

Auszug aus Hauptgutachten XX (2012/2013)

Kurzfassung

- I. Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik
 - II. Stand und Entwicklung der Konzentration und Verflechtung von Großunternehmen
 - III. Europäisches Verflechtungsnetzwerk
 - IV. Kartellrechtliche Entscheidungspraxis
 - V. Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung
 - VI. Wettbewerb auf den Finanzmärkten
-

Inhaltsverzeichnis

Kurzfassung.....	7
I. Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik.....	7
Google, Facebook & Co – eine Herausforderung für die Wettbewerbspolitik.....	7
Neuere Entwicklungen im Energiebereich.....	8
Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen in Deutschland?.....	10
Wettbewerbsdefizite auf Taximärkten.....	12
Wettbewerb in der deutschen Kinder- und Jugendhilfe.....	13
Datenzugang der Monopolkommission.....	16
II. Stand und Entwicklung der Konzentration und Verflechtung von Großunternehmen.....	17
III. Europäisches Verflechtungsnetzwerk.....	20
IV. Kartellrechtliche Entscheidungspraxis.....	22
Deutsche Fusionskontrolle.....	22
Europäische Fusionskontrolle.....	26
Fernwärme.....	32
Kartellverfolgung.....	33
Vertriebsbeschränkungen (insbesondere Internetvertrieb).....	35
Sanktionen und Schadenersatz.....	37
Private Kartellverfolgung.....	37
Bedeutung von Compliance.....	38
Spezielle Wirtschaftsbereiche - Geistiges Eigentum im Wettbewerb.....	38
Spezielle Wirtschaftsbereiche - Medien.....	41
Spezielle Wirtschaftsbereiche - Krankenversicherung.....	42
Verfahrensrelevanz quantitativer Methoden.....	43
Ex-post-Evaluation der Amtspraxis.....	43
Markttransparenzstelle für Kraftstoffe.....	44
V. Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung.....	45
VI. Wettbewerb auf den Finanzmärkten.....	50
Implizite Garantien.....	51
Drei-Säulen-System.....	55
Finanzprodukte und -transaktionen.....	56

Kurzfassung

I. Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

Google, Facebook & Co – eine Herausforderung für die Wettbewerbspolitik

- 1.* Die Monopolkommission untersucht in einer ersten, vorläufigen Analyse die Wettbewerbseffekte auf Internetdiensteanbieter, die sich aus der zunehmenden Erhebung, Verfügbarkeit und Nutzung von Daten ergeben. Prominente Beispiele für relevante Unternehmen sind hier etwa Amazon, Apple, eBay, Facebook, Google, Microsoft oder Yahoo!.
- 2.* Die im Zentrum der Diskussion stehenden Internetdienste sind Intermediäre, deren Vermittlungsleistung zwischen verschiedenen Nutzergruppen auf zwei- oder mehrseitigen Märkten erfolgt (Plattformmärkte). Diese Märkte sind von Netzwerkeffekten geprägt. Netzwerkeffekte liegen vor, wenn der Nutzen einer Plattform für eine Kundengruppe zunimmt, wenn eine andere Kundengruppe wächst. Das ermöglicht es, eine Dienstleistung für eine Kundengruppe unentgeltlich anzubieten, um mit der dadurch vergrößerten Nutzerbasis die Attraktivität der Plattform für eine andere (zahlende) Nutzergruppe zu erhöhen. Außerdem profitieren die relevanten Diensteanbieter von Größenvorteilen.
- 3.* Der Nutzung personenbezogener Daten kommt eine zentrale Rolle im Geschäftsmodell vieler Internetdienste in Bezug auf alle Nutzerseiten zu. Durch die Nutzung von Netzwerkeffekten und von personenbezogenen Daten können Diensteanbieter sich Vorteile im Wettbewerb mit konkurrierenden Anbietern verschaffen. Daneben dürften Konzentrationstendenzen durch weitere Faktoren beeinflusst werden; auch Konglomerat- und Portfolioeffekte sind insofern relevant.
- 4.* Bei der Beurteilung der Marktmacht von Internetdiensten sind die Interdependenzen zwischen unterschiedlichen Marktseiten der betroffenen Plattformen von besonderer Bedeutung. Die durch diese ermöglichten „unentgeltlichen“ Angebote sind in kartellrechtlichen Marktabgrenzungen nur schwierig abzubilden. Eine „wesentliche Einrichtung“ stellen derartige Plattformen in Bezug auf Suchdienste für Nutzer regelmäßig nicht dar. Das schließt aber nicht aus, dass sie für ihre Nutzer in Bezug auf andere Plattformdienstleistungen eine besondere wirtschaftliche Bedeutung haben (z. B. für Inhalteanbieter, Werbetreibende).
- 5.* In bisherigen kartellbehördlichen Verfahren stand der Verdacht eines Marktmachtmissbrauchs von Google durch Beeinträchtigung der Suchneutralität und die Verhinderung von Skaleneffekten bei Wettbewerbern im Vordergrund. Die Monopolkommission hält die Kritik an den Ergebnissen der Kartellbehörden nicht ohne Weiteres für berechtigt. Es fällt aber auf, dass die Kartellbehörden sich aufgrund der bestehenden Rechtslage vorrangig mit Wettbewerbsproblemen zum Nachteil von (kommerziellen) Inhalteanbietern und Werbetreibenden befassen (primäre Marktebene). Etwaige Probleme des Zugriffs auf die Nutzerdaten (sekundäre Marktebene) wurden bislang nur sehr mittelbar adressiert.
- 6.* Das Problem einer Einhegung eines übermäßig weitreichenden Datenzugriffs bedarf aus wettbewerbspolitischer Sicht einer tieferen Prüfung. Zunächst ist auf allen Ebenen (wettbewerblich, datenschutzbezogen usw.) ein besseres Verständnis der Problematik des Datenzugriffs erforderlich, bevor weitreichende wettbewerbliche Maßnahmen (insbesondere Änderung der Anpassung der Fusionskontrollregeln, Erweiterung der Möglichkeiten zu strukturellen Maßnahmen) gutgeheißen werden können. Hingegen sollten die Möglichkeiten der Nutzer zum selbstbestimmten Umgang mit ihren Daten (Datensouveränität) gestärkt werden. Eine baldige Verabschiedung der europäischen Datenschutz-Grundverordnung ist deshalb auch aus wettbewerbspolitischer Perspektive zu befürworten.

Neuere Entwicklungen im Energiebereich

7.* Am 8. April 2014 hat das Bundeskabinett den Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts beschlossen, der zum 1. August 2014 in Kraft treten soll. Am 7. Mai 2014 hat das Kabinett ein ergänzendes Gesetz beschlossen (Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Besonderen Ausgleichsregelung für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen). Die Neuregelungen binden im Besonderen die am 9. April 2014 von der Europäischen Kommission beschlossenen Vorgaben aus den Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien ein. Das Gesetz wurde am 27. Juni 2014 durch den Deutschen Bundestag verabschiedet.

8.* Mit der Reform des Erneuerbaren Energien Gesetzes (EEG) soll der Anteil erneuerbarer Energien an der deutschen Stromversorgung stetig erhöht (bis 2050 sollen mindestens 80 Prozent des deutschen Bruttostromverbrauchs durch erneuerbare Energien gedeckt werden), der weitere Kostenanstieg deutlich gebremst und der Ausbau der erneuerbaren Energien planvoll gesteuert und die Marktintegration der erneuerbaren Energien vorangetrieben werden. Wesentliche Neuerungen sind jährliche Ausbaupfade für Wind-, Solar- und Bioenergie sowie die stufenweise Einführung der verpflichtenden Direktvermarktung für einen Teil der Neuanlagen. Ferner besteht die Absicht, technologiespezifische Ausschreibungen spätestens bis 2017 einzuführen, wobei die Umstellung der Förderung großer Photovoltaik-Freiflächenanlagen als Pilotmodell es ermöglichen soll, Erfahrungen mit dem Ausschreibungsmodell zu sammeln. Darüber hinaus sollen die Kosten angemessen durch die Einbeziehung der Eigenstromerzeugung und des Selbstverbrauchs verteilt werden und es sind Änderungen der Besonderen Ausgleichsregelung für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen zwecks Europarechtskonformität geplant.

9.* Aus volkswirtschaftlicher Sicht würdigt die Monopolkommission die Reform des EEG als einen Schritt in die richtige Richtung und fordert eine zügige Umstellung auf den – im Gesetzentwurf lediglich angekündigten – Fördermechanismus des Ausschreibungsmodells. Die Monopolkommission bedauert, dass das von ihr präferierte Quotenmodell von der Bundesregierung verworfen worden ist, denn um die Energiewende bezahlbar und damit möglicherweise zu einem Vorbildprojekt für andere Länder zu machen, braucht es Wettbewerb um die günstigsten und effizientesten grünen Technologien. Die geplante Deckelung des Zubaus von Onshore-Windenergie, einem kostengünstigen Energieträger, ist ebenso kritisch zu sehen wie die Begrenzung der künftigen Direktvermarktungspflicht auf große Anlagen. Bereits in ihrem letzten Energie Sondergutachten hatte die Monopolkommission darauf hingewiesen, dass auch für kleine Anlagen eine Vermarktung möglich ist, bspw. mithilfe spezialisierter Stromhändler. Grundsätzlich ist positiv zu würdigen, dass die Bundesregierung eine zukünftig stärker in den europäischen Kontext eingebettete Energiepolitik anstrebt. Als wichtig erachtet die Monopolkommission in diesem Kontext eine Rückkopplung nationaler Emissionseinsparungen mit dem Europäischen Emissionshandelssystem. Das von der Bundesregierung angestrebte Ausschreibungsmodell stellt nach Ansicht der Monopolkommission gegenüber dem derzeitig dominierenden Fördersystem fixer Einspeisetarife gleichwohl eine deutliche Verbesserung dar.

10.* Bei Ausnahmeregelungen für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen geht es um eine Umverteilung der Kosten der Energiewende; im Kern ist stets ein effizientes Förderregime der beste Weg, Unternehmen und Verbraucher gleichermaßen von hohen Stromkosten zu entlasten. Grundsätzlich scheint empirisch prüfenswert, inwieweit die Ausnahmeregelungen zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Ausnahmen für stromintensive Unternehmen von den hohen Kosten der Energiewende, die nicht zuletzt Folge des Förderregimes sind, führen die Problematik nationaler Alleingänge auch im Beihilferecht vor Augen.

11.* Die Europäische Kommission hat im Dezember 2013 von Amts wegen ein Beihilfeverfahren gegen Deutschland eingeleitet. Gegenstand ist die Ausgestaltung der im EEG vorgesehenen EEG-Umlage. Die Europäische Kommission hat die Förderung der Erzeuger von EE-Strom und von Grubengas über die Ein-

speisevergütung als Beihilfe betrachtet. Diese Beihilfe rufe jedoch keine Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt hervor. Auch mehrere andere Elemente des Förderungs- und Finanzierungsmechanismus nach dem EEG sind nach vorläufiger Einschätzung der Europäischen Kommission mit dem Binnenmarkt vereinbar.

12.* Eingehender zu prüfen war hingegen die Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen. Hierbei handele es sich entgegen der Auffassung der Bundesrepublik um einen beihilferechtlich relevanten Vorteil aus staatlichen Mitteln. Diesbezüglich sei entscheidend, dass die Stromverbraucher nach dem Gesetz zur Zahlung eines Tarifaufschlags verpflichtet sind und der Staat die Übertragungsnetzbetreiber mit der Verwaltung der Beihilfe beauftragt habe. Es handele sich in zweierlei Hinsicht um eine Beihilfe. Denn der Vorteil durch die Begrenzung der EEG-Umlage werde durch einen weiteren Vorteil ergänzt, welcher sich aus der Erhöhung der EEG-Umlage für die übrigen Unternehmen ergebe.

13.* Die Rechtfertigung für die mit der Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen verbundene Beihilfe ist nach der vorläufigen Einschätzung der Europäischen Kommission fraglich. Eine solche Rechtfertigung ist zwar dahin gehend nicht auszuschließen, dass zusätzliche Stromkosten dazu führen können, dass Unternehmen, die im internationalen Wettbewerb stehen, ihre Standorte aus der EU hinaus verlagern. Soweit die Bundesregierung diesbezüglich allerdings vorbringe, dass die Begrenzung der EEG-Umlage zur Sicherung der deutschen Wettbewerbsfähigkeit innerhalb der EU erforderlich sei, handle es sich um kein Ziel von gemeinsamem Interesse.

14.* Die Europäische Kommission hat zwischenzeitlich ihre Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien in einer Weise überarbeitet, die eine beihilferechtskonforme Umgestaltung des EEG möglich macht. Nach den Leitlinien können Unternehmen aus 68 Branchen, die im internationalen Wettbewerb stehen, von einem Beitrag zur Förderung erneuerbarer Energien wie bspw. der EEG-Umlage entlastet werden. Voraussetzung ist allerdings, dass die Unternehmen weiter grundsätzlich mindestens 15 Prozent der betreffenden Umlage zahlen. Energieintensive Unternehmen sollen für ihren Energieverbrauch jedoch maximal 0,5 Prozent ihrer Bruttowertschöpfung (Umsatz abzüglich Vorleistungen) zahlen müssen. Diese Prinzipien sollen auch im Rahmen des Beihilfeverfahrens in Bezug auf das deutsche EEG Berücksichtigung finden.

15.* Bei einer wettbewerbspolitischen Würdigung ist davon auszugehen, dass die Energiewende in ihrem Ausgangspunkt ein Projekt politischer Gestaltung ist. Die Politik muss bei einem solchen Gestaltungsprojekt jedoch Grenzen beachten, die sich aus dem vorgegebenen Rechtsrahmen und grundlegenden wirtschaftlichen Zusammenhängen ergeben.

16.* Die Auffassung der Bundesregierung, dass das EEG keine Beihilfen enthalte, weil es keinen Vorteil aus staatlichen Mitteln vorsehe, dürfte auf einem überholten Verständnis der Beihilferegeln beruhen. Die bislang ausschließlich an nationalen Interessen orientierte Regelungen in Bezug auf die EEG-Umlage sind außerdem nicht ohne Weiteres mit den Beihilferegeln vereinbar. Eine beihilferechtliche Rechtfertigung dürfte zwar dann in Betracht kommen, wenn die mit einem Fördersystem verbundene Wettbewerbsverzerrung allein auf der Tatsache beruht, dass es sich um ein nationales System handelt. Im Fall des EEG ist allerdings nicht auszuschließen, dass der Fördermechanismus mit darüber hinausgehenden Wettbewerbsverzerrungen verbunden ist, weil er nicht marktwirtschaftlich ausgestaltet ist. Die Monopolkommission wirbt vor diesem Hintergrund erneut für die Weiterentwicklung des EEG im Sinne des von ihr vorgeschlagenen Quotenmodells.

17.* Die Monopolkommission weist abschließend auf beihilferechtliche Risiken für deutsche Unternehmen hin, die aufgrund der Tatsache bestehen können, dass die Bundesrepublik die Änderungen des EEG 2012 nicht zur beihilferechtlichen Überprüfung angemeldet hatte.

Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen in Deutschland?

18.* Die angemessene Ausgestaltung der behördlichen und privaten Kartellrechtsdurchsetzung bildet gegenwärtig einen Schwerpunkt in der wettbewerbsrechtlichen und wettbewerbspolitischen Diskussion in Deutschland und Europa. Teil der Diskussion um ein effektives Sanktionensystem ist in den letzten Jahren verstärkt auch die Frage, ob es im Interesse einer verbesserten Kartellrechtsdurchsetzung empfehlenswert ist, über den Submissionsbetrug hinaus andere schwerwiegende Verstöße gegen das Kartellrecht zu kriminalisieren. Als Gegenstand einer Kriminalisierung kommen besonders schwerwiegende Kartellrechtsverstöße, sogenannte Hardcore-Kartelle, d. h. Preis-, Mengen- und Gebietskartelle, in Betracht. Derartige Kartelle gelten übereinstimmend als in hohem Maße schädlich. Zudem besteht hinreichende Klarheit über ihre Voraussetzungen und ihre Unzulässigkeit, sodass nicht das Risiko entsteht, Entscheidungsträger im Unternehmen aufgrund der angedrohten strafrechtlichen Verfolgung auch von legitimem Verhalten abzuschrecken.

19.* Eine Erweiterung des bestehenden Sanktionensystems ist insbesondere in Betracht zu ziehen, sofern festgestellt werden kann, dass die gegenwärtig verfügbaren Instrumente der Kartellrechtsdurchsetzung aktuelle und potenzielle Kartelltäter nicht wirksam von der Eingehung bzw. Beibehaltung von Kartellen abhalten. Gegen eine ausreichende Präventionswirkung könnte der Umstand sprechen, dass trotz der seit einigen Jahren drastisch erhöhten Geldbußen gegenüber kartellbeteiligten Unternehmen immer wieder neue, umfangreiche Kartellfälle bekannt werden.

20.* Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass es im Bereich der behördlichen und der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in den letzten Jahren weitreichende Entwicklungen gegeben hat und auch gegenwärtig noch gibt. Diese beziehen sich sowohl auf die rechtlichen Rahmenbedingungen als auch auf die Anwendungspraxis der Kartellbehörden. So wird die hohe Zahl der aufgedeckten und verfolgten Kartellfälle im Wesentlichen auf die Einführung von Kronzeugenregelungen durch die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt zurückgeführt. Diese Regelungen führen auch dazu, dass die Kartellbekämpfung seit einiger Zeit einen Schwerpunkt der Behördentätigkeit bildet, für die vermehrt Ressourcen bereitgestellt werden. Daneben sind in Deutschland erst mit der Siebten GWB-Novelle von 2005 umsatzbezogene Geldbußen eingeführt worden. Dies trägt zu einer deutlichen Erhöhung der Geldbußen ebenso bei wie die veränderte Nutzung der Kartellbehörden von Geldbußen als Mittel der Abschreckung kartellrechtswidrigen Verhaltens. Darüber hinaus dürfte die bessere Zusammenarbeit und gegenseitige Information im Netzwerk der europäischen Kartellbehörden eine erfolgreiche Kartellbekämpfung erleichtern.

21.* Bezüglich der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland wurden die rechtlichen Rahmenbedingungen im Zuge der Siebten GWB-Novelle insbesondere dadurch verbessert, dass die behördliche Feststellung eines Kartellverstoßes Bindungswirkung für einen sich anschließenden Schadenersatzprozess entfaltet. Ferner ist der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zu privaten Schadenersatzklagen bei kartellrechtlichen Zuwiderhandlungen zu nennen, dem das Europäische Parlament bereits zugestimmt hat. Zwar bleiben in der Praxis Verurteilungen zu Schadenersatzzahlungen bislang noch die Ausnahme, in Einzelfällen konnte aber im Vergleichsweg eine erhebliche finanzielle Kompensation erlangt werden.

22.* Diese – zum Teil ganz aktuellen – Entwicklungen machen eine abschließende Einschätzung der von dem bestehenden Sanktionensystem ausgehenden Abschreckungswirkung schwierig. Es ist ferner nicht auszuschließen, dass dieses derzeit noch nicht seine volle Präventionswirkung entfaltet, weil eine Reihe der in den letzten Jahren aufgedeckten und verfolgten Kartelle bis in die 1990er Jahre zurückreichen. Die zentrale Frage der angemessenen Abschreckung bedarf daher mittelfristig weiterer Untersuchung.

23.* Allerdings existiert eine Reihe von Anhaltspunkten dafür, dass die Abschreckungswirkung des kartellrechtlichen Sanktionensystems gesteigert werden sollte. Theoretische Überlegungen zu der Höhe wirksamer Sanktionen legen nahe, dass die derzeitigen Geldbußen gegenüber kartellbeteiligten Unternehmen bei Inrechnungstellung der begrenzten Aufdeckungswahrscheinlichkeit deutlich zu niedrig bemessen sind, um eine ausreichende Prävention zu erreichen. Eine weitere Erhöhung der Geldbußen könnte allerdings mit negativen sozialen Auswirkungen verbunden sein und ist daher kritisch zu sehen. Des Weiteren können Unternehmen aufgrund der Kronzeugenprogramme darauf hoffen, dass sie doch bußgeldfrei bleiben oder nur ein verringertes Bußgeld auferlegt bekommen; dadurch verringert sich die von behördlichen Sanktionen ausgehende Abschreckungswirkung. Auch Geldbußen gegenüber den direkt handelnden Mitarbeitern von kartellbeteiligten Unternehmen entfalten wahrscheinlich keine ausreichende Abschreckungswirkung. Insoweit ist zu bedenken, dass die Europäische Kommission keine Geldbußen gegenüber natürlichen Personen verhängen kann und die deutschen Kartellbehörden lediglich einen Teil der persönlich Verantwortlichen mit Geldbußen sanktioniert. Außerdem kann nicht ausgeschlossen werden, dass Unternehmensmitarbeiter, die mit einer Geldbuße belegt wurden, von ihrem Arbeitgeber finanziell kompensiert werden. Überlegungen dahin gehend, dass Unternehmen von kartellverantwortlichen Mitarbeitern Schadenersatz fordern oder personalrechtliche Konsequenzen ziehen, stehen hingegen oft noch am Anfang. Ebenso verhält es sich mit der privatrechtlichen Durchsetzung von kartellbedingten Schadenersatzansprüchen. Bislang sind nur wenig Fälle bekannt geworden, in denen Schadenersatz von kartellbeteiligten Unternehmen geleistet wurde.

24.* Sollten künftige Analysen die mangelnde Abschreckungswirkung des bestehenden Sanktionensystems bestätigen, ist nach Auffassung der Monopolkommission in erster Linie über die Einführung von Maßnahmen nachzudenken, mit denen Verhaltensanreize direkt bei den persönlich Handelnden gesetzt werden. Damit kann das Problem gelöst werden, dass in einem Unternehmen stets natürliche Personen für eine Kartellbeteiligung verantwortlich sind, Sanktionen in Form hoher Geldbußen aber das dahinter stehende Unternehmen treffen (Principal-Agent-Problem). Eine etwaige strafrechtliche Sanktionierung setzt unmittelbar bei dem betreffenden Unternehmensmitarbeiter an und entfaltet eine gesteigerte Abschreckungswirkung, weil diese ein wesentlich stärkeres Unwerturteil beinhaltet als eine bloße Geldbuße. Mit einer Kriminalstrafe ist ein gewisser Stigmatisierungseffekt verbunden, der vor allem für im Übrigen unbescholtene und sozial eingegliederte Täter im Bereich der Wirtschaftskriminalität besonders spürbar sein wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch eine Bewährungsstrafe als Vorstrafe gilt. Jedenfalls bei einer Freiheitsstrafe ist eine finanzielle Kompensation erheblich schwieriger als bei einer Geldbuße. Eine Erhöhung der Präventionswirkung ginge mit der strafrechtlichen Verfolgung von Hardcore-Kartellen auch deshalb einher, weil damit die Androhung eines Berufsverbots verbunden ist.

25.* Um die Wirksamkeit einer etwaigen strafrechtlichen Sanktionierung sicherzustellen und negative Rückwirkungen auf die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung zu vermeiden, müssten flankierende Maßnahmen ergriffen werden. Notwendig erscheint insofern vor allem die Schaffung einer strafrechtlichen Kronzeugenregelung für Kartelltäter. Daneben wäre die Stellung der Kartellbehörden im Strafprozess zu stärken, etwa indem diese anstelle der Staatsanwaltschaft die Ermittlungen führen.

26.* Ein anderes Instrument zur Erhöhung der Prävention kartellrechtlicher Sanktionen, das ebenfalls unmittelbar auf die handelnden Personen abzielt, wäre die Befugnis der Kartellbehörden zur Verhängung von Berufsverboten. Ein Berufsverbot, das an eine Geldbuße geknüpft werden könnte, würde eine starke präventive Wirkung entfalten. Zum einen wäre eine finanzielle Kompensation durch den Arbeitgeber schwierig, da die angestammte Tätigkeit im Unternehmen nicht mehr ausgeübt werden darf. Zum anderen dürfte es gerade für bislang im (höheren) Management tätige Personen einen erheblichen persönlichen Nachteil darstellen, für längere Zeit keine adäquate Tätigkeit mehr ausüben zu dürfen.

27.* Daneben wäre zu überlegen, die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung von Kartellen durch eine gesetzlich vorgesehene Entlohnung von Hinweisgebern zu erhöhen. Ein solches Whistleblowing-System könnte vorsehen, dass jedenfalls Hinweisgeber, die nicht an einem Kartellverstoß beteiligt waren, eine Prämie erhalten. Dagegen sollte ein Hinweisgeber, der Anführer eines Kartells ist oder andere zur Begehung eines Kartellverstoßes gezwungen hat, von der Möglichkeit einer Belohnung ausgeschlossen sein.

28.* Die Einführung eines Unternehmensstrafrechts sieht die Monopolkommission hingegen jedenfalls für den Bereich des Kartellrechts als nicht zielführend an. Problematisch ist, dass die damit verbundenen Verhaltensanreize nicht bei den unmittelbar handelnden natürlichen Personen ansetzen. Aus der Sicht eines Unternehmens oder seiner Eigentümer könnte es von geringerer Bedeutung sein, ob es mit einer Geldstrafe oder mit einer Geldbuße geahndet wird. Wichtiger erscheint insofern die Bekanntgabe des kartellrechtswidrigen Verhaltens in der Öffentlichkeit, weil damit ein Reputationsverlust verbunden sein wird. Insoweit sind gerade im Kartellrecht allerdings keine Defizite zu verzeichnen, da die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt regelmäßig über Kartellverfahren und Sanktionen gegen Unternehmen berichten. Schließlich sind keine Defizite aufseiten der Europäischen Kommission und der deutschen Kartellbehörden beim Aufgreifen von rechtswidrigen Kartellen ersichtlich.

Wettbewerbsdefizite auf Taximärkten

29.* Der Taxiverkehr in Deutschland ist genehmigungspflichtig und unterliegt gemäß den Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) einer strikten Regulierung. Die Erteilung einer Konzession ist an die Erfüllung subjektiver (qualitativer) sowie objektiver (quantitativer) Zulassungskriterien gebunden. Eine Genehmigung ist zu versagen, wenn der Antragsteller nicht über die persönlichen Voraussetzungen zum Betrieb eines Taxiunternehmens verfügt oder wenn das örtliche Taxigewerbe durch die Erteilung weiterer Konzessionen in seiner Funktionsfähigkeit bedroht und somit die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt wären. Die Genehmigung ist weitgehend auf das Gebiet der für die Lizenzvergabe zuständigen Behörde beschränkt. Außerhalb dieses Pflichtfahrbereiches dürfen Taxifahrer i. d. R. keine Fahrgäste vom Straßenrand und von Taxiständen mitnehmen.

30.* Darüber hinaus wird im Taxiverkehr der Preiswettbewerb durch eine Tarifpflicht weitgehend unterbunden. Die von der Genehmigungsbehörde festgesetzten Beförderungsentgelte dürfen im Pflichtfahrbereich weder über- noch unterschritten werden, bei Verlassen des Pflichtfahrbereiches ist eine freie Preissetzung möglich. Einher mit der Tarifpflicht geht eine Betriebs- und Beförderungspflicht.

31.* Bei der ökonomischen Analyse des Taxiverkehrs ist zwischen drei Marktsegmenten zu unterscheiden, die in unterschiedlichem Maße von Marktversagen betroffen sein können. Hierbei handelt es sich um Funktaxis, die vorab bestellt werden, Ruftaxis, die am Straßenrand herangewunken werden sowie den Bereich der Taxistände. Kaum regulierungsbedürftig ist grundsätzlich der Funktaximarkt, etwas differenzierter sind die Bereiche der Ruftaxis und Taxistände zu beurteilen.

32.* Die quantitative Beschränkung des Marktzutritts (§ 13 Abs. 4 PBefG) stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Berufsfreiheit gemäß § 12 GG dar, der nicht zu rechtfertigen ist und aufgehoben werden sollte. Eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Taxigewerbes infolge von Überkapazitäten ist aufgrund geringer Marktaustrittsbarrieren und eines funktionsfähigen Gebrauchtwagenmarktes nicht gegeben. Notwendig ist hingegen eine qualitative Regulierung des Marktzugangs aufgrund von Informationsasymmetrien in Bezug auf die nicht-beobachtbare Qualität der Dienstleistung Taxifahrt (z. B. Verkehrssicherheit des Pkw).

33.* Das bisherige Verbot der Aufnahme von Fahrgästen an Taxiständen sowie am Straßenrand außerhalb des eigenen Pflichtfahrbereiches sollte aufgehoben werden. Ein solches Verbot führt zu unnötigen Leerfahrten und längeren Wartezeiten für die Fahrgäste und ist ökologisch wie wirtschaftlich abzulehnen.

