danach ist der Behandlungsbedarf, der zur Berechnung der morbiditätsorientierten Gesamtvergütung ermittelt wird, entsprechend der Zahl und der Morbiditätsstruktur der an der integrierten Versorgung teilnehmenden Versicherten sowie dem im Integrationsvertrag vereinbarten Versorgungsbedarf zu bereinigen. Diese Regelung wurde insbesondere durch die seit diesem Zeitpunkt ebenfalls veränderte Berechnung der Gesamtvergütung in der ambulanten Versorgung möglich. Da für die Berechnung der morbiditätsorientierten Gesamtvergütung der geplante Behandlungsbedarf zu kalkulieren ist, kann das Budget für die kollektivvertragliche Regelversorgung vereinfacht dadurch bereinigt werden, dass der Versorgungsumfang im Integrationsvertrag, der die ambulanten Versorgungsleistungen betrifft, entsprechend dem einheitlichen Bewertungsmaßstab bewertet und von der morbiditätsorientierten Gesamtvergütung abgezogen wird.

1151. Mit der heute geltenden Regelung ist zwar formal der Einstieg in einen wertmäßigen Budgetausgleich für einzelne integrierte Versorgungsverträge bereitet, de facto verbleiben aber weiterhin gewichtige Hürden für das duale Versorgungssystem. Ein wesentliches Problem besteht in der Bewertung des Ausgleichsbedarfs für selektive Versorgungsverträge, da der selektivvertragliche Versorgungsumfang zunächst nach den Maßstäben des kollektivvertraglichen Systems zu bewerten ist. § 140d Absatz 2 SGB V sieht dazu vor, dass die Bereinigung von den Vertragspartnern des Kollektivvertragssystems vorzunehmen ist, die damit auch die Höhe des Ausgleichs bestimmen müssen. Den Krankenkassen, die Vertragspartner des Selektivvertrags sind, steht es frei, im Konfliktfall das Schiedsamt nach § 89 SGB V anzurufen. Ein solcher Konfliktfall ist aufgrund der gegenläufigen Interessen anzunehmen.[34] Es ist davon auszugehen, dass mit Ausnahme der vertragsschließenden Kasse die Partner des Kollektivvertragssystems ein Interesse haben, den Ausgleichsbetrag möglichst niedrig anzusetzen. Ein niedriger Bereinigungswert nutzt den nicht am zu bewertenden Selektivvertrag beteiligten Parteien, da die Kasse, die den Selektivvertrag schließt, so weniger oder keine Wettbewerbsvorteile erringen kann. Analog haben die Leis-

[32] Der Zeitraum ist zunächst, beginnend 2004, auf zwei Jahre begrenzt und anschließend verlängert worden.

[33] Vergleichbare Budgetausgleichsregeln existieren auch für andere besondere Versorgungsformen. Die Monopolkommission konzentriert sich in ihrer Betrachtung jedoch nachfolgend auf den am weitesten entwickelten Bereich der integrierten Versorgung.

[34] Vordergründig ließe sich das Problem lösen, wenn es zu einer gemeinsamen Maximierung zwischen dem Selektivvertrag und dem Kollektivvertrag kommen würde. Dies setzt aber nicht nur eine Kooperationsbereitschaft zwischen den beteiligten Leistungserbringern und Kostenträgern voraus, sondern würde auch eine einheitliche Vorablösung zur Konsequenz haben. Es ist aber gerade Zielsetzung eines Wettbewerbs mit Selektivverträgen, dass Krankenversicherungen und Leistungserbringer sowohl im Inhalt als auch im Umfang und Zeitpunkt unterschiedliche Ausgestaltungsoptionen wählen, die Leistungsgestaltung zu organisieren.

tungserbringer, die nicht am Selektivvertrag beteiligt sind, ebenfalls einen Anreiz, den Ausgleichsbedarf nur gering zu bewerten, da dieser das Kollektivbudget schmälert, auf das sie selbst zugreifen. Auch die kassenärztlichen Vereinigungen als Vertragspartner in der Kollektivversorgung haben ein Interesse, einen möglichst geringen Ausgleich zu erwirken, da insbesondere der Ausbau der integrierten Versorgung in der sie nicht Vertragspartner sind ihren Einfluss verringert.

1152. Damit sich im Verhältnis der Versorgungsformen ein effizientes Gleichgewicht einstellen kann, soll die Kasse dann einen Selektivvertrag abschließen, wenn dessen Preis-Qualitätsrelation besser als bei der entsprechenden Versorgung im Kollektivsystem ist. Für einen effizienten Dualismus von kollektiv- und selektivvertraglicher ärztlicher Versorgung muss den Kassen vor Abschluss eines Selektivvertrags deshalb bekannt sein, welchen Preis der entsprechende Versorgungsumfang im Kollektivsystem hat. Der Preis des entsprechenden Versorgungsumfangs im Kollektivsystem entspricht auch dem effizienten Budgetausgleichsvolumen für einen Selektivvertrag. Müssen die Kassen damit rechnen, dass der Ausgleichsbedarf gegenüber dem Kollektivsystem systematisch unterschätzt wird, so ist davon auszugehen, dass sie ihre Abwägung unter Berücksichtigung des zu geringen Ausgleichsbetrags treffen. Unter der Annahme der Risikoaversion werden die Kassen zudem einen Risikoabschlag auf den erwarteten Ausgleichsbetrag kalkulieren, wenn über die Höhe des Betrags Unsicherheit besteht. Infolgedessen agieren die Kassen unter den heutigen Voraussetzungen beim Abschluss von Selektivverträgen sehr vorsichtig. Der Anteil selektivvertraglicher Versorgungsformen muss daher ineffizient niedrig bleiben.

1153. Ein anderes Problem eines exakten Budgetausgleichs betrifft die Anreize der Kassen, durch neue Versorgungsformen innovative Qualitätsverbesserungen umzusetzen. Chancen zur Qualitätsverbesserung durch neue Versorgungsformen können neben einer Kostensenkung auch zu einer Kostensteigerung führen. Um durch die neuen Versorgungsformen auch kostensteigernde Qualitätsverbesserungen umzusetzen, muss im Rahmen der Wahltarife eine Finanzierung durch die Versicherten erfolgen. Wahltarife, die mit kostensteigernden, innovativen Qualitätsverbesserungen verbunden sind, führen zunächst zu einem höheren Nettoversicherungsbetrag für den Versicherten.[35] Hieraus lassen sich zwei Probleme ableiten:

So könnte die Gefahr bestehen, dass Versicherte der Regelversorgung sukzessive von Versorgungsinnovationen abgekoppelt werden, die mit kostenpflichtigen Wahltarifen verbunden sind. Dem ist entgegenzuhalten, dass Innovationen im Versorgungsbereich, die sich in den besonderen Versorgungsformen bewährt haben, auch mit zeitlicher Verzögerung in die Regelversorgung aufgenommen werden können. Dezentrale präferenzbasierte Wahlleistungen sind somit als Ausdruck des Wettbewerbs vorteilhaft und könnten gleichzeitig in einem Regulierungsrahmen mit einer Re-Evaluation des Leistungskatalogs verbunden werden.

Ein weiteres Problem besteht dann, wenn der Patient die Vorteile qualitätsverbessernder, aber teurerer Tarife unterschätzen sollte. Dies wäre der Fall, wenn beim Versicherten grundsätzlich eine systematische Unterbewertung des Gutes „Gesundheit“ vorliegen sollte. Dies könnte zu einer Verzerrung beim effizienten Abschluss von Versorgungsverträgen führen, indem die Kassen kostensenkende Verträge gegenüber qualitätsverbessernden Verträgen tendenziell bevorzugen. Eine exakte Einschätzung dieses potenziellen Problems ist jedoch erst möglich, wenn mehr Informationen darüber vorliegen, wie sich die neuen Versorgungsformen am Markt entwickelt haben.

1154. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass das Erfordernis einer Einigung über die Höhe des Budgetausgleichs heute den wichtigsten Hemmschuh für den Ausbau einer wettbewerblichen Versorgung im Rahmen von Selektivverträgen darstellt. Diese Hürde sollte der Gesetzgeber konsequent angehen, indem er den im Kollektivbudget anfallenden Ausgleich deutlich stärker standardisiert und den Krankenkassen auf diese Weise kalkulierbare Wettbewerbsbedingungen bietet. In einem zweiten Schritt ist zudem die Frage zu stellen, ob das Ausgleichssystem zu einem effizienten Verhältnis von kostensenkenden bzw. qualitätsverbessernden Selektivverträgen führt. Hier könnten zusätzliche Anreizsysteme notwendig werden, um die Investition der Versicherten in Gesundheitserhaltung zu fördern.

4.4.6 Bestandsaufnahme des Selektivvertrags am Beispiel der integrierten Versorgung

1155. Die integrierte Versorgung stellt gleichzeitig den fortgeschrittensten und den aussichtsreichsten Bereich selektiver Kontrakte in der ärztlichen Versorgung dar. Er eignet sich deshalb besonders, um die Entwicklung selektivvertraglicher Versorgungsstrukturen abzubilden. Exakte Zahlen zur Anzahl abgeschlossener Verträge sowie zum Vergütungsumfang und zur Anzahl teilnehmender Versicherter liegen bis heute jedoch nicht vor.[36] Aktuell verfügbar sind jedoch verschiedene Daten aus dem Bericht der gemeinsamen Registrierungsstelle zur Unterstützung der Umsetzung des § 140d SGB V, auf die nachfolgend zurückgegriffen wird.[37] Aufgrund von Erhe-

[35] Dieser Effekt wird auch dadurch verstärkt, dass sich die Krankenkassen die Vorteile aus Kostensenkungen durch die Erhaltung der Gesundheit ihrer Versicherten zum Teil nicht selbst aneignen können und damit keinen Anreiz haben, selbst in bessere Gesundheitserhaltung zu investieren. Vgl. dazu auch Abschnitt 5.2, insbesondere Tz. 1176.

[36] Vgl. Zerth, J., Daum, S., a. a. O., S. 17 f.

[37] Vgl. Grothaus, F., Entwicklung der integrierten Versorgung in der Bundesrepublik Deutschland 2004 bis 2008. Bericht gemäß § 140d SGB V auf der Grundlage der Meldungen von Verträgen zur integrierten Versorgung/Gemeinsame Registrierungsstelle zur Unterstützung der Umsetzung des § 140d SGB V, 2009, – Forschungsbericht, zitiert nach: Zerth, J., Daum, S., a. a. O.

bungsunsicherheiten eignen sich diese Daten jedoch nur zu einer vorsichtigen Interpretation.[38]

1156. Die vorliegenden Daten beziehen sich auf den Zeitraum zwischen 2004 und 2008. Dies entspricht dem ersten Zeitraum einer Budgetbereinigung in Form der Anschubfinanzierung, durch die 1 Prozent des Kollektivbudgets für den Abschluss von Selektivverträgen zur Verfügung gestellt wurde. Die ökonomischen Anreize, die sich aus der Anschubfinanzierung ableiten, lassen erwarten, dass die Kassen kurzfristig diesen Anteil für den Abschluss von Integrationsverträgen verwenden werden.[39] Abbildung VI.5 zeigt die Zahl der gemeldeten Verträge, die zum 31. Dezember des jeweiligen Jahres in Kraft waren. Diese kumulierte Zahl von Integrationsverträgen ist im Zeitablauf stetig gestiegen, von 1 477 Verträgen im Jahr 2004 auf 6 407 Verträge im Jahr 2008. In den Jahren 2004 bis 2008 gingen bei der Registrierungsstelle insgesamt 7 491 Vertragsmeldungen ein, wobei 1 084 Verträge vor dem 31. Dezember 2008 ausliefen. Der überwiegende Teil laut Angabe 73 Prozent der Verträge wird unbefristet abgeschlossen. Im Mittel liegt die Zahl der Neumeldungen bei 1 475 Verträgen. Ein Jahr nach Inkrafttreten des GKV-Modernisierungsgesetzes[40] im Jahr 2005 war die Zahl der neu gemeldeten Verträge mit 1 995 am höchsten. Im letzten Jahr der Gültigkeit der Anschubfinanzierung 2008 wurden hingegen nur noch 756 Neuabschlüsse gemeldet. Auch wenn für das Jahr 2009 noch keine Zahlen vorliegen, gibt die niedrige Zahl neu abgeschlossener Verträge 2008 einen Hinweis darauf, welche Bedeutung der Anschubfinanzierung und somit einer klaren Regelung der Finanzierung integrierter Versorgung zukommt. Da ab dem Jahr 2009 eine exakte Budgetbereinigung vorzunehmen ist, deuten die Zahlen darauf hin, dass die Kassen unter Unsicherheit über den erst nach Vertragsschluss festzulegenden Bereinigungsbetrag das Risiko scheuen, weitere Verträge zu schließen.

1157. Dass von einem Vertragswettbewerb auf dem Versicherungsmarkt Konzentrationsanreize ausgehen, zeigen vorliegende Daten über die Vertragspartner. Etwa 60 Prozent der seit April 2007 an die Registrierungsstelle gemeldeten Verträge wurden von mehreren Krankenkassen gemeinsam, die verbleibenden 40 Prozent von einzelnen, zumeist großen, d. h. mitgliederstarken Krankenkassen abgeschlossen. Die Angaben des Berichts zu den Leistungserbringern integrierter Versorgungsverträge sind nur sehr ungenau. Der Registrierungsstelle liegen lediglich Angaben zu den jeweils ursprünglichen Vertragspartnern vor; wird die Leistungserbringung von den Vertragspartnern an Dritte delegiert oder treten weitere Leistungserbringer einem bestehenden Vertrag bei, so kann dies aus den existierenden Meldungen nicht ersehen werden. Die vorherrschende Gruppe der Leistungserbringer, die integrierte Versorgungsverträge mit begründen, sind niedergelassene Ärzte. Sie sind an 64 Prozent aller gemeldeten Integrationsverträge beteiligt. Krankenhäuser erreichen einen Anteil von 54 Prozent. Sie sind jedoch bedeutend seltener alleinige Leistungserbringer, nämlich nur in 16 Prozent der Fälle, verglichen mit 30 Prozent bei den niedergelassenen Ärzten. Obwohl seit Inkrafttreten des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes auch Pflegekassen und zugelassene Pflegeeinrichtungen in Integrationsverträgen als Leistungserbringer zugelassen sind, gibt es bisher nur wenige Meldungen über ihre Vertragsbeteiligung. Pflegeeinrichtungen wurden nur in 35 der 1 424 seit April 2007 gemeldeten Verträge als Vertragspartner genannt.

1158. Seit Inkrafttreten des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes wird bei der Meldung neu abgeschlossener Verträge die Zuordnung zu den Hauptdiagnosegruppen der MDC-Klassifikation des G-DRG-Systems sowie die Zuordnung zur Sonderkategorie „Vollversorgung“ abgefragt, wobei jeder Vertrag mehreren Kategorien zugeordnet werden kann. Daraus ergibt sich ein ungefähres Bild über die Verteilung der bisher geschlossenen Verträge zwischen indikations- und populationsbezogenen Integrationsverträgen (vgl. Tabelle VI.4). Es zeigt sich, dass der Anteil der Vollversorgung im Rahmen der Integrationsversorgung bisher noch relativ gering ist.

---

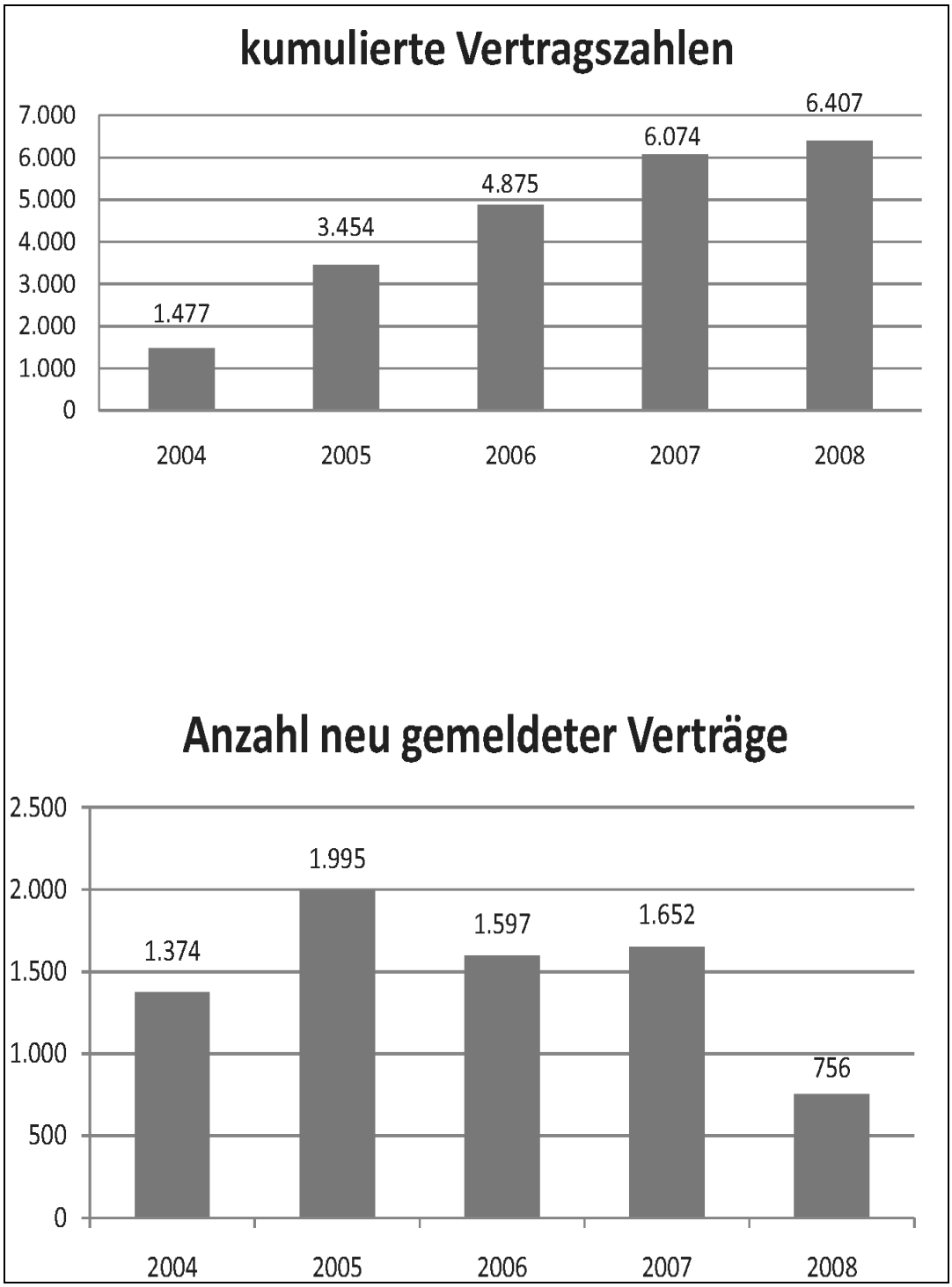
[38] Der Bericht stützt sich auf die von den Krankenkassen bei der Registrierungsstelle gemeldeten Integrationsverträge und die zugehörigen Angaben zur Mittelverwendung. Meldungen der Krankenkassen zu einzelnen Integrationsverträgen sind freiwillig und es kann zudem zu Mehrfachnennungen derselben Integrationsverträge kommen, wenn ein Integrationsvertrag zwischen mehreren Kassen abgeschlossen und von jeder Krankenkasse einzeln der Registrierungsstelle gemeldet wird.

[39] Vgl. Abschnitt 4.4.5.2.

[40] Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 14. November 2003, BGBl. I S. 2190

Abbildung VI.5

Vertragsabschlüsse in der Integrationsversorgung zwischen 2004 und 2008



Quelle: Zerth, J., Daum, S., Gestaltungsmöglichkeiten für einen Budgetausgleich zwischen Kollektiv- und Selektivvertrag, Gutachten im Auftrag der Monopolkommission, Bayreuth 2010, S. 19, in Anlehnung an Grothaus, F., Entwicklung der integrierten Versorgung in der Bundesrepublik Deutschland 2004–2008. Bericht gemäß § 140d SGB V auf der Grundlage der Meldungen von Verträgen zur integrierten Versorgung/ Gemeinsame Registrierungsstelle zur Unterstützung der Umsetzung des § 140d SGB V, 2009, Forschungsbericht.

