

Unterrichtung**durch die Bundesregierung****Sechzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2004/2005**

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	17
Kurzfassung	23
Einleitung	
Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik	57
1. Zur Sachverhaltsermittlung der Monopolkommission im Minister- erlaubnisverfahren	57
2. Wettbewerb und Regulierung in der Energiewirtschaft: Reform des Energiewirtschaftsgesetzes	58
2.1 Wettbewerbsentwicklung in der Energiewirtschaft seit der Liberalisierung	58
2.2 Notwendigkeit einer sektorspezifischen Regulierung in der Energiewirtschaft	60
2.3 Die Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes: Vom verhandelten zum regulierten Netzzugang	62
3. Voice over IP	66
3.1 Was ist Voice over IP?	66
3.2 Wettbewerbspolitische Probleme bei Voice over IP	67
3.3 Marktzutritt und notwendige Vorleistungen	68
3.3.1 Breitbandanschluss	68
3.3.2 „Naked DSL“ durch Entkoppelung der Anschlüsse	68
3.3.3 „Naked DSL“ durch Bitstrom-Zugang	69
3.3.4 Rufnummern	70

	Seite
3.4 Zusammenschaltung	70
3.5 Endkundenebene	72
3.5.1 Marktregulierung	72
3.5.2 Notrufverpflichtung	72
4. Die Privatisierung der Flugsicherung	73
4.1 Die Deutsche Flugsicherung GmbH	74
4.2 Die Ziele der Privatisierung	75
4.3 Die Single-European-Sky-Initiative	76
4.4 Das Flugsicherungsgesetz	77
4.5 Die Umsetzung der Privatisierung	79
4.6 Abschließende Bemerkungen	82
5. Zusammenschlusskontrolle und Medienaufsicht	83
5.1 Rechtlicher Rahmen	83
5.2 Vorherrschende Meinungsmacht	84
5.3 Schlussfolgerungen für die Medienkonzentrationskontrolle	85
5.4 Die Entscheidung der KEK	86
5.5 Würdigung der Entscheidung	86
6. Der Meisterzwang im Handwerk auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand	87
6.1 Anlass der Stellungnahme	87
6.2 Einschränkung handwerklicher Berufszulassung	87
6.3 Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Dezember 2005	90
6.4 Schlussfolgerungen	91
7. Anhaltende Defizite bei der Erfassung von Unternehmens- gruppen	91
7.1 Entscheidungs- und Handlungsbedarf der Wirtschaftspolitik	91
7.2 Konzeptionelle Defizite der amtlichen deutschen Wirtschafts- statistik	93
7.3 Notwendigkeit einer verbesserten Zusammenarbeit von Monopol- kommission und Statistischem Bundesamt	97
7.3.1 Differenzen in der Zusammenarbeit von Monopolkommission und Statistischem Bundesamt bei der Anwendung von § 47 GWB ...	97

	Seite
7.3.2 Vorschlag der Monopolkommission zur Konkretisierung von § 47 GWB	98
7.4 Forschungsdatenzentrum: Neue Formen der informations- und datentechnischen Zusammenarbeit zwischen Monopolkommission und Statistischem Bundesamt	100
7.5 Erfassung multinationaler Unternehmensgruppen: Fortentwicklung des europäischen Rechts	100
7.5.1 Methodisches Konzept zur Erfassung multinationaler Unternehmensgruppen	100
7.5.2 Novellierung der europäischen Unternehmensregister-Verordnung von 1993	102

Kapitel I

Kontrollierte Unternehmensgruppen in den Beteiligungsnetzen deutscher Unternehmen	105
1. Konzeptionelle Grundlagen	105
1.1 Methodische und empirische Grundlagen	105
1.2 Wirtschafts- und wettbewerbspolitische Bedeutung von Unternehmensgruppen	106
2. Die Struktur gruppenzugehöriger deutscher Unternehmen nach Wirtschaftsbereichen und Bundesländern, nach der Kontrolle durch staatliche Stellen und ausländische ultimative Eigner	106

Kapitel II

Einfluss der Gruppenbildung der Unternehmen auf den Konzentrationsgrad im Produzierenden Gewerbe 2003	125
1. Konzeptionelle, methodische und empirische Grundlagen	125
1.1 Konzeptionelle und methodische Grundlagen	125
1.1.1 Methodische Restriktionen der amtlichen Unternehmensstatistik	125
1.1.2 Methodisches Konzept der Monopolkommission	125
1.2 Datenbasis zur Berücksichtigung von Unternehmensgruppen im Produzierenden Gewerbe 2003	126
1.3 Verfahren und Ergebnisse der Verknüpfung statistikexterner und -interner Angaben über gruppenzugehörige Unternehmen	127
1.4 Größe und Vollständigkeit von Unternehmensgruppen	131
2. Struktur der Unternehmensgruppen und Diversität ihrer Mitglieder	132
2.1 Art der Kontrolle der gruppenzugehörigen Unternehmen	136

	Seite
2.2 Rechtsformen der gruppenzugehörigen Unternehmen	136
2.3 Staatlich kontrollierte Unternehmen	138
2.4 Wirtschaftlicher Schwerpunkt der gruppenzugehörigen Unternehmen und Unternehmensgruppen	140
2.5 Struktur der gruppenzugehörigen Unternehmen nach Wirtschafts- räumen (Bundesländern)	142
2.5.1 Anzahl der gruppenzugehörigen Unternehmen nach Bundes- ländern	142
2.5.2 Regionale und bundesweite Unternehmensgruppen	142
2.5.3 Verteilung der gruppenzugehörigen Unternehmen und deren ultimativen Eignern nach Bundesländern	146
2.6 Gruppenzugehörige Unternehmen in Deutschland unter ausländischer Kontrolle	151
3. Der Einfluss der Gruppenbildung der Unternehmen auf den Konzentrationsgrad	154
3.1 Empirische und methodische Grundlagen	154
3.2 Empirische Ergebnisse	155
3.2.1 Absoluter Konzentrationsgrad	155
3.2.2 Anzahl der Unternehmen	156
3.2.3 Variationskoeffizient	156
3.2.4 Synopse der Komponenten des absoluten Konzentrationsgrades	156