34.* Eine den Preiswettbewerb unterbindende Tarifpflicht (§ 51 i. V. m. § 39 Abs. 3 PBefG) ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die unternehmerische Preisgestaltungsfreiheit und im Taxigewerbe zum Schutz der Fahrgäste vor Übervorteilung nicht notwendig. Eine Liberalisierung der Beförderungsentgelte könnte den Wettbewerb im Taxiverkehr beleben und eine Ausdifferenzierung unterschiedlicher Preis-Qualitäts-Kombinationen ermöglichen. Die Monopolkommission empfiehlt zur Gewöhnung der Fahrgäste an die Liberalisierung, zunächst für einen Übergangszeitraum von drei Jahren Höchstpreise einzuführen, die von den Behörden festgesetzt und sich an den aktuellen Tarifen orientieren sollten. Nach Ablauf dieser Übergangsphase sollte im Funktaximarkt ein freier Preiswettbewerb gelten, da hier die Preistransparenz aufgrund guter Preisvergleichsmöglichkeiten besonders hoch ist. In den anderen Marktsegmenten sollte eine solche Preisfreigabe erfolgen, sofern eine hinreichende Markttransparenz gesichert ist.

35.* Die Monopolkommission hat zudem das Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Taxi- und dem Mietwagenverkehr betrachtet. Sie empfiehlt eine Aufhebung der Rückkehrpflicht für Mietwagen sowie der Vorschrift, dass der Beförderungsauftrag am Betriebsitz des Mietwagenunternehmers eingehen muss (§ 49 Abs. 4 Satz 2 und 3 PBefG). Zudem sollten die Umsatzsteuersätze des Taxi- und Mietwagenverkehrs harmonisiert werden. Weitere Anpassungen wären im Rahmen einer Liberalisierung des Taxiverkehrs geboten. Hier ergäben sich unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten, die letztlich von der konkreten Ausgestaltung der Liberalisierung des Taxiverkehrs abhängen würden.

36.* Schließlich hat die Monopolkommission den Markt für Taxivermittlungen betrachtet. Sie begrüßt die positive Wettbewerbsentwicklung im Zuge des Eintritts alternativer Vermittlungsdienste, die Taxifahrten mittels Taxi-Apps vermitteln. Gleichzeitig teilt sie die Sichtweise der deutschen Justiz, dass die von einigen Taxizentralen angewandten Ausschließlichkeitsklauseln (Doppelfunk-Verbote) und Fremdwerbeverbote unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen darstellen.

Wettbewerb in der deutschen Kinder- und Jugendhilfe

37.* Die Kinder- und Jugendhilfe umfasst neben der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege u.a. umfängliche Beratungsleistungen, Aufgaben des Kinder- und Jugendschutzes (z. B. durch die Inobhutnahme von Kindern bzw. Jugendlichen im Falle gewalttätiger Eltern), Leistungen der Jugendhilfe (z. B. durch Förderung von Jugendzentren) sowie die Erziehungs- und Familienhilfe, z. B. in Form betreuter Wohngruppen.

38.* Bundesgesetzliche Grundlage der Ausgestaltung der Kinder- und Jugendhilfe ist das Achte Buch Sozialgesetzbuch (SGB VIII), das in landesrechtlichen Ausführungsgesetzen konkretisiert wird. Daneben bestehen weitere Vorschriften; von besonderer Bedeutung sind insoweit etwa die Kindertagesstätten-Gesetze bzw. Kinderförderungs-Gesetze auf Landesebene.

Bei der Kinder- und Jugendhilfe wird zwischen öffentlicher und freier Wohlfahrtspflege unterschieden, § 3 Abs. 2 SGB VIII. Zu den „freien“ Trägern zählen alle nicht-öffentlichen Institutionen, also bspw. Betriebskindergärten, Elterninitiativen sowie Einrichtungen der sogenannten Freien Träger der Wohlfahrtspflege wie der Arbeiterwohlfahrt, dem Paritätischen Gesamtverband, dem Deutschen Roten Kreuz, der Diakonie Deutschland, dem Deutschen Caritasverband sowie der Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland.

39.* Die öffentlichen Träger der Kinder- und Jugendhilfe haben nach §§ 3 Abs. 2 Satz 2, 79 Abs. 1, 2 SGB VIII die Gewährleistungsverantwortung für die gesetzlich vorgesehenen Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe. Dabei wird zwischen örtlichen und überörtlichen öffentlichen Trägern der Kinder- und Jugendhilfe unterschieden. Die Zuweisung dieser Funktionen erfolgt durch Landesrecht; typischerweise sind die Kommunen i. w. S., also Landkreise, kreisfreie sowie teilweise kreisangehörige Städte und Gemeinden als örtliche sowie das Land als überörtlicher öffentlicher Träger zuständig. § 4 Abs. 2 SGB VIII sieht ein spezielles Subsidiaritätsprinzip vor, wonach die Träger der öffentlichen Jugendhilfe von eigenen Maß-

nahmen absehen sollen, soweit anerkannte Träger der freien Kinder- und Jugendhilfe die Aufgaben übernehmen können. Seit 1990 ist der Anteil der öffentlichen Träger bezogen auf Einrichtungen, Betreuungsplätze und beschäftigte Personen rückläufig, was auch die effektive Ausübung des Wunsch- und Wahlrechtes der Leistungsberechtigten stärkt, § 5 SGB VIII. Wettbewerb ist insoweit explizit im SGB VIII angelegt.

40.* Die Leistungsabwicklung im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe erfolgt weitgehend im Rahmen des „jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses“ zwischen Leistungsberechtigtem, Leistungsverpflichtetem und Leistungserbringer. Dieses Verhältnis zwischen den verschiedenen Ebenen der öffentlichen Hand, den übrigen Sachleistungsträgern (Sozialversicherungen) und der Freien Wohlfahrtspflege zeichnet sich durch ein enges Kooperations- und Austauschgeflecht aus, das im Einzelnen wettbewerblichen Bedenken begegnen kann.

41.* Die Besonderheiten sozialer Dienstleistungen (so handelt es sich im Wesentlichen um Vertrauensgüter) erfordern besondere Marktordnungen. Die Überwindung von Informationsnachteilen für die Nachfrager gelingt neben regulatorischen Lösungen wie bspw. fachlichen und räumlichen Voraussetzungen für den Betrieb einer Einrichtung (§ 45 SGB VIII) überdies mit Marktlösungen wie (freiwilligen) Qualifikationsnachweisen der Leistungserbringer, Reputation und Transparenz. So erscheint dringend wünschenswert, die Transparenz hinsichtlich wirtschaftlich relevanter, disaggregierter Daten (z. B. konkrete Fördersummen der öffentlichen Hand) in der Kinder- und Jugendhilfe zu erhöhen.

42.* Bei den Dienstleistungen in der Kinder- und Jugendhilfe gibt es eine Reihe positiver Externalitäten, d. h. die Gesellschaft als Ganze profitiert von einer bestimmten Maßnahme. Auch für den Ausbau der Tagesbetreuungsmöglichkeiten für Kinder in Deutschland waren nicht zuletzt derartige Gründe ausschlaggebend. So hat sich inzwischen die Einschätzung etabliert, dass die institutionalisierte Kinderbetreuung eine wichtige Rolle für die Integration, Sozialisation und Bildungsgrundlage von Kindern spielt. Zudem können Eltern am Erwerbsleben teilnehmen oder vermeiden, aus der Erwerbstätigkeit auszusteigen; dies kommt auch den Unternehmen zugute, welche mitunter zusätzlich mit (defizitären) Betriebskindergärten ihr Personal an das Unternehmen zu binden versuchen.

43.* Neben den Grundfreiheiten sind besonders Kartell-, Beihilfe- und Wettbewerbsrecht im Bereich der sozialen Dienstleistungen von Bedeutung. Auch wenn die Durchsetzung des Kartellrechts durch die deutschen und europäischen Wettbewerbsbehörden in diesem Bereich bisher nur wenig ausgeprägt ist, weist die Monopolkommission betroffene Marktteilnehmer auf die Möglichkeit der privatinitiativen Durchsetzung hin.

44.* Das deutsche und europäische Kartellrecht sowie das europäische Beihilferecht sind je nach Konstellation, Sachbereich und genauer Ausgestaltung der einzelnen Beziehungen auch im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe anwendbar. Ausgeschlossen ist dies lediglich, wenn nicht wirtschaftliche Tätigkeiten betroffen sind, insbesondere, sofern die Leistungen als Teil des Bildungssystems staatlich in der Erbringung ihrer Leistungen determiniert werden. Soweit die Leistungsträger jedoch frei sind, ihr Angebot nach Umfang und Qualität im Wettbewerb auszugestalten, liegt i. d. R. eine unternehmerische, dem Kartell- und Beihilferecht unterworfenen Tätigkeit vor.

45.* Ob das Vergaberecht auf die Kinder- und Jugendhilfe Anwendung findet, ist noch nicht vollständig geklärt. Entscheidend kommt es dabei immer auf die genaue Ausgestaltung des Leistungsverhältnisses an. Dabei verkennt die Monopolkommission nicht die Schwierigkeiten bei der Anwendung des Vergaberechts durch die Kommunen. Der Aufbau auf Verfahrens- und Dokumentmustern, Best-Practices etc. sowie auf institutionenübergreifenden Erfahrungen und Lerneffekten kann jedoch diese Transaktionskosten erheblich minimieren. Vielversprechend erscheint in diesem Kontext die Umstellung auf die e-Vergabe nach dem

neuen Richtlinienpaket, da elektronische Informations- und Kommunikationsmittel die Bekanntmachung von Aufträgen vereinfachen und Effizienz und Transparenz der Vergabeverfahren steigern können.

Aktuell unterliegt das europäische Vergaberecht einer Reformierung. Die Monopolkommission begrüßt das neue europäische Vergaberichtlinienpaket, da es bisherigen Bedenken gegen die Anwendung des Vergaberechts auf die Kinder- und Jugendhilfe in Form eines neuen „Sozialvergaberechts“ Rechnung trägt. Über die in den neuen Vergaberichtlinien vorgesehene und dringend erforderliche Vereinfachung von Vergaben hinaus müssen die Möglichkeiten zum zentralen Aufbau von Verfahrenswissen und zur Erleichterung Institutionen übergreifenden Erfahrungsaustauschs ausgeschöpft werden. Zentral erscheint der Monopolkommission weiter, die Potenziale einer Steigerung der Transparenz auch im sozialen Bereich zu nutzen. Nicht zuletzt die durch die neuen Vergaberichtlinien vorgeschriebene e-Vergabe und darauf aufbauende öffentliche und verwaltungsinterne Plattformen bieten hier vielfältige Anknüpfungspunkte. Es ist zu erwarten, dass Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Zukunft und insbesondere unter Geltung des zu schaffenden Sozialvergaberechts verstärkt ausgeschrieben werden. So werden etwa ab 2016 auch Dienstleistungskonzessionen als vergaberechtlich relevant eingestuft.

46.* Bis zur Einführung betriebswirtschaftlicher Elemente in Form einzelfallbezogener Leistungs-, Entgelt- und Qualitätsentwicklungsvereinbarungen erfolgte die Finanzierung freier Träger weitgehend über die Zuwendungsfinanzierung. Aus der Praxis berichten Marktteilnehmer, dass die Umsetzung der Entgeltreform auf halbem Wege stecken geblieben sei. Kosten- und Qualitätsaspekte seien eher nachrangig, vielmehr würden Akteure kommunaler Körperschaften auf „pauschalisiertes Vertrauen und den Gerüchtemarkt vor Ort“ als auf objektiv nachvollziehbare Inhalte aus Leistungsvereinbarungen setzen. Die Monopolkommission ermutigt die Kommunen, die Umsetzung der Entgeltreform weiter voranzutreiben. Dabei verkennt die Monopolkommission nicht die besonderen Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Qualität von Leistungen. Nach Auffassung der Monopolkommission scheint insoweit für Kommunen ein Überblick über Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Form landes- sowie möglicherweise bundesweiter Datenbanken hilfreich, um hieraus für die Zukunft Bewertungsregeln und -kriterien ableiten zu können, die Kostentransparenz zu verbessern und Anbieter so besser vergleichen zu können. In diesem Kontext erachtet die Monopolkommission auch die Möglichkeit einer Leistungsbewertung durch Eltern und Kinder sowie standardisierte Leistungsüberprüfungen als hilfreich für eine Leistungs- und Qualitätsmessung.

47.* In Anbetracht steigender Ausgaben für den Ausbau von Kindertageseinrichtungen und begrenzter finanzieller Ressourcen öffentlicher Haushalte stellt sich die Frage nach einer bedarfsgerechten und effizienten Bereitstellung von Betreuungsangeboten. Gutscheinsysteme zur Vergabe von Betreuungsplätzen, wie sie bereits teilweise in Städten wie Hamburg und Berlin erfolgreich eingesetzt werden, können als Alternative zur herkömmlichen Objektförderung ein effizientes Instrument einer zielgenauen Bildungs- und Sozialpolitik dienen. Sie stärken das elterliche Wunsch- und Wahlrecht und erlauben es ihnen, mehr Einfluss auf die quantitative und qualitative Ausgestaltung des Betreuungsangebotes zu nehmen. Gleichzeitig wird der Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern gestärkt, wenn diese mehr als in einem System mit Objektförderung, ihr Angebot an den Wünschen der Eltern ausrichten müssen und staatliche Förderungen nicht den Einrichtungsträgern, sondern direkt den Eltern zuteilwerden. Dabei dürften die positiven Effekte eines Gutscheinsystems umso größer ausfallen, je höher das bestehende Angebot an Betreuungsplätzen ist. Bislang ist allerdings unklar, ob ähnliche Erfolge wie in Hamburg auch in eher unterversorgten ländlichen Gebieten möglich sind.

48.* Das jahrzehntelange partnerschaftliche Zusammenwirken öffentlicher Stellen und Träger der Freien Wohlfahrtspflege machte und macht es auch heute noch Dritten häufig schwer, Dienstleistungen auf dem Markt der Kinder- und Jugendhilfe anzubieten. Das SGB VIII von 1990 hat zu einer zumindest partiellen

Aufwertung privater Träger, die nicht in den sechs Spitzenverbänden organisiert sind, geführt. Dennoch existieren noch immer zahlreiche Privilegien, die i. d. R. eng mit dem Status der Gemeinnützigkeit der Leistungserbringer verbunden sind.

49.* Im Gegensatz zu privat-wirtschaftlichen Anbietern profitieren gemeinnützige Organisationen von einer Vielzahl von Steuerprivilegien, wie etwa der Befreiung von der Körperschaftsteuer, dem Spendenprivileg und dem Übungsleiterprivileg. Die Monopolkommission steht einer solchen Privilegierung einzelner, als gemeinnützig anerkannter Einrichtungen grundsätzlich kritisch gegenüber. Ökonomisch betrachtet kann eine steuerliche Subventionierung etwa im Bereich der Mildtätigkeit gerechtfertigt sein, wenn eine Leistung von privaten Anbietern nicht oder in geringerem Maße bereitgestellt würde, als dies gesamtwirtschaftlich wünschenswert wäre. Zu einer solchen Unterversorgung kann es kommen, wenn der Nutzen, den bestimmte Güter oder Leistungen für Dritte haben, bei der Bereitstellung nicht ausreichend berücksichtigt (internalisiert) wird. Bei vielen entgeltlichen Angeboten in der Kinder- und Jugendhilfe, für deren Inanspruchnahme regelmäßig ein Rechtsanspruch besteht, ist jedoch davon auszugehen, dass eine steuerliche Förderung im Sinne der Gemeinnützigkeit nicht nur nicht notwendig, sondern in vielfacher Hinsicht als problematisch zu bewerten ist. Dies gilt umso mehr, wenn es dadurch zu Wettbewerbsverzerrungen kommt.

50.* Die Monopolkommission kritisiert, dass auf Länderebene z. T. die Förderung von Kindertageseinrichtungen privat-wirtschaftliche Anbieter ausschließt. Aus Sicht der Monopolkommission sind notwendige Fördermaßnahmen, besonders mit Blick auf den massiven erforderlichen Ausbaubedarf an Kindertageseinrichtungen, unabhängig von der Trägerschaft zu gewähren. Eine vielfältige Trägerlandschaft ist nach § 3 Abs. 1 SGB VIII gesetzlich vorgesehen und hat den Vorteil, dass verschiedenen Bedürfnissen schneller und differenzierter begegnet werden kann und dass die gestiegene Konkurrenz zwischen den Anbietern die Chancen dafür erhöht, dass sich innovative Ideen und neue fachliche Arbeitskonzepte und Organisationsformen entwickeln.

51.* Der Jugendhilfeausschuss hat als zentrales Steuergremium des Jugendamtes einen hohen Stellenwert. Er hat Beschlussrecht in Angelegenheiten der Jugendhilfe im Rahmen der von der Vertretungskörperschaft bereitgestellten Mittel, der von ihr erlassenen Satzung und der von ihr gefassten Beschlüsse, § 71 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII. Im Jugendhilfeausschuss verfügen neben den öffentlichen die anerkannten freien Träger über ein wesentliches Mitspracherecht hinsichtlich der Jugendhilfeplanung, der finanziellen Ausstattung und der Auswahl der zu fördernden Maßnahmen. Die Monopolkommission sieht einen Interessenkonflikt und eine Minderung der Entscheidungsqualität, wenn Vertreter der anerkannten freien Jugendhilfe an Entscheidungen beteiligt sind, von denen sie mitunter in erheblichem Maße selbst tangiert werden. Die Monopolkommission fordert daher, ein Stimmrecht ausschließlich dem öffentlichen Wohl verpflichteten politisch legitimierten Mitgliedern der Vertretungskörperschaft des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe bzw. von der Vertretungskörperschaft gewählten Personen einzuräumen, die in der Jugendhilfe erfahren sind. Andere Akteure sollten eine Beratungsfunktion innehaben und auf diese Weise ihre Erfahrungen und Vorschläge einbringen.

Datenzugang der Monopolkommission

52.* Ein Problem, das die Arbeitsfähigkeit der Monopolkommission anhaltend beeinträchtigt, resultiert aus der Weigerung des Bundeskartellamtes, der Monopolkommission im Rahmen ihres Akteneinsichtsrechts gemäß § 46 Abs. 2a GWB umfassenden Zugang zu den beim Amt vorliegenden Daten, z. B. zu Kosten, Preisen und Absatzmengen, zu gewähren. Das Amt führt mit den Daten empirische Analysen durch und bezieht die Ergebnisse bei seinen Überlegungen zu Kartellrechtsverfahren sowie bei Sektoruntersuchungen ein.

53.* Die Bestimmung des § 46 Abs. 2a GWB räumt der Monopolkommission die Befugnis ein, Einsicht in die von der Kartellbehörde geführten Akten einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und

personenbezogener Daten zu nehmen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Die Reichweite des Akteneinsichtsrechts unterliegt lediglich einer einzigen Einschränkung – sie muss für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung seitens der Monopolkommission erforderlich sein. In diesem Rahmen ist das Akteneinsichtsrecht, das die Monopolkommission in die Lage versetzen soll, ihre gesetzlich festgelegten Aufgaben zu erfüllen, lückenlos. Der notwendige Schutz Dritter wird durch die in § 46 Abs. 3 GWB verankerte Verpflichtung zur Verschwiegenheit der Mitglieder der Monopolkommission und der Angehörigen der Geschäftsstelle gewährleistet. Die Verschwiegenheitspflicht reicht damit ebenso weit wie die entsprechenden Pflichten der Mitarbeiter des Bundeskartellamtes.

54.* Das Akteneinsichtsrecht umfasst auch den unbeschränkten Zugang zu den von der Kartellbehörde erhobenen oder von Dritten eingebrachten Daten. Die zunehmende Anwendung moderner empirischer Methoden ist die wichtigste Entwicklung in der neueren Anwendungspraxis der Kartellbehörden. Die Monopolkommission ist deshalb nur imstande, ihre gesetzlichen Aufgaben – etwa die fundierte Würdigung der Kartellamtspraxis – auch künftig wahrzunehmen, wenn sie auch das methodische Vorgehen und die Ergebnisse der empirischen Analysen der Kartellbehörde evaluieren kann. Eine solche Evaluierung setzt den Zugang zu den Einzeldaten und damit die Möglichkeit voraus, Vergleichsrechnungen anzustellen und Robustheitsprüfungen durchzuführen. Eine bloße „Einsicht“ in die Daten und die vom Bundeskartellamt angewendeten Methoden reicht dazu ebenso wenig aus wie ein bloßes „Nachrechnen“.

55.* Bei der Akteneinsicht und dem zugehörigen Datenzugang geht es nicht darum geht, „private“ Interessen der Monopolkommission zu bedienen. Die Monopolkommission leitet ihre Gutachten mit den darin enthaltenen Stellungnahmen zur kartellrechtlichen Amtspraxis und zu anderen wettbewerbspolitischen und -rechtlichen Themen der Bundesregierung zu, die diese unverzüglich den gesetzgebenden Körperschaften vorlegt. Die Monopolkommission informiert und berät also Verfassungsorgane. Es kann nicht im Interesse der Bundesregierung und der gesetzgebenden Körperschaften liegen, dass die Möglichkeiten der Monopolkommission soweit beschnitten werden, dass ein wesentlicher Teil ihrer Aufgaben nur noch eingeschränkt erfüllt werden kann.

56.* Die Monopolkommission bleibt bei ihrer schon vor zwei Jahren geäußerten Auffassung, dass der umfassende Zugang zu Einzeldaten aus kartellrechtlichen Fällen und Sektoruntersuchungen einschließlich deren Nutzung für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung der Monopolkommission durch das geltende Recht zur Akteneinsicht gemäß § 46 Abs. 2a GWB gedeckt ist. Eine ausdrückliche Klarstellung im GWB erscheint nicht erforderlich. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie könnte als oberste Bundesbehörde in dieser Hinsicht für eine rasche Klärung sorgen. Sollte gleichwohl eine gesetzliche Klarstellung zum Datenzugang der Monopolkommission für vorzugswürdig gehalten werden, schlägt die Monopolkommission vor, § 46 Abs. 2a GWB um den Satz zu ergänzen:

„Das Recht auf Akteneinsicht schließt ein, dass der Monopolkommission die bei der Kartellbehörde vorliegenden Daten zur Verfügung gestellt werden.“

II. Stand und Entwicklung der Konzentration und Verflechtung von Großunternehmen

57.* Mit ihren Untersuchungen zum Stand und der Entwicklung der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung sowie des Verflechtungsgrades der größten Unternehmen der Bundesrepublik Deutschland folgt die Monopolkommission ihrem gesetzlichen Auftrag, die Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland regelmäßig zu begutachten (§ 44 Abs. 1 Satz 1 GWB). Die Analysen verfolgen das Ziel, die wirtschaftliche Bedeutung der größten Unternehmen in Deutschland zu identifizieren sowie interne bzw. externe Wachstumsvorgänge und Verflechtungsbeziehungen zwischen den einzelnen Akteuren aufzuzeigen.

58.* Die Monopolkommission stützt sich bei ihren Erhebungen auf die nach dem Merkmal der inländischen Wertschöpfung 100 größten Unternehmen aller Wirtschaftsbereiche für das aktuelle Berichtsjahr 2012. Neben der Wertschöpfung werden die Merkmale Anzahl der Beschäftigten, Sachanlagevermögen, Cashflow und Rechtsform analysiert. Die Analyse der inländischen Konzernbereiche wird ergänzt durch die Darstellung der weltweiten Wertschöpfung der betrachteten Unternehmen. Auch werden Verflechtungen zwischen den Unternehmen im Untersuchungskreis über Minderheitsbeteiligungen und personelle Verbindungen ausgewertet. Die Bedeutung von Großunternehmen in einzelnen Branchen wird auf Grundlage des Umsatzes der größten Industrie-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen, der Bilanzsumme der größten Kreditinstitute und der Bruttobeitragseinnahmen von Versicherungsunternehmen untersucht. Die Berichterstattung endet mit der Untersuchung der Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlussvorhaben und der Zahl der Freigabeentscheidungen.

59.* Gegenüber dem Vergleichsjahr 2010 erhöhten die 100 größten Unternehmen die inländische Wertschöpfung um 5,9 Prozent auf EUR 289 Mrd. im Berichtsjahr 2012. Die Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen erhöhte sich zwischen den Jahren 2010 und 2012 um 6,8 Prozent auf EUR 1.803 Mrd. Der Anteil der „100 Größten“ an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße verringerte sich in der Folge nur geringfügig um 0,2 Prozentpunkte auf 16,0 Prozent. Allerdings liegt der Anteil unverändert deutlich unter dem langjährigen Durchschnitt von 18,1 Prozent.

60.* Die Gegenüberstellung der inländischen und weltweiten Wertschöpfung von 54 Unternehmen mit Tätigkeitsschwerpunkt in den Wirtschaftsbereichen Produzierendes Gewerbe, Handel, Verkehr und Dienstleistungen, deren Hauptsitz im Inland lag und die in beiden Berichtsperioden 2010 und 2012 zum Kreis der „100 Größten“ zählten zeigt, dass der Inlandsanteil nur unwesentlich von durchschnittlich 55,5 Prozent auf 54,1 Prozent sank. Im Ergebnis finden sich somit keine Hinweise auf eine Verlagerung wesentlicher Teile der Wertschöpfungskette ins Ausland.

61.* Als Ergänzung zu den „100 Größten“ nach Wertschöpfung erfasst die Monopolkommission die 100 größten Unternehmen, gemessen an der Zahl der inländischen Beschäftigten. Die 100 größten Arbeitgeber in Deutschland beschäftigten zum Ende des Jahres 2012 etwa 3,57 Mio. Personen. Dies entspricht einem Anstieg um 3,6 Prozent gegenüber der Vorperiode. Die Mitarbeiterzahl der Gesamtkonzerne erhöhte sich im gleichen Zeitraum um 4,2 Prozent. Der Anteil der im Inland Beschäftigten an den Konzernmitarbeitern stagnierte im Jahr 2012 bei 34,4 Prozent (2010: 34,6 Prozent).

62.* Die Monopolkommission betrachtet alternativ zu der inländischen Wertschöpfung als Größenkriterium branchenspezifische Merkmale zur Beurteilung der Unternehmensgröße, um die Bedeutung von Großunternehmen in einzelnen Sektoren zu erfassen. Die 50 größten Industrieunternehmen erhöhten die inländischen Umsatzerlöse gegenüber dem Jahr 2010 nominal um 22,2 Prozent, das Geschäftsvolumen aller Unternehmen des Produzierenden Gewerbes erhöhte sich im gleichen Zeitraum um 11,8 Prozent. Der Anteil der 50 Großunternehmen an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße stieg in der Folge um drei Prozentpunkte auf 34,8 Prozent. Der Anteil der zehn größten Handelsunternehmen verringerte sich infolge des relativ stärkeren Umsatzwachstums aller Handelsunternehmen in Deutschland leicht auf 9,5 Prozent im Jahr 2012. Aus dem gleichen Grund sank der Anteil der zehn größten Versicherungskonzerne an den nominalen unkonsolidierten Bruttobeitragseinnahmen aller Versicherungskonzerne geringfügig auf 59,11 Prozent. Dagegen erhöhten die zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen ihren Anteil an den Umsätzen aller Unternehmen in der Branche leicht auf 13,7 Prozent. Dem Anstieg der unkonsolidierten inländischen Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute zwischen den Jahren 2010 und 2012 um 12,2 Prozent steht ein Rückgang der Bilanzsumme aller Kreditinstitute um zwei Prozent gegenüber. Die Inlandsrelation stieg im Jahr 2012 auf 56,3 Prozent.

63.* Bei der Analyse der Anteilseignerstruktur werden die betrachteten Unternehmen zum einen nach verschiedenen Gruppen von Eigenkapitalgebern, zum anderen nach Kapitalverflechtungen über Minderheitsbeteiligungen innerhalb des Kreises der „100 Größten“ ausgewertet. Im aktuellen Berichtsjahr 2012 wurden 26 Unternehmen mehrheitlich durch Einzelpersonen, Familien oder Familienstiftungen kontrolliert. 23 Unternehmen befanden sich überwiegend in Streubesitz und 21 Unternehmen mehrheitlich in ausländischem Einzelbesitz. Die öffentliche Hand hielt in 15 Fällen die Mehrheit an den Stimmrechten. Die höchste durchschnittliche Wertschöpfung erzielten mit knapp EUR fünf Mrd. die Unternehmen, die einen Streubesitz von über 50 Prozent aufwiesen.

64.* Gegenüber der Vorperiode ist ein Anstieg der Zahl der Kapitalbeteiligungen zwischen den Unternehmen im Untersuchungskreis festzustellen, wenngleich die Vergleichbarkeit zwischen beiden Beobachtungszeitpunkten 2010 und 2012 aufgrund eines Wechsels in der Datenbasis nur eingeschränkt möglich ist. Die Gesamtzahl der Beteiligungsfälle erhöhte sich von 37 auf 58. Die Anzahl der identifizierten Anteilseigner stieg von 15 auf 18, die Anzahl der Beteiligungsunternehmen von 22 auf 35. Die Ergebnisse der Untersuchung zeigen aber auch, dass der Grad der Interdependenz als Maß für den Anteil der durch Kapitalbeteiligungen kontrollierten Wertschöpfung an der Gesamtwertschöpfung aller 100 Unternehmen nach einem Rückgang um drei Prozentpunkte zwischen den Jahren 2008 und 2010 bis zum Jahr 2012 erneut um weitere 0,5 Punkte auf nunmehr 4,6 Prozent sank. Bei der Interpretation der Ergebnisse ist allerdings auch zu berücksichtigen, dass ein abnehmender Verflechtungsgrad infolge von Unternehmensübernahmen und Fusionen zumindest teilweise einen konzentrationserhöhenden Vorgang widerspiegeln kann.