Tabelle VI.4

Integrationsverträge nach Indikationen

MDC-Klassifikation		Meldungen mit Nennung	Geschätztes Vergütungs-volumen (Tsd. Euro)	Geschätzte Anzahl teilnehmender Versicherter
		Anzahl	Summe	Summe
1	Erkrankungen des Nervensystems	87	5.144	3.680
2	Erkrankungen der Augen	50	3.196	2.396
3	Erkrankungen im HNO-, Mund-/Kiefer-Bereich	59	4.148	5.177
4	Erkrankungen der Atemwege	29	761	2.897
5	Erkrankungen des Kreislaufsystems	116	14.517	55.264
6	Erkrankungen des Verdauungssystems	44	2.097	1.725
7	Erkrankungen von Leber, Gallenwegen und Pankreas	25	397	277
8	Erkrankungen von Muskeln, Skelett und Bindegewebe	289	35.340	34.843
9	Erkrankungen von Haut, subkutanem Gewebe und Brust	72	5.267	2.796
10	Hormonelle oder Stoffwechselkrankheiten	55	1.847	4.445
11	Erkrankungen von Niere und Harnwegen	35	2.000	944
12	Erkrankungen der männlichen Geschlechtsorgane	48	2.615	2.912
13	Erkrankungen der weiblichen Geschlechtsorgane	52	2.736	2.197
14	Schwangerschaft, Geburt	64	1.830	7.196
15	Erkrankungen von Neugeborenen	8	140	136
16	Erkrankungen der blutbildenden Organe	30	264	113
17	Myeloproliferative Erkrankungen			n < 4
18A	HIV	6	41	57
18B	Infektionen und parasitäre Erkrankungen	16	604	197
19	Psychische Erkrankungen	80	4.581	1.837
20	Erkrankungen durch Alkohol und Drogen	13	197	78
21A	Polytraumatische Versorgungen	15	453	143
21B	Verletzungen, Vergiftungen (ohne Drogen)	22	1.786	2.234
22	Verbrennungen	22	2.810	840
	Sonstige, hier nicht aufgeführte Erkrankungen	266	13.674	73.433
	Vollversorgung	**34**	**3.255**	**50.564**
	Palliativversorgung	**370**	**2.065**	**2.322**
	Keine Angabe	131	17.160	19.553
	Gesamt[1]	2.038	128.926	278.256
	Vertrag einzeln gezählt	1.424	94.980	205.466

[1] Ohne myeloproliferative Erkrankungen

Quelle: Eigene Darstellung nach Zerth, J., Daum, S., Gestaltungsmöglichkeiten für einen Budgetausgleich zwischen Kollektiv- und Selektivvertrag, Gutachten im Auftrag der Monopolkommission, Bayreuth 2010, S. 24, in Anlehnung an Grothaus, F., Entwicklung der integrierten Versorgung in der Bundesrepublik Deutschland 2004 bis 2008. Bericht gemäß § 140d SGB V auf der Grundlage der Meldungen von Verträgen zur integrierten Versorgung/Gemeinsame Registrierungsstelle zur Unterstützung der Umsetzung des § 140d SGB V, 2009, Forschungsbericht.

5. Die Preisseite der gesetzlichen Krankenversicherung

1159. Neben Umfang und Qualität der angebotenen Versicherungsleistung ist der Preis für die Mitgliedschaft in der GKV der zentrale Wettbewerbsparameter der Krankenkassen auf dem Versicherungsmarkt. Der Preis für die Leistungen der GKV entspricht im Wesentlichen dem monatlich an die Krankenkasse abzuführenden Versicherungsbeitrag und einem allgemeinen Steuerzuschuss. Die Gestaltung des Mitgliedsbeitrags, der durch die Krankenkassen erhoben wird, ist umfangreich reguliert und Gegenstand intensiver öffentlicher Diskussionen. Die Monopolkommission untersucht nachfolgend die heutige Regulierung des Beitrags und bewertet die Möglichkeiten des Faktors Preis als Wettbewerbsparameter.

5.1 Preiswettbewerb auf dem Versicherungsmarkt

5.1.1 Preiswettbewerb zwischen 1996 und 2008

1160. Bis zum Jahre 2008 legten die Krankenkassen ihren Beitragssatz selbstständig und individuell als prozentualen Anteil vom Bruttoarbeitsentgelt fest.[41] Der Beitragssatz der Kassen diente seit der Freigabe der Kassenwahl 1996 bis zum Jahre 2008 als deren wichtigster Handlungsparameter im Wettbewerb. Dies folgerte bereits daraus, dass den Kassen aufgrund des vorgegebenen Leistungskatalogs nur sehr bedingt individuelle Leistungsmöglichkeiten offenstanden und der Preis den erheblich transparenteren Wettbewerbsparameter darstellt.

1161. Beobachtbar waren in diesem Zeitraum die Auswirkungen des Wettbewerbsparameters „Preis“ auf das Geschehen auf dem Versicherungsmarkt. Aus Statistiken der Krankenkassen selbst stehen keinerlei Daten über die Quote der Versicherten zur Verfügung, die in der Phase kassenindividueller Beiträge einen Kassenwechsel vollzogen haben. Jedoch kann Befragungen abgeleitet werden, dass in den ersten zehn Jahren nach 1996 etwa jeder vierte bis fünfte Versicherte mindestens einmal die Krankenkasse gewechselt hat. Eindeutig erscheint dabei der Zusammenhang zum Wettbewerbsparameter Beitragssatz, da Mitgliederzuwächse und Rückläufe offenkundig negativ mit den Beitragssätzen korrelierten.[42]

5.1.2 Beitragssatzvereinheitlichung durch den Gesundheitsfonds und Preiswettbewerb durch Zusatzbeiträge

1162. Mit dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz hat der Gesetzgeber die kassenindividuellen Beitragssätze im Jahr 2009 durch einen einheitlichen Beitragssatz ersetzt. Gemäß § 241 Absatz 1 SGB V wird der einheitliche Satz jährlich durch Rechtsverordnung von der Bundesregierung festgelegt. Besondere Beiträge gelten für Studenten, Rentner, Arbeitslosengeldempfänger und weitere Gruppen. Die allgemeinen Beiträge werden paritätisch von Arbeitnehmern und Arbeitgebern finanziert; die Arbeitnehmerseite trägt jedoch seit dem 1. Juli 2005 stets einen um 0,9 Prozentpunkte höheren Anteil.[43] Nach § 252 Absatz 2 SGB V sind sämtliche Beiträge direkt oder indirekt an den mit der Gesetzesänderung neu eingeführten Gesundheitsfonds zu übermitteln. Der Fonds agiert somit als eine Sammel- und Verteilstelle aller Beitragseinnahmen. Er wird gemäß § 271 Absatz 1 SGB V durch das Bundesversicherungsamt verwaltet. Die Einnahmen des Fonds werden dann im Anschluss den Kassen zugewiesen.

1163. Unter Außerachtlassung der Versichertenstruktur vereinheitlicht der allgemeine Beitragssatz zum Gesundheitsfonds die Beitragssätze zur GKV für alle Krankenkassen. Krankenkassen, die besondere freiwillige Leistungen – etwa bei der Betreuung der Versicherten oder durch ergänzende Satzungsleistungen – bereitstellen oder eine effizientere oder ineffizientere Kostenstruktur aufweisen, können diese Kostenunterschiede nicht mehr aus dem allgemeinen Beitragssatz finanzieren. Da die einheitliche Einnahmesituation somit nicht mehr dazu geeignet ist, Kostenunterschiede der Kassen auszugleichen, wurde den Kassen die Möglichkeit eingeräumt, verbleibende Überschüsse aus den Einnahmen durch den Gesundheitsfonds durch einkommensunabhängige Prämien auszuschütten (§ 242 Absatz 2 SGB V) bzw. Mindereinnahmen durch pauschale Zusatzbeiträge (§ 242 Absatz 1 SGB V) auszugleichen.

1164. Zu Beginn des Jahres 2010 zeigte sich, dass zwischen den Optionen Prämie und Zusatzbeitrag der Trend heute eher in Richtung Zusatzbeiträge geht, da der einheitliche Beitragssatz zum Gesundheitsfonds von der Bundesregierung eher knapp bemessen wurde. Die Möglichkeit, Zusatzbeiträge zu erheben, wurde jedoch durch eine Überforderungsklausel gemäß § 242 Absatz 1 Satz 2 und 3 SGB V begrenzt. Übersteigt der Zusatzbeitrag 8 Euro pro Monat, dann darf die Kasse diesen Beitrag von einem einzelnen Mitglied nur dann erheben, wenn der Zusatzbeitrag 1 Prozent der beitragspflichtigen Einnahmen eines Mitglieds nicht überschreitet. Andernfalls wird der Zusatzbeitrag auf 1 Prozent der beitragspflichtigen Einnahmen des Mitglieds begrenzt.

1165. Mit dem Wegfall des kassenindividuellen Beitragssatzes stellen heute die pauschalen Zusatzbeiträge bzw. Prämien den preislichen Wettbewerbsparameter für den Preiswettbewerb der Kassen außerhalb spezifischer

[41] Bei freiwillig versicherten Selbstständigen gelten für die Beitragsbemessungsgrundlage abweichende Regelungen.

[42] Ein Überblick zu den betreffenden Studien findet sich in Greß, S. u. a., Kassenwechsel als Mechanismus zur Durchsetzung von Versicherteninteressen, in: Braun, B. u. a. (Hrsg.), Einfluss nehmen oder aussteigen: Theorie und Praxis von Kassenwechsel und Selbstverwaltung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, Berlin 2008, S. 22 ff.

[43] Der höhere Beitragssatz für Arbeitnehmer wurde 2005 zunächst als zusätzlicher Arbeitnehmerbeitrag eingeführt. Mit dem Start des Gesundheitsfonds wurde der Zusatzbeitrag gemäß § 249 Absatz 1 SGB V durch eine Reduzierung des Arbeitgeberanteils im allgemeinen Beitragssatz in gleicher Höhe ersetzt. Demzufolge erfasst der allgemeine Beitrag zum Gesundheitsfonds nun auch den Zusatzbeitrag und musste sich ceteris paribus gegenüber früheren Beitragssätzen nominell entsprechend erhöhen, auch wenn die individuellen Beitragsätze von Arbeitnehmern und Arbeitgebern unverändert geblieben wären.

Wahltarife dar. Dieser Wettbewerbsparameter ist nach Auffassung der Monopolkommission jedoch nicht effizient ausgestaltet, da das Preisspektrum zwischen Prämien und Zusatzbeiträgen die Preistransparenz reduziert und insbesondere die Überforderungsklausel keinen unverzerrten Preiswettbewerb zulässt. Aus ökonomischer Sicht stellt die Klausel einen Sprung innerhalb des preispolitischen Handlungsspielraums der Kassen dar. Muss eine Kasse einen Zusatzbeitrag erheben, der den Betrag von 8 Euro überschreitet, so entstehen ihr Verwaltungskosten durch die aufwendige Durchführung der Einkommensprüfung. Die Einkommensprüfung könnte weiterhin dazu führen, dass Geringverdiener weniger als 8 Euro Beitrag zahlen müssen, sodass der reale Durchschnittszusatzbeitrag bei einer nominellen Erhöhung über 8 Euro sogar sinken kann. Ist die Kasse darauf angewiesen, Zusatzbeiträge zu erheben, welche die 8-Euro-Grenze überschreiten, so müssen die zusätzlichen Einnahmen diese Einnahmenverluste bzw. Ausgaben überkompensieren. Es ist deshalb davon auszugehen, dass eine Kasse nur dann die 8-Euro-Grenze überschreiten wird, wenn der erhobene Zusatzbeitrag sehr deutlich über dieser Grenze liegen wird. Die Monopolkommission ist deshalb der Auffassung, dass die heutige Ausgestaltung der Überforderungsklausel den Preiswettbewerb ganz erheblich limitiert. Dieses Problem stellt sich umso gewichtiger dar, je mehr Kassen einen einheitlichen Beitrag am Rande der preispolitischen Sprungstelle von 8 Euro erheben.

5.1.3 Beitragsdifferenzierung durch Wahltarife

1166. Insbesondere durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz aus dem Jahr 2007 wurden die Regelungen des SGB V, die eine individuelle Beitragserhebung im Rahmen von Wahltarifen zulassen, stark erweitert. Danach können die Krankenkassen ihren Versicherten gemäß § 53 SGB V verschiedene Tarifoptionen zur Wahl stellen, die zu Prämienzahlungen durch die Krankenkasse oder den Versicherten oder zu Zuzahlungsermäßigungen und damit faktisch zu einer Beitragsdifferenzierung führen.

1167. Ein Teil der Regelungen zielt darauf, den Kassen die Möglichkeit zu geben, mittels spezieller Tarifmodelle Verhaltensanreize ihrer Mitglieder zu aktivieren. Dazu können sie gemäß § 53 Absatz 1 SGB V mit einem Mitglied vereinbaren, dass dieses einen Teil der von der Krankenkasse jährlich zu tragenden Kosten selbst finanziert und im Ausgleich eine Prämie erhält. Ein solcher Tarif kann beispielsweise so ausgestaltet sein, dass für jeden Arztbesuch ein Abzug vom maximal erzielbaren Bonus erfolgt. Ab einer vorbestimmten Anzahl von Arztbesuchen wird das Mitglied bis zu einem bestimmten Betrag an den Kosten beteiligt. Ein ähnliches Konzept steht auch hinter einer Prämie, welche die Krankenkasse gemäß § 53 Absatz 2 SGB V an ein Mitglied ausschütten kann, wenn dieses Leistungen zulasten der Krankenkasse nicht in Anspruch genommen hat.

Durch § 53 Absatz 3 SGB V werden die Krankenkassen verpflichtet, spezielle Tarife für Versicherte vorzusehen, die sich verpflichten, an den besonderen Versorgungsformen teilzunehmen. Durch die Vorschrift haben die Krankenkassen die Möglichkeit erhalten, ihren Beitrag für diese Versicherten zu differenzieren. Allerdings ist gegenüber dem regulären Versicherungsbeitrag nur eine Differenzierung nach unten durch Prämienzahlung oder Zuzahlungsermäßigungen möglich. Damit erhalten die Kassen die Möglichkeit, Einsparungen, die an selektivvertragliche Versorgungsmodelle geknüpft sind, an den Versicherten weiterzugeben. Besonders im Rahmen von Hausarztmodellen wurde dies von den Kassen verbreitet umgesetzt.

Schließlich wurden den Kassen weitere Tarifoptionen durch § 53 Absatz 4 bis 6 SGB V eröffnet. Danach haben sie die Möglichkeit, Tarife anzubieten, die ihren Mitgliedern besondere Erstattungsleistungen gegen Prämienzahlung ermöglichen oder die bestimmte Leistungen für Mitgliedergruppen berücksichtigen, für die der Anspruch gemäß SGB V gewöhnlich nur eingeschränkt gewährt wird.

1168. Allen Wahltarifmodellen gemein ist das Verbot zur Quersubventionierung gemäß § 53 Absatz 9 SGB V. Jede Form von Beitragsreduzierung durch einen Wahltarif muss danach aus den Einsparungen getragen werden, die sich aus dem Wahltarif selbst ergeben. Gemäß § 53 Absatz 8 SGB V wurde zudem eine Höchstgrenze der pro Mitglied ausgeschütteten Prämien auf 20 bzw. 30 Prozent des individuellen jährlichen Beitrags festgelegt. Mit Ausnahme des Wahltarifs für besondere Versorgungsformen müssen die Kassen zudem für die Teilnahme an einem Wahltarif Bindungsfristen von mindestens drei Jahren festlegen, die sich auch auf die Möglichkeit des Kassenwechsels auswirken.[44]

1169. Die Monopolkommission begrüßt preisliche Differenzierungsmöglichkeiten durch Wahltarife. Allerdings ist deren Ausgestaltung im SGB V unterschiedlich zu beurteilen. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass insbesondere die Einführung von Wahltarifen gemäß § 53 Absatz 3 SGB V für die Teilnahme an besonderen Versorgungsformen einen äußerst wichtigen Schritt darstellt, um dem Wettbewerb um Verträge auf dem Leistungsmarkt einen preislichen Reaktionskanal auf dem Versichertenmarkt zu ermöglichen. Da im Rahmen der besonderen Versorgungsformen sowohl Effizienz- als auch Qualitätspotenziale erschlossen werden können, erhalten die Krankenkassen mit den Wahltarifen einen wettbewerblichen Anreiz, diese Prozesse zu fördern. Kassen, denen es gelingt, im Rahmen der selektiven Verträge für den Kunden ein preislich oder qualitativ besonders attraktives Versorgungsangebot bereitzustellen, haben die Möglichkeit, dies mit attraktiven Tarifangeboten für Versicherte zu verbinden. Kritisch ist jedoch zu sehen, dass die Tarifoptionen bisher allein solche Wahltarife zulassen, die zu einer Kostensenkung für den Versicherten führen. Damit wird den Krankenkassen die Möglichkeit versagt, auch solche Wahltarife anzubieten, die Qualitätsverbesse-

[44] Die reguläre Kündigungsfrist in der GKV beträgt gemäß § 175 Absatz 4 SGB V nur anderthalb Jahre.

rungen erzeugen, die mit einer Kostensteigerung verbunden sind.

1170. Hinsichtlich solcher Tarifoptionen, die faktisch eine Senkung des Beitragssatzes in den Fällen bewirken, in denen ein Patient die von der Kasse zu tragenden Leistungen nur selten in Anspruch nimmt, sind verschiedene Effekte zu berücksichtigen. Einerseits soll ein solcher Selbstbehalt Anreize setzen, dass der Versicherte mit der Inanspruchnahme ärztlicher Versorgung grundsätzlich besser haushaltet, indem er an den individuellen Kosten der Versorgung beteiligt wird. Andererseits kommt hier einschränkend zum Tragen, dass der Selbstbeteiligungstarif gemäß § 53 Absatz 1 SGB V nur eine Option für die Versicherten darstellt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass vor allem solche Versicherten einen Tarif mit Selbstbehalt wählen, die bereits vorher eine geringere Neigung zu Arztbesuchen hatten und gleichzeitig eine geringe Morbidität aufweisen. Dadurch werden die ökonomisch vorteilhaften Steuerungswirkungen zu einem wesentlichen Teil aufgehoben.[45] Weiterhin bleibt zu bedenken, dass die im System der GKV bisher ausdrücklich gewollte Umverteilung von Gesunden zu Kranken geschwächt wird, da erstere im Rahmen von Wahltarifen mit Selbstbehalt geringere Beiträge bezahlen. Die Monopolkommission sieht in dem Instrument des Selbstbehalts für die GKV das Potenzial einer Steuerungswirkung gegeben. Sie hält es wegen der genannten Einschränkungen aber nicht für sinnvoll, das gesundheitspolitische Instrument eines Selbstbehaltes an nicht verpflichtende Wahltarife zu knüpfen.

1171. Kritisch sieht die Monopolkommission die eingezogene Obergrenze für die Prämiengewährung, die das Preissystem sehr komplex werden lässt. Da diese Grenze an den Beitrag der Mitglieder und dieser an das Einkommen gekoppelt ist, müssen die Krankenkassen ihre Tarifoptionen nach dem Einkommen eines Mitglieds differenzieren. Die heute angebotenen Tarife sind deshalb für den Versicherten unübersichtlich und wenig transparent, weil Prämien und Zuzahlungsreduzierungen nicht für jedes Mitglied in gleicher Form angeboten werden können. Die Monopolkommission sieht in der Verknüpfung der Prämiengewährung mit dem individuellen Einkommen ein ganz wesentliches Hindernis für den Wettbewerb mit individualisierten Tarifmodellen. Zwar ist der Beitragssatz der Versicherten nach Einkommen differenziert; die erwarteten Einsparungen, die sich aus der Entscheidung des Mitglieds für ein Tarifmodell ergeben, sind vom Einkommen des Versicherten jedoch nicht unmittelbar abhängig. Wahltarife, die das Ziel einer effizienten Steuerung der Versorgung verfolgen, sollten daher nicht die wichtige Option der Kassen beschränken, die Prämien an den Kosten für den Versorgungsaufwand zu orientieren. Eine damit verbundene verhältnismäßig hohe Kompensation solcher Mitglieder, deren tatsächlicher Beitrag unterdurchschnittlich ist, ist dabei ökonomisch unschädlich und tangiert nicht das Ziel einer effizienten Versorgung.

5.2 Risikostrukturausgleich

5.2.1 Relevanz eines Ausgleichsmechanismus

1172. Der Risikostrukturausgleich im deutschen Gesundheitswesen ist ein Ausgleichsmechanismus auf der Finanzierungsseite der Krankenkassen. Die heutige Form der Beitragserhebung entspricht keiner marktkonformen Preissetzung für die Versicherungsleistung, da sich der Beitragssatz nicht entsprechend dem individuellen Risiko der Versicherten differenzieren darf. Kostenunterschiede der Kassen, die auf unterschiedliche Versicherungsrisiken zurückzuführen sind, werden deshalb im Rahmen des Risikostrukturausgleichs durch eine Umverteilung der Einnahmen zwischen diesen ausgeglichen. In der Vergangenheit kam zudem der Ausgleich von Beitragsunterschieden hinzu, die auf unterschiedlichen Durchschnittseinkommen der Versicherten beruhten. Der Risikostrukturausgleich hat somit die Aufgabe, die Beitragseinnahmen der Kassen einer marktkonformen Versicherungssituation gleichzustellen, um die Voraussetzungen für Wettbewerb im System der GKV zu schaffen.