Kapitel III

Stand und Entwicklung der Konzentration von Großunternehmen (aggregierte Konzentration)	165
1. Gegenstand und Ziel der Untersuchung	165
2. Die hundert größten Unternehmen 2002 und 2004	166
2.1 Methodik der Ermittlung der „100 Größten“	166
2.1.1 Auswertung veröffentlichter Jahresabschlüsse	166
2.1.2 Ermittlung der Wertschöpfung	167
2.1.3 Begrenzung der Wertschöpfung auf den inländischen Konsolidierungskreis	170
2.2 Seit dem Berichtszeitraum 2002 eingetretene Veränderungen	173
2.3 Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der „100 Größten“	184
2.3.1 Wertschöpfung	184
2.3.2 Beschäftigte	186
2.3.3 Sachanlagen	187
2.3.4 Cashflow	188

	Seite
2.4 Rechtsformen der „100 Größten“	190
3. Branchenspezifische Betrachtung	190
3.1 Aussagegehalt der branchenspezifischen Geschäftsvolumina	190
3.2 Industrie	191
3.3 Handel	196
3.4 Verkehr und Dienstleistungen	197
3.5 Kreditgewerbe	199
3.6 Versicherungsgewerbe	200
4. Verflechtungen der „100 Größten“	202
4.1 Problemstellung	202
4.2 Anteilsbesitz an den „100 Größten“	203
4.2.1 Gegenstand und Datenquellen	203
4.2.2 Zusammenfassende Betrachtung aller Anteilseigner der „100 Größten“	204
4.2.3 Beteiligungen aus dem Kreis der „100 Größten“	215
4.2.3.1 Empirischer Befund	215
4.2.3.2 Ursachen der Kapitalentflechtung	222
4.2.3.3 Wettbewerbspolitische Folgen	224
4.2.3.4 Kritische Sicht der Ergebnisse	225
4.3 Personelle Verflechtungen	226
4.3.1 Methodische Vorbemerkungen	226
4.3.2 Darstellung der personellen Verflechtungen zwischen den „100 Größten“	227
4.4 Kooperationen im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen	241
4.4.1 Methodische Vorbemerkungen	241
4.4.2 Verflechtungen der zwanzig größten Unternehmen über Gemeinschaftsunternehmen	241
4.4.3 Verflechtungen der Finanzdienstleistungsunternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ über Gemeinschaftsunternehmen	245
5. Die Beteiligung der „100 Größten“ an den dem Bundeskartellamt angezeigten Unternehmenszusammenschlüssen	249

Kapitel IV

Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle	255
1. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen	255

	Seite
1.1 Überblick über die Amtspraxis	255
1.2 Missbrauchsaufsicht im Energiesektor	256
1.3 Verkäufe unter Einstandspreis	257
2. Zusammenschlusskontrolle	259
2.1 Statistischer Überblick	259
2.2 Zusammenschlusstatbestand	261
2.2.1 Vorliegen eines wettbewerblich erheblichen Einflusses	261
2.2.2 Vorliegen eines Zusammenschlusses bei Lizenzerwerb	263
2.3 Marktabgrenzung	264
2.3.1 Ausdehnung des Marktes über das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland hinaus	264
2.3.2 Aufspaltung des Bundesgebietes in Regionalmärkte	265
2.3.3 Substitutionsbeziehungen bei Sortimentsmärkten	268
2.3.4 Substitutionsbeziehungen im öffentlichen Nahverkehr	271
2.4 Entstehung und Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung	274
2.4.1 Marktbeherrschung im Oligopol	274
2.4.2 Marktbeherrschung bei nichthorizontalen Zusammenschlüssen . .	279
2.5 Bedingungen und Auflagen	287
2.5.1 Allgemeine Entwicklungen	287
2.5.2 Die Auswirkungen von Stilllegungsauflagen	288
2.6 Verfahrensfragen	291
2.6.1 Feststellungsinteresse bei Zusammenschlussvorhaben	291
2.6.2 Verjährung und Bußgeldhöhe bei Verstößen gegen das Vollzugsverbot	293
3. Europäische Fusionskontrolle	294
3.1 Einführung	294
3.2 Zuständigkeitsverteilung	296
3.2.1 Änderung der Zwei-Drittel-Regelung?	296
3.2.2 Verweisungsregime und -praxis	297
3.2.2.1 Die Reform der Verweisungsregeln	297
3.2.2.2 Verfahrensabgabe auf Antrag der Unternehmen	298
3.2.2.3 Verweisung nach behördlichem Antrag	300
3.3 Marktabgrenzung	301
3.3.1 Marktabgrenzung bei differenzierten Produkten	301
3.3.2 Räumliche Marktabgrenzung und more economic approach	305
3.4 Untersagungskriterium	306

	Seite
3.4.1 Marktanteile	308
3.4.1.1 Monopolistische Marktstrukturen	309
3.4.1.2 Marktanteile und Ausschreibungsmärkte	312
3.4.1.3 EWR-weite Marktanteile bei nationaler Marktabgrenzung	313
3.4.2 Substitutionsverhältnis	313
3.4.3 Anbieterwechsel und Kapazitäten	316
3.4.4 Quantitative Analysen	318
3.4.5 Oligopolistische Marktbeherrschung	320
3.4.6 Effizienzvorteile	321
3.4.7 Verfahrensrechtliche Implikationen des more economic approach	322
3.5 Abhilfemaßnahmen	323
3.5.1 Die Studie der Europäischen Kommission über Abhilfe- maßnahmen	324
3.5.2 Grenzen des Verpflichtungsumfangs?	325
3.5.3 Veräußerungszusagen	325
3.5.4 Verhaltensorientierte Zusagen	326
3.5.5 Abhilfemaßnahmen ohne Feststellung einer Wettbewerbs- beeinträchtigung	328
3.6 Rechtsprechung	328
3.6.1 Konglomerate Zusammenschlüsse	329
3.6.2 Vertikale Zusammenschlüsse	333
3.6.3 Besonderheiten auf dem portugiesischen Gasmarkt	333
3.6.4 Abwägungsklausel	335
3.6.5 Aufgabe eines Zusammenschlussvorhabens	335