65.* In der Untersuchung zu personellen Unternehmensverbindungen finden diejenigen Fälle Berücksichtigung, bei denen eine oder mehrere Personen den Geschäftsführungs- oder Kontrollgremien von mindestens zwei Unternehmen aus dem Untersuchungskreis angehören. Im Berichtsjahr 2012 wurden 42 Verbindungen (2010: 62 Verbindungen) über Geschäftsführungsmitglieder in den Kontrollgremien von dritten Unternehmen festgestellt. Die Gesamtzahl von Verflechtungsbeziehungen über sonstige gemeinsame Träger von Aufsichtsmandaten verringerte sich zwischen 2010 und 2012 von 176 auf 155 Fälle. In der Folge sank auch der Anteil bestehender Kontakte an der Anzahl möglicher Verbindungen als Indikator für den Verflechtungsgrad von 3,6 Prozent auf 3,1 Prozent. Insgesamt setzt sich der seit 1996 zu beobachtende stetige Auflösungsprozess von personellen Unternehmensverbindungen im Jahr 2012 weiter fort.

66.* Von den insgesamt 1.520 Mitgliedern der Kontrollgremien im Jahr 2012 wurden 840 Mandate (55,3 Prozent) durch Anteilseignervertreter besetzt. 5,8 Prozent dieser 840 Mandate wurden durch Geschäftsführungsmitglieder ausgeübt. 11,8 Prozent der Mandate sind Vertretern der öffentlichen Hand zuzuordnen, die in der Mehrzahl der Fälle Kapitalbeteiligungen der öffentlichen Hand überwachen. Die Vorsitzenden der Kontrollgremien üben in knapp einem Drittel der Fälle mindestens ein weiteres Geschäftsführungs- bzw. Kontrollmandat in dritten Unternehmen aus. Die Analysen zeigen weiter, dass 33 Prozent der amtierenden Vorsitzenden des Kontrollgremiums vormals dem Geschäftsführungsgremium desselben Unternehmens angehörten. In 12 der 32 Fälle ist das entsprechende Unternehmen im DAX 30 notiert. Deutliche Unterschiede zeigen sich bei der Präsenz von Frauen in den Geschäftsführungs- und Kontrollgremien.

67.* Das Kapitel zur aggregierten Konzentration von Großunternehmen schließt mit der Untersuchung des Anteils der 100 größten Unternehmen an den beim Bundeskartellamt nach § 39 GWB vor dem Vollzug anzumeldenden Unternehmenszusammenschlüssen und an der Zahl der Freigabeentscheidungen. Die „100 Größten“ waren im Zeitraum 2012/13 an 299 angemeldeten Zusammenschlüssen (2010/11: 341) sowie an 296 Freigabeentscheidungen (2010/11: 282) beteiligt. Die zugehörigen Anteilswerte an allen angemeldeten Zusammenschlüssen bzw. an allen Freigabeentscheidungen betragen 13,5 bzw. 14,4 Prozent (2010/11: 16,3 bzw. 14,9 Prozent).

III. Europäisches Verflechtungsnetzwerk

68.* Die Monopolkommission erweitert im XX. Hauptgutachten vor dem Hintergrund der fortschreitenden Internationalisierung und dem Zusammenwachsen von Märkten die empirische Analyse zum Stand und der Entwicklung von Unternehmensnetzwerken in und zwischen ausgewählten EU-Mitgliedstaaten. Die Analyse ergänzt die in Kapitel II vorgenommene Untersuchung zur aggregierten Konzentration und Verflechtung deutscher Großunternehmen um eine internationale Perspektive.

69.* Für das aktuelle Hauptgutachten hat die Monopolkommission einen umfassenden Datensatz zu 5.370 börsennotierten Unternehmen in den EU-15 Mitgliedstaaten sowie Norwegen und der Schweiz für die Jahre 2005 bis 2011 systematisch aufbereitet, um die nationale und internationale Bedeutung personeller Unternehmensverflechtungen im Zeitverlauf zu veranschaulichen. Für die Darstellung personeller Verflechtungen wurden 67.995 verschiedene Personen in den Leitungs- bzw. Kontrollgremien berücksichtigt. Zudem wurden den Unternehmen weitere Informationen zur Eigentümerstruktur, Bilanzdaten sowie der Patentaktivität zugespielt. Der vorliegende Datensatz erlaubt somit neben der Analyse von personellen Verbindungen und Unternehmensverflechtungen über Kapitalbeteiligungen auch erste Analysen zum Zusammenhang zwischen unterschiedlichen Verflechtungstatbeständen und wettbewerbsrelevanten Zielgrößen.

70.* Bei rund 60 Prozent an allen in der Stichprobe erfassten Unternehmen handelt es sich um Großunternehmen. Es gilt jedoch zu berücksichtigen, dass auf Grundlage des Datensatzes keine Rückschlüsse auf die gesamte Unternehmenslandschaft getroffen werden können. In gut einem Drittel der Fälle liegt der Hauptsitz der Unternehmen im Vereinigten Königreich gefolgt von Deutschland mit 12,9 Prozent, Frankreich (12,2 Prozent) und Schweden (8,6 Prozent). Für die Untersuchungen wurden Unternehmen in den Branchen Finanz- und Versicherungsdienstleistungen aus dem Datensatz entfernt. Die größte Anzahl von Unternehmen in der Stichprobe ist mit 36,6 Prozent dem Verarbeitenden Gewerbe zuzuordnen, gefolgt von Unternehmen in der Branche „Sonstige Dienstleistungen“ (15,1 Prozent) und „Handel und Gastgewerbe“ mit einem Anteil von 10,6 Prozent.

71.* Im Jahr 2011 waren durchschnittlich 57,4 Prozent aller Unternehmen im Datensatz über geschäftsführende und beaufsichtigende Organe mit mindestens einem weiteren Unternehmen personell verbunden. Deutsche Unternehmen liegen mit einem Anteil von 43,4 Prozent deutlich unter dem internationalen Durchschnitt. Die Ergebnisse zeigen weiter, dass nationale Kontakte mit 53,3 Prozent das dominante Verflechtungsmuster darstellen. 19 Prozent aller Unternehmen weisen Verflechtungen über Ländergrenzen hinweg auf. Internationale personelle Unternehmensverflechtungen bestehen häufig zwischen Unternehmen benachbarter Länder. Neben der räumlichen Nähe dürften auch die Unternehmensdichte, eine gemeinsame Sprache und geringe kulturelle Unterschiede personelle Verflechtungsbeziehungen zwischen zwei oder mehr Unternehmen begünstigen.

72.* In einem weiteren Schritt wurden die identifizierten personellen Verflechtungen auf Branchenebene ausgewertet, um ihre Bedeutung in und zwischen unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen zu veranschaulichen. Hierbei wurde für die Qualifizierung der Verflechtungsbeziehungen nicht nur der Tätigkeitsschwerpunkt, sondern sämtliche Branchen berücksichtigt, in denen ein Unternehmen wesentliche Umsätze erzielt. 53,3 Prozent der Unternehmen weisen Branchenverflechtungen im Vertikalverhältnis auf. 17,7 Prozent der Unternehmen sind mit weiteren Unternehmen derselben Branche verflochten. Die höchste Verflechtungsintensität ist mit einem Anteil von jeweils 67,1 Prozent für Unternehmen in den Branchen „Herstellung chemischer und pharmazeutischer Erzeugnisse“ und „Metallerzeugung und Metallerzeugnisse“ festzustellen. Die Ergebnisse der Untersuchung deuten darauf hin, dass personelle Verbindungen häufig als Instrument zur Koordination von Zuliefer- bzw. Abnehmerbeziehungen zwischen einzelnen Wirtschaftszweigen genutzt werden.

73.* Die Darstellung kapitalmäßiger Verflechtungen über Minderheitsbeteiligungen für das Jahr 2011 zeigt, dass 17 Prozent der Unternehmen über entsprechende Kapitalbeteiligungen verflochten waren (Deutschland: 12,1 Prozent). 5,3 Prozent der Unternehmen sind als Anteilseigner und 12,9 Prozent sind als Beteiligungsunternehmen in das Verflechtungsnetzwerk eingebunden. Unternehmen in den Branchen „Energieversorgung und Umweltdienstleistungen“, „Herstellung Holz-, Papier-, Druckwaren und Mineralölverarbeitung“ sowie „Baugewerbe und Infrastruktur“ weisen die höchsten Anteile von Verflechtungen über Kapitalbeteiligungen auf. Eine Gegenüberstellung von personellen und kapitalmäßigen Verflechtungen zeigt, dass 66 von 708 personellen Verbindungen über Geschäftsführungsmitglieder von einer parallelen Kapitalbeteiligung begleitet werden (insgesamt 508 Minderheitsbeteiligungen).

74.* In einer weiteren Analyse wird der Zusammenhang zwischen Unternehmensverbindungen und finanziellen Erfolgsgrößen untersucht. Es zeigt sich, dass der Medianwert der Lerner-Indizes als Indikator für die Marktmacht von personell verflochtenen Unternehmen den Medianwert von nicht-verflochtenen Unternehmen übersteigt. Die Ergebnisse veranschaulichen zudem, dass Unternehmen, welche horizontal verflochten sind, eine statistisch signifikant höhere Umsatzrendite aufweisen bzw. marktmächtiger sind als Unternehmen, welche vertikal verflochten sind. Qualitativ vergleichbare Befunde ergeben sich auch im Falle von Unternehmensverflechtungen über Minderheitsbeteiligungen. Die höchsten Umsatzrenditen werden bei denjenigen Unternehmen beobachtet, welche auf der gleichen Marktstufe über Minderheitsbeteiligungen verflochten sind. Im Gegensatz zu den personellen Verflechtungen lässt sich jedoch kein statistisch signifikanter Unterschied nachweisen. Insgesamt deuten die deskriptiven Ergebnisse auf einen positiven Zusammenhang zwischen Verflechtungen und dem Unternehmenserfolg hin. Da es sich bei der betrachteten Stichprobe um keine repräsentative Auswahl handelt, können die Ergebnisse nicht auf gesamte Branchen übertragen werden. Zudem ist zu erwarten, dass eine Reihe weiterer Faktoren die Wettbewerbsposition eines Unternehmens beeinflussen. Aus diesem Grund sind die hier durchgeführten deskriptiven Vergleiche nur eingeschränkt, als Hinweis auf wettbewerbsmindernde Wirkungen von Unternehmensverflechtungen, zu interpretieren.

75.* Abschließend wird im Rahmen von Kapitel III der Zusammenhang zwischen personellen Verflechtungen und der Innovationstätigkeit von Unternehmen in einer empirischen Analyse untersucht. Für die gesamte Stichprobe findet sich kein statistisch signifikanter Zusammenhang zwischen beiden Merkmalen. In Branchen mit unterdurchschnittlicher Wettbewerbsintensität senkt ein steigender Anteil nicht-geschäftsführender Mehrfachmandatsträger im Kontrollgremium die Zahl der Patentanmeldungen. Dieses Ergebnis könnte auf eine restriktive Aufsichtstätigkeit der nicht-geschäftsführenden Direktoren hindeuten. Ein vergleichsweise höherer Wettbewerbsdruck könnte dagegen das Management zu einer Ausdehnung der Innovationsaktivitäten zwingen. Mit dem Ergebnis vereinbar wäre zudem die Erklärung, dass entsendende Unternehmen ihr Einflusspotenzial über die personelle Verbindung in Märkten mit geringerer Wettbewerbsintensität dahin gehend nutzen, die Innovationsaktivitäten des Zielunternehmens abzuschwächen.

76.* Mit der gewählten Methodik, insbesondere der relativ aggregierten Darstellung, lässt sich die Frage nach den Wirkungen personeller Unternehmensverflechtungen nicht abschließend klären. Die Befunde geben allerdings begründeten Anlass, dass die betrachteten personellen und kapitalmäßigen Verflechtungen aus wettbewerbstheoretischer Sicht zu berücksichtigen und im Rahmen weiterer Analysen auf Grundlage des vorhandenen Datensatzes tiefer gehend zu erforschen sind. Um die skizzierten möglichen Zusammenhänge vertiefend zu analysieren, sollten weiterführende Untersuchungen an verschiedenen Stellen ansetzen. Erstens sollte eine exaktere Qualifizierung der Verflechtungsbeziehungen vorgenommen werden, um in den empirischen Analysen entsendende und empfangende Unternehmen zu berücksichtigen. Neben der Richtung der Verbindung sollten auch die institutionelle Struktur der Beziehungen (horizontal oder vertikal, vor- oder nachgelagerte Stufe) und insbesondere auch (parallele) personelle und kapitalmäßige Unternehmensver-

bindungen über Minderheitsbeteiligungen berücksichtigt werden. Auf der Basis entsprechender verfeinerter Verflechtungsmaße ließe sich auch der Einfluss spezifischer Verflechtungsmuster auf die Wettbewerbsposition bzw. den Innovationserfolg der beteiligten Unternehmen differenziert analysieren. Zweitens erscheint es zur Beurteilung der Aufsichts- und Beratungsexpertise von Mehrfachmandatsträgern sinnvoll, Informationen über spezifische Merkmale der Mandatsträger systematisch auszuwerten. Vorliegende empirische Studien verdeutlichen, dass sich unterschiedliche Gruppen von Mandatsträgern im Kontrollgremium hinsichtlich ihrer Kompetenzen und Anreize unterscheiden.

Zukünftigen Studien bleibt es vorbehalten, durch Umsetzung einiger der genannten Punkte einen weiteren Erkenntnisgewinn zu ermöglichen. Entsprechend sollten Analysen zu den Motiven für die Entstehung von Unternehmensnetzwerken und deren wettbewerblichen Wirkungen verstärkt Eingang in die wirtschaftspolitische Diskussion und in theoriegestützte empirische Forschungsarbeiten finden.

IV. Kartellrechtliche Entscheidungspraxis

Deutsche Fusionskontrolle

77.* Die wichtigste Neuerung für die Fusionskontrolle war im Berichtszeitraum der Monopolkommission die Einführung des SIEC-Test (SIEC = Significant Impediment of Effective Competition = erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs), der im Zuge der 8. GWB-Novelle Eingang in das deutsche Recht gefunden hat. Der SIEC-Test ersetzt seit dem 30. Juni 2013 den vorher geltenden Marktbeherrschungstest, der seit jeher das materielle Untersagungskriterium in der deutschen Fusionskontrolle bildete.

78.* Nach dem novellierten § 36 Abs. 1 GWB bleibt die Marktbeherrschung das im Gesetz ausdrücklich genannte (Regel-)Beispiel für die Annahme einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs. Das dabei zugrunde liegende Regel-/Ausnahmeverhältnis wirft allerdings Fragen auf. Sowohl die Gesetzesbegründung als auch das Bundeskartellamt und das OLG Düsseldorf gehen davon aus, dass die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung „stets“ eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs darstellt. Einer solchen Einschätzung muss in dieser Absolutheit widersprochen werden. Ist ein Regelbeispiel verwirklicht, kann zwar regelmäßig auf eine bestimmte, vom Gesetz vorgesehene Annahme geschlossen werden, zwingend ist dies jedoch nicht. Der Gebrauch von Regelbeispielen soll die Gesetzesanwendung erleichtern, sie befreit den Gesetzesanwender allerdings nicht von der Prüfung des Vorliegens etwaiger außergewöhnlicher Konstellationen, in denen eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel geboten ist.

79.* Das neue Untersagungskriterium erlangt vor allem dann Bedeutung, wenn mit einem Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, von ihm aber gleichwohl eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu erwarten ist. Dies gilt namentlich für Oligopolsachverhalte, in denen jenseits einer kollektiven Marktbeherrschung unilaterale Verhaltensweisen einzelner Unternehmen nunmehr besser erfasst werden können. Zudem ermöglicht das neue Untersagungskriterium eine einfachere Beurteilung von vertikalen oder konglomeraten Zusammenschlüssen, bei denen weniger die Marktstrukturverschlechterungen, sondern vielmehr die verbesserten Möglichkeiten und stärkeren Anreize zu wettbewerbsschädlichem Verhalten im Vordergrund stehen.

80.* Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum nur vergleichsweise wenige Fälle nach dem neuen Recht geprüft. Einen Zusammenschluss, den das Bundeskartellamt unter Geltung des SIEC-Tests wegen der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs trotz fehlender zu erwartender Marktbeherrschung untersagt hätte, hat es noch nicht gegeben. Bei der Prüfung der Wettbewerbswirkungen beschränkt sich das Bundeskartellamt bisher im Wesentlichen auf die Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung ohne zusätzlich die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu untersuchen. Es hält auch an seiner Praxis fest, zunächst

sachlich und räumlich relevante Märkte abzugrenzen. Letzteres steht infrage, da mit dem Übergang auf den SIEC-Test als Eingriffskriterium der Fusionskontrolle stärker auf die Wettbewerbswirkungen statt auf die Folgen für die Marktstrukturen abgestellt wird. Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass eine direkte Messung des Wettbewerbsdrucks oder der wettbewerblichen Nähe von Unternehmen mittels ökonomischer Verfahren in bestimmten Fällen, etwa bei horizontalen Fusionen, ein guter Indikator für das Vorliegen unilateraler Effekte sein kann. Die klassische Marktabgrenzung kann damit allerdings nur in Ausnahmefällen ersetzt werden.

81.* Die Anzahl der beim Bundeskartellamt zur Prüfung angemeldeten Zusammenschlussvorhaben ist im Berichtszeitraum 2012/2013 gegenüber dem Berichtszeitraum 2010/2011 leicht angestiegen. Nach 2.095 Anmeldungen im Berichtszeitraum 2010/11 waren in den Jahren 2012/13 2.218 Anmeldungen zu verzeichnen.

82.* Das Bundeskartellamt hat im April 2012 das Zusammenschlussvorhaben der beiden Hersteller von Metallverpackungsbeschichtungen Akzo Nobel (Niederlande) und Metlac Holding (Italien) im Hauptprüfungsverfahren freigegeben. Geprüft wurde der Zusammenschluss zudem in einer Reihe weiterer Jurisdiktionen. Während der Zusammenschluss in Deutschland, Österreich, Zypern, der Türkei, Russland, Brasilien, Pakistan und Kolumbien freigegeben wurde, hat die britische Competition Commission (CC) die Fusion im Dezember 2012 untersagt. Die divergierenden Entscheidungen lassen zwei Themenkomplexe relevant erscheinen. Zum einen zeigt sich hier das Problem paralleler internationaler Zuständigkeiten unterschiedlicher Wettbewerbsbehörden für manche Fusionsvorhaben. Zum anderen stellt sich die Frage, ob die unterschiedliche substantielle Bewertung der gleichen Transaktion durch Unterschiede im Verfahren begründet sein kann.

83.* Die Monopolkommission sieht in divergierenden Entscheidungen unterschiedlicher Wettbewerbsbehörden zu einheitlichen Fusionskontrollvorhaben auch bei identisch abgegrenzten Märkten kein grundsätzliches Problem. Diese sind vielmehr Indiz für Meinungs- und Methodenwettbewerb, der die evolutorische Offenheit und Weiterentwicklung der Fusionskontrolle garantiert. Darüber hinaus haben die Parteien die Möglichkeit, innerhalb der EU auf eine (zentrale) Zuständigkeit der Europäischen Kommission durch Verweisung hinzuwirken. Daneben können sie durch entsprechende Anmeldezeitpunkte, die Zustimmung zu Fristverlängerungen und zu Informationsaustausch zwischen den beteiligten Wettbewerbsbehörden in erheblichem Maße auf einheitliche Entscheidungen hinwirken.

84.* Wesentlich für die Entscheidungsdivergenz in dem konkreten Fall Akzo/Metlac waren nach Auffassung der Monopolkommission die Differenzen bei der Marktabgrenzung und bei der wettbewerblichen Einschätzung. Eingriffskriterium im britischen Wettbewerbsrecht ist die „beträchtliche Verminderung des Wettbewerbs“ (SLC). Das Bundeskartellamt hat den Fall nach altem Recht auf der Grundlage eines traditionellen Marktbeherrschungstests entschieden. Die Freigabe des Bundeskartellamtes beruht entscheidend darauf, dass nicht auszuschließen war, dass der verbleibende Restwettbewerb eine Marktbeherrschung der fusionierten Einheit verhindern würde. Ebenso wenig konnte zuverlässig prognostiziert werden, dass koordiniertes Verhalten und damit eine gemeinschaftliche Marktbeherrschung Folge der Fusion sein würde. Nach Analyse des Amtes sind Akzo und Metlac keine besonders nahen Wettbewerber, da sie schwerpunktmäßig auf unterschiedlichen Märkten aktiv sind. Demgegenüber berücksichtigte die CC in Anwendung des stärker auf die ökonomischen Effekte ausgerichteten SLC-Tests entscheidend, dass zwischen Akzo und Metlac in einem bestimmten Marktsegment ein deutlich engeres Wettbewerbsverhältnis bestehe, als es die Analyse des Gesamtmarktes zeigt. Insgesamt bestätigt sich die Intuition, dass die unter dem Marktbeherrschungstest erforderliche Marktbeherrschung schwieriger nachzuweisen ist als eine erhebliche Verringerung der Wettbewerbsintensität (SLC). Die Vermutung liegt nahe, dass jedenfalls dem Grunde nach auch der Nachweis

erheblicher Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC) insbesondere in komplexen Märkten einfacher zu führen ist als der einer Marktbeherrschung.

85.* Wichtige Strukturanpassungen und kartellrechtliche Entscheidungen gab es in der deutschen Kabelnetzbranche. Im November 2011 hatte das Bundeskartellamt die Übernahme von Kabel Baden-Württemberg durch Liberty Global mit Nebenbestimmungen freigegeben. Im August 2013 hat das OLG Düsseldorf die Freigabeentscheidung wegen unzureichender Nebenbestimmungen aufgehoben. Bereits im Februar 2013 hat das Bundeskartellamt ein weiteres Fusionsvorhaben von Kabelnetzbetreibern, die Übernahme von Tele-Columbus durch Kabel Deutschland, untersagt.

86.* Das Bundeskartellamt grenzt bei Zusammenschlussverfahren von Kabelnetzbetreibern seit der Entscheidung im Fall Liberty/Kabel BW die Endkundenmärkte für die Belieferung mit Programmsignalen sachlich nach Kundengruppen differenziert ab – Einzelnutzer versus Mehrnutzer. Räumlich relevant ist bei Einzelnutzerverträgen das Ausbreitungsgebiet des Kabelnetzbetreibers und bei Mehrnutzerverträgen das Bundesgebiet. Begründet wurde diese Marktabgrenzung damit, dass die Versorgung von Einzelnutzern sowie von Wohnungsbaugesellschaften im Rahmen sogenannter Gestattungsverträge unterschiedlichen Bedingungen unterliege und es signifikante Unterschiede im Wettbewerbsgeschehen auf den Märkten gebe. Dieser Auffassung folgte das OLG Düsseldorf sowohl im Hinblick auf die sachliche als auch die räumliche Marktabgrenzung nicht. Danach gehören beide Marktsegmente weiterhin zu demselben sachlich relevanten Markt, der räumlich regional gemäß dem Ausbreitungsgebiet des jeweiligen Kabelnetzes abzugrenzen sei.

87.* Die Abgrenzung der relevanten Märkte für die Lieferung von Rundfunk- und TV-Signalen an Endkunden ist schwierig, weil es sich um Märkte im Wandel handelt. Die sich ändernden technischen Möglichkeiten verändern das Angebotsverhalten der Netzbetreiber, was bei der Marktabgrenzung zu berücksichtigen ist. Für die Abgrenzung räumlich relevanter Märkte gilt, dass das Festhalten an einer Abgrenzung von Regionalmärkten Ausdruck einer eher statischen und an den aktuellen Gegebenheiten orientierten Sicht der Endkundenmärkte für die Lieferung von Rundfunk- und TV-Signalen ist. Besser wäre es nach Auffassung der Monopolkommission, die Marktabgrenzung aus einer dynamischen und eher zukunftsgerichteten Perspektive vorzunehmen, was für eine bundesweite Marktabgrenzung spricht. Für die Abgrenzung getrennter sachlich relevanter Märkte spricht, dass es sich bei Einzelnutzern und Wohnungsbaugesellschaften um unterschiedliche Nachfragergruppen handelt, die aus Sicht der Anbieter auch mit unterschiedlichen Marktstrategien angesprochen werden.

88.* Bei der Beurteilung der Wettbewerbswirkungen von Kabelnetzfusionen ist nach Auffassung der Monopolkommission zu berücksichtigen, dass der Wettbewerbsdruck auf den Endkundenmärkten für die Lieferung von Programmsignalen an Wohnungsbaugesellschaften und Einzelnutzer zunehmend auch von Telekommunikationsunternehmen ausgeht. Dies ist vor allem dem Umstand geschuldet, dass insbesondere auf dem Markt für Einzelnutzer zunehmend Triple-Play-Produkte nachgefragt werden. Die Aussicht, dass Kabelnetzbetreiber der Netzebene 3 aktiven Wettbewerb im Footprint eines anderen Kabelnetzbetreibers machen, ist auf dem Gestattungsmarkt größer als auf dem Markt für Einzelnutzerverträge. Die Monopolkommission sieht, ähnlich wie das Bundeskartellamt im Fall Liberty/Kabel BW, die negativen Wettbewerbseffekte von Kabelnetzfusionen auf der gleichen Netzebene als weniger gravierend an. Anders als das Bundeskartellamt sieht die Monopolkommission allerdings die Chancen solcher Fusionen für die Belebung des Wettbewerbs auf anderen Märkten, insbesondere den Telekommunikationsmärkten, als groß an.

89.* Im Februar 2012 untersagte das Bundeskartellamt eine Minderheitsbeteiligung der Haspa Finanzholding (Haspa), zu der insbesondere die Sparkasse Hamburg gehört, an der Kreissparkasse Herzogtum Lauenburg (KSK) sowie den damit verbundenen Beteiligungs- und Kooperationsvertrag. Das Vorhaben hätte nach Erkenntnissen des Amtes zu einer Verstärkung oder jedenfalls zu der Entstehung einer markt-

beherrschenden Stellung der Haspa auf den sachlich relevanten Märkten für Privatgirokonten und für Kredite an Geschäftskunden im Gebiet der Kreissparkasse Lauenburg geführt. Die Feststellung der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bei Sparkassenfusionen setzt voraus, dass die Institute miteinander im Wettbewerb stehen, was bei Sparkassen in kommunaler Trägerschaft aufgrund gesetzlicher Vorgaben in den Sparkassengesetzen der Länder und wegen des sogenannten Regionalprinzips oftmals nicht gegeben ist. Vorliegend war das der Fall, weil die Haspa als sogenannte freie Sparkasse, die nicht in öffentlicher Trägerschaft steht und als privatrechtliche Aktiengesellschaft organisiert ist, für sich eine besondere Rolle in der Metropolregion Hamburg in Anspruch nimmt. Dort verfolgt sie seit Jahren eine Expansionspolitik, zu der die Gründung von Filialen auch in den angrenzenden Bundesländern gehört. Die geplante Fusion war allerdings zu Recht zu untersagen, weil sie zu einer Vermachtung der betroffenen Märkte geführt hätte.

90.* Im Berichtszeitraum wurde die sogenannte Abwägungsklausel in zwei Fällen geprüft. Danach ist ein Zusammenschluss, durch den eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird bzw. durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde dann nicht zu untersagen, wenn durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese Wettbewerbsverbesserungen die Wettbewerbsverschlechterungen überwiegen. Den Nachweis haben die Unternehmen zu führen. Das Bundeskartellamt erkennt im Rahmen der Abwägungsklausel Wettbewerbsverbesserungen zu Recht regelmäßig nur dann an, wenn diese auf anderen als den betroffenen relevanten Märkten eintreten. Verbesserungen auf demselben Markt betreffen schon den Vergleich der Marktstruktur vor und nach einem Zusammenschluss. Würde dieser zu Gunsten der Wettbewerbsverbesserungen ausgehen, würde keine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt.