1173. Auf einem unregulierten Krankenversicherungsmarkt wird der Beitragssatz eines Versicherten durch sein individuelles Krankheitsrisiko bestimmt, da dieses entscheidenden Einfluss auf die individuellen Erwartungskosten hat, die der Versicherung im Rahmen des Versicherungsschutzes entstehen werden. Die im Wettbewerb stehenden Versicherungen haben nun einen Anreiz, durch eine möglichst effiziente Organisation ihres Versorgungsangebots diese Erwartungskosten gering zu halten. Im Hinblick auf das Solidarprinzip wird in der GKV heute jedoch darauf verzichtet, Beiträge zu erheben, die dem individuellen Gesundheitsrisiko eines Versicherten entsprechen. Unter dieser Voraussetzung können die Kostensenkungsanreize eines wettbewerblichen Krankenversicherungssystems jedoch unerwünschte Wirkungen erzielen. Die Kassen unterliegen in diesem Fall dem Anreiz, ihre Mitgliederstruktur so zu beeinflussen, dass sie gute Risiken mit geringer Morbidität und dementsprechend geringen Erwartungskosten versichern, um auf diese Weise ihre Durchschnittskosten zu reduzieren. Wettbewerb der Kassen setzt in diesem Fall dysfunktionale Anreize zur Risikoselektion und zur Attrahierung gesunder Versicherter. Die Kassen könnten so zum einen ihre Anstrengungen darauf konzentrieren, durch gezielte Anwerbestrategien gesunde Versicherte zu werben. Andererseits fehlen der Kasse Anreize, ihre Versorgungsstrukturen für morbide Patienten zu optimieren, da sie auf diese Weise entsprechende Patienten anzieht, die ihre Durchschnittskosten erhöhen. Mit dem Risikostrukturausgleich wurde deshalb ein Mechanismus geschaffen, um die risikobedingten Unterschiede auf der Ausgaben-

[45] Empirische Studien zu Selbstbeteiligungen in der Krankenversicherung, die sich mit diesem Problem der Selbstbehalte beschäftigen, kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Vgl. z. B. Schellhorn, M., Auswirkungen wählbarer Selbstbehalte in der Krankenversicherung: Lehren aus der Schweiz?, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 71, 2002, S. 411–426; Werblow, A., Alles nur Selektion? Der Einfluss von Selbstbehalten in der gesetzlichen Krankenversicherung, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 71, 2002, S. 427–436.

seite durch einen der Beitragserhebung nachgelagerten Ausgleichsmechanismus auf der Einnahmenseite zu egalisieren. Durch die Umverteilung der einheitlichen Beiträge sollen die Einnahmen der Kassen für jeden Patienten nach Möglichkeit seinen morbiditätsbezogenen Erwartungskosten entsprechen.

1174. Eine zweite Aufgabe des Risikostrukturausgleichs bestand früher darin, die Unterschiede in den Beitragseinnahmen auszugleichen, die auf die am Einkommen der Versicherten ausgerichtete, prozentuale Beitragsbemessung zurückzuführen sind. Ohne einen solchen Ausgleich hätten die Kassen einen Anreiz, sich verstärkt um solche Versicherte zu bemühen, deren sozialversicherungspflichtiges Einkommen über dem Durchschnitt liegt. Im Gegensatz zum Ausgleich der Risikostruktur ist der Einkommensausgleich einfacher durchzuführen, da die ihm zugrunde liegenden Ausgleichsfaktoren exakt zu bestimmen sind.

1175. Der Risikostrukturausgleich ist somit kein Umverteilungsmechanismus, der selbst soziale Aufgaben erfüllt. Er ist vielmehr ein notwendiges Instrument, um Fehlwirkungen zu korrigieren, die sich aus den sozial motivierten Eingriffen in die Beitragsgestaltung von im Wettbewerb stehenden Krankenversicherungen ergeben. Der Risikostrukturausgleich ermöglicht es deshalb – vollständiges Funktionieren vorausgesetzt –, die Einnahmenseite der Krankenkasse einer Marktsituation gleichzustellen.

1176. Ein grundsätzliches Problem an der Korrektur der Einnahmenseite durch den Risikostrukturausgleich ist darin zu sehen, dass durch das Instrument Anreize der Krankenkassen beseitigt werden, auch die Gesundheitserhaltung der Versicherten effizient zu fördern. Die Förderung der Gesundheitserhaltung entspricht aus ökonomischer Sicht einer Investition der Krankenkasse in den Versicherten, um sein Krankheitsrisiko und die damit verbundenen Erwartungskosten zu senken. Der Mechanismus gleicht jedoch stets das kollektive Risiko der Versicherten zwischen den Kassen aus. Er kann dabei nicht unterscheiden, ob die Veränderung des Versichertenrisikos einer Kasse auf Mitgliederfluktuation oder auf Präventionsmaßnahmen zurückzuführen ist. Auf diese Weise rentiert sich die Investition einer Kasse in Präventionsmaßnahmen nicht, da höhere Kosten für Gesundheitsleistungen bei fehlender Prävention stets durch höhere Zuweisungen aus dem Risikostrukturausgleich aufgefangen werden. Anreize der Kassen, in die Gesundheitserhaltung zu investieren, werden deshalb durch den Risikostrukturausgleich genommen. In einem solidarischen Wettbewerbsmodell, in dem risikoadjustierte Prämien ausgeschlossen sind, muss die Finanzierung von Präventionsmaßnahmen aus diesem Grund stets unabhängig vom Risikostrukturausgleich erfolgen.

5.2.2 Anwendung im deutschen Gesundheitssystem

1177. Ein Risikostrukturausgleich wurde erstmals 1996 mit der Freigabe der Kassenwahl eingeführt. In dieser ursprünglichen Variante erfolgte der Ausgleich des Risikos zunächst nur nach wenigen Kriterien – darunter insbesondere Alter und Geschlecht der Versicherten. In der Folge erkannte man, dass diese Kriterien das Ausgabenrisiko unvollständig abbildeten, sodass die Krankenkassen ungewollt Anreize hatten, sich um eine günstige Risikostruktur zu bemühen. Nach einigen Modifikationen des Risikostrukturausgleichs im Jahr 2002 sollte dieser 2007 erstmals um verschiedene Parameter ergänzt werden, die gezielt Kostenunterschiede ausgleichen sollten, die über soziodemografische Faktoren hinausgehen und unmittelbar auf die Morbiditätsstruktur der Versicherten zurückzuführen sind.[46]

1178. Durch die Einführung des Gesundheitsfonds als neue Ebene zwischen Einnahmeerhebung und Verteilung in der GKV sind die Aufgaben des Risikostrukturausgleichs auf diesen übergegangen. Der Einkommensausgleich erfolgt nun automatisch, da die Beiträge zum Gesundheitsfonds zwar weiterhin einkommensabhängig erhoben werden, die Ausschüttung an die Krankenkassen aber in jeder anderen Form, etwa einer Versichertenpauschale, erfolgen kann.[47] Ein solcher Pauschalbetrag wird dann im Anschluss um einen morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleich korrigiert. Das genaue Verfahren regelt § 266 SGB V. Danach erhalten die Kassen aus dem Fonds neben Zuweisungen für bestimmte sonstige Ausgaben eine Grundpauschale und alters-, geschlechts- und risikoadjustierte Zu- und Abschläge. Letztere stellen den Kern des Risikostrukturausgleichs im Rahmen des Gesundheitsfondsmodells dar. Gemäß § 266 Absatz 5 SGB V ermittelt das Bundesversicherungsamt die Spezifikationen des Risikoausgleichs. Entsprechend einem Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats zur Weiterentwicklung des Risikostrukturausgleichs beim Bundesversicherungsamt wurde eine Kopplung an 80 Krankheiten vorgenommen, die besonders hohe Versorgungsaufwendungen induzieren.[48]

1179. Die Monopolkommission hält den morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleich und seine stetige Weiterentwicklung für unabdingbar, um die Bedingungen für Effizienzwettbewerb auf dem Versicherungsmarkt unter den Voraussetzungen des Solidarprinzips im System der

---

[46] Zur Frage der Weiterentwicklung des Risikostrukturausgleichs wurden zu diesem Zeitpunkt verschiedene Gutachten erstellt. Vgl. Jacobs, K. u. a., Zur Wirkung des Risikostrukturausgleichs in der gesetzlichen Krankenversicherung. Eine Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit, Berlin 2001, http://www.iges.de/publikationen/gutachten/rsagutachten/e5166/infoboxContent5178/RSA-Gutachten2001ger.pdf; Lauterbach, K. W., Wille, E., Modell eines fairen Wettbewerbs durch den Risikostrukturausgleich, Gutachten im Auftrag des Verbandes der Angestellten-Krankenkassen e.V. (VdAK), des Arbeiter-Ersatzkassen-Verbandes e.V. (AEV), des AOK-Bundesverbandes (AOK-BV) und des IKK-Bundesverbandes (IKK-BV), Köln/Mannheim 2001, http://www.medizin.uni-koeln.de/kai/igmg/endgutachtenrsa.pdf.

[47] Nicht eingeschlossen werden allerdings die Zusatzbeiträge, die zwar einerseits pauschal und ohne Relation zum Einkommen erhoben werden, die aber andererseits einer einkommensabhängigen versichertenindividuellen Überforderungsgrenze unterliegen.

[48] Vgl. Pressemitteilung des Bundesministeriums für Gesundheit vom 10. Januar 2008, http://www.bmg.bund.de/cln_160/nn_1168258/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2008/pm-10-01-08.html?__nnn=true.

GKV weiterhin zu erhalten. Es bleibt jedoch zu berücksichtigen, dass der Risikostrukturausgleich Anreize zur Risikoselektion niemals endgültig verhindern kann. Allerdings ist dies für einen Effizienzwettbewerb nach Auffassung der Monopolkommission möglicherweise gar nicht nötig. Es reicht vielmehr aus, wenn der Risikostrukturausgleich in der Lage ist, sich anzupassen und Unsicherheit über die Kostenwirkungen der Risikoselektion auszulösen. Durch die Unsicherheit reduziert sich der erwartete Nutzen von Maßnahmen zur Risikoselektion. In der Folge ist davon auszugehen, dass die Kassen starke Anreize haben, vorrangig Effizienz und Wirtschaftlichkeit zu optimieren, um verlässliche Kosteneffekte zu erzielen. Nur durch einen entsprechend ausgestalteten, morbiditätsorientierten und sich stetig weiterentwickelnden Risikostrukturausgleich liegt nach Auffassung der Monopolkommission eine notwendige Voraussetzung für einen effizienten Wettbewerb der Kassen vor.

5.3 Preispolitische Diskussionsfelder

5.3.1 Preiswettbewerb versus Qualitätswettbewerb

1180. Die Frage, ob den Kassen überhaupt Freiheitsgrade zur individuellen Beitragsgestaltung eingeräumt werden sollten, betrifft insbesondere die Perspektive des Kassenwettbewerbs. Auf gewöhnlichen Märkten beruhen Nachfrageentscheidungen darauf, dass die Preise von Gütern mit der dafür gebotenen Leistung verglichen werden. Im Gesundheitswesen werden Preise und Leistungen jedoch vor dem Hintergrund des Solidarprinzips zum Teil durch kollektivvertragliche Vereinbarungen geregelt oder administrativ vorgeschrieben. Dabei wird implizit angezweifelt, dass durch einen Wettbewerb der Kassen mittels Preis- und Leistungsparametern wünschenswerte Ergebnisse erzielt werden können. Wettbewerb im Gesundheitswesen wird deshalb häufig rein funktional als Preis- oder Qualitätswettbewerb gesehen, bei dem den Kassen nur ausgewählte Wettbewerbsparameter zur Verfügung gestellt werden.

1181. Die rechtliche Situation zwischen 1996 und 2008 kann dabei als Beispiel für einen Preiswettbewerb der Kassen gesehen werden. Sie war dadurch gekennzeichnet, dass die Kassen einerseits einen direkten Einfluss auf ihren Beitragssatz hatten, ihnen aber andererseits nur relativ wenige individuelle Handlungsoptionen auf der Leistungsseite gegenüberstanden. Der Versicherte konnte sich zudem stets darauf verlassen, dass alle Kassen die gesetzlichen Leistungsvorgaben im Rahmen der Kollektivverträge mit Leistungserbringern in gleicher Weise erfüllten. Der Wettbewerb konzentrierte sich in dieser Zeit in erster Linie auf den für den Versicherten sehr transparenten Wettbewerbsparameter „Beitragssatz“, sodass insbesondere Kostensenkungsanreize auf die Kassen wirkten. Kassen, die ihre Kosten gering halten konnten, hatten auch die Möglichkeit, einen vergleichsweise geringen Beitragssatz zu wählen. Problematisch war vor allem, dass die Kassen nur wenige individuelle Handlungsspielräume besaßen, durch die sie individuell Kostenvorteile bewirken konnten. Die Kostensenkungsanreize des Wettbewerbs betrafen somit lange Zeit in erster Linie die Verwaltungsausgaben. Beitragssatzunterschiede der Kassen lassen sich hingegen vor allem auf Ausgabenunterschiede und den damals noch nicht morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleich zurückführen, während die Wirkung auf eine effiziente Prozessorganisation noch weniger deutlich spürbar war.

1182. Mit der stärkeren Vereinheitlichung des Beitragssatzes seit der Einführung des Gesundheitsfonds wurde seit 2009 eine andere Zielrichtung für den Kassenwettbewerb vorgegeben. Die Kassen sollten die (risikoadjustierten) einheitlichen Einnahmen pro Versicherten aus dem Fonds dazu einsetzen, den Versicherten eine möglichst hohe Qualität zu garantieren. Darauf aufsetzend sollten die Versicherten ihre Krankenkasse künftig verstärkt nach Qualitätsaspekten auswählen. Hinsichtlich dieser Konzeption eines Qualitätswettbewerbs ist allerdings kritisch anzumerken, dass die Kassen nur geringfügige Möglichkeiten besitzen, individuell in Versorgungsqualität zu investieren. Möglich sind insbesondere einzelne optionale Leistungen in einzelnen Leistungsbereichen, die entsprechend den Vorgaben des SGB V in der Satzung der Kassen festzulegen sind. Ebenfalls möglich sind Qualitätsverbesserungen der Versorgungswege durch Gestaltungsmöglichkeiten in der integrierten Versorgung und hinsichtlich von Betreuung und Service der Versicherten. Selbst unter der Annahme, dass den Kassen ausreichend Handlungsspielräume gewährt werden, erscheint plausibel, dass der Qualitätswettbewerb kein ausreichendes Potenzial besitzt, die Kassen und Leistungserbringer einem Wettbewerbsdruck auszusetzen, der diese stets zu einem effizienten Verhalten zwingt. Grund dafür ist, dass bestimmte Qualitätsvorteile in der Versorgung mit Gesundheitsleistungen dem Versicherten aufgrund nicht vollständig ausräumbarer Informationsdefizite nicht ausreichend transparent sind und aus ihnen nur eingeschränkte Wechselanreize hervorgehen können.

1183. Für einen potenziellen Konflikt von Preis- und Qualitätswettbewerb spricht hingegen das Risiko einer möglicherweise unsolidarischen Produktdifferenzierung. Unterscheiden sich Preis-Leistungsangebote der Kassen in der Hinsicht, dass im Wesentlichen eindimensional zwischen schlechten günstigen und guten teuren Versicherungsangeboten unterschieden werden kann, so folgert daraus eine ganz grundsätzliche Abkehr vom Solidarprinzip. Der Zugriff auf Qualität würde damit auch innerhalb des Systems der GKV primär vom Einkommen abhängig gemacht.

1184. Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass die einseitige staatliche Lenkung des Wettbewerbsgeschehens auf die Parameter „Preis“ oder „Leistung“ nicht förderlich für die Entwicklung der gesetzlichen Krankenversicherung ist. Individuelle Handlungsspielräume bei der Organisation des Versorgungsauftrags führen zu Qualitätswettbewerb und sind wichtig, um die Anreize für qualitätssteigernde Innovationen in der Versorgung zu erhalten. Stets ist jedoch auch der Preiswettbewerb als Gradmesser dafür erforderlich, ob der von der Kasse gewählte Leistungsumfang effizient organisiert wurde und

außerdem der Zahlungsbereitschaft der Mitglieder entspricht. Während im Preiswettbewerb, bei fixierter Leistung, die Präferenz der Kasse bei Kostensenkungsmöglichkeiten liegt, spielen diese im Qualitätswettbewerb eine zu geringe Rolle, da sie nur mittelbar die zusätzliche Ausweitung des Angebots begünstigen. Deshalb sollte nach Auffassung der Monopolkommission ein Effizienzwettbewerb angestrebt werden, bei der den Kassen sowohl Preis- als auch Leistungsparameter eröffnet werden. Der einheitliche Beitragssatz zum Gesundheitsfonds sollte deshalb durch stärkere kassenindividuelle Freiheiten bei der Bestimmung der Beiträge ersetzt oder ergänzt werden. Die Monopolkommission sieht den einheitlichen gesetzlichen Leistungskatalog dabei als Voraussetzung für den parallelen Zugriff der Kassen auf Preis- und zusätzliche Leistungsparameter an. Produktdifferenzierung, die dem Solidarprinzip unmittelbar entgegenläuft, wird nach Auffassung der Monopolkommission auf diese Weise hinreichend ausgeschlossen.

5.3.2 Einkommensunabhängige Pauschalbeiträge

1185. Eine breite Diskussion der vergangenen Jahre betraf die Form der Beitragserhebung zur gesetzlichen Krankenversicherung. Im Kern stand die kontrovers diskutierte Forderung, die Beiträge zur GKV nicht mehr einkommensabhängig, sondern pauschal zu erheben. Damit würde jeder Versicherte einer Krankenkasse – absolut betrachtet – den gleichen Versicherungsbeitrag zahlen. Über die Ausgestaltung eines solchen Pauschalbeitragskonzeptes und die notwendigen Folgeänderungen wurden in den vergangenen Jahren zahlreiche Vorschläge aus Wissenschaft, Politik und Politikberatung veröffentlicht.[49] Zuletzt wurde die Diskussion um die einkommensunabhängigen Pauschalbeiträge mit einer möglichen Abschaffung des Gesundheitsfonds verknüpft. Im aktuellen Koalitionsvertrag haben CDU, CSU und FDP die langfristige Veränderung des Beitragssystems zu einem System einkommensunabhängiger Arbeitnehmerbeiträge beschlossen, die sozial ausgeglichen werden. Dazu heißt es:[50]

„Langfristig wird das bestehende Ausgleichssystem überführt in eine Ordnung mit mehr Beitragsautonomie, regionalen Differenzierungsmöglichkeiten und einkommensunabhängigen Arbeitnehmerbeiträgen, die sozial ausgeglichen werden. Weil wir eine weitgehende Entkoppelung der Gesundheitskosten von den Lohnzusatzkosten wollen, bleibt der Arbeitgeberanteil fest. Zu Beginn der Legislaturperiode wird eine Regierungskommission eingesetzt, die die notwendigen Schritte dazu festlegt."

1186. Aus theoretischer Sicht werden mit dem Konzept einer Pauschalprämie für alle Versicherten vor allem zwei Vorteile verbunden. Auf der einen Seite stehen Allokationsverbesserungen infolge einer ökonomisch richtigen Zuordnung verschiedener Zahlungsströme. Auf der anderen Seite sind mit einem Pauschalbeitrag Erwartungen an die Effizienz des Kassenwettbewerbs verbunden.

1187. Zur Veranschaulichung des ersteren Arguments für die Einführung von Pauschalbeiträgen sei die Reinform des Konzeptes betrachtet, bei dem für alle Versicherten einer Kasse nur ein einheitlicher, pauschaler Beitragssatz entrichtet wird. Eine beitragsfreie Mitversicherung von Kindern und ein ermäßigter Beitragssatz für bestimmte Gruppen sind für die Bemessung der Pauschale nicht zu berücksichtigen.