Kapitel V

Ordnungspolitische Probleme im Rundfunkbereich	337
1. Einleitung	337
2. Produktionsebene	338
2.1 Wettbewerb um Aufträge	338
2.2 Möglichkeiten der Finanzierung	339
3. Programmebene	341
3.1 Besonderheiten des werbefinanzierten Fernsehens	341
3.2 Verfassungsrechtliche Vorgaben zum Fernsehmarkt	342
3.3 Ordnungspolitische Begründungen für Staatseingriffe	343
3.3.1 Meritorische Erwägungen	344
3.3.2 Marktunvollkommenheiten	344

	Seite
3.3.3 Implikationen	345
3.4 Allgemeine Rahmenbedingungen im Rundfunkbereich	346
3.4.1 Vorgaben des Europarechts	346
3.4.2 Das Beihilfeverbot und die deutschen Rundfunkgebühren	346
3.4.3 Medienrechtliche Grundlagen des deutschen Rundfunksystems ..	348
3.5 Die gegenwärtige Fernsehlandschaft in Deutschland	350
3.5.1 Öffentlich-rechtlicher Rundfunk	351
3.5.2 Privater Rundfunk	351
3.6 Die duale Rundfunkordnung – eine kritische Sichtung	352
3.6.1 Wettbewerbsverzerrungen zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Fernsehsendern	352
3.6.2 Das öffentlich-rechtliche Programmangebot	353
3.6.3 Probleme der Finanzierung	355
3.6.4 Binnenpluralistische Rundfunkaufsicht	360
4. Distributionsebene	360
4.1 Digitalisierung	362
4.2 Wettbewerbspolitische Problemfelder	364
4.2.1 Machtmissbräuche durch Gatekeeper im digitalen Rundfunk	364
4.2.2 Vertikale Konzentration	365
4.2.3 Förderung einzelner Übertragungswege	366
4.2.4 Ausbau des Breitbandkabelnetzes	367
4.3 Ausblick	369
5. Ordnungspolitische Empfehlungen	371

Kapitel VI

Regulierungen der Freien Berufe	373
1. Allgemeiner Teil	373
1.1 Definition der Freien Berufe	373
1.2 Geschichtlicher Hintergrund	374
1.3 Aktivitäten der Europäischen Kommission	375
1.4 Rechtfertigung berufsrechtlicher Regelungen	376
1.5 Rechtfertigung durch Marktunvollkommenheiten	377
1.5.1 Vollkommener Wettbewerb und Effizienz	377
1.5.2 Das Problem des Vergleichsmaßstabes	377
1.5.3 Vorrang des Wettbewerbs	378

	Seite
1.5.4 Verteilung der Argumentationslast	379
1.5.5 Beispiele für Marktunvollkommenheiten	379
1.5.5.1 Asymmetrische Informationen	379
1.5.5.2 Externe Effekte	380
1.5.5.3 Öffentliche Güter	380
1.5.6 Qualitätssicherung	381
1.5.7 Unvollständige Verträge	382
1.6 Rechtfertigung durch Umverteilung	383
1.6.1 Quersubventionierung	383
1.6.2 Zwangsverträge	384
1.6.3 Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung	384
1.7 Problematik der Selbstregulierung	385
1.8 Kartellrechtliche Beurteilung berufsrechtlicher Regelungen	385
1.8.1 Europäisches Kartellrecht	385
1.8.2 Deutsches Kartellrecht	387
1.9 Grundfreiheiten	388
2. Rechtsanwälte	389
2.1 Aktuelle Situation des Rechtsanwaltsberufes	389
2.2 Geschichtliche Entwicklung der Regelungen	390
2.3 Zugang zum Markt für Rechtsdienstleistungen	391
2.3.1 Aktuelle wettbewerbspolitische Probleme	392
2.3.2 Gesetzliche Begründung für die Zugangsbeschränkung zum Rechtsberatungsmarkt	392
2.3.3 Wettbewerbspolitische Beurteilung	393
2.3.4 Zulassung von Diplom-Wirtschaftsjuristen	394
2.4 Anwaltliches Honorarrecht	396
2.4.1 Übersicht	396
2.4.2 Das System der Prozesskosten und der prozessualen Kosten- erstattung	396
2.4.3 Mindestvergütung im gerichtlichen Bereich	397
2.4.3.1 Freie Anwaltswahl	397
2.4.3.2 Verhinderung von Rabatten	398
2.4.3.3 Verhinderung von Erfolgshonoraren	398
2.4.3.4 Kostentransparenz	398
2.4.3.5 Quersubventionierung	399
2.4.3.6 Stärkung des Rechtsschutzversicherungsmarktes	400
2.4.3.7 Ermöglichung von Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe	400
2.4.3.8 Qualitätssicherung	401
2.4.4 Erfolgshonorare und quota litis	401