91.* Sanierungsfusionen stellen in der Praxis eine Ausnahme von der Kausalität zwischen einem Zusammenschluss und der Entstehung bzw. Verstärkung von Marktmacht gemäß § 36 GWB dar. Das Bundeskartellamt macht die Annahme einer Sanierungsfusion von drei Voraussetzungen abhängig, die kumulativ erfüllt sein müssen. Erstens darf das Zielunternehmen ohne den Zusammenschluss nicht überlebensfähig sein. Zweitens darf es keine wettbewerblich weniger schädlichen Alternativen zu dem angemeldeten Zusammenschluss geben und drittens müsste im Falle der Insolvenz die Marktposition des erworbenen Unternehmens auch ohne den Zusammenschluss im Wesentlichen dem erwerbenden Unternehmen zuwachsen. Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen tragen die Unternehmen die Beweislast. Mit der 8. GWB-Novelle werden Pressefusionen durch eine spezielle Pressesanierungsklausel im neuen § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB erleichtert. Dahinter steht der Gedanke, dass eine Fusion im Vergleich zu einem Marktaustritt von Zeitungstiteln oder gar ganzen Zeitungsverlagen die oftmals bessere Lösung ist, um die Presse- und Angebotsvielfalt zu erhalten. Die Reichweite der neuen Pressesanierungsklausel ist allerdings auf die Übernahme kleiner oder mittlerer Zeitungsverlage begrenzt. Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt das Vorliegen der Voraussetzungen einer Sanierungsfusion in zwei Fällen geprüft. Im Fall der Übernahme der Frankfurter Rundschau (FR) durch die Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH (FAZ) wurde das Vorliegen der Voraussetzungen zu Recht als gegeben angesehen. Fraglich ist, ob es bei der Geltung des neuen § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GWB leichter gewesen wäre, den Fall FAZ/FR als Sanierungsfusion freizugeben. Die Monopolkommission geht nicht davon aus.

92.* Die Freigabe eines Zusammenschlusses kann bei Vorliegen von Wettbewerbsbedenken mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Eine Freigabe mit Nebenbestimmungen ist nur dann zulässig, wenn dadurch die Verschlechterung der Marktstruktur wirksam verhindert werden kann. Das OLG Düsseldorf hielt die vom Bundeskartellamt im Fall Liberty/Kabel BW entgegengenommen marktöffnenden Zusagen, insbesondere die Einräumung von Sonderkündigungsrechten, für unzureichend. Da sich die Zusammenschlusskontrolle gegen strukturelle Verschlechterungen der Wettbewerbsbedingungen richte,

kommen nach Auffassung des Gerichts als Nebenbestimmungen auch nur strukturelle Maßnahmen in Betracht. Die Monopolkommission teilt eher die vom Bundeskartellamt vertretene Auffassung, dass es nicht darauf ankommt, ob von Sonderkündigungsmöglichkeiten tatsächlich gebraucht gemacht wird. Entscheidend ist, dass diese bestehen. Kommt es auf dieser Grundlage zu Nachverhandlungen, um die Ausnutzung des Sonderkündigungsrechtes abzuwehren oder ist der bisherige Gestattungsnehmer bei der Neuvergabe des Gestattungsvertrages erfolgreich, ist dies Ausdruck von Wettbewerb und nicht Ausdruck einer strukturell unwirksamen Nebenbestimmung.

Europäische Fusionskontrolle

93.* Im Berichtszeitraum 2012/2013 wurden 560 Zusammenschlussvorhaben bei der Europäischen Kommission in Brüssel angemeldet. Auf das Jahr 2012 entfielen 283, auf das Jahr 2013 277 Anmeldungen. Im Vergleich zu den beiden vorangegangenen Berichtszeiträumen ging die Anzahl der angemeldeten Transaktionen erneut leicht zurück. In 506 Fällen (254 in 2012 und 252 in 2013) beendete die Europäische Kommission das Verfahren in der ersten Phase, ohne ernsthafte wettbewerbliche Bedenken gegen das jeweilige Zusammenschlussvorhaben zu erheben. In 20 Fällen äußerte die Europäische Kommission ernsthafte Bedenken und gab die Vorhaben nur unter Bedingungen und Auflagen in der ersten Verfahrensphase frei. Die Europäische Kommission leitete in 16 Fällen die zweite Verfahrensstufe gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO ein. Im Hauptprüfverfahren gab sie drei Vorhaben ohne Bedingungen und Auflagen nach Art. 8 Abs. 1 FKVO frei. In acht Fällen erfolgte die Freigabe nur unter Bedingungen und Auflagen gemäß Art. 8 Abs. 2 FKVO.

94.* Während im letzten Berichtszeitraum lediglich ein Vorhaben nach Art. 8 Abs. 3 FKVO verboten worden war, sprach die Europäische Kommission in den Jahren 2012 und 2013 drei Untersagungen aus. Dies entspricht der Anzahl aller Untersagungsentscheidungen in den letzten zehn Jahren zuvor. Das Vorhaben Deutsche Börse/NYSE Euronext wurde mit Entscheidung vom 1. Dezember 2012 verboten, die Untersagungsverfügungen in den Fällen UPS/TNT Express und Ryanair/Aer Lingus III erfolgten am 30. Januar 2013 und am 27. Februar 2013. Damit stieg die Gesamtzahl der Untersagungen seit Schaffung der europäischen Fusionskontrolle auf 24.

95.* Die weit überwiegende Zahl der Vorhaben, die im Berichtszeitraum zu wettbewerblichen Bedenken Anlass gaben und zu Entscheidungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 2 oder Art. 8 FKVO führten, betrafen horizontale Zusammenschlüsse. In einer Reihe von Fällen traten neben horizontalen auch vertikale Effekte auf. Nur vereinzelt, z. B. in dem Verfahren GE/Avio, lag der Schwerpunkt der wettbewerblichen Prüfung auf den vertikalen Effekten des Zusammenschlussvorhabens. Konglomerate Auswirkungen prüfte die Europäische Kommission – soweit ersichtlich – nur ganz selten und lediglich der Vollständigkeit halber, z. B. in dem Verfahren Universal Music Group/EMI Music. Während des Berichtszeitraums wurden im Wesentlichen nicht koordinierte Auswirkungen analysiert; in wenigen Fällen ging die Europäische Kommission auch kurz der Frage nach koordinierten Effekten nach.

96.* Die europäische Fusionskontrollpraxis ist im Berichtszeitraum 2012/2013 nicht durch grundlegende Neuerungen geprägt. So blieben bei der Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben weiterhin die sachliche und räumliche Marktabgrenzung sowie die Betrachtung der Marktanteile und weiterer Strukturmerkmale maßgeblich. Diese qualitative Analyse erfolgte in Anlehnung an die Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission und berücksichtigte unter anderem die wettbewerbliche Nähe der Zusammenschlussparteien und sonstiger Marktteilnehmer, die wettbewerbliche Dynamik der Parteien, die Ausweichmöglichkeiten der Abnehmer sowie die bestehenden Marktzutrittsschranken.

97.* Im Rahmen der qualitativen Analyse hat sich die Europäische Kommission in mehreren Fällen mit dem Aspekt der gegengewichtigen Nachfragemacht befasst. In keinem dieser Fälle hat die – i. d. R. von den Parteien eingeführte – Argumentation der gegengewichtigen Nachfragemacht dazu geführt, dass die festgestellten Wettbewerbsbedenken beseitigt wurden. Maßgeblich hierfür waren im Wesentlichen zwei Gründe: Zum einen stellte die Europäische Kommission in mehreren Fällen fest, dass nach Durchführung des Zusammenschlusses allenfalls einzelne Nachfrager oder einzelne Nachfragegruppen eine gewisse Nachfragemacht würden ausüben können. Nach Auffassung der Europäischen Kommission muss indes stets gewährleistet sein, dass Wettbewerbsbeeinträchtigungen für die Gesamtheit aller Nachfrager ausgeschlossen sind. Zum anderen argumentierte die Europäische Kommission damit, dass gegengewichtige Nachfragemacht nicht nur vor dem Zusammenschluss bestehen müsse, sondern auch danach. Diese Voraussetzung sah sie in den genannten Fällen nicht als erfüllt an.

98.* Eine wesentliche Entwicklung im Berichtszeitraum 2012/2013 betrifft die stärkere Einbindung theoretischer und empirischer Analysen auf Basis ökonomischer Modelle – sogenannter quantitativer Analysen – in die fusionskontrollrechtliche Entscheidungsfindung. In mehreren Erste-Phase-Verfahren hat die Europäische Kommission Analysen von Ausschreibungsdaten erstellt. Daneben nahm sie quantitative Analysen vornehmlich in Zweite-Phase-Verfahren vor. Besonders erwähnenswert ist das Verfahren Hutchison 3G Austria/Orange Austria, in dem die Europäische Kommission erstmals mittels des GUPPI-Ansatzes einen möglichen, durch den Zusammenschluss ausgelösten Preisdruck analysierte. Eine Alternative hierzu stellt die Simulation etwaiger Preisveränderungen dar, welche im Verfahren Outokumpu/Inoxum durchgeführt wurde. Im Verfahren Universal Music Group/EMI Music wurde eine ökonometrische Analyse der infolge des Zusammenschlusses potenziell entstehenden Verhandlungsmacht durchgeführt. Das Verfahren Ryanair/Aer Lingus III zeigte, dass ökonometrische Methoden sowohl zur Marktabgrenzung als auch zur wettbewerblichen Beurteilung – hier des wettbewerblichen Näheverhältnisses – genutzt werden können. Von besonderem Interesse ist außerdem der Fall Deutsche Börse/NYSE Euronext, in dem die Europäische Kommission erstmalig die Quantifizierung von vorgebrachten Effizienzvorteilen vorgenommen hat.

99.* Inwieweit empirische Analysen, vor allem mittels ökonometrischer Methoden, bei der Prüfung von Zusammenschlüssen zur Anwendung kommen, ist vom Sachverhalt, der Datenverfügbarkeit sowie von der Bereitschaft seitens der Europäischen Kommission sowie der beteiligten Unternehmen abhängig, derartige Analysen durchzuführen. Die Monopolkommission hat sich bereits in früheren Gutachten grundsätzlich positiv gegenüber einer verstärkten Einbeziehung quantitativer Analysen in die fusionskontrollrechtliche Entscheidungspraxis geäußert. Insbesondere dort, wo die qualitative Analyse nicht zu eindeutigen Ergebnissen kommt, können quantitative Untersuchungen zusätzliche Indizien liefern und die Entscheidungsfindung verbessern. Die Monopolkommission erkennt allerdings auch die zum Teil erheblichen Kosten von zusätzlichen quantitativen Analysen; diese entstehen vor allem durch den erforderlichen, zum Teil massiven Ressourceneinsatz bei Wettbewerbsbehörden, Zusammenschlussparteien und sonstigen Marktteilnehmern sowie durch häufig unumgängliche Verzögerungen des Verfahrensablaufs. Daher muss die Europäische Kommission grundsätzlich in jedem Einzelfall zwischen Nutzen und Kosten einer von ihr vorgenommenen quantitativen Analyse abwägen. Nach Ansicht der Monopolkommission ist die Wettbewerbsbehörde keinesfalls verpflichtet, in jedem untersuchten Zusammenschlussfall eine quantitative Untersuchung durchzuführen. Die Monopolkommission hat in mehreren Fällen die vorgenommenen quantitativen Analysen näher untersucht und – auf Grundlage der ihr vorliegenden Informationen – teilweise Verbesserungspotenzial festgestellt.

100.* Eine weitere bemerkenswerte Entwicklung im Berichtszeitraum betrifft das zunehmende Vorbringen des Effizienzeinwands seitens der Zusammenschlussparteien, etwa in den Fällen Deutsche Börse/NYSE Euronext, Ryanair/Aer Lingus III und UPS/TNT Express. Nach Erwägungsgrund 29 der VO 139/2004 soll

die Europäische Kommission begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen bei der Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben Rechnung tragen. In den Horizontal-Leitlinien legt die Europäische Kommission näher dar, unter welchen Voraussetzungen sie derartige Vorteile bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses berücksichtigt. Die Beweislast für das Bestehen von Effizienzen liegt bei den Zusammenschlussparteien.

101.* Im Ergebnis hat der Effizienzeinwand in keinem Fall dazu geführt, dass anfänglich erhobene ernsthafte Wettbewerbsbedenken vollständig ausgeräumt wurden. In der Regel fehlte es zumindest an einer der in den Horizontal-Leitlinien niedergelegten Voraussetzungen. In zwei Fällen hatte der Effizienzeinwand allerdings – wenn auch nur partiell – Erfolg. In dem Verfahren Deutsche Börse/NYSE Euronext bejahte die Europäische Kommission teilweise das Vorliegen der geltend gemachten Effizienzen, sah diese aber nicht als ausreichend an, um die prognostizierten negativen Wettbewerbseffekte zu beseitigen. In dem – noch unveröffentlichten – Fall UPS/TNT Express hat der Effizienzeinwand offenbar dazu geführt, dass Wettbewerbsbedenken auf einigen der betroffenen räumlichen Märkte entfielen. Die Zusammenschlussparteien konnten dennoch die Untersagung ihres Vorhabens nicht verhindern.

102.* Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich, dass die Europäische Kommission bei der Prüfung von möglichen Effizienzgewinnen grundsätzlich an der zweistufigen Untersuchung der potenziellen negativen und positiven Zusammenschlusseffekte festhält. Dieses Vorgehen gewährleistet größtmögliche Transparenz der Entscheidungsgründe und erhöht damit ihre Nachvollziehbarkeit für Beteiligte und Dritte. Daneben wird die Anwendung der in den Horizontal-Leitlinien festgelegten Beweislastregelung sichergestellt. Die Monopolkommission verkennt nicht, dass im Rahmen von quantitativen Untersuchungen eine zweistufige Vorgehensweise aus methodischen Gründen nicht immer möglich oder praktikabel ist. Dies ist unter der Voraussetzung hinzunehmen, dass die Beweislast für Effizienzen auch insofern bei den Zusammenschlussparteien verbleibt.

103.* In einer Reihe von Fällen brachten die Zusammenschlussparteien den Einwand der Sanierungsfusion vor. Die Europäische Kommission akzeptierte den Einwand in den Fällen Nynas/Shell/Harburg Refinery sowie Aegean Airlines/Olympic Air II, die sie daraufhin bedingungslos erlaubte. In dem Verfahren IAG/BMI verneinte sie hingegen das Vorliegen einer Sanierungsfusion und sprach eine Freigabe unter Bedingungen und Auflagen aus.

104.* Bemerkenswert häufig kam die Europäische Kommission während des Berichtszeitraums zu dem Schluss, dass ein Vorhaben zu einer Monopol- oder monopolartigen Stellung führen würde. Dies trifft z. B. auf die Untersagungsfälle Ryanair/Aer Lingus III und Deutsche Börse/NYSE Euronext zu, aber auch auf Zusammenschlüsse, die nach Art. 8 Abs. 2 FKVO unter Bedingungen und Auflagen erlaubt wurden wie Munksjö/Ahlstrom, UTC/Goodrich, Syniverse/MACH und J&J/Synthes. Selbst in dem Erste-Phase-Verfahren US Airways/American Airlines ermittelte die Europäische Kommission eine Monopolstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss. In einer Reihe von Fällen stellte die Europäische Kommission sowohl in der ersten als auch in der zweiten Verfahrensphase ausdrücklich auf die Marktbeherrschung der beteiligten Unternehmen nach dem Zusammenschluss ab, z. B. in den Verfahren Kinnevik/Billerud/Korsnäs und DS Smith/SCA Packaging. Dagegen gab es – soweit ersichtlich – nur einen so genannten „Lückenfall“ in der zweiten Verfahrensphase. Es handelt sich um das Vorhaben Hutchison 3G Austria/Orange Austria, bei dem die Parteien auch nach dem Zusammenschluss nicht die Marktführerschaft auf dem österreichischen Mobilfunkmarkt erlangten.

105.* In einer Reihe von Zusammenschlussfällen erfolgte die Freigabe während des Berichtszeitraums nur unter Bedingungen und Auflagen. Positiv ist zu werten, dass die Europäische Kommission bei horizontalen Zusammenschlüssen in aller Regel Veräußerungsangebote angenommen hat. Diese strukturellen Abhilfe-

maßnahmen haben sich bereits in vorangegangenen Entscheidungen als das wirkungsvollste Mittel erwiesen, um wettbewerbliche Bedenken nachhaltig zu beseitigen. Im Gegensatz zu bloßen Verhaltenszusagen dienen die Veräußerungszusagen, entsprechend der Funktion der Fusionskontrolle im Allgemeinen, der Aufrechterhaltung kompetitiver Marktstrukturen. Der Umfang kann bei Veräußerungszusagen stark variieren und ist stets von der Wettbewerbssituation auf dem betroffenen Markt abhängig. Besondere Bedeutung legte die Europäische Kommission während des Berichtszeitraums auf die Lebensfähigkeit des zu veräußernden Geschäftsbereichs. Zur Sicherstellung der Lebensfähigkeit hielt sie in einigen Fällen zusätzliche Maßnahmen wie Belieferungsverpflichtungen, die Zurverfügungstellung von Know-how oder die Gewährung von Lizenzen gegenüber dem Erwerber für erforderlich. Im Rahmen von Veräußerungsangeboten nahm die Europäische Kommission auch alternative Zusagen entgegen. Dieses Vorgehen ist nach Auffassung der Monopolkommission sachgerecht, sofern bei Durchführung jeder der Alternativen die aufgeworfenen Wettbewerbsbedenken beseitigt werden. Unter dieser Voraussetzung ist es positiv zu bewerten, dass durch eine alternativ ausgeformte Abhilfemaßnahme die unternehmerische Entscheidungsfreiheit der beteiligten Unternehmen so weit wie möglich gewahrt wird.

106.* Der Fall SCA/Georgia-Pacific Europe zeigt, dass die Europäische Kommission auch in der ersten Verfahrensphase komplexe Zusagenpakete, die sich aus strukturellen und verhaltensorientierten Zusagen zusammensetzen und zum Teil sogar über die aufgeworfenen Wettbewerbsprobleme hinausgehen, annimmt. Das Vorbringen derartiger Paketlösungen in dieser kurzen Frist ist ein Indiz dafür, dass dem informellen Vorverfahren eine wesentlich bedeutendere Rolle beizumessen ist, als die Bezeichnung vermuten lässt. Die Monopolkommission erkennt ein gewisses Bedürfnis der Verfahrensbeteiligten für eine erste informelle Kontaktaufnahme an. Sie bewertet eine weitgehende Verlagerung des Verfahrens in die Prä-Notifizierungsphase allerdings unter anderem deshalb als problematisch, weil auf diese Weise die gesetzlich festgelegten Beteiligungsrechte der Mitgliedstaaten erheblich eingeschränkt werden.

107.* Im Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission Zusagenangebote in einigen Fällen, z. B. im Verfahren Hutchison 3G Orange/Austria Orange, nur unter der Bedingung angenommen, dass bereits eine bindende Vereinbarung mit einem Käufer vorgelegt wurde (upfront-buyer-Lösung). Dieses Vorgehen ist grundsätzlich zu begrüßen, da es die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass eine auferlegte Abhilfemaßnahme auch tatsächlich umgesetzt wird. Laut Presseberichten hat sich allerdings nach dem Zusammenschluss trotz der upfront-buyer-Zusage die wettbewerbliche Situation auf dem betroffenen Markt verschlechtert. Ein maßgeblicher Grund hierfür dürfte sein, dass der Marktzutritt des Käufers bis heute nicht stattfand. Nach Auffassung der Monopolkommission wird die Europäische Kommission in Zukunft noch stärker darauf achten müssen, dass der mit der upfront-buyer-Zusage verfolgte Erfolg auch tatsächlich und zeitnah eintritt, z. B. indem dem Erwerber in der schuldrechtlichen Vereinbarung eine Frist für seinen Marktzutritt bzw. die Nutzung der erworbenen Kapazitäten auf dem betroffenen Markt vorgegeben wird.

108.* Während des Berichtszeitraums sind mehrere Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union im Bereich der Fusionskontrolle ergangen. Von besonderer Bedeutung sind die Urteile Agrofert Holding/Europäische Kommission und Édition Odile Jacob SAS/Europäische Kommission des Gerichtshofs, in denen Fragen des Aktenzugangs in Fusionskontrollverfahren entschieden wurden. Im Ergebnis stellte der Gerichtshof darauf ab, dass ein grundsätzlicher Zugang zu den Dokumenten eines Zusammenschlussverfahrens das in der FKVO hergestellte Gleichgewicht zwischen der Verpflichtung der Parteien zur Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen einerseits und der garantierten Geheimhaltung von sensiblen Informationen andererseits stören würde. Daraus leitete der Gerichtshof eine allgemeine Vermutung ab, der zufolge die Aufdeckung der mit den Anmeldern und Dritten im Rahmen eines Fusionskontrollverfahrens ausgetauschten Dokumente grundsätzlich den Schutz der geschäftlichen Interessen der betreffenden Unternehmen gefährdet. Daneben sah der Gerichtshof eine Gefährdung des Zwecks der Untersuchungstätigkeit,

und zwar auch bei Antragstellung nach Abschluss des Fusionskontrollverfahrens. Nach Ansicht der Monopolkommission dürfte auf dieser Grundlage die Möglichkeit von Dritten zur erfolgreichen Anfechtung von Fusionskontrollentscheidungen, der schon bislang wegen des gerichtlich eingeräumten Beurteilungsspielraums der Europäischen Kommission bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten hohe Hürden entgegenstehen, künftig noch eingeschränkter sein.

109.* Die Europäische Kommission verfolgte im Berichtszeitraum zwei wichtige legislative Projekte. Zum einen hat sie im Dezember 2013 ein Paket zur Vereinfachung des Fusionskontrollverfahrens angenommen. Damit dehnte sie den Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens für unproblematische Zusammenschlussfälle aus. Außerdem wurde der Umfang der für eine Anmeldung vorzulegenden Informationen verringert.

110.* Nach Auffassung der Monopolkommission sind die neuen Regelungen vertretbar. Die Europäische Kommission zeigt zwar einerseits Bestrebungen, ihren Kompetenzbereich auszuweiten (insbesondere im Bereich der Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb), andererseits hat sie bereits vor 2014 ca. 60 Prozent der Fälle im vereinfachten Verfahren erledigt; mit der Modifizierung der Bekanntmachung werden voraussichtlich etwa 70 Prozent der Fälle in den Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens fallen. Allerdings zeigen die Erfahrungen mit der Amtspraxis, dass die Europäische Kommission auch seit der Geltung des SIEC-Tests kaum Wettbewerbsbedenken in Fällen geäußert hat, in dem die nun modifizierten, höheren Marktanteilsschwellen des vereinfachten Verfahrens erreicht worden sind. Kritischer sieht die Monopolkommission den neu eingeführten Tatbestand der geringen HHI-Differenz, weil mit diesem eine Art Spürbarkeitsschwelle in der europäischen Zusammenschlusskontrolle errichtet wird, die dem deutschen Fusionskontrollrecht fremd ist. Die neu aufgenommene Schwelle für das vereinfachte Verfahren in der europäischen Fusionskontrolle erscheint jedoch vor dem Hintergrund akzeptabel, dass die Europäische Kommission jederzeit in das normale Verfahren zurückkehren kann, wenn sich die Prüfung eines Zusammenschlusses doch als komplexer als zunächst erwartet erweist.

111.* Zu gewährleisten ist nach Auffassung der Monopolkommission daher in erster Linie, dass die Wettbewerbsbehörde über alle notwendigen Informationen zu dem jeweiligen Zusammenschlussvorhaben verfügt. Dies scheint auch nach der Verschlankung der Anmeldeformulare der Fall zu sein. Im Vergleich zu nationalen Erfordernissen sind die Informationsanforderungen im europäischen Fusionskontrollverfahren nach allgemeiner Meinung sehr hoch. Gerade das Beispiel des deutschen Wettbewerbsrechts zeigt jedoch, dass auch auf der Grundlage geringerer Informationsanforderungen eine sachgerechte Beurteilung von Fusionsvorhaben möglich ist.

112.* Zum anderen führt die Europäische Kommission eine umfassende Überprüfung der Fusionskontrollverordnung und deren Anwendung durch. Einen Schwerpunkt dieser Initiative bildet die Frage, ob und in welchem Ausmaß die Zuständigkeit der Europäischen Kommission für Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb erweitert werden soll. Daneben werden Überlegungen zu einer möglichen Reform des Verweisungsregimes angestellt. Die Europäische Kommission hat ihre Überlegungen nach Abschluss des Konsultationsprozesses weiterentwickelt und plant die Vorlage eines Weißbuchs noch für den Sommer 2014.

113.* Nach Auffassung der Europäischen Kommission besteht gesetzgeberischer Bedarf für eine Verfahrenserleichterung und -beschleunigung bezüglich der Verweisungen an sie. So sollen die Zusammenschlussparteien künftig ihre Anmeldung (mit dem Verweisungsantrag) nicht mehr an die originär zuständigen nationalen Wettbewerbsbehörden, sondern direkt an die Europäische Kommission richten. Außerdem wird eine Fristverkürzung für die Ausübung des Vetorechts der Mitgliedstaaten von 15 auf 10 Arbeitstage vorgeschlagen.

114.* Die Monopolkommission befürwortet die geplante Vereinfachung des Verweisungsverfahrens. Mit der direkten Vorlage von Anmeldung und Verweisungsantrag bei der Europäischen Kommission, an die verwiesen werden soll, ist eine Verringerung des bürokratischen Aufwands für die Zusammenschlussparteien und die beteiligten Wettbewerbsbehörden verbunden. Zwar dürften diese Gründe gleichermaßen bei Anträgen auf Verweisung an einen Mitgliedstaat gelten. Allerdings ist insoweit zu berücksichtigen, dass die Europäische Kommission von solchen Verweisungsanträgen von Anfang an informiert sein muss, da sie am besten feststellen kann, ob der angemeldete Zusammenschluss sich tatsächlich nur in diesem Mitgliedstaat auswirkt. Nach Ansicht der Monopolkommission ist jedenfalls eine Vereinfachung der materiellen Voraussetzungen für eine Verfahrensabgabe an den jeweiligen Mitgliedstaat empfehlenswert. Es liegt nahe, dass die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen von der Antragstellung nach Art. 4 Abs. 4 FKVO dadurch abgehalten werden, dass sie als Voraussetzung für eine Verweisung darlegen müssen, dass ihr Vorhaben eine „erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung“ in einem Mitgliedstaat zur Folge haben wird, und sich damit quasi selbst belasten. Die gegenwärtige Ausgestaltung der Verweisungsvoraussetzungen dürfte daher einer optimalen Zuständigkeitsverteilung abträglich sein.

115.* Kritik gegenüber dem Ermessensspielraum der Europäischen Kommission bei Verweisungsentscheidungen, die auf der Befürchtung gründet, die Europäische Kommission könne sich bei ihrer Entscheidung zu sehr von industriepolitischen Aspekten leiten lassen und damit wichtige Grundsätze nationaler Ordnungspolitik zugunsten der europäischen Integration unberücksichtigt lassen, erscheint nach einem Blick auf die Verweisungspraxis jedenfalls derzeit nicht begründet. Darüber hinaus ist daran zu erinnern, dass einzelne Mitgliedstaaten immer wieder Bestrebungen zeigen, bei Zusammenschlüssen nationale Lösungen bis hin zur Bildung von sogenannten national champions zu fördern. Nach Auffassung der Monopolkommission kann die Europäische Kommission ein erforderliches Gegengewicht zu derartigen Bestrebungen bilden, sofern ihre Zuständigkeit als Wettbewerbsbehörde gegeben ist. Die Monopolkommission sieht daher keine Notwendigkeit, das Regelungsgefüge der FKVO hinsichtlich Zuständigkeitsverteilung und Verweisungsmöglichkeit grundsätzlich zugunsten einer vermehrten Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zu verschieben.

116.* Eine Regelung, welche die Zuständigkeit der Europäischen Kommission auf Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb erweitert, sollte nach Auffassung der Monopolkommission unter Berücksichtigung von Nutzen und Kosten ausgestaltet werden. Wichtig ist dabei, dass in Wissenschaft und Praxis Einigkeit darin besteht, dass auch Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb negative Wettbewerbseffekte auslösen können. Allerdings sind negative Auswirkungen nicht in jedem Fall derartiger Minderheitsbeteiligungen zu erwarten; außerdem können solche Beteiligungen auch Effizienzgewinne hervorrufen. Eine entsprechende Regelung sollte daher einerseits sicherstellen, dass sämtliche wettbewerblich bedenklichen Fälle aufgegriffen werden können. Andererseits ist sie so zu gestalten, dass die zusätzliche bürokratische Belastung für Unternehmen und Wettbewerbsbehörden möglichst gering bleibt, keine Überregulierung erfolgt, sowie ein hohes Maß an Rechtssicherheit auch in Zukunft besteht. Ferner ist zu berücksichtigen, dass in einigen Mitgliedstaaten – unter anderem in Deutschland – bereits gegenwärtig eine Kontrolle von Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb stattfindet. Eine Zuständigkeitserweiterung der Europäischen Kommission sollte nicht zur Folge haben, dass das bestehende Schutzniveau in diesen Mitgliedstaaten gesenkt wird.

117.* Nach Auffassung der Monopolkommission sollte eine Regelung in der FKVO daher sowohl einen relativ hoch ansetzenden, quantitativen Aufgreifmaßstab als auch einen qualitativen Aufgreifmaßstab enthalten, der schon bei niedriger Beteiligung eingreift, sofern weitere Einflussfaktoren erfüllt sind. Der quantitative Tatbestand sorgt für schnelle Erkennbarkeit und Rechtssicherheit aufseiten der Unternehmen und Wettbewerbsbehörden. Mithilfe des qualitativen Aufgreifkriteriums werden Umgehungsversuche verhindert und sämtliche problematischen Fallkonstellationen erfassbar gemacht.