Dieses Konzept sei mit dem heutigen System der Beitragserhebung verglichen, das eine ganze Reihe von Umverteilungselementen enthält, die durch Unterschiede im Versicherungsbeitrag induziert werden. In diesem Zusammenhang ist z. B. die Umverteilung von Einkommensstarken zu Einkommensschwachen, von Arbeitnehmern zu Studenten, von Kinderreichen zu Kinderlosen und weitere zu nennen.[51] Diese Förderung bestimmter Gruppen der Gesellschaft durch die Krankenversicherung kann zwar gesellschaftspolitisch geboten sein; nicht effizient ist es jedoch, diesen Sozialtransfer ausschließlich aus den an das Erwerbseinkommen gekoppelten Beiträgen der Mitglieder der GKV zu finanzieren. Da die beschriebenen Umverteilungselemente gesamtgesellschaftlichen Zwecken dienen, ist die Finanzierung des Sozialtransfers auch gesamtgesellschaftlich durch alle Bürger und unabhängig von der Einkommensart zu tragen. Dies wird am geeignetsten durch einen Transfer aus allgemeinen Steuermitteln bzw. aus dem Bundeshaushalt erreicht, da auf diese Weise sämtliche Bürger – also auch solche, die außerhalb des gesetzlichen Krankenversicherungssystems stehen – mit ihrer individuellen Leistungsfähigkeit an einem Sozialausgleich beteiligt werden. Durch die Erhebung von Pauschalbeiträgen für alle Versicherten kann dies einfach und systematisch umgesetzt werden. Hierbei entfallen die sich aus dem Beitragssatz ableitenden Umverteilungselemente, sodass der Pauschalbeitrag den durchschnittlichen Erwartungskosten eines Versicherten entspricht.[52] Sozialtransfers, die zu einer Reduzierung des realen Beitrags

---

[49] Vgl. etwa Breyer. F., Haufler, A., Health Care Reform: Separating Insurance from Income Redistribution, International Tax and Public Finance 7, 2000, S. 445–461; Breyer, F. u. a., Wirtschaftliche Aspekte der Märkte für Gesundheitsdienstleistungen, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, Berlin 2001; Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Gutachten 2003: Finanzierung, Nutzerorientierung und Qualität, Baden-Baden 2003; Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Nachhaltigkeit in der Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme, Bericht der (Rürup-)Kommission, Berlin, August 2003; Bericht der Kommission „Soziale Sicherheit" (Herzog-Kommission) zur Reform der sozialen Sicherungssysteme, Berlin, 29. September 2003; Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Erfolge im Ausland – Herausforderungen im Inland, Jahresgutachten 2004/05, Wiesbaden 2004; Wissenschaftlicher Beirat des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, Zur Reform der Gesetzlichen Krankenversicherung, Berlin, April 2010.

[50] Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, Wachstum. Bildung. Zusammenhalt., Berlin 2009 S. 86.

[51] Vgl. auch Abschnitt 2.

[52] Der Pauschalbeitrag wird aus wohlfahrtsökonomischer Perspektive deshalb zuweilen auch als eine Annäherung an eine First-Best-Lösung angesehen, bei der jedes Individuum durch den Versicherungsbeitrag seinen langfristigen Erwartungsschaden finanziert. Insbesondere, weil die diskutierten Pauschalbeiträge risikoneutral erhoben werden sollen, wird ein First-Best jedoch nicht erreicht.

bestimmter Versicherter führen, sind dabei nach Maßgabe der Pauschalbeiträge aus Steuermitteln zu finanzieren.

1188. Ein wettbewerbspolitisches Argument für Pauschalbeiträge ergibt sich aus der Wahrnehmung des Beitragssatzes durch die Versicherten. Befürworter einer Pauschalprämie gehen dabei davon aus, dass der Pauschalbeitrag kassenindividuell erhoben wird, es also gleichfalls zu einer Öffnung des Preiswettbewerbs der Krankenkassen kommen kann. Unter dieser Voraussetzung ist anzunehmen, dass die Wechselneigung der Versicherten höher ist, wenn sich der Versicherungsbeitrag in Euro statt in einkommensabhängigen Prozentpunkten unterscheidet. Die klaren Preissignale, die ein Pauschalbeitrag aussendet, sollen deshalb zu einer stärkeren Preisreaktion der Versicherten führen, als dies in der Vergangenheit der Fall war.[53] Dahinter steht die Annahme, dass Beitragsunterschiede, die in Euro abzulesen sind, zu einer besseren Transparenz derselben für die Versicherten beitragen.[54]

1189. Ein wesentlicher Nachteil des Konzeptes der Pauschalbeiträge liegt in den komplexen Folgeänderungen, die zu ihrer Umsetzung notwendig sind. Der einheitliche Beitragssatz wird einerseits bei einkommensstarken Versicherten zu Entlastungen und bei einkommensschwachen Versicherten zu Belastungen gegenüber den heutigen Beiträgen führen. In den meisten Modellen zur Einführung einkommensunabhängiger Pauschalbeiträge ist deshalb die Einführung eines Sozialausgleichs aus Steuermitteln vorgesehen. Ohne eine Änderung des Steuersystems müsste der Sozialausgleich jedoch aus dem heutigen Bundeshaushalt finanziert werden. Sofern der Bundeshaushalt keinen Finanzierungsspielraum bietet, sind deshalb zunächst umfangreiche Anpassungen des Steuersystems notwendig.

1190. In den vorliegenden Modellen zur Einführung von Pauschalbeträgen werden unterschiedliche Varianten diskutiert, die nicht grundsätzlich alle genannten Vor- und Nachteile aufweisen. Insbesondere solche Modelle, die einen einkommensabhängigen Beitragssatz mit einem Pauschalbeitrag kombinieren, lösen sich weitestgehend von den allokationstheoretischen Vorteilen einer vollständigen Beitragspauschalierung. Dahingehend können auch die Vereinbarungen des Koalitionsvertrags interpretiert werden, sofern sich der einkommensunabhängige Beitrag nur auf den Arbeitnehmeranteil bezieht. Um davon unabhängig einen möglichen Transparenzvorteil der Pauschalbeiträge für den Kassenwettbewerb zu nutzen, ist es zudem notwendig, dass der Pauschalbeitrag kassenindividuell festgelegt werden kann.

Mischformen einkommensabhängiger und einkommensunabhängiger Beiträge zielen auch darauf ab, die genannten Schwierigkeiten einer vollständigen Pauschalprämie zu umgehen. Dazu könnte der wesentliche Ausgabenanteil der Kassen weiterhin über einkommensabhängige Beiträge finanziert werden; lediglich für den Anteil der Ausgaben, bei dem sich die Kassen unterscheiden, könnten hingegen einkommensunabhängige Zusatzpauschalen kassenindividuell erhoben werden. Auf diese Weise bleiben die wettbewerbsbelebenden Wirkungen erhalten, da sich Beitragsunterschiede innerhalb des pauschalen Beitragsanteils widerspiegeln. Gleichzeitig verliert der Sozialausgleich an Relevanz.

1191. Einer ähnlichen Konzeption unterliegen die heutigen Zusatzbeiträge, welche die Kassen für den Fall erheben dürfen, dass die Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds ihre Ausgaben nicht mehr decken. Kostensteigerungen führen dazu, dass sukzessive zahlreiche Kassen einen Zusatzbeitrag erheben werden, der zu einem lebhafteren Preiswettbewerb beitragen könnte. Dem steht allerdings die Überforderungsgrenze entgegen, die ab einem Beitragssatz von 8 Euro pro Monat greift.[55] Bei einer einheitlichen Überschreitung der 8-Euro-Grenze durch mehrere Kassen führt die Überforderungsklausel zudem zu einer dysfunktionalen Wettbewerbswirkung, da sie den Zusatzbeitrag indirekt weiterhin an das Einkommen koppelt. Da für die individuellen Zusatzbeiträge bisher kein Einkommensausgleich durch den Gesundheitsfonds stattfindet, haben insbesondere solche Krankenkassen Finanzierungsnachteile, deren Mitglieder eine unterdurchschnittliche Einkommensstruktur aufweisen und die deshalb geringere Zuweisungen erhalten.

1192. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass sich aus der Einführung einkommensunabhängiger Pauschalbeiträge positive Wirkungen auf die Finanzierungsstruktur und die Transparenz des Beitragssatzes der GKV ergeben. Deshalb ist die Einführung von Pauschalbeiträgen im Grundsatz begrüßenswert, sofern soziale Verzerrungen durch einen entsprechenden Sozialausgleich aufgelöst werden. Die Monopolkommission weist jedoch darauf hin, dass die wettbewerbsökonomischen Vorteile einer vollständig pauschalen Erhebung des Beitragssatzes auch nicht überschätzt werden sollten. Zudem sind die praktischen Probleme bei der Umsetzung eines Systems weitgehend pauschalierter Beiträge zu berücksichtigen. Bei einer wettbewerbsbelebenden Umgestaltung des deutschen Gesundheitswesens sollte nach Auffassung der Monopolkommission die Konzentration daher nicht primär auf einer ganz bestimmten Form der Beitragserhebung liegen, solange einige grundsätzliche Wettbewerbsbedingungen erfüllt werden. Die Regulierung der Beitragssatzgestaltung sollte deshalb vor allem

[53] Analysen der Phase des Preiswettbewerbs mit einkommensabhängigen Beiträgen zeigen, dass das Wanderungspotenzial in der Vergangenheit überschätzt wurde. Eine Untersuchung der Preiselastizität mit einkommensabhängigen Beitragssätzen hat gezeigt, dass der zutreffende Wert etwa bei -1 liegt. Dies bedeutet, dass eine Veränderung des Beitragssatzes um 1 Prozent auch 1 Prozent der Mitglieder zu einem Kassenwechsel bewegt hat. Vgl. Greß, S. et al., Price Elasticities and Social Insurance Choice in Germany, RWI Discussion Paper 28, Essen 2006; Andersen, H. H. u. a., Beitragssatz, Kassenwettbewerb und Gesundheitsreform, eine empirische Analyse, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 227, 2007, S. 429–450.

[54] Das dahinter stehende Argument kann auch als rationale Ignoranz bezeichnet werden, da die Versicherten aufgrund der Kosten der Informationsbeschaffung darauf verzichten, ihr Einsparpotenzial beim Versicherungswechsel zu eruieren.

[55] Vgl. auch Abschnitt 5.1.2.

geeignet sein, individuelle Handlungsspielräume der Kassen bei der Organisation der Versorgungsleistungen zu ergänzen, indem sie einen möglichst unverzerrten preispolitischen Reaktionskanal ermöglicht, der den Mitgliedern die höchstmögliche Transparenz über die Beitragssätze gewährt.

6. Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen durch die gesetzlichen Krankenkassen

6.1 Erfordernis einer kartellrechtlichen Kontrolle der gesetzlichen Krankenkassen

1193. Die Krankenkassen des GKV-Systems treten in verschiedenen Gesundheitsmärkten als wichtige Anbieter und Nachfrager von Waren und Dienstleistungen auf. Auf dem Leistungsmarkt kaufen Krankenkassen die Dienstleistungen von Ärzten, Produkte von Pharmafirmen und weitere Leistungen ein und nutzen diese für ihr eigenes Leistungsangebot, das sie auf dem Versicherungsmarkt den Versicherten unterbreiten. Die zunehmenden Möglichkeiten der Kassen, im Rahmen dieses Leistungsaustauschs individuell zu handeln, hat einen sich sukzessive verstärkenden Wettbewerbs- und Leistungsdruck zur Folge, durch den Effizienzpotenziale im Gesundheitswesen erschlossen werden sollen. Allerdings nimmt dabei auch der Anreiz für die Kassen zu, sich durch individuell oder kollektiv wettbewerbsbeschränkendes Verhalten Vorteile am Markt zu verschaffen. Wohlfahrtsökonomisch ist dieses Verhalten nachteilig und untergräbt die Effizienzziele, die mit dem Wettbewerb im Gesundheitswesen verbunden werden. Auf gewöhnlichen Märkten wird wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus diesem Grund durch das allgemeine Wettbewerbsrecht aufgegriffen. Durch die Kontrolle der deutschen und europäischen Kartellbehörden sollen Wettbewerbsbeschränkungen unterbunden und entsprechenden Anreizen soll bereits im Vorfeld entgegengewirkt werden.

1194. Die Anwendbarkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts auf deutsche Krankenkassen wird heute jedoch durch verschiedene rechtliche Schranken zum Teil gehemmt oder sogar aufgehoben. Diese Situation ist zumindest teilweise auf die historische Organisation der Kassen zurückzuführen. Lange Zeit waren nur Teilmärkte des deutschen Gesundheitswesens wettbewerblich organisiert, sodass die Anwendung des Wettbewerbsrechts in vielen Bereichen keine Bedeutung hatte. Auf dem Versicherungsmarkt herrschte vor der Einführung der freien Kassenwahl eine berufsständische Zuordnung der Versicherten zu einer Krankenkasse, sodass der hoheitliche Charakter der Krankenversicherung hier dominant blieb. Im Gegensatz dazu bestand auf der Einkaufsseite der Kassen – also auf dem Leistungsmarkt – zumindest hinsichtlich der Beschaffung von Heil- und Hilfsmitteln eine Marktbeziehung zu Lieferanten.

1195. Mit der sukzessiven Einführung von Wettbewerbselementen in das Gesundheitswesen hat sich das Erfordernis, gegen wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen vorzugehen, deutlich verschärft. Unstrittig ist, dass die Prozesse auf Wettbewerbsmärkten eines kartellrechtlichen Schutzes bedürfen, da es anderenfalls zu Fehlentwicklungen kommen kann, welche die effizienzsteigernden Wirkungen des Wettbewerbs konterkarieren können. Dieser Schutzbedarf betrifft sowohl die Rolle der Krankenkassen im Vertikalverhältnis zu ihren Mitgliedern auf dem Versicherungsmarkt als auch zu den Leistungserbringern auf dem Leistungsmarkt. Weiterhin ist das Verhältnis der Krankenkassen untereinander zu prüfen, da eine zunehmende Konzentration der Kassen ebenfalls den Wettbewerb stören kann.

1196. Auf dem Versicherungsmarkt sind Wettbewerbsbeschränkungen von Bedeutung, die den Wettbewerb um Versicherte behindern. So reduzieren sich beispielsweise die Anreize der Krankenkassen, ihre Kosten zu senken, wenn sie in Absprache ihren Beitrag erhöhen können und somit womöglich keine Mitgliederverluste durch die Beitragserhöhungen zu erwarten haben. Die Anfang Januar 2010 erfolgte gemeinsame Ankündigung neun verschiedener Kassen, einen Zusatzbeitrag einzuführen, entspricht möglicherweise einem solchen abgestimmten Verhalten. Aus diesem Grund hat das Bundeskartellamt am 17. Februar 2010 ein Kartellrechtsverfahren gegen diese Kassen eingeleitet.[56] Die Krankenkassen reagierten auf die ihnen zugegangenen Auskunftsbeschlüsse mit einer Klage vor den Landessozialgerichten.

1197. Weiterhin sind auf den vorgelagerten Einkaufsmärkten Wettbewerbsbeschränkungen möglich, die sich insbesondere in Form von Einkaufskartellen zeigen. Unter der bestehenden Rechtslage haben die Kassen die Möglichkeit, ihre Einkaufsmacht durch Einkaufsabsprachen gegenüber Leistungsanbietern zu bündeln. Dies betrifft im Moment vor allem die Möglichkeit, mit Herstellern wirkstoffgleicher Arzneimittel Rabattvereinbarungen zu erzielen. Darüber hinaus wurden die Möglichkeiten der Kassen, etwa im Rahmen der integrierten Versorgung Leistungen durch Verhandlungen individuell zu kontrahieren, sukzessive erweitert. Tendenziell führen hier Wettbewerbsbeschränkungen der Kassen zu Wohlfahrtsverlusten, da durch die zunehmende Marktmacht auf der Einkaufsseite die Leistungsmenge sinkt und die Anreize zu Innovation und Kostensenkung reduziert werden.

1198. Dass von den zunehmenden Wettbewerbselementen Anreize zur Konzentration ausgehen, lässt sich anhand der Entwicklung der Anzahl gesetzlicher Krankenkassen anschaulich machen. Durch Fusionen ist die Anzahl der Krankenkassen zwischen 1996 und 2010 von 642 auf 164 gesunken.[57] Dieser Konzentrationsgrad ist zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht besorgniserregend; die Monopolkommission weist jedoch darauf hin, dass die Zunahme wettbewerblicher Handlungsoptionen die Konzentrationsanreize weiter wachsen lassen wird. Da auf-

[56] Vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 22. Februar 2010, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Presse/2010/PM_100222_Zusatzbeitraege_Krankenkassen.pdf.

[57] Vgl. GKV-Spitzenverband, Stand: 1. April 2010, http://www.gkv-spitzenverband.de/Presse_Zahlen_und_ Grafiken.gkvnet

grund der eingeschränkten Wirkung des Kartellrechts beispielsweise Einkaufskartelle der Kassen derzeit nicht untersagt sind, ist auch darauf hinzuweisen, dass sich die Anreize zu Zusammenschlüssen bisher noch nicht voll entfalten. Das Kartellrecht muss nach Auffassung der Monopolkommission deshalb umfassend gelten, um den betroffenen Akteuren keine Ausweichmöglichkeiten für wettbewerbsbeschränkendes Verhalten zu eröffnen.

6.2 Hindernisse beim Schutz vor Wettbewerbsbeschränkungen

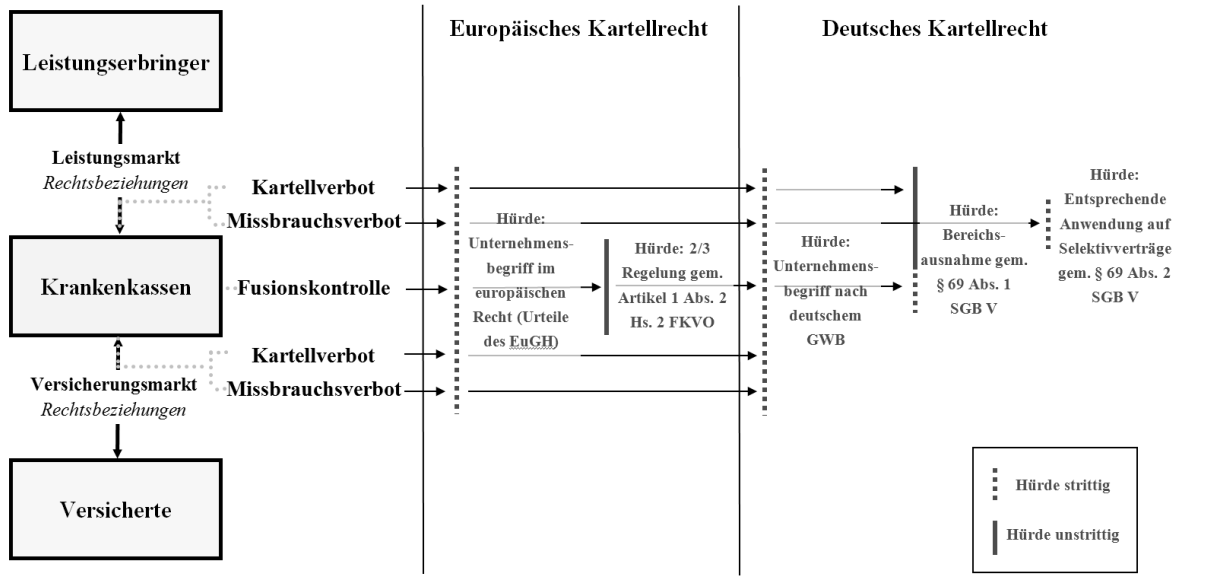
1199. Hinsichtlich der Anwendbarkeit des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts sind eine ganze Reihe von Fragen ungeklärt. Zunächst ist nicht eindeutig, ob überhaupt von einer Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts auf gesetzliche Krankenkassen ausgegangen werden kann. Strittig ist insbesondere das Vorliegen der Unternehmenseigenschaft von Krankenkassen als Tatbestandsvoraussetzung der einschlägigen Normen zum Kartellverbot und zur Missbrauchsaufsicht gemäß Artikel 101 und 102 AEUV. Die europäische Fusionskontrollverordnung[58] stellt ebenfalls auf Unternehmen ab; aufgrund der Ausnahme in Artikel 1 Absatz 2 Halbsatz 2 FKVO dürfen Zusammenschlüsse der deutschen Krankenkassen jedoch bereits aus diesem Grund nicht von ihr erfasst werden.[59] Fraglich bleibt, inwieweit das europäische Wettbewerbsrecht Raum zur Anwendung des deutschen GWB lässt. Zu klären ist, wie Einschränkungen, die aus der Auslegung des europäischen Wettbewerbsrechts folgen, auch auf die Anwendbarkeit der deutschen Kartellrechtsnormen wirken. Schließlich wird der Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts durch die Vorschrift des § 69 SGB V beschränkt. Danach regeln einzelne bezeichnete Teile des SGB V verschiedene Rechtsbeziehungen der Krankenkassen (und ihrer Verbände) zu den Leistungserbringern (und ihren Verbänden) abschließend, sodass die Anwendung des GWB in diesen Fällen versperrt bleibt. Mit diesen Fragen verbunden ist auch eine Diskussion darüber, bei welcher Behörde die Zuständigkeit für die Prüfung kartellrechtlicher Vorgaben liegt und welcher Rechtsweg zugewiesen wurde. Die Monopolkommission wird nachfolgend die Einschränkungen bei der Anwendbarkeit des Kartellrechts auf die deutschen Krankenkassen überprüfen und Lücken im Anwendungsbereich von Kartellverbot, Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle aufzeigen.