	Seite
2.4.4.1 Gründe für die Zulassung von Erfolgshonoraren	402
2.4.4.2 Gesetzliche Begründung des Verbotes	402
2.5 Werbebeschränkungen	406
2.5.1 Wettbewerbliche Einschätzung	407
2.5.2 Herausnahme der Werbung aus dem anwaltlichen Berufsrecht . . .	408
2.5.3 Angaben über fachliche Schwerpunkte	408
2.6 Gesellschaftsrechtlicher Rahmen für Rechtsberatung	409
2.6.1 Einheitliches Gesellschaftsrecht für die sozietätsfähigen Berufe . .	409
2.6.2 Interprofessionelle Zusammenarbeit in Form von Kapital- gesellschaften	410
2.6.3 Nichtrechtsanwälte als Geschäftsführer einer Rechtsanwalts- gesellschaft	410
2.6.4 Kapitalbeteiligung Dritter an einer Rechtsanwalts-gesellschaft . . .	411
3. Apotheker und der Einzelhandel mit Arzneimitteln	412
3.1 Überblick über die wettbewerbsbeschränkenden Regelungen	412
3.1.1 Produktsortiment	412
3.1.2 Zugang zum Beruf	413
3.1.3 Preisregelung	413
3.1.4 Mehr- und Fremdbesitzverbot	414
3.1.5 Räumliche Abschottung der Apotheke	414
3.1.6 Werbung	414
3.2 Zur Apothekendichte	414
3.3 Wettbewerbspolitische Probleme der Apothekenregulierung	415
3.4 Reformvorschläge der Monopolkommission	416
3.4.1 Apothekenpflichtige Arzneimittel	416
3.4.2 Zugang zum Apothekerberuf	418
3.4.3 Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln	418
3.4.4 Mehr- und Fremdbesitzverbot	419
3.4.5 Räumliche Integration der Apotheke in andere Geschäfte	420
3.4.6 Werbebeschränkungen	420
4. Regulierung des Marktes für freiberufliche Dienstleistungen im Baubereich	420
4.1 Geltender Regelungsrahmen	421
4.1.1 Zugang zum Beruf und zur Berufstätigkeit	421
4.1.2 Preisregelung	421
4.2 Geschichtliche Entwicklung der Honorarregelungen	422
4.2.1 Honorarregelungen vor Inkrafttreten der HOAI	422

	Seite
4.2.2 Entstehungsgeschichte der HOAI	422
4.3 Internationaler Vergleich	424
4.4 Mögliche Rechtfertigungen für Regulierung	425
5. Zusammenfassung der Empfehlungen	426
Anhang	
Anhang A: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Auszug: §§ 44 bis 47) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114)	430
Anhang B: Untersagungen durch das Bundeskartellamt – Verfahrensstand Ende 2005 –	432
Anhang C: Veröffentlichungen von im Auftrag der Monopolkommission erstellten Gutachten.	447
Anhang D: Gutachten der Monopolkommission.	452

Verzeichnis der Abbildungen

		Seite
Übersicht 1	Eigentümerstruktur einer materiell teilprivatisierten DFS	81
Abbildung 1	Datenquellen des Statistischen Bundesamtes und der Monopolkommission zur Erfassung gruppenzugehöriger Unternehmen mit Sitz in Deutschland	95
Abbildung 2	Interactive establishment and development of a „European Transnational Capital Links Register“ for European and national statistical purposes	103
Abbildung I.1	Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen in einem Bundesland, deren ultimative Eigner ihren Sitz im gleichen Bundesland haben, bezogen auf alle gruppenzugehörigen Unternehmen	119
Abbildung II.1	Datenquellen des Statistischen Bundesamtes und der Monopolkommission zur Erfassung gruppenzugehöriger Unternehmen mit Sitz in Deutschland	128
Abbildung II.2	Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen im Produzierenden Gewerbe	131
Abbildung II.3	Unternehmensgruppen, zugehörige Unternehmen, Umsatz und Beschäftigte nach der Größe der Gruppen	133
Abbildung II.4	Anzahl und Umsatz der Unternehmensgruppen nach der Anzahl der Unternehmen in einer Gruppe auf der Basis alternativer Datenquellen	134
Abbildung II.5	Sitz der gruppenzugehörigen Unternehmen nach Bundesländern auf der Basis der Datenquelle VVC	144
Abbildung II.6	Diversität der Unternehmen in Unternehmensgruppen mit zwei und mehr Mitgliedern nach Bundesländern auf der Basis eines integrierten Datenbestandes	145
Abbildung II.7	Anteil der Anzahl der gruppenzugehörigen Tochterunternehmen in einem Bundesland, deren ultimative Eigner ihren Sitz im gleichen Bundesland haben, auf der Basis eines integrierten Datenbestandes	148
Abbildung II.8	Anteil des Umsatzes der gruppenzugehörigen Tochterunternehmen in einem Bundesland, deren ultimative Eigner ihren Sitz im gleichen Bundesland haben, auf der Basis eines integrierten Datenbestandes	150
Abbildung II.9	Gruppenzugehörige Unternehmen in Deutschland unter ausländischer Kontrolle nach Ländern auf der Basis alternativer Datenquellen	153
Abbildung II.10	Absoluter Konzentrationsgrad der Unternehmen gemessen am Herfindahl-Index und dessen relativer Anstieg infolge der Gruppenbildung der Unternehmen	158
Abbildung II.11	Relativer Anstieg des absoluten Konzentrationsgrades der wirtschaftlichen Einheiten infolge der Gruppenbildung der Unternehmen nach alternativen Datenquellen	159
Abbildung II.12	Anzahl der Unternehmen und der relative Rückgang der wirtschaftlichen Einheiten infolge der Gruppenbildung der Unternehmen	160
Abbildung II.13	Relativer Rückgang der Anzahl der wirtschaftlichen Einheiten infolge der Gruppenbildung der Unternehmen nach alternativen Datenquellen	161

	Seite
Abbildung II.14 Ungleichverteilung der wirtschaftlichen Einheiten gemessen am Variationskoeffizienten und dessen relative Änderung infolge der Gruppenbildung der Unternehmen	162
Abbildung II.15 Änderung der Ungleichverteilung der wirtschaftlichen Einheiten gemessen am Variationskoeffizienten infolge der Gruppenbildung der Unternehmen nach alternativen Datenquellen	163
Abbildung II.16 Relative Abweichung der Ergebnisse nach der Daten- quelle VVC gegenüber der von BvD für den Herfindahl-Index, die Anzahl der wirtschaftlichen Einheiten und den Variationskoeffizienten infolge der Gruppenbildung der Unternehmen	164
Abbildung III.1 Kapitalverflechtungen in Deutschland im Jahr 1996 ...	221
Abbildung III.2 Kapitalverflechtungen in Deutschland im Jahr 2004 ...	222
Abbildung IV.1 Abgrenzung räumlicher Märkte um (zu) erwerbendes Unternehmen	267
Abbildung IV.2 Abgrenzung räumlicher Märkte um den Nachfrager	268
Abbildung IV.3a Märkte im Pay-TV (Übertragungsweg Satellit)	282
Abbildung IV.3b Signalfluss im Pay-TV (Übertragungsweg Satellit)	283
Abbildung IV.4 Märkte für Signaltransport im Kabelfernsehen	285
Abbildung IV.5a Marktverhältnisse vor dem Zusammenschluss (Veräußerungsauflage)	289
Abbildung IV.5b Marktverhältnisse nach dem Zusammenschluss (Veräußerungsauflage)	289
Abbildung IV.6a Marktverhältnisse vor dem Zusammenschluss (Stilllegungsauflage)	290
Abbildung IV.6b Marktverhältnisse nach dem Zusammenschluss (Stilllegungsauflage)	290
Abbildung V.1 Wertschöpfung in der Medienbranche	337