118.* Dabei kann das Ziel, mit der Erweiterung der Kommissionszuständigkeit möglichst geringe zusätzliche bürokratische Lasten für betroffene Unternehmen zu schaffen, nach Auffassung der Monopolkommission auf zwei Wegen erreicht werden. Zum einen ist an die gesetzliche Verankerung von sogenannten safe harbours zu denken, d. h. von Konstellationen, die von vornherein nicht in den Anwendungsbereich der FKVO fallen. Von einer kartellbehördlichen Kontrolle ausgenommen werden könnten z. B. konglomerate Beteiligungen. Zum anderen ließe sich die zusätzliche bürokratische Belastung der beteiligten Unternehmen und der Europäischen Kommission durch geeignete Verfahrensregeln begrenzen. Nach den Vorstellungen der Monopolkommission könnte das Verfahren so ausgestaltet sein, dass die betroffenen Unternehmen zunächst nur eine beschränkte Mitteilungspflicht trifft. An diese Mitteilung könnte sich eine relativ kurze Frist (z. B. zehn Arbeitstage) anschließen, in der einerseits das Vollzugsverbot gilt, andererseits die Zuständigkeit zwischen Europäischer Kommission und mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden geklärt wird. Nach dieser Klärung würden unmittelbar die Verfahrensregeln des jeweiligen Mitgliedstaats oder der FKVO gelten, das heißt gegebenenfalls auch die Anmeldepflicht und das Vollzugsverbot.

119.* Als materieller Test sollte nach Auffassung der Monopolkommission auch für Minderheitsbeteiligungen ohne Kontrollerwerb der SIEC-Test des Art. 2 FKVO Anwendung finden. Die möglichen Wettbewerbsprobleme bei derartigen Minderheitsbeteiligungen unterscheiden sich nicht grundsätzlich von den Wettbewerbsproblemen bei Minderheitsbeteiligungen mit Kontrollerwerb oder Mehrheitsbeteiligungen. Daher besteht kein sachlicher Grund, in den erstgenannten Fällen einen anderen materiellen Prüfungsmaßstab anzuwenden. Gegen die Aufspaltung des Prüfungsmaßstabs spricht außerdem die damit verbundene Rechtsunsicherheit für die betroffenen Unternehmen.

Fernwärme

120.* Unter Fernwärme wird eine Form der Versorgung von Industrie und Bevölkerung mit zentral erzeugter Wärme verstanden. Fernwärmeversorger produzieren die Wärme typischerweise in dedizierten Heizwerken oder als Nebenprodukt der Stromerzeugung in Heizkraftwerken und transportieren sie durch ein Rohrleitungssystem in die Fläche, um sie vor allem als Heizwärme für Gebäude zu vermarkten. Die Anbieter von Fernwärme sind vertikal integrierte Unternehmen und als Betreiber von Fernwärmenetzen, im Vertrieb und oftmals auch als Produzenten der Wärme aktiv. Ein Wechsel zwischen verschiedenen Fernwärmeversorgern ist für die Kunden nicht möglich.

121.* Das Bundeskartellamt hat 2012 eine Sektoruntersuchung der Fernwärmebranche veröffentlicht, in der es die Auffassung vertritt, dass die Fernwärme sich auch nicht in einem hinreichend wirksamen Wettbewerb zu anderen Heizungsformen befindet. Das Bundeskartellamt nimmt daher an, dass die Fernwärmeversorger über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Aus Sicht der Monopolkommission erschwert die Gemengelage vieler unterschiedlicher institutioneller Wirkungen es jedoch, den Wettbewerbsdruck, der von alternativen Heizformen ausgeht, verlässlich einzuschätzen. Zur weiteren Überprüfung der Marktabgrenzung sind nach Auffassung der Monopolkommission vor allem ergänzende empirische Analysen notwendig. Die Monopolkommission prüft derzeit die Möglichkeit einer eigenen Untersuchung und weist in diesem Zusammenhang auf das Problem des Datenzugangs beim Bundeskartellamt hin.

122.* Im Moment laufen mehrere Preismissbrauchsverfahren gegen einzelne Fernwärmeversorger, die zuletzt insbesondere durch das Bundeskartellamt infolge der Sektoruntersuchung eingeleitet wurden. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass in erster Linie die Marktabgrenzung im Fernwärmesektor weiter fundiert werden sollte, um den Bedarf eines Eingriffs zu begründen. Allerdings ist der Nachweis eines Preismissbrauchs insbesondere aufgrund möglicher struktureller Kostenunterschiede zwischen den Versorgungsgebieten nur schwer zu führen. Auch scheinen die Probleme lokal und dauerhaft aufzutreten. Dies

spricht dafür, dass eine potenzielle marktbeherrschende Stellung der Fernwärmeversorger eine sektorspezifische und dauerhafte Lösung, insbesondere eine Entgeltregulierung, erfordern könnte.

Kartellverfolgung

123.* Zur Identifizierung von kartellrechtswidrigen Absprachen gemäß § 1 GWB und Art. 101 AEUV stehen dem Bundeskartellamt prinzipiell Instrumentarien der reaktiven Kartellverfolgung und Instrumentarien der proaktiven Kartellverfolgung zur Verfügung. Bei Instrumentarien der reaktiven Kartellverfolgung beginnt die Behörde erst mit dem Ermittlungsprozess, wenn ihr verlässliche Informationen von den Marktteilnehmern übermittelt werden, die einen hinreichenden Verdacht auf kartellrechtswidrige Absprachen begründen (z. B. Bonusanträge, Beschwerden). Das Anfallen von Ermittlungskosten ist somit an den Zeitpunkt der Übermittlung verlässlicher Informationen geknüpft. Die Effektivität einer reaktiven Kartellverfolgung ist entscheidend von der Kooperationsbereitschaft der Marktteilnehmer abhängig. Bei Instrumentarien der proaktiven Kartellverfolgung initiiert die Behörde den Ermittlungsprozess. Zu den Instrumenten zählen vornehmlich empirisch geprägte ökonomische Analysen. Ermittlungskosten fallen auch bei ergebnisoffenen Ermittlungen an, zudem können mittels empirischer Analysen zunächst ausschließlich Indizien und keine Belege ermittelt werden. Dafür ist eine frühzeitige Erkennung rechtswidriger Absprachen möglich, was den Wohlfahrtsschaden zeitnah mindern und die Abschreckungswirkung existierender Sanktionsmaßnahmen steigern kann.

124.* Das Bundeskartellamt hat in bisherigen Kartellverfahren ausschließlich auf Instrumente der reaktiven Verfolgung zurückgegriffen. Ausländische Wettbewerbsbehörden, insbesondere in den USA und vereinzelt in Europa, haben bereits Erfahrungen mit einer proaktiven Kartellverfolgung gesammelt. Obgleich eine erhebliche Bedeutung einer proaktiven Kartellverfolgung für den Verfahrensausgang bislang nicht festzustellen war, ist seit geraumer Zeit eine vermehrte Anwendung derartiger Instrumente zu verzeichnen.

125.* Die Monopolkommission sieht in einer proaktiven Kartellverfolgung mit ökonomischen Analysemethoden insbesondere als Komplement zur reaktiven Kartellverfolgung zwar durchaus das Potenzial, die Wettbewerbsaufsicht umfassender zu gestalten. Sie empfiehlt zum gegenwärtigen Zeitpunkt jedoch nur, die Entwicklungen vor allem in den europäischen Ländern, in denen Maßnahmen zur proaktiven Kartellverfolgung zur Anwendung kommen oder derzeit implementiert werden, eingehend zu verfolgen und den Erfahrungsaustausch mit den betreffenden Behörden zu intensivieren.

126.* Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum seine Ermittlungen im Konsumgüterbereich fortgesetzt und Verfahren zu Marken-Konsumgütern durchgeführt (Bier, Kartoffeln, Schokoladenwaren, Instant-Kaffee und -Spezialitäten, Tiernahrung, Tiefkühlpizza, Waschmittel und Drogerieartikel). Weitere Kartellverfahren betrafen den Chemiegroßhandel, Porzellan, Tapeten, Schienen und ähnliche Produkte für Eisenbahnen sowie Baustoffe. Die Monopolkommission würdigt speziell die Amtspraxis zu Drogerieartikeln, Schienen und anderen Produkten für Eisenbahnen sowie Baustoffen, um wichtige gegenwärtige Entwicklungen der deutschen Kartellverfolgungspraxis aufzuzeigen.

127.* Die Verfahren zum Kartellfall betreffend Drogerieartikel wurden im Zeitraum 2007-2013 durchgeführt. Der Kartellfall war ein eigenständiger Fall, stand inhaltlich allerdings im Zusammenhang mit einer Reihe von Kartellverfahren betreffend Luxuskosmetik-Produkte und Verbrauchskemikalien, die in den vergangenen Jahren in Deutschland und in anderen europäischen Mitgliedstaaten durchgeführt worden sind. Das Bundeskartellamt hatte schon 2008 außerdem Verfahren gegen Markenartikelhersteller von Konsumgütern wegen des Verdachts des Informationsaustauschs in mehreren Produktbereichen (u. a. Süßwaren, Waschmittel und Tiernahrung) und in einem Fall wegen des Verdachts abgestimmter Preiserhöhungen ein-

geleitet, in denen zwischenzeitlich ebenfalls Geldbußen verhängt worden sind. Die genannten Verfahren weisen hinsichtlich der Verfahrensbeteiligten zum Teil Überschneidungen auf.

128.* Die Monopolkommission begrüßt die Kartellverfolgung im Konsumgüterbereich, insbesondere in dem beispielhaft dargestellten Fall betreffend Drogerieartikel. Das Aufgreifen derartiger Fälle ist – neben der Verfolgung reiner Kernbeschränkungen – sehr wichtig, um die präventive Wirkung der Kartellvorschriften zu erhöhen. Die festgesetzten Geldbußen tragen dem Umstand Rechnung, dass die Schädigung des Wettbewerbs regelmäßig um so stärker ist, je intensiver Wettbewerber ihr Marktverhalten durch den Austausch strategischer Informationen koordinieren.

129.* Einen außergewöhnlich schwerwiegenden und umfangreichen Wettbewerbsverstoß betraf der Kartellfall um die sogenannten „Schienenfreunde“. Dabei handelt es sich um die Selbstbezeichnung der Beteiligten eines Kartells, dessen Ursprünge möglicherweise über fünfzehn bis zwanzig Jahre zurückliegen und in dessen Rahmen Preise und/oder Mengen für Schienen, Weichen und Eisenbahnschwellen abgesprochen wurden. Das Bundeskartellamt untersuchte in zwei Verfahren mehrere Tatkomplexe, die sich über den Tatzeitraum von zumindest 2001 bis 2008 und zum Teil bis 2011 erstreckten.

130.* Der Fall um das Schienenkartell zeigt deutlich die Risiken und Nachteile von Kartellen für die Täter, die Geschädigten und andere Betroffene auf – und zwar auch unabhängig von der Belastung der Kartelltäter durch Geldbußen. Er ist insofern für die Berichterstattung der Monopolkommission aus mehreren Gründen von Interesse:

- Erstens verdeutlicht er die hohe Relevanz, die im Rahmen der Regeln zur behördlichen Kartellverfolgung ein strategisch durchdachtes Vorgehen mittlerweile für die am Kartellverfahren beteiligten Unternehmen gewinnt.
- Zweitens zeigt er die möglichen gravierenden Risiken auf, die Unternehmensverantwortliche in finanzieller Hinsicht und in Bezug auf den Unternehmensruf eingehen, wenn sie Wettbewerbsverstöße in ihrer Bedeutung unterschätzen und Compliance-Maßnahmen unterlassen.
- Drittens lassen sich an diesem Fall mögliche Risiken aufzeigen, die am Kartell nicht Beteiligte (Abnehmer, Mitarbeiter) zu gewärtigen haben, wenn sie nicht selbst hinreichend Acht auf mögliche Kartellverstöße geben, die anschließend von den zuständigen Behörden aufgedeckt werden.

131.* Die Kartellverfolgung in der Baustoffindustrie bildet seit Jahren einen Schwerpunkt der Tätigkeit des Bundeskartellamtes. Das liegt an der Marktstruktur und dabei insbesondere an vielfältigen Verflechtungen der Baustoffunternehmen untereinander und an bestehenden Überkapazitäten. Die Verfolgungspraxis der letzten Jahrzehnte zeigt, dass die Wettbewerbsverstöße in der Baustoffbranche ungeachtet der kleinteiligen Marktstruktur häufig sehr umfangreich und schwerwiegend sind.

132.* Das Bundeskartellamt hat auch in diesem Berichtszeitraum mehrere Kartellverfahren im Baustoffbereich eingeleitet bzw. durchgeführt, namentlich in den Bereichen Betonpflastersteine und andere Betonbauteile. Daneben hat das Bundeskartellamt die Sektoruntersuchung im Bereich Walzasphalt abgeschlossen, die es Mitte des Jahres 2010 eingeleitet hatte. Im Anschluss an die Sektoruntersuchung wurden Verwaltungsverfahren eingeleitet und bundesweit bereits zahlreiche Gemeinschaftsunternehmen entflochten. Darüber hinaus hat das Amt Ende 2013 eine Sektoruntersuchung des Transportbetonsektors eingeleitet und behält sich weitere Sektoruntersuchungen und Einzelverfahren auch in anderen Bereichen der Baustoffbranche (z. B. Sand und Kies, aufgehendes Hintermauerwerk) vor.

133.* Die Monopolkommission begrüßt die systematische Überprüfung der Marktstrukturen durch das Bundeskartellamt und die damit abgestimmte Fortsetzung der Kartellverfolgung im Baustoffbereich. Sie an-

erkennt die Bereitschaft der Marktteilnehmer, gewachsene Strukturen im Falle kartellrechtlicher Bedenken zu überprüfen. Ergänzend spricht sie sich dafür aus, dass die öffentliche Hand den Wettbewerbsrisiken im Baustoffbereich im Rahmen von Vergabeverfahren verstärkt Rechnung trägt.

Vertriebsbeschränkungen (insbesondere Internetvertrieb)

134.* Die Kontrolle der Vertriebskette durch den Hersteller (oder Importeur) ist bei wirtschaftlicher Betrachtung ambivalent. Einerseits wird dadurch die Freiheit der Vertragspartner im Wettbewerb beschränkt. Andererseits lassen sich über solche Vereinbarungen Effizienzen vertikaler Integration realisieren. Bei einigen Typen vertikaler Beschränkungen ist anerkannt, dass sie regelmäßig besonders schädlich sind. Derartige Vertragsbedingungen sind jedoch nicht schlichtweg kartellrechtswidrig; vielmehr kommt unter Berücksichtigung der genauen Konstellation eine Einzelfreistellung in Betracht. Allerdings tragen in diesem Fall die Vertragsparteien bzw. der Verwender die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen.

135.* Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum seine Verfolgung von Wettbewerbsbeschränkungen in Vertriebsbeziehungen fortgesetzt und dabei ein besonderes Augenmerk auf die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen im Internetvertrieb gelegt. Die Verfahren des Amtes lassen sich verschiedenen Fallgruppen zuordnen.

136.* Das Bundeskartellamt hat insbesondere in mehreren Verfahren die Verfolgung vertikaler Preisbindungen fortgesetzt (Festool, Dr. Hauschka). In diesen Fällen übten die Hersteller auf die Händler in der Vertriebskette Druck zur Durchsetzung eines vorgegebenen Preisniveaus aus.

137.* In Bezug auf sogenannte Bestpreisklauseln hat das Bundeskartellamt die Geschäftsbedingungen von Amazon untersucht. Das Unternehmen betreibt eine Internetplattform, auf der Waren zum einen durch Amazon selbst, zum anderen durch dritte Händler angeboten werden. Diese Händler waren durch Amazon zur Einhaltung einer Preisparitätsklausel verpflichtet worden. Das Bundeskartellamt sah die Preisparitätsklausel schwerpunktmäßig als horizontale Wettbewerbsbeschränkung an, da der Plattformbetreiber (Amazon) und die Dritthändler direkte Wettbewerber auf den betroffenen Handelsmärkten sind. Das Verfahren konnte Ende 2013 eingestellt werden. Die Monopolkommission hält auf Basis des Ermittlungsergebnisses die wettbewerbliche Beurteilung des Falles durch das Bundeskartellamt für zutreffend.

138.* In weiteren Verfahren hat das Amt die Praxis einiger Plattformbetreiber aufgegriffen, Hotels, die auf deren Plattform Zimmer anbieten, zur Einhaltung einer Bestpreisklausel zu verpflichten. Diese Bestpreisklausel ist ausschließlich als vertikale Wettbewerbsbeschränkung zu überprüfen, da die betroffenen Plattformbetreiber kein eigenes Zimmerangebot unterhalten. Die Vorgabe der Bestpreisklausel beschränkt den Wettbewerb der Anbieter von Hotelzimmern, indem sie diesen die Freiheit nimmt, Hotelzimmer außerhalb der Plattform zu einem frei wählbaren Preis anzubieten.

139.* Bei der Würdigung der Amtspraxis ist der Entwicklung des Internetvertriebs Rechnung zu tragen. Bestpreisklauseln ermöglichen eine wirkungsvolle Werbung gegenüber Verbrauchern, die auf garantierte Bestpreise hingewiesen werden können. Solche Klauseln waren deshalb ein wirkungsvolles Mittel bei der Etablierung von Hotelbuchungsportalen als neuem Angebot zur Erleichterung der Recherche nach Hotelzimmern. Zugleich schützten sie das Buchungsportal davor, dass Hotels dieses zwar nutzten, die Zimmerbuchung jedoch direkt beim Hotel stattfand (Freifahrer- bzw. Trittbrettfahrerproblematik). Allerdings ist noch ungeklärt, inwiefern hier ein Trittbrettfahrerproblem besteht, und ob Bestpreisklauseln erforderlich sein können, um zu verhindern, dass Hotels die mit der Plattform verbundenen Vorteile (bessere Auffindbarkeit usw.) ohne entsprechende Vergütung nutzen. Die verfahrensbetroffenen Plattformbetreiber haben bislang ihr

Vorbringen insoweit nicht substantiieren können. Allerdings erscheint ein Nachweis insoweit nur schwer möglich, sodass die Beweislastverteilung hier regelmäßig ausschlaggebend sein dürfte.

140.* Der Wettbewerb hat sich offenbar zunehmend auf das Verhältnis der Buchungsplattformen zueinander verlagert. Eine Trittbrettfahrerproblematik ist in diesem Wettbewerbsverhältnis auch unwahrscheinlich. Die Monopolkommission hält den Ansatz des Bundeskartellamtes in juristischer Hinsicht für zutreffend, weist aber darauf hin, dass aus ökonomischer Sicht noch viele Fragen offen sind.

141.* Eine weitere Fallgruppe der Amtspraxis betrifft Fälle, in denen ein Markenhersteller versucht, Einfluss auf die Vertriebskanäle zu nehmen, über die seine Produkte (weiter) vertrieben werden, und zwar zum Nachteil von Online-Händlern. Er kann dies insbesondere tun, indem er unterschiedliche Preise für die Belieferung von stationären Händlern und Online-Händlern verlangt (Doppelpreissystem; Fälle zu Haus- und Gartengeräten) oder indem er ein selektives Vertriebssystem mit Qualitätsanforderungen aufbaut, die sich vor allem über den stationären Vertrieb erfüllen lassen (Fälle zu Sportartikeln). Die Etablierung eines Doppelpreissystems hat dabei denselben Zweck, knüpft anders als Anforderungen für den selektiven Vertrieb jedoch nicht unmittelbar an den Produktvertrieb der Vertriebshändler an, sondern an die Preise für die vertriebenen Produkte (Gegenleistungen).

142.* Diese Fälle betreffen einen Grenzbereich zwischen Marken- und Wettbewerbsschutz. Umstritten ist insbesondere, inwiefern Hersteller den Internetvertrieb beschränken dürfen, um ein bestimmtes Preissignal (hoher Preis) gegenüber den Verbrauchern als Bestandteil ihrer auf Prestige bzw. Exklusivität ausgerichteten Markenstrategie abzusichern. Das Bundeskartellamt erkennt Vertriebskriterien, welche die „Aura des Exklusiven“ bzw. das Prestige der Herstellermarke schützen sollen, nicht an. Es verweist insofern auf die europäische Rechtsprechung, die Wettbewerbsbeschränkungen zum Schutz eines etwaigen Markenimages kritisch beurteilt und damit auch die Ausführungen in den Kommissionsleitlinien zu vertikalen Beschränkungen infrage stelle.

143.* Die Monopolkommission teilt nicht ohne Weiteres die Auffassung des Amtes, dass die europäische Rechtsprechung die Kommissionsleitlinien infrage stelle. Sie hebt hervor, dass die Leitlinien einen Kompromiss hinsichtlich der schwierig zu ziehenden Grenze zwischen Aspekten des Marken- und des Wettbewerbsschutzes darstellen und für die Marktteilnehmer deshalb bisher auch als Beurteilungsmaßstab für das unternehmerische Handeln begriffen werden. Sofern die Leitlinien als allgemeiner Beurteilungsmaßstab dem Einzelfall nicht gerecht werden, ist aus Sicht der Monopolkommission zu berücksichtigen, dass gerade das Internet noch einen relativ neuen Vertriebskanal darstellt, den die Hersteller als Teil einer – grundsätzlich vom jeweiligen Hersteller einseitig entwickelten – Geschäftsstrategie in ihre Geschäftsmodelle integrieren. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass Vertriebsvorgaben grundsätzlich keine wettbewerblichen Bedenken hervorrufen, sofern sie einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Markenschutz und den Belangen des Wettbewerbs herbeiführen. Schließlich dürfte eine Einzelfreistellung für Maßnahmen zum Schutz einer Marke insbesondere dann in Betracht zu ziehen sein, wenn Händler ein Trittbrettfahrerverhalten zeigen, indem sie sich über graue Kanäle Markenprodukte verschaffen und vertreiben, um so am guten Ruf eines Markenprodukts zu partizipieren, ohne sich jedoch an den in den Aufbau der Marke geflossenen Investitionen zu beteiligen.

144.* Aus Sicht der Monopolkommission ist das Vorgehen des Bundeskartellamtes in der konkreten bisherigen Fallpraxis nicht zu beanstanden. Dabei ist maßgeblich, dass es sich typischerweise um Fälle handelte, in denen marktstarke Hersteller bei ihren Vorgaben für den Internetvertrieb ihnen zukommende Verhaltensspielräume ausnutzen konnten bzw. in denen mehrere Hersteller gleichförmige Selektivvertriebsnetze über den gesamten Markt hinweg legten. In solchen Fällen ist sicherzustellen, dass Markenhersteller die Vertriebswege nicht in einem Umfang unter ihre Kontrolle bringen, der die freie Entwicklung des Inter-

nethandels auf die Dauer spürbar behindert. Die Amtspraxis ist darauf ausgerichtet, eine solche Behinderung auszuschließen. Allerdings kann eine derartige Regulierung der Vertriebswege die vertikale Integration fördern.

Sanktionen und Schadenersatz

145.* Die deutschen Gerichte hatten im Berichtszeitraum in mehreren Fällen zu verfassungsrechtlichen Fragen in Bezug auf die Sanktionen in Kartellfällen zu entscheiden. Die Monopolkommission nimmt zu dieser Entscheidungspraxis aus wettbewerbspolitischer Perspektive Stellung.

146.* Im sogenannten Grauzementfall hat der BGH die Verfassungsmäßigkeit einzelner Vorschriften des GWB zum Bußgeldrahmen bejaht, ohne allerdings alle offenen Streitfragen zu klären. Das Bundeskartellamt hat auf die Rechtsprechung des BGH hin seine Bußgeldleitlinien überarbeitet, um eine Anpassung der Verfahrenspraxis an jene Rechtsprechung zu ermöglichen. Die Monopolkommission hält es gleichwohl für geboten, dass das deutsche Kartellbußgeldrecht überarbeitet wird. Es ist problematisch, dass die vielen seit Längerem offenen Streitfragen die Entwicklung einer einheitlichen und vorhersehbaren Bußgeldpraxis und ihre Akzeptanz durch die Rechtsunterworfenen fortlaufend behindern.

147.* Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum Verfahren in mehreren Fällen durch einvernehmliche Verfahrensbeendigung (sogenannte Settlements) zum Abschluss gebracht. Derartige Vergleichsverfahren sind für das Bundeskartellamt ein wichtiges Instrument zum effizienten Ressourceneinsatz und haben mittlerweile eine erhebliche praktische Bedeutung. Das Amt hat kürzlich in einem Merkblatt die für Vergleichsverfahren wesentlichen Verfahrensgrundsätze niedergelegt. Es betont darin, dass die Voraussetzungen für einvernehmliche Verfahrensbeendigungen einfachgesetzlich nicht geregelt sind und insbesondere die Regelung der StPO zu strafprozessualen Verständigungen im Rahmen von kartellbehördlichen Vergleichsverfahren nicht gilt. Das Bundesverfassungsgericht hat in Bezug auf strafrechtliche Verständigungsverfahren im Berichtszeitraum allerdings rechtsstaatliche Defizite festgestellt. Eine Reihe der Risiken, die das Bundesverfassungsgericht sieht, ist in zumindest ähnlicher Form auch bei kartellbehördlichen Vergleichsverfahren nicht von der Hand zu weisen. Die Monopolkommission sieht in einvernehmlichen Verfahrensbeendigungen ein wettbewerbspolitisch notwendiges Instrument und mahnt eine baldige Reform der Vorschriften über das kartellbehördliche Ordnungswidrigkeitenverfahren an.

148.* Das Bundesverfassungsgericht hat schließlich die Verfassungsmäßigkeit der Pflicht zur Verzinsung von kartellbehördlichen Geldbußen nach den Vorschriften des GWB bestätigt. Die Monopolkommission begrüßt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, da sie mit Blick auf die Pflicht zur Verzinsung von Geldbußen für Rechtssicherheit sorgt.

Private Kartellverfolgung

149.* Die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen wegen Wettbewerbsverstößen stößt für private Kläger in der Praxis nach wie vor auf erhebliche Schwierigkeiten. Die Europäische Kommission hat deshalb einen neuen Vorschlag für eine Richtlinie zu privaten Schadenersatzklagen vorgelegt. Der Vorschlag berücksichtigt im Berichtszeitraum ergangene Entscheidungen der europäischen und nationalen Gerichte zum Verhältnis von öffentlicher (= kartellbehördlicher) und privater Kartellverfolgung. Das Gesetzgebungsverfahren konnte im April 2014 inhaltlich noch knapp vor dem Ende der Legislaturperiode abgeschlossen werden.

150.* Die Richtlinie ist als wegweisende Neuregelung von Kartellzivilprozessen anzusehen, die eine Reihe lange streitiger Fragen für alle Mitgliedstaaten regelt (z. B. Schadensabwälzung und Rechte mittelbar Geschädigter, Schadensvermutungen). In Bezug auf einige Einzelfragen wäre es gleichwohl wünschenswert gewesen, wenn nach der Veröffentlichung des Vorschlags mehr Zeit für die Ausarbeitung der endgültigen

Richtlinienfassung verblieben wäre. So werfen insbesondere die gesetzlichen Beschränkungen für die Offenlegung bestimmter Beweismittelkategorien (Art. 6) Fragen auf.

151.* Eine im Gesetzgebungsverfahren besonders umstrittene Frage betraf die Rechtsposition von direkten und indirekten Geschädigten zueinander. Zu hinterfragen ist, weshalb die Richtlinie insofern eine Vollharmonisierung vornimmt und den Mitgliedstaaten keinen Ausgestaltungsspielraum belässt.

152.* Eine bewusste Überkompensation aufgrund von mehrfachem Schadenersatz (etwa in der Form von Strafschadenersatz) bleibt nach der endgültigen Richtlinienfassung nur noch aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung nach nationalem Recht möglich. Die Monopolkommission hatte sich bereits zuvor für eine derartige Regelung ausgesprochen. Die Richtlinie wählt rechtspolitisch einen anderen Ansatz, indem sie den Kartellbehörden die Möglichkeit gibt, eine freiwillige Entschädigungsregelung seitens der Mitglieder von Kartellen positiv auf mögliche Kartellbußgelder anzurechnen. Die Auswirkungen dieser Regelung bleiben abzuwarten.

153.* Einige Fragen bleiben auch nach Annahme der Richtlinie offen, die zwar in Schadenersatzprozessen relevant geworden sind, aber auch außerhalb davon eine Rolle spielen. Dies betrifft insbesondere die Haftung von Unternehmensteilen, denen der Wettbewerbsverstoß zurechenbar ist, ohne dass sie Adressat einer Bußgeldentscheidung sind. Diese Frage ist nach der zitierten europäischen Rechtsprechung eine Frage des materiellen Rechts (Tatbestandsseite) und nicht lediglich eine Frage des bußgeldrechtlichen Haftungsadressaten (Rechtsfolgenseite). Es bedarf dringend der gesetzlichen Klarstellung, dass das deutsche Recht einer Haftungszurechnung nach europäischem Recht nicht entgegen steht.