[58] Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung"), ABl. EU Nr. L 24 vom 29. Januar 2004, S. 1.

[59] Die Ausnahme greift ein, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen.

Abbildung VI.6

Wichtige Hürden bei der Anwendung des deutschen und europäischen Kartellrechts auf die gesetzlichen Krankenkassen



Quelle: Eigene Darstellung

6.2.1 Einschränkung aufgrund der Auslegung des Unternehmensbegriffs im deutschen und europäischen Kartellrecht

1200. Sowohl das deutsche als auch das europäische Kartellverbot und ebenso die Missbrauchsaufsicht adressieren Unternehmen. Einer der wesentlichen Streitpunkte hinsichtlich der kartellrechtlichen Kontrolle der gesetzlichen Krankenkassen betrifft die Frage, ob es sich bei ihnen um Unternehmen im Sinne des Kartellrechts handelt. Im deutschen und im europäischen Wettbewerbsrecht gilt grundsätzlich der funktionale Unternehmensbegriff, der sämtliche, eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübenden Einheiten umfasst. Bei der Unternehmensdefinition ist somit nicht auf das Unternehmen als solches, sondern auf das Handeln im geschäftlichen Verkehr abzustellen.[60]

1201. Da die gesetzlichen Krankenkassen zumindest im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Beschaffungstätigkeit am geschäftlichen Verkehr teilnahmen, wurde in der Vergangenheit die Unternehmenseigenschaft auf diesem Markt durch den Bundesgerichtshof für das deutsche Recht bejaht.[61] Auf dem Versicherungsmarkt haben die Kassen hingegen frühestens seit der Einführung der freien Kassenwahl die Möglichkeit, Wettbewerbsparameter selbstständig zu kontrollieren, sodass die Frage nach der Unternehmenseigenschaft hier erst in den vergangenen 15 Jahren sukzessive an Bedeutung gewonnen hat. In einem deutschen Vorlageverfahren aus dem Jahr 2004 im Fall AOK Bundesverband u. a. gegen Ichthyol-Gesellschaft u. a. hatte der Europäische Gerichtshof unter anderem die Ansicht vertreten, dass die Krankenkassen auf dem Versicherungsmarkt in ihrem Geschäft mit Versicherungsnehmern nicht als Unternehmen handelten. Der Versicherungsmarkt könne somit nicht durch das europäische Kartellrecht kontrolliert werden.[62] Eine überraschende Wendung vollzog die europäische Rechtsprechung zudem, als zunächst im Jahr 2003 das Gericht erster Instanz und 2006 dann auch der Europäische Gerichtshof im Verfahren FENIN diese Auffassung auch auf die Beschaffungstätigkeit der Krankenkassen auf dem Leistungsmarkt ausdehnte.[63] Die Gerichte begründen dieses damit, dass der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht durch die Einkaufsseite, sondern durch die Angebotsseite gekennzeichnet sei.[64] Die Einkaufstätigkeit von Waren und Dienstleistungen sei nicht von ihrer späteren Verwendung zu trennen. Infolge dieser Rechtsprechung entfiel die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts auf Krankenkassen vollständig.

1202. Durch den Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts wurde auch die Anwendung der deutschen Kartellrechtsnormen teilweise eingeschränkt. Die deutsche Kartellaufsicht wird gemäß Artikel 3 Absatz 2 Satz 1 VO 1/2003[65] vom europäischen Kartellrecht verdrängt, sofern ein zwischenstaatlicher Bezug besteht. Dieser Bezug kann auch nur gering sein, da die entsprechende Zwischenstaatlichkeitsklausel sehr weit ausgelegt wird.[66] Eingeschränkt anwendbar ist das deutsche Kartellverbot nur bei rein innerstaatlich wirkenden Kartellen. Bei Erstreckung eines Kartells auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats geht die Rechtsprechung allerdings regelmäßig von der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels aus. Ob damit auch bei einem Kartell der Krankenkassen auf dem Versicherungsmarkt – beispielsweise bei der Absprache von Zusatzbeiträgen – pauschal von einem zwischenstaatlichen Bezug auszugehen ist, ist bisher nicht eindeutig geklärt. Dagegen könnte nach Auffassung der Monopolkommission sprechen, dass die Mitgliederbasis der GKV ganz überwiegend in Deutschland lebt und auch die Leistungsinanspruchnahme ganz überwiegend im Inland erfolgt. Auch unterliegt die Gründung einer Krankenkasse als Körperschaft öffentlichen Rechts strengen Voraussetzungen.

Gemäß Artikel 3 Absatz 2 Satz 2 VO 1/2003 ist es allerdings generell möglich, im Bereich der Missbrauchsaufsicht nach Artikel 102 AEUV strengeres nationales Recht anzuwenden, wodurch hier noch Raum für die Anwendung des deutschen Missbrauchsverbots verbleibt. Ebenfalls wird die deutsche Fusionskontrolle nicht vom europäischen Kartellrecht verdrängt, da aufgrund der Zwei-Drittel-Regel im Falle der Krankenkassen ein Vorrang gegenüber der europäischen Fusionskontrollverordnung besteht.[67]

1203. Unklar bleibt jedoch bis heute, inwieweit durch die bezeichneten Urteile zur (fehlenden) Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen nach europäischem Recht auch die Anwendung des deutschen Kartellrechts eingeschränkt worden ist. Auch die deutschen Kartellrechtsnormen setzen voraus, dass es sich bei den Krankenkassen um Unternehmen im Sinne des Kartellrechts handelt. Folgt die deutsche Auslegung des Unternehmensbegriffs den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs im europäischen Recht, so bleibt auch die Anwendung des GWB versperrt. In der rechtswissenschaftlichen Diskussion gehen die Meinungen in dieser Frage auseinander. Einerseits könnte die zunehmende Harmonisierung von deutschem und europäischem Recht für eine einheitliche Bewertung des Unternehmensbegriffs sprechen. Andererseits hat der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung

---

[60] Vgl. Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., München 2007, § 1 Rn. 32 ff.

[61] Vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 1961, KZR 1/61, WuW/E BGH 442 „Gummistrümpfe".

[62] Vgl. EuGH, Urteil vom 16. März 2004, C-264/01.

[63] Vgl. EuG, Urteil vom 4. März 2003, T-319/ 99; EuGH, Urteil vom 11. Juli 2006, C-205/03 P.

[64] Vgl. EuG, Urteil vom 4. März 2003, T-319/ 99, Rn. 36, und EuGH, Urteil vom 11. Juli 2006, C-205/03 P, Rn. 26.

[65] Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG Nr. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1.

[66] Als Zwischenstaatlichkeitsklausel der Artikel 101 und 102 AEUV wird ein Tatbestandsmerkmal bezeichnet, das voraussetzt, dass das Verhalten geeignet ist „den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen". Dieses Tatbestandsmerkmal ist gleichzeitig Kollisionsnorm zum nationalen Kartellrecht. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel ist weit zu verstehen. Sie greift immer schon dann, wenn die Beschränkung zur Errichtung von Handelsschranken beiträgt oder die gegenseitige Marktdurchdringung erschwert.

[67] Vgl. Tz. 1199.

die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen auf der Beschaffungsseite stets bejaht, sodass man abweichend vom europäischen Recht annehmen könnte, dass die Unternehmenseigenschaft nach deutschem Recht gegeben ist. Auch das Bundeskartellamt geht im Hinblick auf den Unternehmensbegriff von einer Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts auf die Krankenkassen aus.

1204. Die Monopolkommission schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Sie spricht sich dafür aus, dass die Tätigkeit der Krankenkassen im Rahmen ihrer individuellen Handlungsoptionen auf sämtlichen Märkten als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Unternehmensbegriffs des GWB zu bewerten ist. So ist nach Ansicht der Monopolkommission auf dem Leistungsmarkt – in Einklang mit der langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – weiterhin von einem geschäftlichen Handeln der Krankenkassen auszugehen. Die Monopolkommission weist in diesem Zusammenhang auf den Schutzzweck des deutschen Kartellrechts hin, der alle Marktteilnehmer einbezieht. Keinesfalls werden dabei die Anbieter auf Vorleistungsmärkten ausgeschlossen, die im Gesundheitswesen durch das GWB einerseits gegen Kollusion, andererseits gegen Diskriminierung oder Verschluss des Marktzugangs durch marktbeherrschende bzw. marktmächtige Krankenkassen zu schützen sind.

Die Monopolkommission sieht es zudem als gerechtfertigt an, auch auf dem Versicherungsmarkt eine geschäftliche Tätigkeit der Krankenkassen anzunehmen und ihre Unternehmenseigenschaft zu bejahen. Dies folgt bereits aus dem Zweck der Reformmaßnahmen, die seit der Einführung der freien Kassenwahl erfolgt sind. Individuelle Handlungsmöglichkeiten der Kassen sollten dem Effizienzwettbewerb der Kassen dienen, der sich insbesondere in Qualität und Beitragssätzen ausdrückt. So können die Krankenkassen auf dem Versicherungsmarkt in Konkurrenz zueinander die Beitragssätze bzw. seit 2009 gemäß § 242 Absatz 1 und 2 SGB V Prämien und Zusatzbeiträge festlegen. Der mittlerweile um Morbiditätsfaktoren erweiterte Risikostrukturausgleich der Krankenkassen festigt diese Ansicht. Er ist kein sozialpolitisches Umverteilungselement innerhalb einer Solidargemeinschaft hoheitlicher Träger des GKV-Systems, sondern er ermöglicht es den Kassen erst, markt- und wettbewerbskonforme Einzahlungen pro Versicherten zu erhalten, um ihnen die Ausübung ihrer Tätigkeit im Wettbewerb zu ermöglichen.

1205. Auch im Hinblick auf die europäischen Kartellrechtsnormen ist in Betracht zu ziehen, dass die im Anschluss an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erfolgten Reformen im deutschen GKV-System dafür sprechen könnten, dass mittlerweile auch hier von der Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen auszugehen ist. 2006 hat der Gerichtshof im Fall Fenin die Unternehmenseigenschaft auf dem Leistungsmarkt an diejenige auf dem Versicherungsmarkt gekoppelt. Im Jahr 2004 hatte der Gerichtshof in seinem Vorlagebeschluss im Fall AOK Bundesverband u. a. gegen Ichthyol-Gesellschaft u. a. deutlich gemacht, dass die Krankenkassen auf dem Versicherungsmarkt vor allem deshalb nicht als Unternehmen handelten, da sie im Wesentlichen gleiche Pflichtleistungen anbieten, die unabhängig von der Beitragshöhe sind.[68] Die Krankenkassen konkurrierten somit weder miteinander noch mit den privaten Einrichtungen hinsichtlich der Erbringung der im Bereich der Behandlung oder der Arzneimittel gesetzlich vorgeschriebenen Leistungen.[69] Dieser Sachverhalt hat sich jedoch im Zusammenhang mit der nach dem Beschluss erfolgten Reformierung der Sozialgesetzgebung verändert. Nachdem durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz Apotheken seit 1. April 2007 bei der Auswahl eines Medikamentes die zwischen Krankenkassen und Pharmaunternehmen abgeschlossenen Rabattverträge einer Krankenkasse beachten müssen,[70] sind die individuell abschließbaren Rabattverträge der Kassen ein wesentlicher Kosten- und Wettbewerbsparameter. Ebenfalls wurden Regelungen zum Abschluss selektiver Verträge mit Versorgungsträgern durch wesentliche Änderungen des bestehenden Rechts erweitert.[71] Durch die Möglichkeit zu Beitragsrückerstattungen stehen den Krankenkassen zudem Möglichkeiten offen, bestimmte Einschränkungen auf der Leistungsseite individuell zu vergüten (z. B. Hausarzttarife). Auf diese Weise werden den gesetzlichen Krankenkassen verschiedene individuelle Handlungsspielräume eröffnet, die sich individuell in Preis und Qualität auf die Erbringung der Pflichtleistungen auf dem Versicherungsmarkt auswirken können. Es zeigt sich, dass die Kassen ihre neuen Möglichkeiten aktiv nutzen, um auf dem Versicherungsmarkt neue Mitglieder zu werben (vgl. Abbildung VI.7). Die Monopolkommission hält es deshalb für angebracht, heute von der gegebenen Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen nach europäischem Recht auszugehen.

6.2.2 Einschränkung der Anwendbarkeit des deutschen Kartellrechts durch § 69 SGB V

1206. Nur für die Anwendung des deutschen Kartellrechts auf die gesetzlichen Krankenkassen sind Einschränkungen und Ausnahmen zu berücksichtigen, die sich aus speziellerer deutscher Gesetzgebung ergeben. Eine wesentliche Einschränkung ergibt sich aus § 69 Absatz 1 Satz 1 und 2 SGB V, die in der heute geltenden Fassung wie folgt lauten:

„Dieses Kapitel sowie die §§ 63 und 64 regeln abschließend die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden, einschließlich der Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses und der Landesausschüsse nach den §§ 90 bis 94. Die Rechtsbeziehungen

---

[68] Vgl. EuGH, Urteil vom 16. März 2004 C-264/ 01, Rn. 52.

[69] Vgl. Ebenda, Rn. 54.

[70] Mit dem Beitragssatzsicherungsgesetz vom 23. Dezember 2002 ermöglichte der Gesetzgeber erstmals auch den Abschluss von Rabattverträgen zwischen einzelnen pharmazeutischen Unternehmen und Krankenkassen nach § 130a Absatz 8 SGB V. Die Regelung wurde jedoch erst durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz anwendbar.

[71] Vgl. Abschnitt 4.4.

Abbildung VI.7

Beispiel für den Wettbewerb der Kassen auf dem Versicherungsmarkt: Plakat- und Online-Werbung der AOK im Frühjahr 2010

Quelle: Webseite der AOK [April 2010]

der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Krankenhäusern und ihren Verbänden werden abschließend in diesem Kapitel, in den §§ 63, 64 und in dem Krankenhausfinanzierungsgesetz, dem Krankenhausentgeltgesetz sowie den hiernach erlassenen Rechtsverordnungen geregelt."

Diese Vorschrift zielt auf die Rechtsbeziehungen von Krankenkassen und Leistungserbringern und somit auf den Leistungsmarkt, auf dem die bezeichneten Regelungen des SGB V ausschließlich gelten sollen. Zunächst blieb ungeklärt, ob durch die Vorgabe nur eine Rechtswegzuweisung zu den Sozialgerichten erreicht werden sollte oder ob die Vorgabe eine auch materiell-rechtlich wirkende Bereichsausnahme für die Anwendung anderer Normen darstellt. Insbesondere durch eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2006 scheint diese Frage soweit geklärt zu sein, dass GWB und UWG auf die erfassten Bereiche gar keine Anwendung mehr finden.[72]

1207. Es bleibt jedoch weiterhin offen, auf welche Fälle die Bereichsausnahme des § 69 SGB V zu begrenzen ist. Der Bundesgerichtshof vertrat in seinem Urteil die Auffassung, durch die Norm habe gerade sichergestellt werden sollen, dass Handlungen der gesetzlichen Krankenkassen und der für sie tätigen Leistungserbringer zur Erfüllung des Versorgungsauftrags gegenüber den Versicherten nur nach öffentlichem Recht beurteilt werden. Davon ausgehend ist anzunehmen, dass im Hinblick auf die Aktivitäten der Krankenkassen auf dem Leistungsmarkt der Weg für die Anwendung des deutschen Kartellrechts versperrt bleibt.

In Bezug auf die Missbrauchsaufsicht und das Vergaberecht wurde § 69 SGB V durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz mit Wirkung vom 1. April 2007 und das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung mit Wirkung vom 18. Dezember 2008 um weitere Regelungen ergänzt. In § 69 Absatz 2 Satz 1 SGB V wurde eine Ausnahme zu der zuvor diskutierten Bereichsausnahme hinzugefügt. Danach gelten die Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht gemäß §§ 19 bis 21 GWB „entsprechend" auch für die Rechtsbeziehungen auf dem Leistungsmarkt.[73] Ebenso wurde die Möglichkeit zur Anwendung des Vergaberechts eröffnet. Durch § 67 Absatz 2 Satz 2 SGB V besteht allerdings wiederum eine Ausnahme von der Ausnahme des Absatz 2 Satz 1, da bestimmte Verträge auf dem Leistungsmarkt – im Wesentlichen solche, die die kollektivvertragliche Beschaffungstätigkeit betreffen – von der Anwendung der bezeichneten Vorschriften befreit werden.

1208. Streitig ist, ob damit auch die Anwendung der Fusionskontrolle auf die freiwillige Vereinigung gesetzlicher Krankenkassen ausgeschlossen wird.[74] Dass der Gesetzgeber die Fusionskontrolle für anwendbar hält, geht aus der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 171a SGB V hervor, der seit dem 28. Mai 2007 die Zulassung kassenartenübergreifender Fusionen regelt. Auch das Bundeskartellamt vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, dass die Regelungen des GWB zur Fusionskontrolle anwendbar sind, und prüft gegenwärtig Zusammenschlüsse gesetzlicher Krankenkassen.[75] Allerdings ist es bisher weder zu einer Untersagung durch das Amt

[72] Vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 2006, I ZR 164/03, NZS 2006, S. 647. Bei dem Fall handelte es sich um einen UWG-Sachverhalt. Allerdings spricht die allgemein gehaltene Begründung des Gerichts dafür, von einer das gesamte Wettbewerbsrecht – unter Einschluss des GWB – betreffenden Entscheidung auszugehen.

[73] Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass die Anordnung einer unmittelbaren Geltung ausschied, da der Gesetzgeber die Krankenkassen und ihre Verbände nicht als Unternehmen im Sinne des § 1 GWB beurteilt.

[74] Die Vorschriften über die freiwillige Vereinigung von Krankenkassen (§§ 144, 150, 160, 168a, 171a SGB V) sehen ein bestimmtes Verfahren vor. Der Zusammenschluss bedarf in allen Fällen der Genehmigung der vor der Vereinigung zuständigen Aufsichtsbehörden.

[75] Allerdings hält das Amt eine Klarstellung zur Anwendbarkeit der Fusionskontrolle in § 69 SGB V für wünschenswert. Vgl. BKartA, Stellungnahme zum Entwurf des GKV-WSG, Ausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucksache 0129(131) vom 28. November 2006, S. 11.

noch zu einer gerichtlichen Klärung dieser Frage gekommen. Die Auffassung des Amtes stützend, sei auch auf eine entsprechende höchstrichterliche Klärung für die Frage nach der Kontrollpflicht bei Zusammenschlüssen von Krankenhäusern verwiesen – also für die andere Marktseite der Rechtsbeziehungen des von § 69 SGB V erfassten Leistungsmarktes.[76]

Unklar bleibt jedoch weiterhin, ob das Bundeskartellamt in seiner materiell-rechtlichen Prüfung einer Fusion von Krankenkassen auch solche Märkte berücksichtigen darf, auf denen die entsprechenden Rechtsbeziehungen durch § 69 SGB V ausgenommen worden sind. Verneint man dies, könnte das Amt nur die Auswirkungen von Fusionen auf dem Versicherungsmarkt prüfen. Dem entgegen hält die Monopolkommission die vollumfängliche Anwendbarkeit der Regelungen zur Fusionskontrolle für möglich und notwendig.

1209. Zusammenfassend ist festzustellen, dass § 69 SGB V nach wie vor eine hohe Hürde für den Schutz des Wettbewerbs im System der GKV darstellt und dringend einer Korrektur bedarf. Nach Ansicht der Monopolkommission erstreckt sich der verbliebene Anwendungsbereich des deutschen Kartellverbots allein auf Handlungen, die den Versicherungsmarkt betreffen.[77] Die Missbrauchsaufsicht der §§ 19 bis 21 GWB gilt sowohl für den Versicherungsmarkt als auch für den Leistungsmarkt, auf Letzterem allerdings nicht für kollektivvertragliche Leistungen. Die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle auf Zusammenschlüsse gesetzlicher Krankenkassen ist nach Auffassung der Monopolkommission gegeben, eine gesetzliche Klarstellung bleibt dennoch erforderlich.

6.2.3 Unklarheit über Zuständigkeit und Rechtsweg bei der Kartellrechtsanwendung

1210. Im Zusammenhang mit der komplexen Regulierung der gesetzlichen Krankenkassen ist außerdem strittig, welche Behörde für die Anwendung der Wettbewerbsregeln zuständig ist. Im Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts kann die Europäische Kommission tätig werden. Unklar ist hingegen, ob im Übrigen ein Tätigwerden des Bundeskartellamtes infrage kommt oder ob allein die Aufsichtsbehörde befugt ist, bei einem kartellrechtswidrigen Verhalten der Krankenkassen einzugreifen. Gemäß § 87 Absatz 1 SGB IV unterliegen Versicherungsträger wie die Krankenkassen staatlicher Aufsicht, die sich auf die Beachtung von Gesetz und sonstigem Recht erstreckt, das für die Versicherungsträger maßgebend ist. Verletzen die Krankenkassen Vorschriften, die sie zu beachten haben, so sind diese Verstöße gemäß § 89 Absatz 1 SGB IV durch aufsichtsrechtliche Maßnahmen zu ahnden. Neben der Frage der Zuständigkeit bei der Kartellrechtsanwendung bleibt schließlich auch strittig, ob stets der Rechtsweg über die Sozialgerichte gewählt werden muss.