Verzeichnis der Tabellen

	Seite
Tabelle I	
Tabelle 1	Mengengerüst der Kapitalbeteiligungen, Kontrollbeziehungen, gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen und Unternehmensgruppen 93
Tabelle I.1.1	Mengengerüst der Kapitalbeteiligungen, Kontrollbeziehungen, gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen und Unternehmensgruppen Datenbasis: Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC) 108
Tabelle I.1.2	Mengengerüst der gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen Datenbasis: Integration der Bestände der Datenquellen BvD und VVC 109
Tabelle I.1.3	DAX 30 – Anzahl der gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen und Unternehmensgruppen Datenbasis: Vergleich der Bestände der Datenquellen VVC und BvD 110
Tabelle I.2.1	Anzahl der gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen nach Wirtschaftsbereichen Datenbasis: Vergleich und Integration der Bestände der Datenquellen VVC und BvD 113
Tabelle I.2.2	Anzahl der gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen nach Bundesländern Datenbasis: Vergleich und Integration der Bestände der Datenquellen VVC und BvD 115
Tabelle I.2.3	Anzahl der gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen nach Wirtschaftsbereichen und Bundesländern Datenbasis: Integration der Bestände der Datenquellen VVC und BvD, Schnittmenge aus der Quelle VVC 116
Tabelle I.2.4	Anzahl und Sitz der gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen und ultimativen deutschen Eigner nach Bundesländern Datenbasis: Integration der Bestände der Datenquellen VVC und BvD, Schnittmenge aus der Quelle VVC 118
Tabelle I.2.5	Anzahl der staatlich kontrollierten deutschen Unternehmen nach Wirtschaftsbereichen und Verwaltungsebenen Datenbasis: Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC) 120
Tabelle I.2.6	Anzahl der gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen unter ausländischer Kontrolle nach Ländern Datenbasis: Integration der Bestände der Datenquellen VVC und BvD, Schnittmenge aus der Quelle VVC 122
Tabelle II.1	Konzentrationsstatistische Eckwerte gruppenzugehöriger Unternehmen auf der Basis alternativer Datenquellen .. 129
Tabelle II.2	Unternehmensgruppen, zugehörige Unternehmen, Umsatz und Beschäftigte nach der Größe der Gruppen 135
Tabelle II.3	Art der Kontrolle der gruppenzugehörigen Unternehmen auf der Basis alternativer Datenquellen 137
Tabelle II.4	Rechtsform der gruppenzugehörigen Unternehmen auf der Basis alternativer Datenquellen 138

	Seite
Tabelle II.5	Diversität der Unternehmensgruppen auf der Basis alternativer Datenquellen 139
Tabelle II.6	Anzahl und Umsatz der gruppenzugehörigen Unternehmen nach Wirtschaftsabteilungen auf der Basis alternativer Datenquellen 141
Tabelle II.7	Sitz der gruppenzugehörigen Unternehmen nach Bundesländern auf der Basis alternativer Datenquellen 143
Tabelle II.8	Anzahl der gruppenzugehörigen Unternehmen und deren ultimativen Eignern nach Bundesländern auf der Basis eines integrierten Datenbestandes 147
Tabelle II.9	Umsatz der gruppenzugehörigen Unternehmen und deren ultimativen Eignern nach Bundesländern auf der Basis eines integrierten Datenbestandes 149
Tabelle II.10	Deutsche gruppenzugehörige Unternehmen unter ausländischer Kontrolle nach Ländern auf der Basis alternativer Datenquellen 152
Tabelle III.1	Die nach Wertschöpfung hundert größten Unternehmen 2002 und 2004 173
Tabelle III.2	Die inländische und die weltweite Wertschöpfung der zehn größten Unternehmen 2002 und 2004 185
Tabelle III.3	Zehner-Ranggruppen der jeweils „100 Größten“ nach Anteil an der Wertschöpfung aller Unternehmen (bis 1992: alte Bundesländer) und nach Jahren 186
Tabelle III.4	Die nach Beschäftigten zehn größten Unternehmen 2004 187
Tabelle III.5	Die nach Sachanlagen zehn größten Unternehmen 2004 (ohne Kreditinstitute und Versicherungen) 188
Tabelle III.6	Die nach Cashflow zehn größten Unternehmen 2004 (ohne Kreditinstitute und Versicherungen) 189
Tabelle III.7	Rechtsformen der „100 Größten“ 2002 und 2004 190
Tabelle III.8	Die nach Umsatz fünfzig größten deutschen Industrieunternehmen 2002 und 2004 193
Tabelle III.9	Die nach Umsatz zehn größten deutschen Handelsunternehmen 2002 und 2004 197
Tabelle III.10	Die nach Umsatz zehn größten deutschen Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen 2002 und 2004 198
Tabelle III.11	Die nach Bilanzsumme zehn größten deutschen Kreditinstitute 2002 und 2004 199
Tabelle III.12	Die nach Beitragseinnahmen zehn größten deutschen Versicherungsunternehmen 2002 und 2004 201
Tabelle III.13	Die Anteilseigner der hundert größten Unternehmen 2002 und 2004 nach Gruppen 205
Tabelle III.14	Aufschlüsselung der hundert größten Unternehmen 2002 und 2004 nach Arten der Beteiligungsverhältnisse 214
Tabelle III.15	Gesamtübersicht der Beteiligungen aus dem Kreis der „100 Größten“ in den Jahren 1996 bis 2004 215
Tabelle III.16	Kapitalverflechtungen aus dem Kreis der „100 Größten“ 2002 und 2004 216