154.* In Bezug auf die Rechtsposition von Schadenersatzklägern im Rahmen des Kartellverfahrens hält die Monopolkommission die Entscheidung des Richtliniengebers für eine Haftungsfreistellung für vertretbar. Die Praktikabilität der Haftungsprivilegierung für kleine und mittlere Unternehmen mit niedrigem Marktanteil erscheint hingegen fraglich.

155.* Die Richtlinie wird durch eine Empfehlung der Europäischen Kommission zu kollektiven Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren flankiert. In Abhängigkeit von der Umsetzung der Empfehlung in anderen Mitgliedstaaten tritt die Monopolkommission dafür ein, die geltenden Verfahrensregeln für Schadenersatzklagen mit Blick auf die Kommissionsempfehlung zu kollektiven Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren zu überprüfen.

Bedeutung von Compliance

156.* Die Verfolgungspraxis des Bundeskartellamtes kann die Entwicklung einer Compliance-Kultur bei den Marktteilnehmern unterstützen. Durch die weitgehende Nichtbehandlung des Themas Compliance in der Öffentlichkeitsarbeit des Amtes bleibt jedoch ein wirksames Mittel ungenutzt, Unternehmen zusätzlich zu kartellrechtmäßigem Verhalten anzuregen. Die Monopolkommission gibt hierzu einige begrenzte Empfehlungen.

Spezielle Wirtschaftsbereiche - Geistiges Eigentum im Wettbewerb

157.* Schutzrechte verleihen dem Inhaber ein Ausschließlichkeitsrecht über geistige Schöpfungen und werden daher auch als geistiges Eigentum (Intellectual Property, IP) zusammengefasst. Das Kartellrecht kann einer Verschließung von Märkten durch die wettbewerbswidrige Ausübung von geistigen Eigentumsrechten entgegenwirken. Dabei lässt das Kartellrecht diese Rechte als solche in aller Regel im Bestand unberührt und beschränkt lediglich deren Ausübung, indem etwa statt der Verhinderung von Markteintritten lediglich (diskriminierungsfrei zu ermittelnde) Lizenzgebühren geltend gemacht werden können.

158.* Bei Anwendung des Kartellrechts sind hier allerdings einige Besonderheiten zu beachten. Diese ergeben sich vor allem daraus, dass das Recht des geistigen Eigentums wesentlich auf eine bestimmte Facette der Innovationseffizienz und auf Rechtssicherheit fokussiert ist, während das Kartellrecht einen erheblich breiteren Zielkatalog verfolgt und stark nach dem konkreten Einzelfall differenziert.

159.* Der kartellrechtlich begründete Zugang zu standardessenziellen Patenten (SEP) relativiert die Marktposition der Inhaber dieser Schutzrechte, da jene nicht am Markt, sondern durch die Standardisierungsvereinbarung erworben wurde. Von besonderer Bedeutung ist insoweit die Möglichkeit für Nutzer eines SEP, dessen Inhaber einen sogenannten kartellrechtlichen Zwangslizenzinwand entgegenzuhalten. Denn die vom Patentrecht grundsätzlich vorgesehene Möglichkeit des Patentinhabers, Dritte nach Belieben und bedingungslos von der Nutzung der Patentlehre auszuschließen, kann Wettbewerber erheblich behindern, jeglichen Wettbewerb ausschließen und dem Patentinhaber so ungerechtfertigte Monopolgewinne ermöglichen.

160.* Die Monopolkommission würdigt die international anerkannte Vorreiterrolle des BGH bei der Entwicklung dieses Einwandes im Urteil „Orange Book“. Sie zeigt jedoch, dass die vom BGH und insbesondere die von nachfolgend befassten Instanzgerichten dafür geforderten Voraussetzungen den Schutzzwecken des Kartellrechts nicht in ausreichendem Maße Geltung verleihen.

161.* In einem vom LG Düsseldorf ausgehenden Vorlageverfahren hat der EuGH aktuell zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen sich der Inhaber eines SEP, der sich verpflichtet hat, dieses an Dritte zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory = FRAND) Bedingungen zu lizenzieren, die Zwangslizenzinrede entgegenhalten lassen muss.

162.* Parallel zu der beschriebenen Entwicklung hat die Europäische Kommission Verfahren gegen Google/Motorola und Samsung vor allem gegen die Zusagen eingestellt, zukünftig keine Benutzungsverbote mehr für (FRAND-behaftete) SEP durchzusetzen. Nach dieser Entscheidungspraxis genügt es, wenn der Lizenzsucher sich grundsätzlich bereit erklärt hat, zu „FRAND“-Bedingungen einen Lizenzvertrag abzuschließen.

163.* Die Monopolkommission begrüßt die Etablierung des Zwangslizenzinwands und weist nachdrücklich auf den Plattformcharakter von SEP hin. Entscheidend erscheint insoweit auch, dass der Patentinhaber mit der Einbringung dieses Patents in den Standard gerade (schlüssig) erklärt, er wünsche dessen Verwendung. Solange das Patentrecht keine (wirksamen) Instrumente zur Einbeziehung derartiger Besonderheiten aufweist, sind die Gerichte, aber auch die Kartellbehörden, angehalten, diesen auf kartellrechtlicher Grundlage Rechnung zu tragen. Jedenfalls bei FRAND-behafteten SEP erscheint daher regelmäßig eine Entrichtung bzw. Hinterlegung des Lizenzentgeltes vor Benutzung des Patents verzichtbar, wenn der Lizenzsucher konkret verhandlungsbereit ist.

164.* Im Ausblick werden einige Lösungsansätze jenseits des Wettbewerbsrechts für SEP-spezifische Probleme untersucht. Neben der breitflächigen Einführung von FRAND-Verpflichtungen im Rahmen einer Einbeziehung von Schutzrechten in Standards erscheint insbesondere eine verbesserte Transparenz im Zusammenhang mit Standardisierungsprozessen und Standards wünschenswert. Nicht zuletzt im internationalen Vergleich erscheint auch naheliegend, dass eine Intensivierung der teilweise bereits bestehenden Kooperation zwischen Standardisierungsorganisationen, Patent- und Wettbewerbsbehörden Informationsdefiziten begegnen und erhebliche Steuerungspotenziale realisieren könnte.

165.* Im März 2014 wurde auf europäischer Ebene das überarbeitete Regelwerk für Technologietransfer-(TT-) Vereinbarungen angenommen, das eine Gruppenfreistellungsverordnung und Leitlinien umfasst. Die Bedeutung dieser Regeln ergibt sich auch daraus, dass die von den Unternehmen geschlossenen Verträge für die Kartellbehörden allenfalls punktuell transparent sind und diesbezügliche Streitigkeiten nur selten vor die

Gerichte kommen. Die TT-Novellierung stellt eine behutsame Modernisierung dar, die einzelne vormalig freigestellte Vereinbarungen in einigen Bereichen deutlich kritischer behandelt, aber etwa auch für bestimmte Technologiepools eine Art „Safe Harbour“ einrichtet.

166.* Die Monopolkommission begrüßt sowohl das Verfahren als auch das Ergebnis der TT-Reform. Eine grundsätzliche Kritik der Monopolkommission, die nicht allein die TT-Regelungen betrifft, zielt allerdings auf die regelmäßig geringe Übersicht der Kartellbehörden über die in einzelnen Märkten tatsächlich vorherrschenden Vertragsstrukturen. Aus Sicht der Monopolkommission erscheint problematisch, dass die allgemein vorgesehene Entziehung der Vorteile von Gruppenfreistellungsverordnungen bei bestimmten Marktstrukturen vor allem aus diesem Grund sowie wegen des Fehlens von Präzedenzfällen bislang keine praktische Bedeutung erlangt hat.

167.* Ein wiederkehrendes und zunehmend bedeutsames Problem kann dadurch entstehen, dass von Unternehmen geschaffene und als geistiges Eigentum geschützte Datendefinitionen die Geltung von Marktstandards erlangen. Wenn ohne die Nutzung solcher Datenstandards die Teilnahme an (abgeleiteten) Märkten nicht oder kaum möglich ist, kann in der Verweigerung einer Lizenz der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegen.

168.* Illustrativ für die Probleme derartiger proprietärer Datenstandards ist die aktuellste Entwicklung eines der bekanntesten europäischen Fälle in diesem Bereich, IMS Health. Der Rechtsstreit dauert seit dem Jahr 2000; aktuell steht die Sache zur (erstmaligen) Entscheidung durch den BGH an. Als Rechtsproblem liegt der urheberrechtliche Schutz einer Datenbankstruktur zugrunde, welche das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland in 1860 einzelne regionale Segmente aufgeteilt hatte. Streitgegenstand ist die Markteinführung mit diesen Datendefinitionen kompatibler Informationen durch einen Wettbewerber. Bereits 2004 hat der EuGH in der Sache eine Grundlagenentscheidung getroffen, welche daran erinnerte, dass eine Lizenzverweigerung nur unter außergewöhnlichen Umständen ein missbräuchliches Verhalten i. S. d. Kartellrechts darstellt. Aus der Rechtsprechung wurden drei Kriterien abgeleitet, deren Erfüllung die nationalen Gerichte selbst zu beantworten hatten. LG und OLG Frankfurt gingen grundsätzlich von einem urheberrechtlichen Schutz der zugrunde liegenden Datendefinitionen aus und verneinten die Entstehung eines neuen Produkts sowie das Eingreifen eines Zwangslizenzeinwandes.

169.* In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission darauf hin, dass die in der früheren Rechtsprechung des EuGH wiederholt referenzierten Kriterien, anders als weithin angenommen, lediglich Beispiele für die Voraussetzungen eines kartellrechtlichen Missbrauchs darstellen dürften. Entscheidend ist insoweit die Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen. Hier erscheint auch die enge Verwandtschaft zwischen standardessenziellen Patenten und Datenstandards von besonderer Bedeutung. Entsprechend kann in Bezug auf Datenbankrechte unter Umständen ein urheberrechtliches Verwendungsverbot aus dem Gesichtspunkt des kartellrechtlichen Missbrauchs von Marktmacht schon dann ausgeschlossen sein, wenn dadurch Verbraucherinteressen ungerechtfertigt beeinträchtigt werden.

170.* Vergleichbare Fälle betrafen die Lizenzierung von Wertpapiercodes, die sich teils auf Grundlage von Standardsetzungsprozessen, teils durch Pfadabhängigkeiten als Marktstandards durchgesetzt haben und dabei urheberrechtlich geschützt sind. Die Europäische Kommission hat hier durch Verpflichtungszusagen den Teilverzicht auf die Ausübung teilweise bestrittener Ausschließlichkeitsrechte sowie die Teilöffnung eines Datenstandards für den Wettbewerb erreicht. Dadurch wird neben der Ermöglichung von Wettbewerb insbesondere die Preissetzungsmacht der Rechteinhaber beschränkt.

171.* Die Monopolkommission begrüßt dem Grunde nach die Anwendung des Kartellrechts zur Öffnung proprietärer Datenstandards. Sie weist darauf hin, dass den Inhaber einer marktbeherrschenden Stellung eine

gesteigerte Sorgfaltspflicht für den (Rest-)Wettbewerb auf betroffenen Märkten trifft. Missbraucht der Rechteinhaber seine marktbeherrschende Stellung entgegen dieser besonderen Verantwortung, kommt insbesondere die kartellrechtliche Erzwingung von Interoperabilität in Betracht. Soweit einer marktveranschließenden Ausübung von Schutzrechten wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zugrunde liegen, kommt auch unabhängig von einem konkreten Missbrauch die Anwendung des Kartellverbots in Betracht.

172.* Die Öffnung einer Vielzahl aktuell abgeschotteter Märkte erscheint durch eine an den Orange Book-Standard des BGH angelehnte Regel möglich, welche die rechtliche Konsequenz aus der sachlichen Vergleichbarkeit von im Kern gewerblichen Schutzrechten mit an Datendefinitionen zu Patenten zieht. Eine solche Regel scheint volkswirtschaftlich jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn die durch Schutzrechte an Datendefinitionen vermittelten monopolartigen Marktstellungen nicht auf besonderer Innovationskraft oder besonderen Investitionen, sondern vor allem auf zeitlicher Priorität und auf Netzwerkeffekten beruhen. In derartigen Fällen kann nicht nur auf Grundlage des Kartellrechts, sondern auch der Verfassung geboten erscheinen, die bislang weitestgehend unbeschränkte Ausübung von Urheberrechten kartellrechtlich einzuhegen. Durch angemessene Lizenzgebühren und Anerkennung der Urheberschaft kann in solchen Ausnahmefällen den berechtigten Interessen der Urheber durchaus Rechnung getragen werden.

173.* Insbesondere mittel- und langfristig erscheint die Einbeziehung von Interoperabilitätsaspekten und Wettbewerbsoffenheit bereits bei der Konzeption, Festlegung, Einführung und Weiterentwicklung von Daten- und Schnittstellenstandards vorzugswürdig gegenüber einer nachträglichen Beschränkung der Ausübung individueller Schutzrechte im Einzelfall. Dafür spricht nicht allein die damit verbundene Rechtssicherheit ex ante und die Einsparung erheblicher Transaktions- und Unsicherheitskosten. Denn insbesondere die positiven dynamischen Effekte einer Ausgestaltung von Daten- und Schnittstellenstandards als wettbewerbsoffene Plattform können die statischen Vorteile um ein Vielfaches übersteigen.

174.* Das Premier League Urteil des EuGH hat die Grenzen des Rechts des Lizenzgebers audiovisueller Leistungsschutzrechte auf Grundlage der Grundfreiheiten und der Wettbewerbsregeln der europäischen Verträge aufgezeigt, Lizenznehmern über den Schutzbereich des Leistungsschutzrechts hinaus Vorgaben zu machen. Dieses Urteil wurde zu Unrecht teilweise als Auftakt zu einer kartellrechtsbasierten Europäisierung der audiovisuellen Leistungsschutzrechte gedeutet. Rechteinhaber dürfen Lizenzen im Rahmen der (nationalen) Grundlage der Leistungsschutzrechte weiterhin sachlich und räumlich beschränken. Allerdings müssen derartige Beschränkungen, soweit sie die Grundfreiheiten und/oder den Wettbewerb betreffen, zum Schutz des relevanten Rechts geeignet und erforderlich sein.

175.* Diese Grundsätze hat der EuGH in einer Reihe weiterer Urteile im Einzelnen ausgeführt und bekräftigt. Dabei erscheint insbesondere von Bedeutung, dass von Verwertungsgesellschaften auferlegte Beschränkungen auch dadurch gerechtfertigt sein können, dass diese eine effektive Kontrolle der Nutzung geschützter Werke im Rahmen der Lizenz und der ordnungsgemäßen Entrichtung der geschuldeten Gebühren sicherstellen. Diese europäische Rechtsprechung kann allerdings trotz der Durchsetzung der Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln auch neue Marktverzerrungen und Verbrauchernachteile nach sich ziehen. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Monopolkommission die Konsultation der Europäischen Kommission zur Überprüfung der Regeln zum EU-Urheberrecht.

Spezielle Wirtschaftsbereiche - Medien

176.* Medien erbringen nach weit geteilter Ansicht mit der Übermittlung von Meinungen und Inhalten Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Die Ausübung der Meinungs-, Informations-, Presse- und Rundfunkfreiheit ist grundrechtlich besonders geschützt. Wenn der Staat im Rundfunk einen Wettbewerb zwischen medialen Anbietern zulässt, muss er allerdings verhindern, dass Konzentrationsentwicklungen zu

einer verfassungsrechtlich problematischen Beschränkung der Kanäle zur Übermittlung von Inhalten und Meinungen führen.

177.* Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum seine Verfahrenspraxis zum Aufbau von Online-Videoportalen im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures) fortgesetzt. In diesem Rahmen hat es Bedenken gegen eine gemeinsame Videoplattform von ARD und ZDF geltend gemacht („Germany's Gold“). Die beiden Sendergruppen haben das Projekt zwischenzeitlich aufgegeben. In einem weiteren Fall bestätigte das OLG Düsseldorf eine frühere Verfügung des Bundeskartellamtes, in welcher den Sendern RTL und ProSiebenSat.1 der Aufbau und Betrieb einer gemeinsamen Videoplattform untersagt wurde („Amazonas“).

178.* Die Entscheidungspraxis zu Videoplattformen hat bei den Marktteilnehmern deutliche Kritik hervorgerufen. Diese Kritik ist aus der Perspektive der Monopolkommission zwar verständlich, erscheint allerdings nicht berechtigt. Das Plattformprojekt der privaten Sendergruppen RTL und ProSiebenSat1 war nicht freistellungsfähig, nicht zuletzt gerade wegen der in diesem Fall zuungunsten der Beteiligten wirkenden cross-medialen Effekte auf den Fernsehwerbemarkt. Das Bundeskartellamt hat auch im Fall der Videoplattform von ARD und ZDF marktübergreifende Wirkungen berücksichtigt, hier indem es den beihilfebedingten Wettbewerbsvorteil in Rechnung gestellt hat, der den staatlichen Sendeunternehmen aufgrund ihrer Beitragsfinanzierung zugute kommt. Zentrales wettbewerbliches Problem in beiden Fällen war, dass die Vereinbarungen weit über das für den Betrieb der Plattformen notwendige Maß hinaus den Marktauftritt der Beteiligten vereinheitlichen sollten. Die Monopolkommission behält sich angesichts der Dynamik in diesem Bereich eine ausführlichere Untersuchung der Wettbewerbssituation auf den Medienmärkten vor.

179.* Ein Gegenstand gerichtlicher Entscheidung war im Berichtszeitraum auch die Frage, ob das zentrale Verhandlungsmonopol des Bundesverbands Presse-Grosso gegen europäisches Wettbewerbsrecht verstößt. Das OLG Düsseldorf hat eine Entscheidung des LG Köln im Ergebnis bestätigt, wonach die im Presse-Grosso-System vorgesehene Beschränkung des Preis- und Konditionenwettbewerbs mit dem europäischen Wettbewerbsrecht unvereinbar ist. Die Monopolkommission hält die Entscheidungen der beiden Gerichte im Ergebnis für zutreffend und fordert den Gesetzgeber auf, die in der 8. Novelle ins GWB eingefügte Sonderregelung für das Presse-Grosso wieder zu streichen.

Spezielle Wirtschaftsbereiche - Krankenversicherung

180.* Die deutschen Wettbewerbsregeln im Bereich der Krankenversicherung sind auch nach der 8. GWB-Novelle nicht zufriedenstellend. Besonders kritisch ist die weitergehende Rechtswegzersplitterung im wettbewerblichen Verfahrensrecht zu sehen. Im materiellen Recht hat die Novelle Verbesserungen gebracht, doch ist zu kritisieren, dass der Anwendungsbereich des allgemeinen Kartellrechts bislang nicht auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und im Verhältnis zu den Versicherten erstreckt worden ist.

181.* Hinsichtlich des europäischen Rechts ist die Rechtsauffassung der gesetzgebenden Körperschaften auf Basis der europäischen Rechtsprechung im Berichtszeitraum und der einschlägigen Kommissionsleitlinien unzutreffend. Die gesetzliche Krankenversicherung ist als teilweise unternehmerische Tätigkeit im Sinne des europäischen Rechts ausgestaltet und unterliegt insoweit schon gegenwärtig den europäischen Wettbewerbsregeln.

182.* Im Berichtszeitraum haben sich allerdings auch Hinweise auf strukturelle Wettbewerbsprobleme in der privaten Krankenversicherung ergeben, da dort ein Versicherungswechsel in der Praxis weiter auf erhebliche Schwierigkeiten trifft. Die Monopolkommission behält sich deshalb vor, die Krankenversicherungsmärkte in absehbarer Zeit erneut zu begutachten.

Verfahrensrelevanz quantitativer Methoden

183.* Für das Bundeskartellamt besteht die verfahrensrechtliche Notwendigkeit, innerhalb der vorgegebenen Fristen verlässliche Informationen für eine sachverhaltsgerechte Entscheidungsfindung zu sammeln. Im aktuellen Berichtszeitraum kamen vielschichtige quantitative Methoden im Rahmen der Datenanalyse in Verfahren des Bundeskartellamtes vereinzelt zur Anwendung. Die Wahl der quantitativen Methoden erfolgte in allen Verfahren einzelfallbezogen und konzentrierte sich vorwiegend auf die der deskriptiven Statistik; vergleichsweise komplexe Methoden der induktiven Statistik, wie z. B. ökonomische Methoden in Form von Regressionsanalysen stellen soweit die Ausnahme dar. Die Auswertung von Daten mit herkömmlichen quantitativen Methoden spielt z. B. bei der Marktabgrenzung und bei Sektoruntersuchungen bereits eine grundlegende Rolle für die Amtspraxis. Zudem prüft das Bundeskartellamt die vermehrt eingereichten Untersuchungen gemäß der Standards für ökonomische Gutachten. Dass das Bundeskartellamt empirischen Analysen sowie der Anwendung quantitativer Methoden eine größere Bedeutung beizumessen scheint und als integralen Bestandteil der Ausübung seiner Amtstätigkeiten auffasst, zeigt sich in dem im Januar 2014 neu aufgestellten Referat G 3A „Datenerfassung und Ökonometrie“.

184.* Die Monopolkommission begrüßt die Bereitschaft des Bundeskartellamtes zu einer stärkeren Einbindung quantitativer Methoden in die Amtspraxis. Die bisher durchgeführten quantitativen Analysen trugen zu den Verfahrensentscheidungen des Bundeskartellamtes unterstützend bei. Die Monopolkommission betont, dass für eine Etablierung neuartiger und komplexer Methoden eine stets genaue und konsistente Anwendung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt. Insbesondere eine konsistente Methodenanwendung sollte für Effizienzsteigerungen und vermehrte Transparenz in der Amtspraxis förderlich sein. Beispielsweise könnten im Rahmen von Fusionsentscheidungen zur Beurteilung der wettbewerblichen Nähe der beteiligten Unternehmen auf Märkten mit heterogenen Produkten verstärkt sogenannte Umlenkungskennziffern (diversion ratios) berechnet werden, für welche es keiner a priori spezifizierten Marktabgrenzung bedarf. Die Aussagekraft empirischer Analysen ist generell an die Qualität und Quantität der zur Verfügung stehenden Daten geknüpft. Hier können nach Auffassung der Monopolkommission unter Berücksichtigung des Budgets eventuell auch private Datenquellen, z. B. Scanningdaten im Lebensmitteleinzelhandel, womöglich eine hochwertige Alternative zu den eigens erhobenen sowie zu den von den Unternehmen übermittelten Daten sein.

Ex-post-Evaluation der Amtspraxis

185.* Mit einer Ex-post-Evaluation der Amtspraxis besteht die Möglichkeit, mit zeitlichem Abstand die faktischen Auswirkungen einer Amtshandlung zu messen. Die Zielsetzungen von Ex-post-Evaluationen variieren gemäß der OECD zwischen einer Berichterstattung über die (Gesamt-)Tätigkeit der entsprechend zu evaluierenden Behörde, detaillierten Nachuntersuchungen zu spezifischen Verfahrensentscheidungen und deren Auswirkungen auf die betroffenen Märkte sowie einer Ermittlung des Einflusses der Wettbewerbspolitik auf die Volkswirtschaft als Ganzes. Mithilfe von Ex-post-Evaluationen können die betreffenden Behörden die gesetzgebenden Körperschaften, Verbraucher und Unternehmen über die zurückliegende Amtspraxis informieren, den volkswirtschaftlichen Nutzen einer effektiv agierenden Wettbewerbsaufsicht dokumentieren, Erkenntnisse zur Effektivierung der behördlichen Entscheidungspraxis erlangen sowie die von den Amtsentscheidungen etwaig ausgehenden Impulse auf makroökonomische Faktoren eruieren.

186.* Den Vorteilen von Ex-post-Evaluationen stehen Kosten – insbesondere der Ressourcenaufwand – gegenüber. Gleichwohl hält die Monopolkommission grundsätzlich eine stärkere Ex-post-Evaluation der Verfahrensentscheidungen des Bundeskartellamtes – z. B. hinsichtlich Fusionskontrollverfahren in oligopolistischen Märkten, aber auch Kartell- und Missbrauchsverfahren – für wünschenswert. Mögliche Reputationsverluste oder Schadenersatzklagen aufgrund negativer Ex-post-Evaluationen stellen hingegen aus

Sicht der Monopolkommission keine überzeugenden Gegenargumente dar. Vielmehr sollten der langfristig mit objektiven und auch kritischen Evaluierungen einhergehende Nutzen einer optimierten Entscheidungspraxis und die gestiegene Glaubwürdigkeit eventuelle Bedenken beseitigen und kurzfristig auftretende Kosten überkompensieren. In Betracht kommt eine Evaluation durch das Bundeskartellamt, wobei bei einem solchen Vorgehen die Gefahr einer Befangenheit der (sich selbst) evaluierenden Institution nicht von der Hand zu weisen ist. Dieser Einwand bestünde nicht, wenn eine andere Einrichtung als das Bundeskartellamt mit der Evaluation betraut werden würde. Hier käme zum einen eine Betrauung der Monopolkommission, zum anderen eine solche einer anderen Institution in Betracht. Dass die Monopolkommission mit der Würdigung der Amtspraxis bereits eine Form der Evaluation vornimmt, spricht grundsätzlich für ihre Betrauung.

Markttransparenzstelle für Kraftstoffe

187.* Das Bundeskartellamt hat die Markttransparenzstelle für Kraftstoffe (MTS-K) am 31. August 2013 in Betrieb genommen. Nach § 47k Abs. 2 GWB sind Betreiber von öffentlichen Tankstellen sowie Unternehmen, die über Preissetzungshoheit an öffentlichen Tankstellen verfügen, in Deutschland zur elektronischen Übermittlung der Verkaufspreise für die Kraftstoffe Super E5, Super E10 und Diesel an die MTS-K innerhalb von fünf Minuten nach einer Änderung verpflichtet. Die so erhobenen Kraftstoffpreise werden anschließend an die bei der MTS-K zugelassenen Anbieter privater Verbraucher-Informationendienste weitergegeben, welche diese den Verbrauchern über eine elektronische Informationsplattform zum Abruf zur Verfügung stellen. Bei den Informationsdiensten ist zugleich jeweils eine Beschwerdestelle angesiedelt, gegenüber der Verbraucher unzutreffende Kraftstoffpreise reklamieren können. Das Informationsangebot der MTS-K wird von den Verbraucher-Informationendiensten und den Verbrauchern bislang in vermehrtem Umfang nachgefragt.

188.* Die Monopolkommission erkennt das Bemühen des Gesetzgebers, durch die Verbreitung von Preisinformationen die Marktstellung der Verbraucher zu stärken, grundsätzlich an. Die Informationsverbreitung könnte die Verbraucher in die Lage versetzen, Druck auf die Anbieter auszuüben und so den Wettbewerb zu fördern. Allerdings bleibt fraglich, ob es Aufgabe staatlicher Stellen sein kann, durch Sammlung und Verbreitung von Preisdaten in einem bestimmten Markt die Position der Nachfrager zu stützen. Die Monopolkommission heißt es vor diesem Hintergrund gut, dass § 47l S. 3 GWB eine Evaluierung der MTS-K drei Jahre nach Beginn der Meldepflicht vorsieht.

189.* Die Monopolkommission empfiehlt im Hinblick auf die gegenwärtig von vertikaler Integration gekennzeichneten oligopolistischen Marktstrukturen eine Ausweitung der Meldepflicht auf die abgesetzten Kraftstoffmengen und die entsprechenden Raffinerie-, Verrechnungs- und Großhandelspreise. Zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Mineralölunternehmen und aufgrund des Fehlens einer unmittelbaren Bedeutung für Verbraucher sollten die erhobenen Absatzmengen jedoch nicht an die Verbraucher-Informationendienste weitergeleitet werden dürfen. Für Analysezwecke und aus Gründen der Praktikabilität sollte es ausreichend sein, dass die Übermittlung der Daten zu den Absatzmengen nicht wie bei den Preisdaten in Echtzeit, sondern gebündelt und mit einem gewissen zeitlichen Abstand, etwa einmal wöchentlich, erfolgt. Die Monopolkommission begrüßt außerdem die im September 2012 erfolgte Einleitung einer Sektoruntersuchung Raffinerien und Mineralölgroßhandel durch das Bundeskartellamt. Mit dieser Sektoruntersuchung sollen die Wettbewerbsbedingungen auf die den Tankstellenmärkten vorgelagerten Produktions- und Großhandelsstufen der Mineralölwirtschaft untersucht werden. In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission erneut auf die Bedeutung einer Prüfung der Abgabenpreise der Mineralöllieferanten und Großhändler sowie der Vertikal- und der Mengenaustauschverträge hin.

V. Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung

190.* In einer beträchtlichen Anzahl von Kommunen und in zahlreichen Wirtschaftsbereichen zeigen sich seit einigen Jahren Bestrebungen, die eigenen wirtschaftlichen Tätigkeiten zu erweitern. Im Zeitraum 2000 bis 2011 stieg der Anteil der Umsatzerlöse kommunaler Unternehmen am nominalen Bruttoinlandsprodukt um annähernd 60 Prozent. Die Ausdehnung der kommunalen Wirtschaftstätigkeiten der letzten Jahre beschränkt sich jedoch nicht darauf, dass Kommunen ihre zuvor privatisierten Aktivitäten „rekommunalisieren“. Daneben werden Kommunen durch Expansion der Tätigkeiten auch in bisher privatwirtschaftlich organisierten Bereichen tätig. Kommunen sind dabei in nahezu allen Wirtschaftsbereichen aktiv, jedoch wächst deren Wirtschaftstätigkeit nicht über alle Bereiche hinweg in gleichem Maße. Die Monopolkommission legt den Fokus der vorliegenden Untersuchung der Ausweitung kommunaler Wirtschaftstätigkeit auf die Sektoren der Energie- und der Wasserversorgung, der Telekommunikation sowie der Entsorgung. Im Allgemeinen lassen sich drei zentrale Motive für die Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit beobachten: der Wunsch einer verbesserten Leistungserstellung, fiskalische Interessen und die Verfolgung kommunalpolitischer Ziele insbesondere bezüglich der Industrie-, Sozial- und Umweltpolitik.

191.* Der Tätigkeit von Kommunen bei der Gründung, Führung und Rekommunalisierung wirtschaftlich tätiger Unternehmen sind durch die Rechtsordnung Grenzen gesetzt. Durch diese rechtlichen Schranken soll insbesondere ordnungs- und wettbewerbspolitischen Motiven Rechnung getragen werden. Wichtige Vorgaben für die Tätigkeit der öffentlichen Hand liegen in den Regelungen des Wettbewerbs-, des Vergabe- und des Beihilferechtes. Grundsätzlich ergeben sich zudem Grenzen für eine unternehmerische Betätigung von Kommunen aus der Reichweite des kommunalen Selbstverwaltungsrechts gemäß Artikel 28 Grundgesetz, für das z. B. die Bundesländer in den Gemeindeordnungen spezielle Regelungen getroffen haben. Eine zentrale Beschränkung für jede kommunalwirtschaftliche Tätigkeit liegt hierbei in der Erforderlichkeit dieser Betätigung auf Grundlage eines öffentlichen Zwecks.

192.* Grundsätzlich ist die Anforderung, dass die wirtschaftliche Betätigung der Kommune tatsächlich erforderlich sein muss so zu verstehen, dass eine öffentliche Institution die Aufgabe besser übernehmen kann als eine private. Wissenschaftliche Studien zeigen sehr deutlich, dass - sofern keine besonderen Bedingungen vorliegen - die Leistung öffentlicher Unternehmen im Allgemeinen hinter der privater Unternehmen zurücksteht. Daher ist im Einzelfall abzuwägen, ob eine gravierende Störung der Marktfunktion vorliegt, die eine kommunale Tätigkeit erforderlich macht, um die Wohlfahrt zu verbessern. Die Wirtschaftstätigkeit der Kommunen sollte sich vor diesem Hintergrund vor allem auf Bereiche natürlicher Monopole, bspw. den Betrieb von Netzen, konzentrieren, wenn vertraglich schwer fixierbare Qualitätskriterien eine wichtige Rolle spielen und dem Wettbewerbsversagen nicht durch eine Regulierung begegnet wird. Demgegenüber stellt die Verfolgung anderer kommunalpolitischer Ziele in aller Regel keinen öffentlichen Zweck dar, der eine unternehmerische Tätigkeit der Kommunen erfordert. Die Durchsetzung kommunaler Ziele wie der Sicherung von Arbeitsplätzen oder einer lokalen Wertschöpfung bedeutet oft einen ineffizienten Einsatz von Ressourcen, die an anderer Stelle besser genutzt werden könnten. Zudem ergeben sich erhebliche Transparenz- und damit Kontrolldefizite.

193.* Die Monopolkommission hat die allgemeine Situation und die wettbewerblichen Wechselwirkungen kommunaler Wirtschaftstätigkeit untersucht. Ein Kernaspekt betrifft dabei die Transparenz des kommunalen Handelns. Damit Informationsprobleme reduziert werden und sowohl Bürger als auch politische Entscheidungsträger die Risiken aus der kommunalen Unternehmertätigkeit entsprechend bewerten können, sollte gerade das kommunale Handeln möglichst ausreichend transparent sein und durch einen effizienten Ordnungsrahmen gesteuert werden. Grundsätzlich gilt für die öffentliche Haushaltsführung eine Vielzahl von Transparenzvorschriften. Die relativ komplexen Regelungen ermöglichen jedoch insbesondere im Hin-

blick auf Unternehmensbeteiligungen nicht immer eine ausreichende Transparenz über die von der Kommune eingegangenen Risiken. Einnahmen und Ausgaben kommunaler Unternehmen sind - mit Ausnahme von Regiebetrieben - nicht im Kernhaushalt und dessen Jahresabschluss erfasst.

194.* Einen Überblick über die kommunalen Beteiligungen gibt vor allem der sogenannte kommunale Gesamtabschluss. Dabei handelt es sich um einen neueren Ansatz der öffentlichen Haushaltsführung, um die Transparenz über öffentliche Beteiligungen zu verbessern. Der Gesamtabschluss basiert auf dem Gedanken, dass eine Kommune - vergleichbar mit einer Konzernholding - neben der Kernverwaltung auch verschiedene Beteiligungen hält, deren Einzelabschlüsse im Gesamtabschluss der Holding zusammengefasst werden. Obgleich der kommunale Gesamtabschluss die Transparenz über die Beteiligungen der Kommunen tendenziell erheblich verbessert, wird er erst nach und nach von den Bundesländern verpflichtend eingeführt.

195.* Solange noch nicht alle Kommunen einen kommunalen Gesamtabschluss vorlegen müssen, wird eine Transparenz kommunaler Wirtschaftstätigkeit vor allem durch den sogenannten Beteiligungsbericht hergestellt. Dieser von einer Kommune gewöhnlich jährlich anzufertigende Bericht dient primär dazu, einen komprimierten und strukturierten Überblick über die wirtschaftliche Lage all derjenigen Unternehmen zu geben, an denen die berichtende öffentliche Gebietskörperschaft direkt oder indirekt beteiligt ist. Die Erstellung und Veröffentlichung eines Beteiligungsberichtes ist grundsätzlich in nahezu allen Gemeindeordnungen der Bundesländer vorgesehen, aber nicht überall gleich umfassend geregelt.

196.* Sofern entsprechende Regelungen noch nicht bestehen, empfiehlt die Monopolkommission den Bundesländern in ihrer jeweiligen Gemeindeordnung zu normieren, dass kommunale Gesamtabschlüsse einschließlich aller Einzelabschlüsse erstellt werden bzw. die Beteiligungsberichte der Kommunen Informationen über alle kommunalen Beteiligungen, unabhängig von der Rechtsform oder der Höhe der Beteiligung erfassen müssen. Weiter sollten in den Beteiligungsberichten sämtliche Erfolgskennziffern, die Vermögenssituation sowie alle Finanzbeziehungen kommunaler Unternehmen zur Kommune und zwischen den Beteiligungen untereinander offengelegt werden. Die Kommunen sollten verpflichtet werden, den öffentlichen Zweck der Beteiligungen in den Berichten zu beschreiben und die öffentliche Wertschöpfung dieser Unternehmen im laufenden Jahr zu bewerten. Schließlich sollten kommunale Gesamtabschlüsse und Beteiligungsberichte transparent für alle Bürger im Internet veröffentlicht werden.

197.* Ein anderer Aspekt der Transparenz und Überprüfbarkeit des kommunalen Handelns betrifft die von kommunalen Unternehmen verlangten Entgelte. Ein Problem vieler Leistungen kommunaler Unternehmen ist darin zu sehen, dass diese oftmals keinem bzw. keinem ausreichend wirksamen Preis- oder Qualitätswettbewerb ausgesetzt sind. Fällt der Wettbewerb jedoch als Kontrollinstrument für die Entgelte aus, ist die Frage zu stellen, ob andere Schutzinstrumente bestehen, die den Bürger vor überhöhten Entgelten schützen. Verschiedenen Problemen einer alleinigen demokratischen Legitimation von Entgelten für öffentliche Leistungen wird Rechnung getragen, indem die Preissetzung kommunaler Unternehmen nicht allein der indirekten Entscheidungsfindung durch die Bürger unterliegt. Vielmehr kennt die Rechtsordnung mit der kartellrechtlichen Entgeltaufsicht, der Entgeltregulierung und der kommunalrechtlichen Gebührenaufsicht verschiedene Schutz- bzw. Aufsichtsmechanismen. Deren Wirksamkeit ist allerdings nicht einheitlich, sondern hängt mitunter auch von den Prüfbedingungen und den Möglichkeiten zur Kalkulation eines fiktiven Wettbewerbsentgeltes als Entgeltmaßstab ab.

198.* In diesem Zusammenhang erscheint der Monopolkommission insbesondere die Aufsicht über die Gebühren unzureichend. Bei Gebühren handelt es sich neben Steuern und Beiträgen um eine typische Einnahmequelle der öffentlichen Hand. Vor allem viele Benutzungsgebühren stellen Gegenleistungen für einen Service kommunaler Unternehmen dar und sind aufgrund faktischer Parallelen mit einer privaten unternehmerischen Preissetzung vergleichbar. Die Ausübung von Kontrollaufgaben ist im Rahmen der Ge-

bührenaufsicht zweigeteilt: Auf der einen Seite sind in den Gemeindeordnungen länderspezifisch entsprechende Aufgaben der Aufsichtsbehörden vorgesehen, auf der anderen Seite üben auch die Verwaltungsgerichte auf Klagen von Bürgern hin eine Gebührenaufsicht aus. Eine besonders gravierende Hürde für deren Effektivität sieht die Monopolkommission in der Dezentralität der Gebührenprüfung. Den zuständigen Einrichtungen obliegt die Prüfung der Gebührenhöhe auf Basis eines unbestimmten und schwierig operationalisierbaren Kostenmaßstabs etwa der Kommunalabgabengesetze. Die wirksame Anwendung eines Kostenmaßstabs bedarf jedoch besonderer ökonomischer Expertise und spezialisierter personeller Ressourcen, die von einer Vielzahl einzelner, dezentraler Einrichtungen oftmals nicht adäquat aufgebaut und unterhalten werden können.

199.* Die Monopolkommission empfiehlt vor diesem Hintergrund, die Transparenz über die Gebührenhöhe für Kommunalpolitiker, sachkundige Bürger, die Kommunalaufsicht und die Verwaltungsgerichte zu verbessern. Zudem sollten die Prüfungsmaßstäbe, die die Verwaltungsgerichte an Benutzungsgebühren anlegen, den Besonderheiten öffentlicher Aufgaben, insbesondere möglichen Effizienzpotenzialen, verstärkt Rechnung tragen. Eine bessere Überprüfbarkeit der Gebühreneffizienz lässt sich unter den gegebenen Bedingungen am besten durch einen Vergleichsmarktansatz erreichen, der jedoch eine Standardisierung der Gebührenerlöse erfordert. Deshalb sollten die Bundesländer für Benutzungsgebühren eine Pflicht zur Veröffentlichung des Erlöses pro Mengeneinheit der Leistung normieren. Dies könnte eine relativ starke Wirkung erzeugen, während der Aufwand für die Kommunen relativ gering bleibt, da die notwendigen Daten bereits vorliegen sollten. Eine entsprechende Vorgabe in den Kommunalabgabengesetzen der Länder könnte wie folgt lauten:

„Die Kommunen sind verpflichtet, den Erlös, der innerhalb eines Jahres auf eine Einheit des relevanten Gebührenmaßstabes einer Benutzungsgebühr entfällt, innerhalb des darauf folgenden Jahres zu veröffentlichen. Näheres zu dem bei der Erlöskalkulation anzulegenden Gebührenmaßstab für bestimmte Leistungen regelt eine Verordnung.“

200.* In verschiedenen Branchen ist auf spezifische Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit kommunaler Tätigkeit hinzuweisen. Im Hinblick auf die Trinkwasserversorgung verweist die Monopolkommission zunächst auf ihre Analyse in ihrem XVIII. Hauptgutachten. Darin hatte sie insbesondere empfohlen, mittelfristig eine einheitliche und an der effizienten Bereitstellung von Trinkwasser orientierte sektorspezifische (Anreiz-)Regulierung der deutschen Trinkwasserversorger einzuführen. Festzustellen ist allerdings, dass seitens der Bundes- bzw. Landesregierungen bisher keine erkennbaren Anstrengungen unternommen wurden, den angesprochenen Prüferfordernissen weiter nachzugehen. Derweil waren in den letzten Jahren kartellrechtliche Preismissbrauchsverfahren ein wesentlicher Ansatzpunkt, dem Machtproblem im Wassersektor zu begegnen. Infolge der Neuregelungen der 8. GWB-Novelle und der expliziten Herausnahme von Gebührentatbeständen aus der Kompetenz zur Prüfung von Missbräuchen erscheint die Wirksamkeit der Verfahren nun allerdings beeinträchtigt. Vielmehr liegt mit der angesprochenen Änderung des GWB nun eine gewisse Rechtssicherheit dafür vor, dass durch eine (Schein-)Rekommunalisierung eine „Umgehung“ der kartellrechtlichen Entgeltaufsicht möglich ist. Zwar begrüßt die Monopolkommission im Grundsatz weitere Initiativen, z. B. den Widerstand von Bürgerinitiativen gegen überhöhte Wasserentgelte oder verschiedene Benchmarkingprojekte der Wasserversorger. Allerdings sind diese Ansätze aus verschiedenen Gründen nicht als ausreichend wirksam zu betrachten. Deshalb ist die Veröffentlichung der Gebühren nach dem zuvor dargestellten Erlösstandard dringend notwendig, damit eine Effizienzkontrolle durch die Gebührenaufsicht kurzfristig erfolgen kann. Darüber hinaus hält die Monopolkommission an ihrer Aussage fest, dass mittelfristig eine Entgeltregulierung der deutschen Trinkwasserversorger erforderlich ist.

201.* Auf Telekommunikationsmärkten spielen kommunale Unternehmen seit Beginn der Liberalisierung als Vorleistungsanbieter, als Netzbetreiber und in den letzten Jahren zunehmend auch als integrierte Anbieter eines breiten Spektrums von Telekommunikationsdiensten eine aktive Rolle. Mit ihrem Schwerpunkt auf dem Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen sind sie im Hinblick auf das Erreichen der Breitbandziele der Bundesregierung und der Europäischen Kommission ein wichtiger Player. Gleichwohl ist darauf zu achten, dass Wettbewerbsverzerrungen als Folge eines zunehmenden kommunalen Engagements vermieden werden. Weitgehend unproblematisch ist es, wenn sich kommunale Unternehmen auf den Bau und den Betrieb passiver Netzinfrastrukturen beschränken. Für den Fall, dass sie als integrierte Netzbetreiber und Diensteanbieter auftreten, müssen wettbewerbswidrige Quersubventionierungen innerhalb kommunaler Unternehmen oder Konzerne ausgeschlossen sein. Dazu ist zwingend erforderlich, dass Versorgungsunternehmen ihre Aktivitäten in einem separaten Unternehmen oder in einem separaten Geschäftsbereich organisieren. Im Sinne der Subsidiarität sollte kommunales Engagement dort seine Grenzen haben, wo diese Leistungen durch private Unternehmen zur Verfügung gestellt werden können.

202.* In der Energiewirtschaft ist seit einigen Jahren ein deutlicher Zuwachs kommunaler Tätigkeiten zu beobachten. Hier hat sich der Anteil der Umsatzerlöse am nominalen Bruttoinlandsprodukt zwischen 2000 und 2011 mehr als verdoppelt. Da Gestaltungsmöglichkeiten für die Kommunen auf den Märkten für leitungsgebundene Energien sehr viel kleiner sind als oftmals unterstellt, liegen hier keine besonderen Gegebenheiten vor, die eine unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand insbesondere im Wettbewerb zu privaten Unternehmen rechtfertigen könnten. Daher sieht die Monopolkommission keine überzeugenden Gründe für die Ausweitung des energiewirtschaftlichen Engagements der Kommunen. Der zu beobachtende Rekommunalisierungstrend wird derzeit dadurch verstärkt, dass viele Konzessionen für den Netzbetrieb auslaufen und neu vergeben werden müssen. Konzessionsverträge unterliegen nicht dem GWB-Vergaberecht, sodass ein wettbewerbliches Vergabeverfahren nicht immer gewährleistet ist. Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn das Wegenutzungsrecht auf einen kommunalen Eigenbetrieb oder eine Eigengesellschaft übertragen wird. Daher sollte der Gesetzgeber die Aufnahme von Konzessionen zum Betrieb von Energieversorgungsnetzen in den Anwendungsbereich des förmlichen Vergabeverfahrens prüfen. Als wesentlicher Wettbewerbsparameter sollte die Höhe eines angebotenen Abschlages vom Netznutzungsentgelt bzw. der jährlichen Erlösobergrenze fungieren.

203.* In der Abfallwirtschaft steht die Rollenverteilung der kommunalen und privaten Unternehmen derzeit in verschiedenen Bereichen in der Diskussion. Bei Abfällen von Privathaushalten tragen zunächst grundsätzlich die Kommunen als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger mit der Begründung der Daseinsvorsorge die Verantwortung für die Entsorgung. Mit der Verpackungsverordnung wurde in den neunziger Jahren die Rolle der Privatwirtschaft wichtiger, da diese verpflichtet wurde, in Umlauf gebrachte Verpackungen nach Gebrauch zurückzunehmen und bei deren Entsorgung mitzuwirken. Damit sollten Umweltaspekte bereits bei der Produktgestaltung sehr viel stärker berücksichtigt werden. Einen dritten wichtigen Bereich der Entsorgungslandschaft stellen die sogenannten gewerblichen Sammlungen dar, deren Zweck die Einnahmenerzielung ist und die sich daher vorwiegend auf gewinnbringende Stoffe wie Altpapier, Elektroschrott oder Altkleider konzentrieren. Hier sind traditionell private Entsorger tätig. Die Erfassung und Verwertung von Siedlungsmüll, das duale System zur Verpackungsentsorgung und die gewerbliche Sammlung bilden drei Kernbereiche der Entsorgungswirtschaft mit jeweils eigenen wettbewerblichen Rahmenbedingungen und unterschiedlichen Rollen der Kommunen und der Privatwirtschaft.

204.* Im Bereich der Entsorgung von Siedlungsabfällen und insbesondere Hausmüll ist seit einigen Jahren ein deutlicher Anstieg der Betätigung kommunaler Unternehmen zu verzeichnen. Kommunale Unternehmen sind dabei auf dicht besiedelte Gebiete konzentriert, während in Flächenkreisen fast ausschließlich private Unternehmen aktiv sind. Insgesamt ist die wettbewerbliche Situation im Falle der Hausmüllentsorgung der-

zeit unbefriedigend. Hier verfügen die Kommunen mit ihren öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern über faktische Monopolrechte, welche durch die Möglichkeiten der Inhouse-Vergabe an die kommunalen Entsorgungsträger übertragen werden kann. Die damit bestehende wettbewerbsferne Grundordnung lehnt die Monopolkommission ab. Hier muss der Wettbewerb „um den Markt“ gestärkt werden, indem Kommunen, welche die Entsorgung derzeit noch eigenständig durchführen, den Übergang zu einer Ausschreibung der Hausmüllentsorgung anstreben. Die seit Langem sehr erfolgreichen Ausschreibungen insbesondere im ländlichen Raum zeigen, dass private Unternehmen die erforderlichen Leistungen mindestens ebenso hochwertig erbringen können wie kommunale Entsorger. Eine Ausschreibung böte zudem den Vorteil der besseren Kontrolle ökologischer Standards, da so eine klare Trennung zwischen dem beauftragten Entsorgungsunternehmen und dem Träger der kommunalen Entsorgungsverantwortung erfolgt. Allgemein sieht die Monopolkommission im Entsorgungsbereich sehr geeignete Rahmenbedingungen, um Qualitätskriterien transparent und überprüfbar vertraglich festzuschreiben. Im Gegenzug lassen sich keine überzeugenden Gründe für die Erforderlichkeit einer exklusiven Aufgabenwahrnehmung durch kommunale Unternehmen feststellen. In jedem Fall sollte die Transparenz über die Höhe kommunaler Benutzungsgebühren dadurch erhöht werden, dass die Kommunen den Stückerlös nach dem oben dargestellten Erlösstandard verpflichtend ausweisen.

205.* Im Hinblick auf alternative Modelle eines Wettbewerbs konkurrierender Hausmüllentsorgungsunternehmen läge eine prüfungswerte Möglichkeit darin, jeden Haushalt frei wählen zu lassen, ob er an dem grundsätzlich kommunal organisierten Entsorgungssystem teilnimmt oder stattdessen die Abfallentsorgung mithilfe von zugelassenen Entsorgungsanbietern selbst regelt. In einem solchen wettbewerblichen System übernimmt ein vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger beauftragtes Unternehmen als „Grundentsorger“ die Entsorgung, von dem aus die Bürger nach eigener Wahl zu einem anderen Entsorger wechseln können.

206.* Im Gegensatz zur Hausmüllentsorgung wird das duale System zur Verpackungsentsorgung privatwirtschaftlich verantwortet. Entgegen einiger Darstellungen und Beschwerden hat sich die Übertragung der Verantwortung der Verpackungsentsorgung auf die Hersteller und die Öffnung des dualen Systems für den Wettbewerb prinzipiell als erfolgreich erwiesen. So kam es nach Ansicht der Monopolkommission auch durch die Öffnung des Wettbewerbs und die daraufhin erfolgten Markteintritte zu einer Halbierung der Entsorgungskosten bei einer gleichzeitigen Steigerung der Qualität der Verpackungsentsorgung. Allerdings zeigen sich in jüngster Zeit erhebliche Probleme. Die aktuelle Entwicklung deutet darauf hin, dass Unternehmen in jüngerer Vergangenheit Ausnahmemöglichkeiten teilweise dazu nutzen, ihre Pflicht zur Beteiligung an einem dualen System zu umgehen und dadurch Kosten zu sparen. Dies führt zu erheblichen Verzerrungen zwischen den einzelnen dualen Systemen und kann sogar die Stabilität der flächendeckenden haushaltsnahen Erfassung insgesamt gefährden. Die Bundesregierung hat auf die Entwicklung bereits reagiert und eine Änderung der Verpackungsverordnung beschlossen. Mit der geplanten Novelle werden die bestehenden Möglichkeiten, Verpackungsmengen der Lizenzierungspflicht zu entziehen, deutlich eingeschränkt. Die Monopolkommission vertraut darauf, dass die intendierten Änderungen der Verpackungsverordnung zur Restabilisierung des Systems führen werden.

207.* Auch mit Hinweis auf diese zuletzt aufgetretenen Probleme im dualen System wird von kommunalen Entsorgern und Teilen der Privatwirtschaft eine Abschaffung des Wettbewerbs gefordert. Während die private Entsorgungswirtschaft teilweise eine Übertragung der Verantwortung auf eine zentrale Stelle und damit eine Art Rückkehr zum System mit nur einem Betreiber wünscht, setzen sich Kommunen dafür ein, dass sie jeweils selbst die Entsorgung verantworten. Die Monopolkommission spricht sich klar gegen alle Bestrebungen aus, die vor allem eine Beschränkung des Wettbewerbs und eine Verstärkung von Marktpositionen zur Folge hätten. Die Vergabe der Entsorgungsleistungen durch die öffentlich-rechtlichen Ent-

sorgungsträger würde erhebliche Risiken und sogar Anreize für eine ineffizientere Leistungserbringung erzeugen. Dieses System ist daher besonders nachteilig und nachdrücklich abzulehnen.

208.* Als problematisch beurteilt die Monopolkommission die aktuelle Entwicklung des Wettbewerbs bei gewerblichen Sammlungen. Hier weiten kommunale Entsorger ihre Tätigkeiten in jüngster Zeit deutlich aus. Dies ist insbesondere auf gerichtliche Entscheidungen und gesetzliche Neuerungen zugunsten der öffentlich-rechtlichen Entsorgung des Abfalls aus privaten Haushalten zurückzuführen. Vor allem durch die umfangreichere Anzeigepflicht mit der Novellierung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes wurden die Tätigkeiten der privaten Sammler erheblich erschwert. Zwar begrüßt die Monopolkommission die Intention des Gesetzgebers, diese Anzeige bei einer vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger unabhängigen Behörde anzusiedeln, jedoch ist diese Unabhängigkeit durch die Entscheidung einiger Bundesländer, die Verantwortung dafür den unteren Abfallbehörden zu übertragen, nicht ausreichend gewährleistet. So sind Interessenkonflikte auf kommunaler Ebene nicht auszuschließen. Daher ist es aus Sicht der Monopolkommission essenziell, die Unabhängigkeit der Behörde sicherzustellen, die gewerbliche Sammlungen untersagen kann. Entsprechend der ursprünglichen Gesetzesfassung ist diese Aufgabe deshalb in allen Bundesländern einer zentrale Stelle zu übertragen.

209.* Langfristig sollte aus Sicht der Monopolkommission der Ordnungsrahmen der gewerblichen Sammlung grundsätzlich neu gestaltet werden, um fairen und wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen und den Kommunen gleichzeitig die Wahrnehmung ihrer Gewährleistungsverantwortung zu erlauben. Die Kommunen sollten in einem solchen System nur in klar abzugrenzenden Fällen im Bereich der gewerblichen Sammlung auftreten, da die öffentliche Tätigkeit hier nicht generell erforderlich ist.

210.* Im Ergebnis der detaillierten Analyse sieht die Monopolkommission übermäßige öffentliche Wirtschaftstätigkeit und Tendenzen zur zunehmenden Rekommunalisierung eher skeptisch. Vor diesem Hintergrund hält sie es vor allem für wichtig, durch mehr Transparenz und die aufgezeigten Instrumente Entscheidungsträger und Aufsichtsinstanzen in die Lage zu versetzen, eine Bewertung im Einzelfall vorzunehmen.

VI. Wettbewerb auf den Finanzmärkten

211.* Die Finanz- und Wirtschaftskrise sowie die folgenden Regulierungsinitiativen haben die Monopolkommission dazu veranlasst, den Wettbewerb auf den Finanzmärkten und insbesondere auf den Bankmärkten zu untersuchen. In diesem Rahmen geht sie auf die Auswirkungen der Regulierung auf implizite Staatsgarantien, die Struktur des deutschen Drei-Säulen-Modells im Hinblick auf die Verbundgruppen sowie ausgewählte Wettbewerbsfragen in Bezug auf Finanzprodukte und -transaktionen ein.

212.* In Deutschland besteht im Wesentlichen ein bankbasiertes Finanzsystem, d. h. Banken kommt hierzu im Verhältnis zu den Kapitalmärkten eine ungleich wichtigere Rolle bei der Kapitalallokation zu. Das deutsche Bankensystem ist durch die drei Säulen der privaten, staatlichen und genossenschaftlichen Banken geprägt. Zu den Besonderheiten dieses Systems gehören die Förderbanken und die staatlichen und genossenschaftlichen Verbundgruppen. Die Verbundgruppen sind durch ein hohes Maß an Arbeitsteilung geprägt. Zudem stehen die den jeweiligen Verbundgruppen angehörenden Institute aufgrund ihrer regionalen Ausrichtung nur eingeschränkt miteinander im Wettbewerb.

213.* In den letzten zwei Jahrzehnten hat sich im deutschen Bankensektor ein deutlicher Konsolidierungsprozess vollzogen, der aufgrund der strikten Trennung der drei Säulen vor allem innerhalb der Säulen und nicht Säulen übergreifend stattfand. Die sinkende Anzahl an Instituten hat zu einem Anstieg der durchschnittlichen Größe der deutschen Banken sowie zu einer höheren Marktkonzentration geführt. Gleichwohl ist das deutsche Bankensystem im internationalen Vergleich weiter stark fragmentiert. Hieraus lässt sich

jedoch nicht zwangsläufig folgern, dass das deutsche Bankensystem per se wettbewerbsintensiver als Systeme in anderen Staaten ist. International vergleichende Studien haben für den deutschen Bankensektor in der Vergangenheit allenfalls eine leicht überdurchschnittliche Wettbewerbsintensität festgestellt. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Wettbewerb im Bankensektor produktspezifisch und häufig regional geprägt ist und innerhalb einer Volkswirtschaft stark variieren kann. Studien für Deutschland zeigen eine von Nordosten nach Südwesten ansteigende Wettbewerbsintensität.

Implizite Garantien

214.* In der Finanzkrise haben insbesondere die Förderbanken und die Sparkassen und Genossenschaftsbanken vor Ort dafür gesorgt, dass die Kreditversorgung erfolgreich aufrechterhalten werden konnte. Die Verbundgruppen haben allerdings eine in manchen Aspekten konzernähnliche Aufgabenteilung. Die Bilanz fällt insbesondere bei der Sparkassengruppe weniger vorteilhaft aus, wenn man berücksichtigt, dass die Landesbanken ebenfalls zu dieser Gruppe gehören. Denn abgesehen von einzelnen Privatbanken haben insbesondere die meisten Landesbanken in der Finanzkrise massive Probleme gehabt, die umfangreiche Staatshilfen erforderlich gemacht haben.