1211. Sofern die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen als gegeben angenommen wird, ist nach Auffassung der Monopolkommission davon auszugehen, dass der Tätigkeitsbereich der Krankenkassen, der nicht von § 69 SGB V betroffen ist, der kartellrechtlichen Zuständigkeit des Bundeskartellamtes obliegt. Zu klären bleibt indes, ob das Bundeskartellamt zur Verfolgung von Missbrauchsfällen auf dem Leistungsmarkt tätig werden kann, für den die Einschränkungen des § 69 SGB V zu berücksichtigen sind. Den Weg zur Anwendung des Missbrauchsverbots öffnet die Ausnahmeregelung des § 69 Absatz 2 Satz 1 SGB V, nach dem die bezeichneten Regelungen auf dem Leistungsmarkt zumindest „entsprechend“ gelten sollen.[78] Teilweise wird die Auffassung vertreten, aus der nur „entsprechenden“ Anwendbarkeit folge, dass die Zuständigkeit hier eben nicht bei den Kartellbehörden liegen soll. Hier ist jedoch einzuwenden, dass mit der Formulierung nur dem Umstand begegnet werden sollte, dass der Gesetzgeber nicht von der Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen ausgegangen ist.[79] Allerdings werden in § 69 Absatz 2 Satz 1 SGB V dem Bundeskartellamt auch nicht explizit die Sanktionsbefugnisse gemäß §§ 32 ff. GWB eröffnet. Für die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes sprechen hingegen seine Kompetenz im Hinblick auf die Ahndung von Kartellrechtsverstößen und die Möglichkeit für die Behörde, durch erhebliche Bußgelder einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten wirksam entgegenzutreten. Die sich aus aufsichtsrechtlichen Maßnahmen ergebenden Sanktionen sind vergleichsweise milde, sodass nach Auffassung der Monopolkommission mit ihnen kein ausreichender Schutz des Wettbewerbs gegeben ist. Es bleibt daher festzustellen, dass erhebliche Rechtsunsicherheit im Hinblick auf den kartellrechtlichen Schutz vor Missbrauch auf dem Leistungsmarkt besteht, da weder die Zuständigkeit noch wirksame Sanktionsbefugnisse in Bezug auf die Missbrauchskontrolle des § 69 Absatz 2 Satz 1 SGB V eindeutig definiert wurden.

1212. Umstritten ist weiterhin auch der einzuschlagende Rechtsweg. Die Sozialgerichte entscheiden gemäß § 51 Absatz 1 Nummer 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung, ohne dass hier eine Ausnahme für die Anwendung des Wettbewerbsrechts vorgesehen wäre. Andererseits sieht das GWB gemäß § 87 Absatz 1 die ordentlichen Gerichte als Rechtsweginstanz vor, es sei denn, es handele sich um Rechtsstreitigkeiten aus den in § 69 SGB V genannten Rechtsbeziehungen, auch soweit hierdurch Rechte Dritter betroffen sind. Damit wurde zumindest der Leistungsmarkt dem öffentlichen Recht und damit eindeutig der Sozialgerichtsbarkeit zugeordnet. Zivilrechtlicher Rechtsschutz besteht dahingehend nicht.

---

[76] Vgl. BGH, Beschluss vom 16. Januar 2008, KVR 26/07 „Rhön-Klinikum AG/Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt“.

[77] Eine mögliche Verdrängung durch europäisches Kartellrecht bleibt zu berücksichtigen.

[78] Vgl. auch Abschnitt 6.2.2.

[79] Vgl. oben Fn. 73.

6.3 Rechtliche Hürden für wettbewerbliches Handeln der Krankenkassen

1213. Ein funktionsfähiger Wettbewerb der gesetzlichen Krankenkassen auf dem Versicherungsmarkt erfordert, dass die Versicherten Kenntnis über die unterschiedlichen Konditionen haben, die ihnen die verschiedenen Kassen bieten. Außerdem darf der Kassenwechsel nicht durch andere Hürden erschwert werden, zum Beispiel durch hohe Transaktionskosten, die einem Versicherten aufgrund der Kündigung entstehen. Auf gewöhnlichen Märkten tragen Werbemaßnahmen und Kündigungshilfen der Anbieter unter anderem dazu bei, die Kunden über Leistungen zu informieren und ihnen die Kündigung zu erleichtern. Die genannten Maßnahmen sind dort Teil eines funktionsfähigen Wettbewerbsgeschehens.

1214. Einem wettbewerblichen Vorgehen der Kassen auf dem Versicherungsmarkt stehen im Gesundheitswesen jedoch verschiedene Pflichten der Sozialgesetzgebung entgegen, welche die Kassen zu erfüllen haben. Von Bedeutung sind vor allem spezielle Kooperationspflichten der Krankenkassen, die sich aus § 4 Absatz 3 SGB V ergeben. Die Norm verpflichtet die Krankenkassen, im Interesse der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit eng miteinander zusammenzuarbeiten. Kooperationspflichten ergeben sich auch aus § 15 Absatz 3 SGB I, nach dem die Sozialversicherungsträger bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Auskunftspflichten zusammenzuarbeiten sollen. Weiterhin unterliegen die Sozialversicherungsträger gemäß den §§ 13 bis 15 SGB I besonderen Pflichten zur Aufklärung, Beratung und Information.

Nach Auffassung der Monopolkommission kollidieren diese Pflichten mit den durch die Einführung des Kassenwahlrechts angestrebten Wettbewerbszielen. In den oben genannten Vorschriften könnte in diesem Zusammenhang insbesondere eine Beschränkung des Rechts zur Mitgliederwerbung gesehen werden, deren Charakter oft von einem wettbewerblichen und damit gegenläufigen Verhältnis zueinander, etwa bei vergleichender Werbung, geprägt ist. Aus wettbewerblicher Sicht lässt sich die Vorschrift des § 4 Absatz 3 SGB V darüber hinaus sogar als wohlfahrtsschädliche Aufforderung zur Kollusion interpretieren.

1215. Um dem Konflikt im Hinblick auf die Mitgliederwerbung zu begegnen, haben die Aufsichtsbehörden, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben durch die Krankenkassen und ihre Verbände überwachen, gemeinsame Wettbewerbsgrundsätze aufgestellt.[80] Diese haben den Rechtscharakter von Verwaltungsvorschriften und stellen die Rechtsauffassung der Aufsichtsbehörden in diesem Konflikt dar. Sie binden die Aufsichtsbehörden, entfalten aber keine bindende Wirkung für die Gerichte. Für den Wettbewerb um Mitglieder erkennen die Aufsichtsbehörden darin die allgemeinen Wertungsmaßstäbe des UWG an und stellen darüber hinausgehend weitere Regeln auf, die sie mit den besonderen Anforderungen an öffentlich-rechtliche Krankenkassen begründen.[81] Die Vorgaben der Aufsichtsbehörde lassen Mitgliederwerbung und Abwerbung zwischen Krankenkassen zu, soweit diese lauter und sachlich sind. So sind Vergleiche von Beiträgen oder Leistungen gestattet, negative Behauptungen über andere Krankenkassen sind jedoch zu unterlassen und Werbemaßnahmen dürfen keinen belästigenden Charakter haben.[82]

Die Monopolkommission sieht eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vor allem in dem Verbot für Krankenkassen, sich zur Abgabe von Kündigungserklärungen bevollmächtigen zu lassen.[83] Formalitäten eines Anbieterwechsels werden auf verschiedenen Märkten von den Kunden stets als eine wesentliche Wechselhürde wahrgenommen. Die Vorgabe der Aufsichtsbehörde führt dazu, dass diese Hürde auf dem Versicherungsmarkt der GKV nicht dadurch genommen werden kann, dass die neue Kasse bei der Kündigung behilflich ist.

1216. Die Bedenken der Monopolkommission gegen die Kooperations- und Informationspflichten der Krankenkassen können durch die Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden nicht befriedigend im Sinne eines effizienten Wettbewerbsgeschehens gelöst werden. Insbesondere solche Pflichten, die sich aus § 4 Absatz 3 SGB V ergeben, sind deshalb als Hindernis für den Wettbewerb der gesetzlichen Krankenkassen zu sehen. Da die Vorschrift die wettbewerbliche Betätigung der Krankenkassen nicht von den Pflichten zur Zusammenarbeit ausnimmt, besteht eine permanente Unsicherheit über die vom Gesetzgeber geforderte Wettbewerbsintensität. Diese Unsicherheit bezieht sich insbesondere auf den Bereich der Mitgliederwerbung. Die Monopolkommission hält es deshalb für erforderlich, das SGB V an die Erfordernisse eines wettbewerblichen Krankenkassenmarktes anzupassen. Im Hinblick auf das wettbewerbliche Tätigkeitsfeld der Krankenkassen ist die Kooperationspflicht nach § 4 Absatz 3 SGB V zu streichen oder auf das notwendige Maß einzuschränken. Darüber hinaus empfiehlt die Monopolkommission, die grundsätzlichen Pflichten bei der Mitgliederwerbung im SGB V explizit zu regeln.

7. Das Konzept der Monopolkommission für eine solidarische Wettbewerbsordnung auf dem Krankenversicherungsmarkt

1217. Angesichts der vielfältigen Herausforderungen, denen sich das Gesundheitssystem in Deutschland gegenübersieht, hält die Monopolpolkommission dessen effizienzorientierte Modernisierung für unabdingbar, um Qualität und Finanzierbarkeit langfristig sicherzustellen. Sie hat deshalb ein ganzheitliches Konzept für den Wettbewerb der Kassen mit dem Schwerpunkt der ärztlichen Versorgung entwickelt, das auf einer Wettbewerbsordnung basiert, durch die alle beteiligten Akteure Kassen, Leistungserbringer und Versicherte zukünftig mehr An-

[80] Vgl. Gemeinsame Wettbewerbsgrundsätze der Aufsichtsbehörden der gesetzlichen Krankenversicherung vom 19. März 1998 in der Fassung vom 9. November 2006.

[81] Ebenda, Rn. 1–6.
[82] Ebenda, Rn. 8–12.
[83] Ebenda, Rn. 40.

reize erhalten, sich so zu verhalten, dass Qualitäts- und Leistungsziele des Gesundheitssystems erreicht werden können.

1218. Das Konzept der Monopolkommission berücksichtigt dabei das GKV-spezifische Solidarprinzip als Grundlage eines Krankenversicherungssystems, das stets einen Ausgleich zwischen schwachen und starken Gruppen bzw. Individuen der Gesellschaft leisten soll. Auf der Basis dieses Ausgleichs ist der Monopolkommission jedoch kein Grund ersichtlich, warum die Ordnung der GKV nicht an den gleichen wettbewerblichen Leistungsprinzipien ausgerichtet sein sollte, wie dies bei anderen Wirtschaftssektoren der Fall ist. Vielmehr stellt die harmonische Verbindung von Solidarität und Wettbewerb die Grundlage dar, um eine hohe Versorgungsqualität in einem solidarischen deutschen Gesundheitswesen zu erreichen. Über die Anforderungen des Solidarprinzips hinaus sind nach Auffassung der Monopolkommission daher alle konstitutiven Elemente einer Wettbewerbsordnung für die GKV ohne Einschränkung herzustellen.

1219. Das Konzept der Monopolkommission für eine solidarische Wettbewerbsordnung[84] sieht vor, die teilweise bereits eingeschlagenen Pfade zur Stärkung kassenindividuellen wettbewerblichen Verhaltens gegenüber Versicherten und Leistungserbringern konsequent fortzuführen. Dabei weist die Monopolkommission insbesondere auf die Bedeutung eines ganzheitlichen Ansatzes hin. Bereits im Rahmen der zuletzt erfolgten Reformen des Gesundheitswesens wurden verschiedene wettbewerbliche Elemente im System der GKV erprobt, die nach Auffassung der Monopolkommission vielfach ihre Wirkung nicht entfalten konnten. Ursächlich dafür ist, dass Spielräume für wettbewerbliches Verhalten in vielen Fällen weder konsequent noch ganzheitlich auf allen Wettbewerbsfeldern in der GKV umgesetzt wurden. Die Monopolkommission weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Interdependenzen zwischen den Wettbewerbsparametern auf allen Märkten des Gesundheitswesens bestehen und die Ausnahme einzelner Segmente der GKV von wettbewerblichen Ordnungsprinzipien Effizienzverluste auf allen Märkten zur Folge haben kann. Die Monopolkommission zeigt deshalb, aufbauend auf die vorangegangene Analyse, wesentliche Handlungserfordernisse auf, durch die Wettbewerbshindernisse im System der GKV aufgelöst werden und ein ganzheitlich effizienteres System erreicht wird.

7.1 Vertragswettbewerb auf dem Leistungsmarkt der GKV

1220. Als Ergebnis der Analyse in diesem Gutachten sieht die Monopolkommission in der Organisation des Leistungsmarktes einen ganz wesentlichen Hemmschuh für die wettbewerbliche Ausrichtung der GKV. Sie hat die Kontrakte untersucht, durch die die Kassen sich die Leistungen in der ärztlichen Versorgung beschaffen. Die dort dominierenden kollektiven Versorgungsverträge determinieren über den gemeinsamen Leistungskatalog hinweg einheitliche Versorgungs- und Vergütungsbedingungen und lassen so wenig Raum für effizienten und innovativen Leistungswettbewerb. Die Vereinheitlichung des Kassenhandelns vermindert die Chance auf qualitätssteigernde oder kostensenkende Innovationen und reduziert Effizienzanreize bei Kassen und Leistungserbringern, die Vollversorgung der Versicherten zu gewährleisten.

1221. Die Monopolkommission hält es deshalb für unbedingt erforderlich, konsequent die Bereiche auszubauen, in denen die Kassen individuell mit Leistungserbringern kontrahieren dürfen. Auf diese Weise wird der Leistungsmarkt zu einem Wettbewerbsmarkt, auf dem sich solche Leistungserbringer besserstellen, die ihr Versorgungsangebot besser auf die Präferenzen der Patienten ausrichten. Gleichzeitig dient der Wettbewerb für alle Beteiligten als wirksames Entdeckungsverfahren, durch das sich effiziente Problemlösungen zeigen und ineffiziente und unzureichende Versorgungsstrukturen aufspüren lassen. Um dieses Ziel zu erreichen, sollten die Kassen den Versicherten neben der kollektivvertraglichen Regelversorgung auch neue Versorgungsangebote machen können, für die sie die Leistungen individuell bei ausgewählten Leistungserbringern beschaffen. Einige konstituierende Voraussetzungen für diese dualistische Versorgungsstruktur sind bereits durch frühere Reformen des Gesundheitssystems im SGB V verwirklicht worden. Allerdings bestehen ganz erhebliche Mängel in den institutionellen Angebotsbedingungen für die neuen Versorgungsformen, sodass es bisher nicht zu einer erheblichen Ausbreitung der wettbewerblichen Versorgungsangebote kommen konnte.

1222. Neue Formen der ärztlichen Versorgung und weitere Leistungen des Gesundheitssystems sind Bereiche, in denen selektives Kontrahieren zwischen einzelnen Kassen und Leistungserbringern möglich ist. Dadurch ist eine wesentliche Voraussetzung für den Vertragswettbewerb auf dem Leistungsmarkt bereits gegeben. Allerdings sieht das SGB V heute für viele dieser Bereiche explizit vor, dass mehrere Krankenkassen auf der einen und große Gruppen von Leistungserbringern auf der anderen Seite jeweils gemeinsam einen Versorgungsvertrag schließen dürfen. Die Befugnis zum kollektiven Vertragsabschluss hat verheerende Wirkung auf die Effizienz des Vertragswettbewerbs, da den Akteuren auf diese Weise die Möglichkeit eröffnet wird, den Wettbewerb auf dem Leistungsmarkt kollusiv zu beschränken. Ist z. B. im Bereich der hausarztzentrierten Versorgung der Hausärzteverband ein möglicher Vertragspartner nach SGB V, so entfallen damit faktisch die Effizienzchancen eines Vertragswettbewerbs, da de facto nur eine andere Form der Kollektivversorgung erfolgt. Wettbewerb wird auf diese Weise hingegen ausgeschlossen. Die Monopolkommission fordert deshalb, insbesondere für die in Abschnitt 4.4.2 aufgeführten Bereiche die gesetzliche Möglichkeit

[84] Das Konzept der Monopolkommission ist angelehnt an einen Ausgleich von Wettbewerbszielen und Solidarität, wie er bereits in den 1990er Jahren von der Arbeitsgemeinschaft der Spitzenverbände der Krankenkassen unter dem Schlagwort einer „solidarischen Wettbewerbsordnung“ formuliert wurde. Die Monopolkommission macht sich diesen Gedanken zu eigen. Vgl. Arbeitsgemeinschaft der Spitzenverbände der Krankenkassen (Hrsg.), Solidarische Wettbewerbsordnung als Grundlage für eine zukunftsorientierte Gesetzliche Krankenversicherung, Bonn 1994.

einer Kooperation der Vertragspartner zu streichen und damit klarzustellen, dass wie in anderen Branchen jede Form der Kooperation von Vertragspartnern nur im Rahmen der geltenden kartellrechtlichen Regelungen zulässig ist. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass nur solche Kooperationen von Kassen und Leistungserbringern ermöglicht werden, die aus Effizienzgründen und nicht vor dem Hintergrund einer ineffizienten Wettbewerbsbeschränkung entstehen.

1223. Ein ganz grundsätzliches Hindernis des Vertragswettbewerbs im dualistischen System betrifft das Problem des Budgetausgleichs. Sofern die Kassen den Behandlungsbedarf ihrer Versicherten durch individuell kontrahierte Leistungen decken, sinkt der Behandlungsbedarf in der Regelversorgung entsprechend und die Gesamtvergütung in der Regelversorgung muss angepasst werden. Die Monopolkommission hat in ihrer Untersuchung festgestellt, dass die Vorgaben zur Budgetbereinigung zwischen den besonderen Versorgungsformen und der kollektivvertraglichen Regelversorgung nicht effizient gestaltet sind. Sie hält es deshalb für notwendig, diesen Mangel zu beseitigen, indem standardisierte Abschläge vom Kollektivbudget vorgenommen werden, wenn ein bestimmter Behandlungsbedarf durch die kollektivvertragliche Regelversorgung gedeckt wird. Ein solches Konzept standardisierter Abschläge ist substanziell notwendig, um funktionsfähige Wettbewerbsvoraussetzungen für den Vertragswettbewerb in den besonderen Versorgungsbereichen überhaupt herzustellen.

1224. Am Beispiel des Versorgungsbereichs der integrierten Versorgung könnte eine solche Bereinigung um standardisierte Abschläge wie folgt aussehen: In der integrierten Versorgung werden sowohl populations- als auch indikationsbasierte Verträge geschlossen, die die Versorgung der Patienten durch ein Netzwerk von Leistungserbringern sicherstellen. Das heißt, einzelne Versicherte, die sich bei ihrer Kasse für einen Tarif integrierter Versorgung einschreiben, werden entweder vollumfänglich oder zur Behandlung bestimmter Indikationen durch das Versorgungsnetzwerk behandelt, das durch einen Integrationsvertrag von einer Kasse kontrahiert wurde. Unterschiedliche Integrationsverträge für verschiedene Indikationen bzw. zur Vollversorgung sind zunächst zu standardisieren. Für sie ist ein Mindestversorgungsumfang festzulegen. Für jede standardisierte Form des Integrationsvertrags ist morbiditätsdifferenziert von einer unabhängigen Stelle zu bestimmen, welcher in Punkten des einheitlichen Bewertungsmaßstabs gewichtete Behandlungsbedarf der ambulanten kollektiven Regelversorgung entfällt, wenn die Versorgung eines Patienten nicht mehr im Kollektivsystem durchgeführt wird. Um eben diese Punktwerte ist der Behandlungsbedarf in der ambulanten Regelversorgung zu bereinigen. Die unabhängige Stelle, welche die standardisierten Ausgleiche bestimmt, könnte z. B. – analog zur Berechnung des Risikostrukturausgleichs – beim Bundesversicherungsamt angesiedelt werden.