	Seite
Tabelle III.17 Die personellen Verflechtungen zwischen den hundert größten Unternehmen 2002 und 2004	228
Tabelle III.18 Häufigkeit der personellen Verflechtungen zwischen den hundert größten Unternehmen über Mandatsträger in den Kontrollorganen 2002 und 2004	238
Tabelle III.19 Die personellen Verflechtungen zwischen den zehn größten Unternehmen 1970, 2002 und 2004 über Kontrollorgane	239
Tabelle III.20 Aufschlüsselung der Mandatsträger in den Kontrollorganen der hundert größten Unternehmen 2002 und 2004 nach Gruppen	240
Tabelle III.21 Die Verflechtungen zwischen den zwanzig größten Unternehmen 2002 und 2004 über Gemeinschaftsunternehmen	242
Tabelle III.22 Die Verflechtungen zwischen den Finanzdienstleistungsunternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ 2002 und 2004 über Gemeinschaftsunternehmen (GU)	246
Tabelle III.23 Die Beteiligung der „100 Größten“ an den dem Bundeskartellamt 2004 und 2005 angezeigten Zusammenschlüssen	249
Tabelle III.24 Häufigkeit der Beteiligungen der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ 2004 an Unternehmenszusammenschlüssen 2004/2005 nach Ranggruppen	253
Tabelle IV.1 Übersicht über die Anzahl der angezeigten vollzogenen Zusammenschlüsse und der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission	259
Tabelle IV.2 Übersicht über den Stand der Zusammenschlusskontrolle 2004 und 2005	260
Tabelle IV.3 Art des Zusammenschlusstatbestandes der beim Bundeskartellamt 2004 und 2005 angezeigten Unternehmenszusammenschlüsse	260
Tabelle IV.4 Marktanteile auf dem Entsorgungsmarkt um den Landkreis Köthen	275
Tabelle IV.5 Marktanteile auf dem Markt für Fruchtzubereitungen ..	277
Tabelle V.1 Senderabhängige und -unabhängige Produzenten	339
Tabelle V.2 Entwicklung des Werbeträgers Fernsehen	340
Tabelle V.3 Öffentlich-rechtliche und private Programmveranstalter	350
Tabelle V.4 Entwicklung der Digital-TV-Haushalte in Deutschland	363
Tabelle VI.1 Apothekendichte in den Bundesländern 2004	415
Tabelle VI.2 Freiverkäufliche Arzneimittel in Großbritannien, die in Deutschland apothekenpflichtig sind	417
Tabelle VI.3 Zuzahlung in Abhängigkeit vom Arzneimittelpreis	418
Tabelle VI.4 Rechtsrahmen für Honorare von Architekten und Ingenieuren in anderen europäischen Ländern	424

Vorwort

[1] Die Monopolkommission hat für dieses Hauptgutachten den Titel

Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!

gewählt. Sie trägt damit dem Umstand Rechnung, dass die Dienstleistungssektoren nach wie vor durch hohes Wachstum gekennzeichnet sind. So ist beispielsweise die Anzahl der zugelassenen Rechtsanwälte in Deutschland in nur fünf Jahren um über 30 Prozent gestiegen. Auch im Mediensektor zeichnen sich als Folge der Digitalisierung erhebliche Wachstumschancen ab. Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Dienstleistungssektoren ist von der Europäischen Gemeinschaft zum Anlass für weitreichende Vorschläge zur Öffnung der europäischen Dienstleistungsmärkte gemacht worden. Die Verabschiedung der Dienstleistungsrichtlinie trägt manchen Vorschlägen Rechnung. Nach Auffassung der Monopolkommission fällt in dieser Situation der staatlichen Wirtschaftspolitik die Aufgabe zu, mehr Wettbewerb in den Dienstleistungssektoren zu ermöglichen. Im Rahmen des Sechzehnten Hauptgutachtens wird daher im Fünften Kapitel für den Bereich der Medien und im Sechsten Kapitel für ausgewählte Freie Berufe untersucht, auf welche bestehenden Regulierungen im Interesse von Marktoffenheit und Wettbewerb verzichtet werden kann. Zu beiden Bereichen werden zahlreiche Liberalisierungsvorschläge unterbreitet.

[2] Das Sechzehnte Hauptgutachten enthält in einem Einleitungskapitel eine Erörterung aktueller Probleme der Wettbewerbspolitik. Als langfristig und regelmäßig fortzuschreibende Kapitel werden Untersuchungen zur Konzentration der Wirtschaft (Kapitel I bis III) sowie eine Analyse der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis (Kapitel IV) veröffentlicht. Die Kommission nimmt darüber hinaus in zwei Sonderkapiteln Stellung zu wettbewerbspolitischen Problemfeldern im Rundfunkbereich (Kapitel V) und im Bereich der Freien Berufe (Kapitel VI).

[3] Im Einleitungskapitel des Hauptgutachtens erörtert die Monopolkommission die Problematik der Verschwiegenheitspflicht nach § 46 Abs. 3 GWB im Zusammenhang mit den Sondergutachten zu Ministererlaubnisansuchen nach § 42 GWB. Des Weiteren behandelt sie die Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes¹, das die Grundlagen für die Regulierung der leitungsgebundenen Energiewirtschaft liefert. Darüber hinaus geht sie auf die ordnungspolitischen Fragen ein, die mit der Fortentwicklung der Internettelefonie (Voice over IP) verbunden sind. Das kürzlich beschlossene Flugsicherungsgesetz wird von der Monopolkommission kritisiert; sie gibt Empfehlungen zu der von der Bundesregierung beabsichtigten Teilprivatisierung der Deutschen Flugsicherung GmbH ab. Die anschließend dargestellte Problematik der medienrechtlichen Fusionskontrolle hat eine besondere öffentliche Aufmerksamkeit anlässlich des Zusammenschlussvorhabens der ProSiebenSAT.1-Gruppe und der Axel Springer AG erfahren. Das jüngste Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Handwerksordnung stellt das Erfordernis des Großen Befähigungsnachweises (Meisterzwang) als Voraussetzung zur selbständigen Gewerbeausübung grundsätzlich in Frage. Zum Abschluss des Einleitungskapitels berichtet die Kommission über den Stand der Konzentrationsstatistischen Erfassung von Unternehmensgruppen nach deutschem und europäischem Recht.