215.* Die Finanzkrise hat gezeigt, dass sogenannte implizite Staatsgarantien eine nicht hinnehmbare, systemisch bedingte Wettbewerbsverzerrung darstellen. Diese Wettbewerbsverzerrung beruht darauf, dass Banken nicht wie sonstige Marktteilnehmer aus dem Markt scheiden können, weil sie zu groß sind (too big to fail), weil sie zu verflochten sind (too connected to fail) oder weil sie in großer Zahl gleichartige Geschäftsmodelle haben (too many to fail) und weil ihr Geschäft infolgedessen mit derartigen Risiken verbunden ist, dass ihr Marktaustritt zu unkontrollierten Ansteckungseffekten führen könnte. Banken und andere Finanzmarktakteure, die deshalb von anderen Marktteilnehmern für systemrelevant gehalten werden, profitieren von einer impliziten Staatsgarantie. Diese implizite Garantie wirkt unmittelbar als Bestandsgarantie. Daneben ist sie mit mittelbar wirkenden Vorteilen (insbesondere Refinanzierungsvorteilen) verbunden, da sie von den anderen Marktteilnehmern fortlaufend berücksichtigt wird. Die besagte Staatsgarantie ist deshalb implizit, weil sie im Gegensatz zu einer Beihilfe nicht auf einer ausdrücklichen staatlichen Maßnahme beruht.

216.* Die Messung impliziter Garantien ist schwierig. Eine Möglichkeit ist die empirische Ermittlung von Erwartungen der Marktteilnehmer in Bezug auf die Rettung möglicherweise systemrelevanter Finanzmarktakteure. Die Monopolkommission hat mit diesem Ziel ein Gutachten in Auftrag gegeben, das zu dem Ergebnis kam, dass eine im Durchschnitt höhere Rettungserwartung sowohl die Risikoneigung der verantwortlichen Personen wie auch die Marktmacht von den bereits in Schieflage geratenen Banken signifikant erhöht. Die Studie lieferte zudem Indizien dafür, dass die umfangreichen Rettungsmaßnahmen durch die FMSA im Vergleich zu denen der bankspezifischen Sicherungssysteme einen zusätzlich verstärkenden Effekt auf die Risikoneigung und die Marktmacht der betreffenden Banken hatten. Studien der OECD anhand von Kreditratings zeigen zudem, dass der Refinanzierungsvorteil aufgrund der impliziten Garantien im Verlauf der Finanzkrise deutlich angestiegen war, seit Mitte 2011 jedoch rückläufig ist. Für die betrachteten zehn deutschen Institute wurde Mitte 2013 ein Wert der impliziten Garantie in Höhe von EUR 10 Mrd. festgestellt. Der Umfang bestehender Rettungserwartungen lässt sich darüber hinaus an den Ratings ablesen, die Investoren bei der Anlage in Produkte zur Refinanzierung der systemrelevanten Unternehmen zugrunde legen. Auch die Veröffentlichungen systemrelevanter Banken selbst zeigen mitunter das Bestehen impliziter Garantien an.

217.* Die Rettungserwartungen, die einer impliziten Staatsgarantie zugrunde liegen, können auf verschiedene Ursachen zurückzuführen sein. Ein wesentlicher Grund liegt allerdings in einer Regulierung, die nicht ausreichend an den geschäftlichen Risiken ausgerichtet ist und die es Finanzmarktteilnehmern ermög-

licht, systemische Risiken aufzubauen und sie auf den Staat – und damit letztlich die Allgemeinheit – zu überwälzen. Eine zentrale Lehre der Finanzkrise ist, dass Regulierung unbedingt darauf gerichtet sein muss, die impliziten Garantien den davon profitierenden Unternehmen zu nehmen und zu beseitigen. Zur Beseitigung impliziter Garantien kommen grundsätzlich wettbewerbs- oder aufsichtsrechtliche Maßnahmen in Betracht.

218.* Der mit einer impliziten Garantie verbundene Wettbewerbsvorteil ist über das bestehende Wettbewerbsrecht allerdings nicht direkt fassbar. Das Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) bezieht sich auf Vorteile, die Unternehmen haben, weil sie sich allein oder gemeinsam Verhaltensspielräume verschaffen oder solche Verhaltensspielräume ausnutzen, die durch andere Marktteilnehmer nicht infrage gestellt werden können. Im Fall von impliziten Garantien können Finanzmarktteilnehmer dagegen den Staat (und darüber andere Marktteilnehmer) für ihre Verluste in Haftung nehmen.

219.* Implizite Garantien wurden vor der Finanzkrise auch nicht als aufsichtsrechtliches Problem angesehen, weil die mit der Ansammlung systemischer Risiken verbundenen Gefahren für die Systemstabilität lange vernachlässigt wurden. Die Finanzkrise hat allerdings deutlich gemacht, dass Finanzmarktteilnehmer, die über eine implizite Garantie verfügen, dadurch Staaten für ihre Verluste in einer Weise in Haftung nehmen können, die einzelne Staaten stark belasten oder sogar überfordern kann.

220.* Die Europäische Kommission hat dem Problem impliziter Garantien in der Finanzkrise im Rahmen ihrer Beihilferechnung zu tragen versucht. Das Beihilferecht ist immerhin mittelbar geeignet, um dem aus impliziter Garantie folgenden Wettbewerbsvorteil zu begegnen. Das Beihilferecht erfordert grundsätzlich zwar keinen unmittelbaren Ausgleich für die implizite Bestandsgarantie, über die einzelne Finanzmarktteilnehmer verfügen. Im Fall der Inanspruchnahme einer impliziten Garantie erfordert es aber einen Ausgleich für die dann geleistete Beihilfe. Darüber hinaus hat die Europäische Kommission in den genannten Fällen auch einen Ausgleich für die Wettbewerbsverzerrung verlangt, welche daraus folgte, dass Banken mit einer impliziten Garantie an endogenen Problemen litten und in der Krise nur aufgrund der Inanspruchnahme dieser Garantie überlebensfähig waren.

221.* Die Regulierung infolge der Finanzkrise soll das Risiko einer staatlichen Inanspruchnahme vermindern, indem sie bestehende implizite Garantien neutralisiert oder ihren Neuaufbau verhindert. Dabei ist es vorrangiges Ziel der Regulierung, ein Tätigwerden des Staates zur Sicherung der Finanzstabilität entbehrlich zu machen. Die Abschöpfung des Wettbewerbsvorteils und der damit verbundenen Marktverzerrung steht im Rahmen dieser Regulierung bisher nicht im Vordergrund.

222.* Es besteht Einigkeit, dass im Rahmen der Regulierung ein kombinierter Ansatz die höchste Aussicht hat, das Problem impliziter Garantien zu beheben. Dabei sind die folgenden Regelungen mit Blick auf implizite Staatsgarantien relevant:

- Regelungen zur Neutralisierung solcher Garantien, insbesondere Abwicklungs- und Entflechtungsregeln (einschließlich Trennbankenregeln) sowie Regelungen über Sicherungssysteme (z. B. die gesetzliche Einlagensicherung);
- Regelungen zur Vermeidung des Aufbaus von impliziten Garantien durch die Ansammlung systemischer Risiken, insbesondere Eigenkapital- und Liquiditätsregeln, flankierende Regelungen zu geld- und kapitalmarktbasierter Hebelfinanzierungen (z. B. über Wertpapierleih- und Derivategeschäfte), Boni-Begrenzungen und Sanktionsregeln, die Einführung einer (antizyklisch ausgestalteten) Finanztransaktionssteuer, eventuell absolute Geschäftsbegrenzungen und die Einführung einer Finanzfusionskontrolle mit Blick auf die Begründung oder Verstärkung einer systemrelevanten Stellung; zuletzt

- Regelungen zur Erhöhung der Transparenz mit Blick auf die Ansammlung systemischer Risiken, sowohl für Behörden als auch für professionelle und nicht-professionelle Marktteilnehmer (einschl. Regelungen für Ratingagenturen und deren Rating).

Ein weiterer relevanter Bereich ist die Erweiterung der Regulierung auf sogenannte Schattenbanken bzw. Schattenbankgeschäfte. Die meisten dieser Regelungsbereiche sind seit der Finanzkrise Gegenstand grundlegender Reformen gewesen.

223.* Die Monopolkommission hat die Regulierung daraufhin untersucht, inwiefern sie die in der Krise zutage getretenen Wettbewerbsverzerrungen durch implizite Garantien vermindern kann. Als das wohl wirksamste Mittel zur Neutralisierung von impliziten Garantien befürwortet die Monopolkommission die Errichtung eines Abwicklungsmechanismus. Diesbezüglich ist mittlerweile sowohl auf EU-Ebene als auch auf nationaler Ebene ein wichtiger erster Schritt getan. Positiv ist hierbei die enge Verknüpfung mit den Regeln über das EU-Beihilfverfahren hervorzuheben. Der Abwicklungsmechanismus wird jedoch nur dann effektiv sein, wenn bei Ausbruch der nächsten Krise hinreichend durch die Marktteilnehmer kapitalisierte Finanzierungsquellen zur Verfügung stehen (Sicherungssysteme, Abwicklungsfonds) und wenn das staatliche Ermessen hinsichtlich einer Haftungsfreistellung für einzelne Marktteilnehmer auf ein Minimum vermindert ist. Aus Sicht der Monopolkommission ist dazu eine laufende Überprüfung und Weiterentwicklung der bestehenden Abwicklungs- und Restrukturierungsmechanismen erforderlich.

224.* Demgegenüber erscheinen die von der Politik befürworteten Trennbankenregeln als Symbolpolitik von einem zweifelhaften Nutzen. Die Weiterentwicklung der gesetzlichen Einlagensicherung als Bestandteil der bestehenden privaten Sicherungssysteme kann hingegen einen wirksamen Beitrag zur Verminderung impliziter Staatsgarantien leisten.

225.* Die Eigenkapitalregeln sind das Kernstück der Regulierung zur Erschwerung des Aufbaus von Risiken, die in eine implizite Staatsgarantie münden können. Seit Januar 2014 gelten diesbezüglich neue Regelungen auf EU-Ebene, welche die Empfehlungen des Basler Ausschusses (Basel III) größtenteils umsetzen und zu einer quantitativen Erhöhung der risikogewichteten Mindesteigenkapitalquote führen. Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich diese Maßnahmen zur Stärkung der Eigenkapitalbasis von Banken. Zu bedauern ist, dass Deutschland sich im Rahmen der Reform der Eigenmittelvorgaben zunächst für eine sogenannte Maximalharmonisierung und damit dagegen eingesetzt hat, dass einzelne Mitgliedstaaten schärfere Regeln einführen. Die nunmehr geltenden Eigenkapitalregeln stellen zwar einen Schritt in die richtige Richtung dar, sind aus Sicht der Monopolkommission aber weiterhin zu niedrig.

226.* Die risikogewichteten Eigenkapitalvorgaben sollen durch die Einführung einer (Höchst-)Verschuldungsquote (Leverage Ratio) ergänzt werden, um die absolute Verschuldung im Bankensektor zu begrenzen und aus dieser resultierende destabilisierende Schuldenabbauprozesse zu verhindern. Die Verschuldungsquote setzt als einfache, nicht-risikobasierte Kennzahl das Kernkapital in Relation zu den ungewichteten Gesamtaktiva. In der EU soll die Verschuldungsquote erst nach einer Sammlung von Erfahrungen mit diesem Instrument bis 2018 verbindlich eingeführt werden. Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich die Einführung einer Verschuldungsquote, erachtet jedoch die bisher angestrebte Höhe von drei Prozent als zu gering.

227.* Die Finanzkrise hat aufgezeigt, dass Risiken für die Finanzstabilität nicht nur aus einer zu geringen Eigenkapitalunterlegung, sondern auch aus Liquiditätsengpässen erwachsen können. Im Rahmen der Umsetzung von Basel III sollen daher in der EU Liquiditätsvorgaben eingeführt werden. Diese wirken im Fall von krisenverstärkenden (prozyklischen) Verhaltensweisen präventiv dagegen, dass der Markt austrocknet und implizite Garantien in Anspruch genommen werden. Die Einführung einer Mindestliquiditätsquote

(Liquidity Coverage Ratio) soll die kurzfristige Widerstandskraft des Liquiditätsrisikoprofils von Banken stärken und sicherstellen, dass diese ihren kurzfristigen Zahlungsverpflichtungen nachkommen können. In der EU soll sie schrittweise von 2015 bis 2019 eingeführt werden. Die Einführung einer Mindestliquiditätsquote in der EU ist grundsätzlich zu begrüßen, ihre Ausgestaltung allerdings wettbewerbspolitisch nicht unproblematisch. Die geplante strukturelle Liquiditätsquote (Net Stable Funding Ratio), welche die Widerstandsfähigkeit von Banken durch eine Verbesserung der mittel- bis langfristigen Finanzierung stärken soll, wirft derzeit noch eine Reihe von Fragen auf. Hinsichtlich beider Liquiditätskennziffern erscheint – jedenfalls aus gegenwärtiger Sicht – eine Ausgestaltung im Einklang mit den Vorschlägen des Basler Ausschusses geboten, um internationale Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden.

228.* Die bestehenden Eigenkapital- und Liquiditätsregeln müssen durch spezielle Regeln für sogenannte Hebelfinanzierungen auf den Geld- und Kapitalmärkten ergänzt werden. Als Hebelfinanzierungen lassen sich Geschäfte wie z. B. Wertpapierleih- und -pensionsgeschäfte und Derivategeschäfte zusammenfassen. Die Monopolkommission befürwortet insofern die konsequente Umsetzung der Empfehlung, welche die Liikanen-Kommission als Alternative zu ihrem Trennbankenvorschlag vorgelegt hatte. Diese Empfehlung sieht eine allgemeine Risikobegrenzung über nicht-risikogewichtete Eigenkapitalvorgaben für Handelsaktiva vor. Daneben sollen die Aufsichtsbehörden die Befugnis haben, die Abtrennung riskanter Handelsgeschäfte im Einzelfall zu verlangen. Im Übrigen erscheint eine Mischung Risiko begrenzender bzw. Transparenz schaffender Regelungen und ein auf den Einzelfall hin angepasstes behördliches Vorgehen sinnvoll, wie es unter anderem vom Finanzstabilitätsrat empfohlen wird.

229.* Die Auswirkungen der Boni-Regulierung als flankierender Maßnahme sind abzuwarten. Die geplante Finanztransaktionssteuer ist kritisch zu sehen, insbesondere wenn die Steuer nicht antizyklisch ausgestaltet werden sollte. Als Alternative hierzu wäre die Einführung einer Finanzstabilitätsabgabe zu erwägen, wie sie der Internationale Währungsfonds ins Spiel gebracht hat. Strafsanktionen sollten am eigentlichen Problem ansetzen, nämlich der Ausnutzung von impliziten Garantien, und nicht nur – wie gegenwärtig – am Verstoß gegen administrative Vorgaben.

230.* Als weiteres Instrument zur Begrenzung des Aufbaus systemischer Risiken regt die Monopolkommission in Anlehnung an das Kartellrecht die Einführung einer Finanzfusionskontrolle für Übernahmen an, die eine systemrelevante Stellung begründen oder verstärken.

231.* Aus Sicht der Monopolkommission ist es dringend erforderlich, dass die Transparenz auf den Finanzmärkten in kohärenter Weise erhöht wird, um den Behörden und den Marktteilnehmern die bessere Bewertung von Risiken zu ermöglichen. Die einseitige Zuweisung immer neuer Einzelkompetenzen an die Behörden ist dagegen kritisch zu sehen.

232.* Die Entwicklung der Schattenbankenregulierung bleibt abzuwarten. Die bisherigen Ansätze sieht die Monopolkommission positiv.

233.* Das hier untersuchte Regelungsgerüst kann dazu beitragen, die mit impliziten Garantien verbundenen systemischen Wettbewerbsverzerrungen zu reduzieren. Bei der Ausgestaltung des Regelungsgerüsts sollte die Politik die vorhandenen Spielräume nutzen, um einer einseitigen regulatorischen Bevorzugung der kapitalmarktbasierenden Unternehmensfinanzierung entgegenzuwirken, soweit diese mit ungerechtfertigten regulatorisch bedingten Wettbewerbsnachteilen insbesondere für kleine Institute einhergeht. Die internationale Regulierungskonvergenz ist zu stärken, um die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Finanzmärkte zu fördern und einer weiteren Zersplitterung der Finanzmärkte entgegenzuwirken. Dabei sollten im internationalen Vergleich weitergehende nationale Maßnahmen möglich bleiben.

Drei-Säulen-System

234.* Die Monopolkommission hat im Anschluss an die systemischen Wettbewerbsfragen die Struktur des deutschen Bankensystems aus wettbewerbsrechtlicher und -ökonomischer Perspektive näher untersucht.

235.* Das deutsche Drei-Säulen-System ist vom Nebeneinander privater, staatlicher und genossenschaftlicher Banken geprägt. Die staatlichen Banken unterliegen ungeachtet ihres öffentlichen Auftrags grundsätzlich den Wettbewerbsregeln, soweit sie unternehmerisch tätig sind. Dieser öffentliche Auftrag ist allerdings so vage definiert, dass der konkrete Inhalt dieses Auftrags schon seit Längerem nicht mehr erkennbar ist. Die Monopolkommission empfiehlt, den konkreten Auftrag der Staatsbanken klarer zu fassen, um ungerechtfertigte Wettbewerbsverfälschungen aufgrund der Erfüllung nur vermeintlich öffentlicher Aufgaben zu verhindern. Leitlinie sollte sein, ob mit den Aufgaben nachweisbare Vorteile für Verbraucherinnen und Verbraucher verbunden sind, die über im Wettbewerb generierbare Marktergebnisse hinausgehen.

236.* Die Sparkassengruppe und die genossenschaftliche FinanzGruppe haben ihre Verbundstrukturen seit der Jahrtausendwende in einer Weise weiterentwickelt, die zum Teil der Bildung einer wirtschaftlichen Einheit relativ nahe kommt. Die Monopolkommission erkennt zwar die mit der Verbundkooperation generierbaren Effizienzen als positives Element einer solchen Zusammenarbeit an. Die Verbundkooperation ist angesichts der bislang starken regionalen Marktstellung der Verbundgruppen allerdings nicht unproblematisch (Marktabstottungsrisiko). Es ist deshalb um so wichtiger, dass die Wettbewerbsregeln bei der Zusammenarbeit innerhalb der Verbünde eingehalten werden. Ein erhebliches Problem stellt insofern die Intransparenz der verbundgruppeninternen Zusammenarbeit nach außen dar. Die Monopolkommission empfiehlt dringend, diese Transparenz zu erhöhen. Zugleich spricht sie sich dafür aus, dass die Kartellbehörden die weitere Entwicklung der Verbundkooperation aufmerksam mitverfolgen.

237.* Die Monopolkommission hat durchgreifende Bedenken gegen das sparkassenrechtliche Regionalprinzip. Diese Bedenken betreffen nur die gesetzliche Regelung und nicht die autonome Entscheidung jeder Sparkasse für oder gegen eine regional begrenzte Geschäftstätigkeit. Das gesetzliche Regionalprinzip ließ sich ursprünglich daraus erklären, dass die Sparkassen öffentliche Aufgaben in der Region ihres Trägers erfüllen sollten, der für sie deshalb eine gesetzliche Haftungsgarantie übernahm. Die Trägerhaftung musste aus beihilferechtlichen Gründen abgeschafft werden. Alleine zur Sicherstellung des öffentlichen Auftrags ist das Regionalprinzip aber bei den Sparkassen ebenso wenig erforderlich wie bei anderen kommunalen Unternehmen, für die es entsprechende spezielle Regelungen nicht gibt. Auch die ebenfalls regional tätigen Genossenschaftsbanken unterliegen keinem gesetzlichen Regionalprinzip.

238.* Die Anbindung der staatlichen Banken an die öffentliche Hand ist – jedenfalls in Anbetracht des nur vage definierten öffentlichen Auftrags dieser Banken – weiterhin nicht unproblematisch. Die Monopolkommission nimmt an, dass der mit Anstaltslast und Gewährträgerhaftung verbundene Vorteil für die Institute der Sparkassengruppe wahrscheinlich nicht mehr fortbesteht. Die Regelungen der Sparkassengesetze zur Überschussverwendung und Abgabenbefreiung dürften allerdings beihilferelevante Vorteile enthalten, deren Rechtfertigung fraglich ist. Hinsichtlich der Landesbanken ist eine konsequente Beachtung der Beihilfavorschriften anzumahnen. Dasselbe gilt hinsichtlich der Förderbanken, sofern diese nicht lediglich in Fällen von Marktversagen tätig werden (insbesondere die KfW).

239.* Die Monopolkommission befürwortet schließlich – ungeachtet des Zeitgeistes – eine weitergehende Ermöglichung der Beteiligung Privater an der Sparkassengruppe. Die bisherigen Initiativen zu einer Öffnung der Sparkassenfinanzgruppe für private Investoren ermöglichen eine marktkonforme Stärkung der Sparkassengruppe und sind grundsätzlich zu begrüßen. Die von der Politik gegen eine Fortsetzung der Öffnung der Sparkassengruppe geäußerten Bedenken lassen sich zwar nachvollziehen, erscheinen allerdings un-

berechtigt bzw. übertrieben. Eine solche Öffnung kann in einer Weise erfolgen, dass die Erfüllung des öffentlichen Auftrags der Institute der Sparkassengruppe dauerhaft sichergestellt ist. Die bisherige rein öffentliche Trägerschaft erscheint sowohl vom Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Effizienz wie auch mit Blick auf die Erfüllung des öffentlichen Auftrags unbefriedigend. Eine bessere Beaufsichtigung der zur Sparkassengruppe gehörigen Kreditinstitute dürfte bisher nicht zuletzt durch die engen Verflechtungen zwischen der Gruppe und der Politik verhindert werden. Die Definition des öffentlichen Auftrags der Sparkassen durch die Politik und die Ausübung der Aufsichtsverantwortung im Verwaltungsrat der Sparkassen sollten personell voneinander getrennt werden.

Finanzprodukte und -transaktionen

240.* Der Wettbewerb mit Finanzprodukten ist stark durch die strukturellen Rahmenbedingungen auf den Finanzmärkten geprägt, namentlich durch intensive Regulierung und in Deutschland durch die Drei-Säulen-Struktur des deutschen Bankensystems. Der Markt ist freilich in Bewegung. Sowohl die Nachfrage als auch das Angebot an Finanzdienstleistungen differenziert sich immer weiter aus. Dies ist bei der Einschätzung der Wettbewerbssituation in Bezug auf Finanzprodukte und -transaktionen zu berücksichtigen. Die Monopolkommission beschränkt sich hier darauf, aktuelle Marktentwicklungen aufzugreifen, in denen sich strukturelle Probleme zeigen.

241.* Die Aufsichts- und Kartellbehörden haben weltweit in mehreren Fällen Ermittlungen gegen internationale Großbanken und andere Finanzmarktunternehmen wegen bekannt gewordener Manipulationen von Referenzzinssätzen (z. B. Libor, ISDAfix) und Referenzkursen (für Devisen) durchgeführt und teilweise bereits abgeschlossen. Die Monopolkommission hat Bedenken, dass es auf einigen Märkten des internationalen Finanzgeschäfts eine strukturell begründete Kartellneigung geben könnte. Die bekannt gewordenen Manipulationsfälle werden derzeit zwar aufgearbeitet, wobei neben der Ahndung auch Maßnahmen getroffen werden, um die strukturellen Ursachen der aufgedeckten Manipulationen zu beheben. Es ist gleichwohl fraglich, ob die bisher getroffenen Maßnahmen ausreichen. Die Monopolkommission befürwortet eine dauerhaft stärkere aufsichts- und kartellbehördliche Kontrolle der Ermittlung von Referenzwerten durch die Marktteilnehmer. Daneben empfiehlt die Monopolkommission, das Sanktionenspektrum für Kartellverstöße zu überprüfen, da die bislang verhängten Geldbußen offenbar nicht hinreichend abschrecken.

242.* Wettbewerbsprobleme im Handel auf den Kapitalmärkten geraten international seit einiger Zeit zunehmend ins Blickfeld, seien es Submissionskartelle in Übernahmefällen, das koordinierte „Anschleichen“ an Übernahmeziele, die Koordinierung von Börsenemissionen oder von Handelsgeschäften (z. B. durch sogenannte Ringgeschäfte) oder Marktmachtmissbräuche (Cornering). Die Monopolkommission sieht insofern Aufklärungsbedarf.

243.* Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit Zahlungsverkehrsdienstleistungen beschäftigen die europäischen und deutschen Wettbewerbsbehörden seit längerem. Sowohl die Europäische Kommission als auch das Bundeskartellamt haben in den letzten Jahren eine Reihe von Verfahren gegen die Betreiber von Kartensystemen (z. B. Kreditkartenunternehmen) und anderen Zahlungsinfrastrukturen durchgeführt. Die unterschiedlichen Zahlungssysteme sind Plattformen und durch Netzeffekte gekennzeichnet. Probleme bereiten insbesondere die sogenannten Interbankenentgelte bei Kartenzahlungen und wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in den Klauselwerken der Zahlungssysteme. Die Erfahrungen mit den bisher getroffenen Gegenmaßnahmen sind zwiespältig. Die Monopolkommission beobachtet die Marktentwicklung.

244.* Ein für die Verbraucher unmittelbar spürbares, mit wettbewerbsrechtlichen Instrumenten aber nur schwer lösbares strukturelles Problem besteht bei den Gebühren für Geldautomatenabhebungen. Dieses Problem ist dem Bundeskartellamt bekannt und wird untersucht. Aus Sicht der Monopolkommission ist es

dessen ungeachtet allerdings von grundlegender Bedeutung, die Kosten- und Gebührentransparenz für die Verbraucher weiter zu verbessern.

245.* Fragen des Anleger- und Verbraucherschutzes gegenüber Finanzdienstleistern haben eine wettbewerbspolitische Komponente, wenn etwaige Probleme auf Wettbewerbsverzerrungen zulasten einzelner Verbraucher oder zulasten der Verbraucher als „Marktgegenseite“ zurückzuführen sind. Die Monopolkommission begrüßt die gesetzgeberischen Maßnahmen der EU zur Vereinfachung des Kontowechsels und zur Erhöhung der Vergleichbarkeit von Kontogebühren sowie zur Erhöhung der Kostentransparenz bei Finanzanlagen. Außerdem regt sie an, die bisherigen Maßnahmen zum Verbraucherschutz in der Finanzberatung vor dem Hintergrund der Verordnung über Basisinformationsblätter für Anlageprodukte grundlegend zu überprüfen.

246.* Schließlich sieht die Monopolkommission Anhaltspunkte dafür, dass implizite Staatsgarantien nicht nur für Banken und andere Marktteilnehmer bestehen, sondern auch für Finanzprodukte. Das gilt insbesondere mit Bezug auf Pfandbriefe und vergleichbare besicherte Anleihen (Covered Bonds) sowie Staatsanleihen und andere Anleihen zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben. Die Monopolkommission tritt dafür ein, regulatorische Privilegierungen, die mit solchen impliziten Garantien einhergehen, nach Möglichkeit abzuschaffen und die Benachteiligung konkurrierender Finanzprodukte (insbesondere Verbriefungen), soweit sie nicht sachlich gerechtfertigt ist, zu beseitigen.

Bisherige Gutachten der Monopolkommission

Alle Veröffentlichungen erscheinen im Nomos-Verlag, Baden-Baden.

Hauptgutachten

Hauptgutachten I:	(1973/1975):	Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977.
Hauptgutachten II:	(1976/1977):	Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978.
Hauptgutachten III:	(1978/1979):	Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980.
Hauptgutachten IV:	(1980/1981):	Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982.
Hauptgutachten V:	(1982/1983):	Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984.
Hauptgutachten VI:	(1984/1985):	Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986.
Hauptgutachten VII:	(1986/1987):	Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988.
Hauptgutachten VIII:	(1988/1989):	Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990.
Hauptgutachten IX:	(1990/1991):	Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992.
Hauptgutachten X:	(1992/1993):	Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994.
Hauptgutachten XI:	(1994/1995):	Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996.
Hauptgutachten XII:	(1996/1997):	Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998.
Hauptgutachten XIII:	(1998/1999):	Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000.
Hauptgutachten XIV:	(2000/2001):	Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003.
Hauptgutachten XV:	(2002/2003):	Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005.
Hauptgutachten XVI:	(2004/2005):	Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006.
Hauptgutachten XVII:	(2006/2007):	Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008.
Hauptgutachten XVIII:	(2008/2009):	Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010.
Hauptgutachten XIX:	(2010/2011):	Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012.
Hauptgutachten XX:	(2012/2013):	Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte. 2014.

Sondergutachten

- Sondergutachten 1: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.
- Sondergutachten 2: Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.
- Sondergutachten 3: Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.
- Sondergutachten 4: Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.
- Sondergutachten 5: Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.
- Sondergutachten 6: Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.
- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungen KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.
- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.

- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002.
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreiskrankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreiskrankenhaus Mellrichstadt). 2006.
- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.

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