Da mit Abschluss eines Integrationsvertrags noch nicht feststeht, wie viele Versicherte mit welcher durchschnittlichen Morbidität sich für die besondere Versorgungsvariante einschreiben werden, muss dieser Wert von den Kassen für die Bestimmung des Abschlages geschätzt werden. Die morbiditätsorientierte Gesamtvergütung wird somit ex ante stets um den geschätzten reduzierten Behandlungsbedarf bereinigt. Ex post werden die tatsächlichen Werte bestimmt und der saldierte Betrag mit einer zukünftigen Gesamtvergütung verrechnet.

1225. Auch im stationären Sektor existieren Mechanismen einer Erlösplanung, die budgetähnliche Eigenschaften hat. Hier ist vor allem die Erlösplanung gemäß § 4 KHEntgG zu nennen. Ein standardisierter Budgetausgleich, wie von der Monopolkommission vorgeschlagen, könnte deshalb auch Vorgaben für den Ausgleichsbetrag der Krankenhausbudgets beinhalten. Die Monopolkommission schlägt jedoch stattdessen vor, die sehr komplizierten und bürokratisch aufwendigen Regeln zur Erlösplanung bei Krankenhäusern vollständig aufzugeben. Die Erlösplanung stellt, vereinfacht dargestellt, einen Rahmen für die in den vergangenen Jahren eingeführte Abrechnung nach G-DRG-Fallpauschalen dar. Bleibt ein Krankenhaus mit der Abrechnung von Fallpauschalen und anderen Entgelten über oder unter dem Planungsvolumen, so fallen gemäß § 4 Absatz 3 KHEntgG Mehr- und Mindererlösausgleiche an, die die Abweichung vom Plansoll teilweise korrigieren. Die Erlösplanung bremst somit wettbewerbliche Vorstöße von Krankenhäusern, da durch sie Investitionen in Qualität und zusätzliche Patienten nicht vollständig vergütet werden. Gleichzeitig reduziert sie die Gefahr, dass weniger leistungsfähige Krankenhäuser aus dem Markt ausscheiden. Die Monopolkommission verweist in diesem Zusammenhang auf ihre kritische Haltung im Siebzehnten Hauptgutachten und fordert, auf die äußerst aufwendige und verwaltungsintensive Erlösplanung zu verzichten.[85] Für die Erhaltung von Krankenhäusern, die der Gewährleistung einer flächendeckenden Versorgung dienen, sind im Gegenzug effizientere Instrumente möglich, die den Wettbewerb im Gesundheitswesen weniger behindern.

1226. Durch eine standardisierte Budgetbereinigung erhalten die Kassen kalkulierbare Bedingungen für den Abschluss von Selektivverträgen. Zum Beispiel wird der wettbewerbliche Ausbau der integrierten Versorgung dann lohnend, wenn dadurch die Versorgung günstiger oder qualitativ besser organisiert werden kann. Auf diese Weise erhalten Integrationsverträge eine Chance, ihr großes Potenzial einer effizienten, ganzheitlich abgestimmten Versorgung der Versicherten zukünftig auszuschöpfen. Die Monopolkommission sieht in dieser Gestaltung der Budgetbereinigung erhebliche Möglichkeiten zur Kostensenkung und Qualitätssteigerung.

1227. Beim Ausbau alternativer Versorgungsformen sind die solidarischen normativen Anforderungen zu berücksichtigen, denen sich alle Versorgungsalternativen stellen müssen. Sie betreffen insbesondere die Sicherstellung einer Notfallversorgung und einer flächendeckenden

[85] Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2006/2007, a. a. O., Tz. 836.

Versorgung für alle Versicherten. Da alternative Versorgungsformen mitunter eine freiwillige Eingrenzung des Versicherten bei der Wahl von Arzt und Behandlungsform erfordern, kann dies dazu führen, dass diese Leistungen durch neue Versorgungsformen regional nicht oder unzureichend versichert werden können. Aus diesem Grunde hält die Monopolkommission vorläufig die Beibehaltung der Regelversorgung für notwendig, durch die zum einen den Patienten stets ein Verbleib im bestehenden System ermöglicht wird und durch die zum anderen bestimmte Notfallleistungen geregelt sind, die nicht im Rahmen der neuen Versorgungsformen erbracht werden können. Die Monopolkommission hält es zudem für notwendig, Mindestanforderungen für das Angebot neuer Versorgungsformen festzulegen, die beispielsweise die entfernungsabhängige Erreichbarkeit eines Arztes betreffen. Damit wird ausgeschlossen, dass neue Versorgungsformen grundsätzliche Ziele der flächendeckenden Versorgung überlagern.

1228. Langfristig sind mit dem Ausbau neuer Versorgungsformen auch neue Fragen der Finanzierung von Qualitätsverbesserungen verbunden, die sich immer dann stellen, wenn durch die neuen Versorgungsformen nicht die gleiche oder bessere Qualität zu gleichen oder günstigeren Preisen als in der Regelversorgung erbracht werden soll, sondern Qualitätssteigerungen z. B. in Form neuer kostensteigernder Therapieformen auch zu Kostensteigerungen führen. Der Wettbewerb durch das Angebot neuer Versorgungsformen kann hier Vorreiter sein, um den zusätzlichen Nutzen neuer Behandlungsformen zu erproben. Allerdings müssen kostensteigernde Qualitätsverbesserungen durch neue Versorgungsformen im Rahmen von Wahltarifen vom Patienten mit höheren Beiträgen finanziert werden. Dabei ist dem Problem zu begegnen, dass der Patient den Wert von Gesundheitsleistungen möglicherweise unterschätzt, weil die Erträge mitunter erst einen verhältnismäßig langen Zeitraum nach der Investition anfallen. Deshalb könnte langfristig ein Anreizsystem erforderlich sein, das die Versicherten dazu bewegt, in ihre langfristige Gesundheitsvorsorge zu investieren. In Anlehnung an analoge Problemlösungen bei der Investition in Altersvorsorgemaßnahmen wird für den Ausbau von Qualität im Gesundheitswesen die Möglichkeit einer staatlichen Förderung unter dem Schlagwort „Gesundheits-Riester“ diskutiert. Dies entspräche einer nachfrageseitigen Kostenteilung, die somit auch der Fortentwicklung präferenzbasierter Wettbewerbselemente im Gesundheitswesen Rechnung tragen könnte. Die Monopolkommission weist auf diese Möglichkeit hin, die den Vertragswettbewerb auf dem Leistungsmarkt, wie er von der Monopolkommission vorgeschlagen wird, langfristig ergänzen könnte.

7.2 Preis- und Tarifwettbewerb auf dem Versicherungsmarkt der gesetzlichen Krankenversicherung

1229. Ein unverzerrter Wettbewerb zwischen den Kassen setzt nach Auffassung der Monopolkommission voraus, dass die Mitglieder der GKV die relative Leistungsfähigkeit von Kassen und Versorgungstarifen auch am Beitrag für den Versicherungsschutz erkennen können. Die Monopolkommission ist deshalb der Ansicht, dass der Preis ein unverzichtbarer Wettbewerbsparameter ist, der den Kassen für das Angebot ihrer Versicherungsleistung vollumfänglich zur Verfügung stehen muss. Möglichkeiten zur individuellen und transparenten Preissetzung der Krankenkassen für unterschiedliche Tarife sind deshalb eine notwendige Ergänzung zu individuellen Handlungsspielräumen bei der Organisation des Versorgungsauftrags. Mitglieder der Kassen müssen in die Lage versetzt werden, sowohl den Preis für verschiedene Kassen als auch den Preis für verschiedene Versorgungsalternativen auf einfache Weise miteinander zu vergleichen. An diesem Leitbild orientiert sich das Konzept der Monopolkommission für den Preiswettbewerb auf dem Versicherungsmarkt.

1230. Anknüpfend an dieses Leitbild stellt die Monopolkommission als Ergebnis dieser Untersuchung fest, dass heute kein hinreichender Preiswettbewerb zwischen Krankenkassen möglich ist. Derzeit wird der Preis für die GKV durch den einheitlichen einkommensabhängigen Beitragssatz nach § 241 Absatz 1 SGB V dominiert. Darüber hinaus haben die Krankenkassen zwar die Möglichkeit, einkommensunabhängige Zusatzprämien auszuschütten bzw. Zusatzbeiträge zu erheben und in Wahltarifen die Preissetzung zu differenzieren. Allerdings begrenzen verschiedene Regelungen den preispolitischen Handlungsspielraum der Kassen so weit, dass die heutige Preissetzung weder effizient noch für die Mitglieder transparent erfolgt.

1231. Die Monopolkommission schlägt vor, das heutige System kassenindividueller Zusatzbeiträge auszubauen. Der Zusatzbeitrag der Kassen wirkt preispolitisch wie eine Pauschalprämie. Aus wettbewerbsökonomischer Perspektive haben einkommensunabhängige Pauschalprämien gegenüber einkommensabhängigen Beitragssätzen den Vorteil, dass sie klare Preissignale für die Versicherten setzen, sodass die Mitglieder unterschiedliche Kassen und unterschiedliche Tarife einfach miteinander vergleichen können. Neue Handlungsspielräume, welche die Kassen nach Auffassung der Monopolkommission durch den Vertragswettbewerb auf dem Leistungsmarkt erhalten sollten, ergeben in Kombination mit Euro-Preisen ideale Wettbewerbsbedingungen. Pauschalprämien schaffen somit die Voraussetzungen für einen echten Effizienzwettbewerb der Kassen.

Im Zusammenhang mit der praktischen Umsetzung eines Prämienmodells weist die Monopolkommission darauf hin, dass die wettbewerbsökonomischen Vorteile der Pauschalprämien unabhängig sind von einer teilweisen oder vollständigen Umstellung auf einkommensunabhängige Pauschalbeiträge, sofern zumindest die relativen Beitragsunterschiede zwischen Krankenkassen in Euro-Beträgen ausgedrückt werden. Eine grundsätzliche Abkehr von einkommensabhängigen Beiträgen ist deshalb für die grundlegenden Wettbewerbsziele nicht erforderlich. Vielmehr erfüllt bereits die mit der gegenwärtigen Rechtslage gegebene Struktur, nach der ein wesentlicher Anteil des Beitragsaufkommens über einkommensabhängige Bei-

träge und die Beitragsunterschiede durch Prämien oder Zusatzbeiträge erhoben werden, im Ansatz die mit Pauschalprämien verbundenen Wettbewerbsziele. Die heutige Ausgestaltung dieses Ansatzes ist jedoch wettbewerbsökonomisch ungeeignet.

1232. Die Monopolkommission empfiehlt, die Form der Beitragserhebung wie folgt zu verändern: Der einheitliche Beitragssatz, der einkommensabhängig und paritätisch von Arbeitnehmern und Arbeitgebern finanziert wird, ist zunächst beizubehalten. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte jedoch der zusätzliche Arbeitnehmeranteil von 0,9 Prozentpunkten entfallen, um auf diese Weise den Wettbewerb über Zusatzbeiträge anzukurbeln und die intransparente Preisdifferenzierung zwischen unterschiedlichen Prämien, Zusatzbeiträgen und fehlenden Prämien oder Beiträgen aufzulösen. Dazu ist der gemäß § 241 Absatz 1 SGB V durch Rechtsverordnung festgelegte, einheitliche Beitragssatz um 0,9 Prozentpunkte zu senken. Gleichzeitig ist § 249 Absatz 1 SGB V, soweit er die asymmetrische Finanzierung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber regelt, zu streichen. Auf diese Weise sinkt der Arbeitnehmerbeitrag zur Krankenversicherung faktisch um 0,9 Prozentpunkte. Die Krankenkassen erhalten so einheitlich verminderte Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds und sind daher gezwungen, die Mindereinnahmen durch Zusatzbeiträge zu finanzieren. Da jedoch weiterhin ein erheblicher Anteil des Gesundheitssystems über den einkommensabhängigen Beitragssatz finanziert wird, können die Zusatzbeiträge weitaus geringer ausfallen, als dies bei einer vollständigen Umstellung auf Pauschalbeiträge der Fall wäre.

1233. Die Überforderungsklausel, nach der ein Zusatzbeitrag über 8 Euro 1 Prozent der beitragspflichtigen Einnahmen eines Mitglieds nicht überschreiten darf, ist durch ein wettbewerbskonformes solidarisches Ausgleichssystem zu ersetzen. Voraussetzung dafür ist, dass der preispolitische Handlungsspielraum der Kassen nicht begrenzt wird und die Regelung keine wettbewerbsverzerrenden Wirkungen auslöst. Die Monopolkommission schlägt zu diesem Zweck vor, dass für einkommensschwache Mitglieder ein reduzierter Zusatzbeitrag erhoben wird. Dieser Zusatzbeitrag sollte ein gesetzlich festgelegter, relativer Anteil des jeweiligen Zusatzbeitrags einer Kasse sein, sodass auch für Mitglieder, die einen reduzierten Beitragssatz zahlen, die Anreizwirkung von Preissignalen erhalten bleibt. Für jedes Mitglied einer Kasse, dass zu dem reduzierten Beitrag versichert ist, sollte der Unterschiedsbetrag zum vollen Beitragssatz aus dem Bundeshaushalt aufgestockt werden. Auf diese Weise werden dysfunktionale Wirkungen von sozialpolitischen Begrenzungen des Beitrags aufgelöst. Der in diesem Modell der Monopolkommission notwendige Steueranteil und die damit verbundene Belastung des Bundeshaushalts fällt zudem, im Vergleich zu einer vollständigen Umstellung auf einkommensunabhängige Pauschalbeiträge, nur sehr gering aus.

1234. Die preispolitischen Restriktionen der Kassen beim Angebot von Wahltarifen sind ebenfalls anzupassen. Derzeit lassen die Wahltarife Beitragsdifferenzierungen in Form von Prämien und Zuzahlungsermäßigungen zu. Die Monopolkommission schlägt vor, die preispolitische Differenzierung bei Wahltarifen an den Zusatzbeitrag nach § 242 SGB V zu koppeln. Für die freiwillige Teilnahme des Mitglieds einer Kasse an einem Wahltarif nach § 53 Absatz 3 SGB V sollten die Kassen die Möglichkeit erhalten, abweichende Zusatzbeiträge zu verlangen. § 53 Absatz 8 Satz 3 SGB V, der die Höhe der Beitragsveränderung bei Wahltarifen an die absolute Beitragshöhe eines Mitglieds koppelt, behindert den Wettbewerb, weil er zu intransparenten Preissystemen führt. Er ist nicht mit ökonomischen Effizienzerwägungen begründbar und sollte nach Auffassung der Monopolkommission vollständig entfallen.

1235. Die Vorschläge der Monopolkommission führen dazu, dass die Mitglieder der GKV bei der Wahl ihrer Krankenkasse und eines Versorgungstarifs nur noch einen einzigen Preisfaktor in Form des Zusatzbeitrags vergleichen müssen. Die wettbewerbsschädliche und intransparente Aufschlüsselung in Zusatzbeiträge, Prämien sowie einkommensgewichtete Zuzahlungsermäßigungen bzw. zusätzliche Prämien von Kassen und Versicherten bei Wahltarifen entfällt hingegen vollständig. Auf diese Weise werden unter Wahrung der Anforderungen der Solidarität günstige Voraussetzungen für den Wettbewerb der gesetzlichen Krankenkassen und Versorgungsstrukturen geschaffen.

7.3 Kartellrechtliche Kontrolle des Kassenwettbewerbs

1236. Einen grundlegenden und dringenden Bedarf zur Veränderung sieht die Monopolkommission im Bereich der kartellrechtlichen Kontrolle des Kassenwettbewerbs. Sie hat in dieser Untersuchung ganz erhebliche Defizite beim Schutz des Wettbewerbs in der GKV vor Wettbewerbsbeschränkungen festgestellt.

1237. Die Krankenkassen stehen auf dem Versicherungsmarkt mit ihrem Angebot im Preis- und Qualitätswettbewerb um Versicherte, in den selektivvertraglichen Bereichen auf dem Leistungsmarkt im Wettbewerb um Verträge mit den Leistungserbringern. Bereits heute haben diese Strukturen den Charakter eines wettbewerblichen Leistungsaustauschs, der allerdings durch ein dichtes Netz an Regulierungen stark eingeschränkt ist. Durch die von der Monopolkommission vorgeschlagenen zusätzlichen Handlungsspielräume im Preis- und Leistungsbereich wird sich der Wettbewerb der gesetzlichen Krankenkassen um Leistungsverträge und Versicherte weiter intensivieren. Soll der Wettbewerbsprozess jedoch zu den gewünschten gemeinwohlfördernden Ergebnissen führen, ist er analog zu anderen Märkten vor Konzentrationstendenzen und Beschränkungen zu schützen. Nach Auffassung der Monopolkommission kann die GKV deshalb umso weniger als wettbewerblicher Ausnahmebereich gesehen werden, je mehr sich der Ansatz einer solidarischen Wettbewerbsordnung für die GKV durchsetzt.

1238. Da die Akteure auf wettbewerblichen Märkten stets einen Anreiz haben, den Wettbewerb zu beschränken, muss der Staat durch ein funktionsfähiges Wettbe-

werbsrecht frühzeitig die Wettbewerbsbedingungen schützen. In anderen Branchen wird dies durch die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts sichergestellt. Teile der GKV sind nach Ansicht der Monopolkommission jedoch vom Wettbewerbsrecht nicht oder nicht ausreichend geschützt. Als Beispiele seien mögliche Absprachen der Kassen bei der Beitragserhebung, die Koordination der Kassen auf den Beschaffungsmärkten, die Möglichkeit der Diskriminierung von Anbietern oder unkontrollierte Fusionen zum Aufbau von marktbeherrschenden Stellungen genannt, die entweder grundsätzlich vom Kartellrecht ausgenommen sind oder bei denen die heutige rechtliche Lage unklar ist.

1239. Die Monopolkommission hält es für notwendig, die Vorgaben über die Anwendung des Wettbewerbsrechts im Gesundheitswesen an ein eindeutiges und konsistenzgebendes Leitbild anzupassen. Zu diesem Zweck erscheint es angebracht, die Krankenkassen grundsätzlich dem Wettbewerbsrecht zu unterstellen, wenn sie wettbewerblich am Markt agieren sollen. Ausnahmen sind auf die Bereiche zu begrenzen, in denen die Kassen aufgrund ihres hoheitlichen Versorgungsauftrags zu kollektivem Handeln verpflichtet sind. Wettbewerblich sollen die Krankenkassen zum einen auf dem Versicherungsmarkt auftreten, zum anderen auf dem Leistungsmarkt, sofern selektivvertragliche Leistungsbereiche betroffen sind. Ausnahmen sich vornehmlich auf den Abschluss von Kollektivverträgen in der ambulanten und stationären ärztlichen Versorgung, zu denen die Krankenkassen rechtlich verpflichtet sind, zu beschränken.

1240. Als Ergebnis ihrer Untersuchung schlägt die Monopolkommission vor, die gesetzlichen Vorgaben wie folgt anzupassen: Um der Unsicherheit entgegenzuwirken, ob das Handeln der Krankenkassen unternehmerisches Handeln im Sinne des Kartellrechts ist, sollte nach Auffassung der Monopolkommission der Charakter dieses Handelns im Gesetz definiert werden. Da auf diese Weise gleichzeitig eine klare Trennung zwischen der Anwendung des GWB als Grundregel und den klar bezeichneten Ausnahmen zur Wahrung solidarischer Aufgaben festgelegt wird, kann auf die spezifische Definition des Anwendungsbereichs des Kartellrechts in § 69 SGB V vollständig verzichtet werden.

Die Monopolkommission hält es dazu für geeignet, in § 4 SGB V zwischen Absatz 1 und 2 einen neuen Absatz aufzunehmen, der wie folgt lauten könnte:

„Das Handeln der Krankenkassen ist unternehmerisches Handeln im Sinne des GWB. 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 Schiedsamtsregelung gilt."

Gleichzeitig sind § 69 SGB V und § 87 Absatz 1 Satz 3 GWB zu streichen.

1241. Der konsequente Schutz vor wettbewerbsbeschränkendem Verhalten ist dadurch zu ergänzen, dass auch Kooperationspflichten aus dem SGB V gestrichen werden, die nicht klar und eindeutig an sozialpolitische Notwendigkeiten des Versorgungsauftrags geknüpft werden können. Insbesondere betrifft dies die allgemeine Pflicht der Kassen zur engen Zusammenarbeit gemäß § 4 Absatz 3 SGB V. Diese entspricht nicht dem von der Monopolkommission vorgeschlagenen wettbewerbspolitischen Leitbild, wonach ein wettbewerbliches Verhältnis der Kassen so lange die Regel ist, solange der besondere Versorgungsauftrag der Kassen keine spezifischen Ausnahmen gebietet. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, die allgemeine Kooperationspflicht nach § 4 Absatz 3 SGB V zu streichen. Sofern die Kassen besondere Kooperationserfordernisse im Zusammenhang mit besonderen Pflichten ihres Versorgungsauftrags geltend machen können, sind diese Ausnahmen im Einzelnen im SGB V zu regeln.