[4] Die ersten drei Kapitel des Hauptgutachtens enthalten eine Fortschreibung der Analyse der Unternehmenskonzentration aus den vergangenen Hauptgutachten. Kapitel I behandelt den Umfang, die Struktur und die wettbewerbspolitische Bedeutung von Beteiligungsnetzen, die zu einer zunehmenden Kontrolle und Gruppenbildung der deutschen Unternehmen führen. Kapitel II enthält die Ergebnisse der amtlichen Statistik zur Konzentration im Produzierenden Gewerbe sowie im Handel und Gastgewerbe. Für das Produzierende Gewerbe werden die Ergebnisse mit und ohne Einbezug der Gruppenbildung der Unternehmen einander gegenübergestellt. Kapitel III schreibt die Konzentration von Großunternehmen (aggregierte Konzentration) auf der Basis der Wertschöpfung der größten deutschen Konzerne bzw. der größten

¹ Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG), Artikel 1 des Zweiten Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970).

inländischen Konzernbereiche deutscher Unternehmen fort. In Kapitel IV würdigt die Monopolkommission wie bisher die Anwendung der Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht und zur Fusionskontrolle nach deutschem Recht sowie die Entscheidungspraxis zur europäischen Fusionskontrolle. Neben der amtlichen Entscheidungspraxis werden auch Gerichtsentscheidungen in die Betrachtung mit einbezogen, soweit sie im Sinne des gesetzlichen Auftrags für die Berichterstattung relevant sind.

Die ordnungspolitischen Probleme, die mit der dualen Rundfunkordnung in Deutschland und der Digitalisierung des Rundfunks verbunden sind, werden in Kapitel V dieses Hauptgutachtens erörtert. Mit den Regulierungen der Freien Berufe befasst sich die Monopolkommission in Kapitel VI des Gutachtens. Die Vielzahl der Freien Berufe und das breite Spektrum der jeweils bestehenden Regulierungsintensität in diesen Berufen machten eine Beschränkung erforderlich: Die Monopolkommission hat für ihre Untersuchung die Rechtsanwälte, die Apotheker sowie die Ingenieure und Architekten ausgewählt.

[5] Im statistischen Anlagenband dieses Hauptgutachtens werden die den Untersuchungen der Monopolkommission zugrunde liegenden empirischen Ergebnisse zur Konzentration in der Wirtschaft in Form von tabellarischen Übersichten dargestellt. Die vom Statistischen Bundesamt aufbereiteten Daten zur Unternehmenskonzentration im Produzierenden Gewerbe, Handel und Gastgewerbe werden in einem ausführlichen Tabellenteil dokumentiert.

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

Der Präsident des Bundeskartellamtes, Herr Dr. Ulf Böge, der Vizepräsident, Herr Dr. Peter Klocker, sowie die zuständigen Beamten, insbesondere die Leiter der Beschlussabteilungen und der Grundsatzabteilung, haben zu den Vorarbeiten maßgeblich beigetragen. Sie haben der Monopolkommission und ihren wissenschaftlichen Mitarbeitern in gemeinsamen Sitzungen und zahlreichen Einzelgesprächen Gelegenheit zur Erörterung der Entscheidungspraxis wie auch allgemeiner wettbewerbspolitischer Fragestellungen gegeben. Das Statistische Bundesamt hat unter der Leitung seines Präsidenten Herrn Johann Hahlen im Rahmen der am 1. Januar 2001 in Kraft getretenen novellierten Fassung von § 47 Abs. 1 GWB zum konzentrationsstatistischen Untersuchungsprogramm der Monopolkommission beigetragen. Neben dem Statistischen Bundesamt arbeiten die Statistischen Ämter der Länder mit der Monopolkommission in einer zum Einbezug von Unternehmensgruppen in die deutsche amtliche Wirtschaftsstatistik gebildeten Arbeitsgruppe eng zusammen.

[7] Das Statistische Amt der Europäischen Gemeinschaften in Luxemburg (Eurostat) hat die enge Zusammenarbeit mit der Monopolkommission fortgesetzt. Im Anschluss an ein zuvor gefördertes Projekt wurde die Geschäftsstelle der Monopolkommission mit einem Gutachten über konzeptionelle, empirische und datentechnische Fragen zur Erfassung multinationaler Unternehmensgruppen beauftragt. Das Gutachten diente als eine fachliche Grundlage für die von der Europäischen Union eingeleitete obligatorische Erfassung von Unternehmensgruppen durch die nationalen statistischen Ämter. Bei der Erstellung der empirischen Datenbasis für die konzentrationsstatistischen Analysen nach Unternehmensgruppen haben die größten deutschen Anbieter von Wirtschafts- und Unternehmensdatenbanken der Monopolkommission die erforderlichen Informationen unter großzügigen Bedingungen zugänglich gemacht:

- Verband der Vereine Creditreform e.V., Neuss,
- Hoppenstedt Firmeninformationen GmbH sowie D&B Deutschland GmbH, Darmstadt,
- BUREAU VAN DIJK Electronic Publishing GmbH, Frankfurt am Main,
- Trade Dimensions GmbH, Frankfurt/M.,
- Heins + Partner GmbH, Bielefeld.