1242. Durch die vorgeschlagenen Änderungen wird das Handeln der Krankenkasse dem Handeln von Unternehmen auf anderen Märkten gleichgestellt. Der Wettbewerb wird damit im Sinne eines effizienten Handelns auf den betroffenen Gesundheitsmärkten geschützt. Eindeutig geregelt sind damit auch die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes und der Rechtsweg über die ordentlichen Gerichte bei der Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Eine grundsätzliche Ausnahme bildet der kollektivvertragliche Leistungsbereich, der nach Auffassung der Monopolkommission auch zukünftig dazu dienen soll, besondere Aufgaben des Versorgungsauftrags der GKV gemeinsam zu erfüllen. Zu diesem Zweck ist eine Koordination beider Marktseiten teilweise erforderlich.

7.4 Weitere Anpassungen zur Effizienzverbesserung

1243. Über die Notwendigkeit zur Intensivierung des Wettbewerbs durch hinreichende Handlungsfreiheiten der Kassen und den umfassenden Schutz vor Wettbewerbsbeschränkungen hinaus sieht die Monopolkommission weiteren Handlungsbedarf, um den Wettbewerb zu stabilisieren und die Effizienz des Gesundheitssystems zu erhöhen.

1244. Die Monopolkommission hält die ständige Weiterentwicklung des Risikostrukturausgleichs für eine Grundbedingung einer effizienten Wettbewerbsordnung im System der GKV. Durch die Anforderungen, die sich aus dem Solidarprinzip ergeben, erfolgt die Beitragserhebung in der GKV nicht risikoorientiert und somit nicht marktkonform. Der Risikostrukturausgleich hat den Zweck, die Einnahmeseite der GKV so zu korrigieren, dass die Kassen anstelle mitgliederproportionaler Beiträge marktkonforme Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds erhalten. Dazu sind diese Zuweisungen ausreichend nach der Morbidität des Versichertenkreises einer Kasse zu gewichten, um den Kassen Möglichkeiten zu versperren, den Effizienzdruck des Wettbewerbs durch ungewünschte Risikoselektion zu unterlaufen. Die Monopol-

kommission weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Ausbau kassenindividueller Handlungsfreiheiten auch das Potenzial zur systemschädlichen Risikoselektion vergrößern wird. Dies macht eine stetige Weiterentwicklung des Risikostrukturausgleichs erforderlich, um auch in Zukunft die Effizienz der Wettbewerbsordnung zu gewährleisten. Die Monopolkommission empfiehlt in diesem Zusammenhang, den Risikostrukturausgleich, der heute an 80 Krankheiten geknüpft wird, stetig und entschlossen weiterzuentwickeln, um neuen Formen der Risikoselektion proaktiv vorzubeugen.

1245. Im Hinblick auf die kollektivvertragliche Versorgung hat die Monopolkommission sich in dieser Untersuchung insbesondere mit den Vergütungsstrukturen und den sich daraus ergebenden Anreizwirkungen beschäftigt. Das 2009 eingeführte neue Vergütungssystem für die ambulante Regelversorgung setzt dabei neue Anreize für die Leistungserbringer in der ambulanten Versorgung. Nach Auffassung der Monopolkommission ist das neue Vergütungssystem gegenüber früheren Systemen strukturell verbessert worden. Die Monopolkommission regt jedoch an, insbesondere den Gültigkeitszeitraum der arzt- bzw. praxisbezogenen Regelleistungsvolumina daraufhin zu prüfen, ob sich aus der gewählten Länge von derzeit einem Quartal neue Anreize zur angebotsinduzierten Patientensteuerung ergeben.

1246. Eine zentrale Neuerung des neuen Vergütungssystems betrifft die Verlagerung des Morbiditätsrisikos auf die gesetzlichen Krankenkassen. Dies zeigt sich darin, dass ein ansteigender Behandlungsbedarf der Bevölkerung seit 2009 Eingang in die jährliche Berechnung der Gesamtvergütung findet. Mit der Verlagerung des Morbiditätsrisikos ist jedoch auch die Frage der Verantwortung über die die Gesamtvergütung beeinflussenden Faktoren neu zu bewerten. Im heutigen System erfolgt die Abrechnung der Ärzte über die kassenärztlichen Vereinigungen, die auch primär über Informationen über die abgerechneten Leistungen verfügen. Steigt die Gesamtvergütung z. B. aufgrund fehlerhafter Abrechnungen an, so geht dies nicht mehr unmittelbar zulasten der Vereinigung der Kassenärzte. Durch das neue Vergütungssystem haben vielmehr die Krankenkassen nun ganz unmittelbare Anreize erhalten, den Behandlungsbedarf durch eine geeignete Vorsorge und durch sachlich richtige Abrechnungen korrekt zu bemessen.

In Anbetracht der neuen und richtigen Kostenverantwortung der Krankenkassen hält es die Monopolkommission für folgerichtig, dass auch die Abrechnung von Leistungen der Regelversorgung nicht mehr durch die kassenärztlichen Vereinigungen erfolgen sollte, sondern Ärzte ihre Leistungen zukünftig direkt bei den Kassen abrechnen. Die Kassen können zur Durchführung dieser Aufgabe einen Dritten beauftragen. Sie sollten jedoch selbst die Hoheit über die Durchführung der Abrechnung von an ihren Versicherten erbrachten Leistungen erhalten. Auf diese Weise kommen die Kassen zudem an ausreichende Informationen über die Morbiditätsstruktur ihrer Versicherten und können diese Information zur Verbesserung ihrer Versorgungsleistungen verwenden. Weiterhin obliegt es den Kassen, auch die Korrektheit der Abrechnungen selbst zu prüfen. Da die Kassen mittelfristig den Schaden aus fehlerhaften Abrechnungen selbst zu tragen haben, ist ihnen auch die Kompetenz über die Abrechnung zu übertragen. Mit der Übernahme von Abrechnungsaufgaben sollten die Kassen auch solche Prüfungsrechte nach § 106a SGB V erhalten, die heute den kassenärztlichen Vereinigungen obliegen.

1247. Die Monopolkommission empfiehlt zudem, die Transparenz im deutschen Gesundheitssystem auch im Bereich der Patienteninformation zu verbessern. Ein wichtiger Ansatzpunkt ist die Information des Versicherten über die von ihm in Anspruch genommenen und vom Arzt abgerechneten Leistungen. Mit der Information des Patienten über abgerechnete Leistungen werden verschiedene Ziele verbunden. Die Monopolkommission weist jedoch darauf hin, dass insbesondere der wichtige Kontrolleffekt hinsichtlich der sachlichen Richtigkeit der Abrechnung von Ärzten und anderen Leistungserbringern bisher kaum untersucht wurde.

Bisher existieren nur optionale Möglichkeiten für den Zugriff des Patienten auf die für ihn abgerechneten Leistungen gemäß § 305 SGB V. Danach hat der Patient Auskunftsrechte über die vom Arzt an ihm erbrachten und abgerechneten Leistungen sowohl gegenüber der Krankenkasse als auch gegenüber dem behandelnden Arzt (Patientenquittung). Die Monopolkommission weist in diesem Zusammenhang jedoch darauf hin, dass die Ziele der Information des Patienten über abgerechnete Leistungen kostenrelevante Ziele sind und das Interesse an der Patienteninformation somit originär beim Kostenträger und damit bei den Kassen liegt. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, den Kassen im SGB V ausdrücklich das Recht einzuräumen, den Patienten regelmäßig z. B. nach Quartalsende über die abgerechneten Leistungen zu informieren. Die Monopolkommission geht davon aus, dass die Kassen diese Möglichkeit nutzen werden, da sie insbesondere die Richtigkeit der Abrechnung von Leistungen auf diese Weise verbessern können. Zeigt sich mittelfristig, dass die Konkurrenzbereitschaft der Krankenkassen noch nicht dazu führt, dass einzelne Kassen mit diesem Recht experimentieren, so empfiehlt die Monopolkommission, eine verpflichtende Patienteninformation durch die Kassen in das SGB V aufzunehmen.

1248. Die Monopolkommission hält es weiterhin für wünschenswert, das Gesundheitssystem um ein Element einer zwingenden Beteiligung von Patienten an den von ihnen verursachten Kosten zu ergänzen. Dies erscheint notwendig, um eine kostenorientierte marktkonforme Entscheidungsfindung bei den Patienten zu ermöglichen. Demgegenüber treffen Patienten heute ihre Entscheidungen über die Inanspruchnahme von Behandlungsleistungen weitgehend unabhängig von Kostenerwägungen. Die Wahltarife nach § 53 Absatz 1 und 2 SGB V, die darauf abzielen, durch die Einführung von Eigenbeteiligungen eine Steuerungswirkung im Bezug auf das Nachfrageverhalten der Patienten zu erreichen, sieht die Monopolkommission jedoch kritisch. Eigenbeteiligungen, die ausschließlich im Rahmen von Wahltarifen erhoben werden,

haben eine Selbstselektionswirkung zur Folge, da insbesondere solche Patienten in diese Tarife optieren, deren Bedarf oder Neigung, die Leistungen der GKV in Anspruch zu nehmen, ohnehin gering ist. Eigenbeteiligungen, die nicht verpflichtend sind, führen deshalb wesentlich zu einer Differenzierung des Beitragssatzes zwischen Gesunden und Kranken, ohne dass dadurch auch eine wesentliche Steuerungswirkung auf das Nachfrageverhalten erreicht wird. Die Wahltarife gemäß § 53 Absatz 1 und 2 SGB V sind deshalb ungeeignet, sodass die Monopolkommission empfiehlt, diese Normen zu streichen.

Um eine geeignete Steuerungswirkung auf das Nachfrageverhalten der Patienten zu erzielen, könnten jedoch anstelle dieser Wahltarife allgemein verpflichtende Eigenbeteiligungen eingeführt werden. Die Monopolkommission empfiehlt, verpflichtende Eigenbeteiligungen nicht in Form einer Pauschale zu erheben, sondern als relativen Anteil an der Arztrechnung festzusetzen. Für die Rechnungsstellung sollten die Krankenkassen verantwortlich sein. Dies ließe sich mit der von der Monopolkommission vorgeschlagenen kassenseitigen Information des Patienten über die in Anspruch genommenen Leistungen verbinden.

1249. Die Monopolkommission weist ausdrücklich darauf hin, dass im Falle der Einführung von verpflichtenden Eigenbeteiligungen auch soziale Ausgleichssysteme notwendig werden, die den Anforderungen des Solidarprinzips Rechnung tragen. Deshalb sind die Eigenbeteiligungen im Gesundheitswesen pro Behandlungsfall oder Abrechnungszeitraum auch in ihrer absoluten Höhe zu begrenzen. Zudem ist im Falle solcher Versicherter, die über ein unterdurchschnittliches Einkommen verfügen, festzulegen, dass ein substanzieller Anteil des Eigenbeitrags aus dem Steuer-Transfer-System gedeckt wird. Ein ausreichendes soziales Ausgleichsystem vorausgesetzt, sieht die Monopolkommission in der Einführung verpflichtender Eigenbeteiligungen eine Chance, auch aufseiten der Leistungsnachfrage der Patienten effiziente und mit dem Solidarprinzip vereinbare Bedingungen im deutschen GKV-System herzustellen.

Bonn, den 30. Juni 2010

Justus Haucap

Peter-Michael Preusker	Christiane zu Salm	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 Monopolkommission 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 Vomhundertanteile 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 Vomhundertanteile 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 Strafgesetzbuches 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 2009 wurden 178 Untersagungen vom Bundeskartellamt ausgesprochen. Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Gutachtens Ende Juni 2010 wurde folgender Verfahrensstand erreicht:

114 Untersagungen sind rechtskräftig oder übereinstimmend für erledigt erklärt

1. Haindl/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 BWM 149

3. Lech-Elektrizitätswerke AG/Erdgas Schwaben[1]
(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

[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.

9. Andreae-Noris Zahn/R. Holdermann
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 31. März 1978, B8-170/77, WuW/E BKartA 1747

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 GmbH[2]
(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 & Pförtner 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 BWM 207

47. WMF Württembergische MetallwarenfabrikAG/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 BWM 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. 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

61. 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

62. 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

63. Hochtief AG/Philipp Holzmann AG[3]
(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

64. 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

65. T & N plc/Kolbenschmidt AG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 6. Juli 1995, B5-25/95, WuW/E BKartA 2829

66. Société d'Application, Routières S.A./Limburger Lackfabrik GmbH
Beschluss des BKartA vom 12. Dezember 1995, B3-50/95, WuW/E BKartA 2820

---

[3] Hochtief hat das Vorhaben aufgegeben; Erledigungserklärung im Rechtsbeschwerdeverfahren.

67. WMF Württembergische Metallwarenfabrik AG/Auerhahn Besteckfabrik GmbH[4]
(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

68. 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

69. Axel Springer Verlag/PSG Postdienst Service GmbH
Beschluss des BKartA vom 3. Januar 1997, B6-108/96, WuW/E BKartA 2909

70. 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 BWM 225

71. 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

72. 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
Beschuss des BGH vom 21. November 2000, KVR 16/99, WuW/E DE-R 607

73. 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

74./75. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften- und Beteiligungs KG/
Zeitungsverlag Iserlohn Iserlohner Kreisanzeiger und Zeitung (IKZ) Wichelhoven Verlags-GmbH & Co. KG[5]
(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

76. 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

77. PTB Pay-TV Beteiligungs GmbH (Kirch-Gruppe)/Premiere Medien GmbH & Co. KG[6]
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 1. Oktober 1998, B6-78/98, WuW/E DE-V 53

---

[4] Das Verfahren wurde von beiden Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt, weil der Zusammenschluss nach neuer Rechtslage nicht mehr kontrollpflichtig ist.

[5] 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.

[6] Das Verfahren wurde als einheitlicher Vorgang mit Bertelsmann/Premiere (Nr. 76) behandelt.

78. Thüringische Landeszeitung Verlag/R&B Werbe- und Verlagsgesellschaft mbH
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. November 1998, B6-35/98

79. 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

80. Henkel KGaA/Luhns GmbH
Beschluss des BKartA vom 20. September 1999, B3-20/99

81. 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

82. 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)

83. 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

84. Deutsche Post AG/trans-o-flex Schnell-Lieferdienst Gm
(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

85. Liberty/KDG
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 2002, B7-168/01, WuW/E DE-V 558

86. Brunata/Viterra
Beschluss des BKartA vom 3. Juli 2002, B10-177/01, WuW/E DE-V 618

87. Holtzbrinck/Berliner Verlag
(nach Rücknahme des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 10. Dezember 2002, B6-98/02, WuW/E DE-V 695

88. K. Nehlsen, Rethmann Entsorgung,swb/Bremerhavener Entsorgungsgesellschaft
Beschluss des BKartA vom 17. Dezember 2002, B10-104/02, WuW/E DE-V 759

89. 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

90. E.ON Hanse/Stadtwerke Lübeck
Beschluss des BKartA vom 20. November 2003, B8-84/03, WuW/E DE-V 837

91. 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

92. 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

93. 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

94. 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

95. 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

96. Mainova AG/Aschaffenburger Versorungs 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

97. 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

98. 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

99. Leggett & Platt/AGRO
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 29. September 2004, B5-170/03, WuW/E DE-V 1048

100. 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

101. 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

102. S-W Verlag/Wochenspiegel (Mayen/Cochem/Zell)
Beschluss des BKartA vom 1. März 2005, B6-103/04, WuW/E DE-V 1135

103. Rhön-Klinikum/Krankenhaus Eisenhüttenstadt
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. März 2005, B10-109/04

104. Volksfreund-Druckerei/TW Wochenspiegel
Beschluss des BKartA vom 31. Mai 2005, B6-106/04, WuW/E DE-V 1072

105. 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

106. 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

107. 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

108. Coherent/Excel Technology
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 25. Oktober 2006, B7-97/06, WuW/DE-V 1325

109. 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)

110. 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)

111. 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

112. 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

113. Intermedia/Health & Beauty
Beschluss des BKartA vom 29. August 2008, B6-52/08, WuW/E DE-V 1643

114. 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

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 BWM 185

11. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlagsges. mbH & Co./Borbecker Nachrichten + Werdener Nachrichten Wilhelm Wimmer GmbH & Co.KG[7]
(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

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

---

[7] Das ursprüngliche Vorhaben wurde umstrukturiert. Vgl. Monopolkommission, Die Wettbewerbsordnung erweitern, Hauptgutachten 1986/1987, Baden-Baden 1988, Tz. 372.

30 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

Acht 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 BWM 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 BWM 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 BWM 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 BWM 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 BWM 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 BWM 191 (Erlaubnis mit Auflagen)

7. E.ON/Ruhrgas[8]
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 Wolgast[9]
Beschluss des BKartA vom 11. Dezember 2006 WuW/E DE-V 1407
Verfügung des BMWi vom 17. April 2008

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 BWM 149)

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

---

[8] 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 178 sind sie jedoch weiterhin als zwei Untersagungen enthalten.

[9] Obgleich der Zusammenschluss durch die Erteilung der Ministererlaubnis freigegeben wurde, hat das Bundeskartellamt Rechtsbeschwerde gegen die Aufhebung der Untersagungsverfügung durch das OLG eingereicht, da in diesem Fall in einzelnen Rechtsfragen grundsätzlicher Klärungsbedarf bestand. Die Untersagung wird daher auch in der Rubrik „Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof“ aufgelistet; in der Gesamtzahl der untersagten Fälle von 178 ist sie jedoch nur einmal enthalten.

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, Mellrichstadt[10]
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/Mariahilf
Beschluss des Bundeskartellamtes vom 6. Juni 2007, B3-6/07, WuW/E DE-V 1407

Gegen sieben Untersagungen läuft ein Beschwerdeverfahren beim Kammergericht bzw. beim Oberlandesgericht Düsseldorf

1. 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
(Verfahren ruht)

2. Veba Energiebeteiligungs-GmbH/Stadtwerke Bremen AG
Beschluss des BKartA vom 29. Mai 1996, B8-148/95, AG 1996, S. 378
(Verfahren ruht)

[10] Die Ministererlaubnis war vom Landkreis Rhön-Grabfeld beantragt worden; unabhängig davon hat die Rhön-Klinikum AG Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt, die zurückgewiesen wurde. Die anschließende Rechtsbeschwerde beim BGH hatte ebenfalls keinen Erfolg. Der Fall wird daher bei den rechtskräftigen Untersagungen unter der Nr. 101 aufgeführt.

3. Merck/KMF Laborchemie Handels GmbH
Beschluss des BKartA vom 3. Juni 1997, B3-132/96, WuW/E BKartA 2905
(Verfahren ruht)

4. RWE Energy/Saar Ferngas
Beschluss des BKartA vom 12. März 2007, B8-62/06, WuW/E DE-V 1357

5. NPG/Detjen
Beschluss des BKartA vom 21. April 2009, B6-150/08, WuW/E DE-V 1745

6. Total Deutschland GmbH/OMV Deutschland GmbH
Beschluss des BKartA vom 29. April 2009, B8-175/08, WuW/E DE-V 1719

7. Gesundheit Nordhessen/Gesundheitsholding Werra-Meißner-Kreis
Beschluss des BKartA vom 18. Juni 2009, B3-215/08, WuW/E DE-V 1734

In zwei Fällen ist Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof anhängig

1. Herlitz AG/Landré GmbH[11]
Beschluss des BKartA vom 6. Februar 1997, B10-54/96, WuW/E BKartA 2894
Beschluss des KG vom 20. Oktober 1999, WuW/E DE-R 451

2. Universitätsklinikum Greifswald/Kreiskrankenhaus Wolgast[12]
Beschluss des BKartA vom 11. Dezember 2006 WuW/E DE-V 1407
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 7. Mai 2008, VI Kart 1/07 (V)

---

[11] Das Rechtsbeschwerdeverfahren wird von den Verfahrensbeteiligten nicht mehr betrieben, seitdem das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Herlitz AG eröffnet wurde. Es kann jedoch jederzeit auf Antrag der Verfahrensbeteiligten fortgesetzt werden.

[12] Obgleich der Zusammenschluss durch die Erteilung der Ministererlaubnis freigegeben wurde, hat das Bundeskartellamt Rechtsbeschwerde gegen die Aufhebung der Untersagungsverfügung durch das OLG eingereicht, da in diesem Fall in einzelnen Rechtsfragen grundsätzlicher Klärungsbedarf bestand. Die Untersagung wird daher auch in der Rubrik „Ministererlaubnis erteilt“ aufgelistet; in der Gesamtzahl der untersagten Fälle von 178 ist sie jedoch nur einmal enthalten.

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 Strukturauflage 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.)

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 zusammmenfassende 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.

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 Sonder-gutachten. 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 der Energiewirtschaft? 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.

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.

Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin, www.heenemann-druck.de
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Postfach 10 05 34, 50445 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Fax (02 21) 97 66 83 44, www.betrifft-gesetze.de
ISSN 0722-8333