Herr Dr. Jens Kammerath hat – wie bereits für vorangehende Gutachten – für die Untersuchungen in diesem Gutachten eine nahezu vollständige Datenbank über vernetzte und kontrollierte deutsche Unternehmen aufgebaut und die Gruppenbildung deutscher Unternehmen analysiert. Herr Dimitre Stankov hat die mit den 30 größten im DAX zusammengefaßten Unternehmen sowie die mit diesen verbundenen rund 40 000 verbundenen Unternehmen im Rahmen einer Matrixanalyse besonders untersucht und die Ergebnisse der Monopolkommission zur Verfügung gestellt.

[8] Die Unternehmen aus dem Berichtskreis der Untersuchungen zur aggregierten Konzentration stellten mit teilweise erheblichem Aufwand Jahresabschlussdaten für ihre inländischen Konzernteile zusammen. Die Grafiken zum Netzwerk der gegenseitigen Beteiligungen der „100 Größen“ in Kapitel III wurden von Herrn Dr. Lothar Krempel, Mitarbeiter des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung, Köln, auf der Grundlage der von der Monopolkommission ermittelten Daten erstellt. Der Deutsche Gewerkschaftsbund lieferte Angaben über die Mitgliedschaft von Gewerkschaftsvertretern in den Aufsichtsräten der Großunternehmen.

[9] In mehreren nichtöffentlichen Anhörungen hat die Monopolkommission mit externen Sachverständigen Fragen des digitalen Rundfunks und der Freien Berufe erörtert.

Am 9. März 2005 fand eine Anhörung zur Zukunft des digitalen Rundfunks statt. Die Teilnehmer waren:

- Dr. Franz Arnold (Arnold Consulting; Deutscher Kabelverband e.V.),
- Nicole Agudo y Berbel (Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation e.V.),
- Heinz-Jürgen Bien (Fachverband für Rundfunkempfangs- und Kabelanlagen),
- Dr. Peter Charissé (ANGA Verband Privater Kabelnetzbetreiber e.V.),
- Sabine Christmann (Premiere Fernsehen GmbH & Co. KG),
- Reiner Dienlin (ish NRW GmbH),
- Wolfgang Elsässer (ASTRA-Marketing GmbH),
- Kai Flatau (ASTRA-Marketing GmbH),
- Dr. Ralf Heublein (Deutscher Kabelverband e.V.),
- Viktor Janik (iesy Hessen GmbH),
- Rüttger Keienburg (Deutscher Kabelverband e.V.),
- Rüdiger Klein (Fachverband für Rundfunkempfangs- und Kabelanlagen),
- Markus Runde (VG Media),
- Dr. Annette Schumacher (Kabel Deutschland GmbH),
- Dr. Helmut Stein (Deutsche TV-Plattform e.V.).

Am 17. Mai 2005 fand eine zweite Anhörung zum gleichen Themenschwerpunkt statt. Die Teilnehmer waren:

- Bruno Krüger (Zweites Deutsches Fernsehen, 3 SAT und ARTE),
- Katja Pichler (Konzernsprecherin ProSieben Sat.1 Media AG),
- Michael Albrecht (Programmdirektor Erstes Deutsches Fernsehen),
- Prof. Dr. Karola Wille (Juristische Direktorin des Mitteldeutschen Rundfunks),
- Klaus Merkel (Institut für Rundfunktechnik),
- Prof. Dr. Hans-Henning Arnold (RTL Television, RTL NEWMEDIA, Rechtsabteilung).

Am 15. Dezember 2004 fand eine Anhörung zum Thema Freie Berufe statt. Die Teilnehmer waren:

- Herbert Barton (Bund Deutscher Baumeister, Architekten und Ingenieure),
- Wolfgang Eichele, LL.M. (Bundesrechtsanwaltskammer),
- Dr. Wolfgang Ewer (Bundesverband der Freien Berufe),
- Kai Haake (Bundesverband Deutscher Unternehmensberater),
- Dr. Fritz-Eckard Kempter (Bundesverband der Freien Berufe),
- Hartmut Kilger (Deutscher Anwaltverein),
- Thomas Maibaum (Bundesarchitektenkammer),
- Dr. Dierk Mattik (Deutscher Anwaltverein),
- Thomas Noebel (Bundesingenieurkammer),
- Till Novotny (panlogos GmbH),
- Attila Szabó (Berufsverband Deutscher Psychologinnen und Psychologen, Sektion Freiberufliche Psychologen),
- Lutz Tisch (Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände),
- Armin Traute (Berufsverband Deutscher Psychologinnen und Psychologen, Sektion Freiberufliche Psychologen),
- Heinz Weil (Bundesrechtsanwaltskammer),
- Ulrich Welter (Verband Unabhängig Beratender Ingenieure),
- Dr. Norbert Westenberger (Bundesrechtsanwaltskammer),
- Karsten Zill (Bundesingenieurkammer).

Am 12. Januar 2005 fand eine zweite Anhörung zum Thema Freie Berufe statt. Die Teilnehmer waren:

- Herbert Barton (Bund Deutscher Baumeister, Architekten und Ingenieure),
- Patrick von Braunmühl (Verbraucherzentrale Bundesverband vzbv),
- Bernd Düsterdiek (Deutscher Städte- und Gemeindebund),
- Barbara Meißner (Deutscher Städtetag),
- Hildegard Reppelmund (Deutscher Industrie- und Handelskammertag),
- Ulrich Welter (Verband Unabhängig Beratender Ingenieure).

[10] Zur Vorbereitung ihrer Untersuchungen hat die Monopolkommission mehrere wissenschaftliche Gutachten eingeholt:²

- Prof. Dr. Christoph Engel: Voice over IP - Wettbewerbspolitik und Marktrecht,
- Prof. Dr. Ulrich Ehricke LL.M., M.A.: Gutachten über die Vereinbarkeit der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der Bundesrepublik Deutschland mit dem EG-Beihilfenrecht.

Die Ergebnisse der Gutachten wurden mit den betreffenden Wissenschaftlern erörtert und stellen einen wichtigen Beitrag zur Meinungsbildung der Monopolkommission dar.

[11] Seit Fertigstellung des Fünfzehnten Hauptgutachtens Mitte 2004 hat die Monopolkommission folgende Sondergutachten veröffentlicht:

- Sondergutachten 43, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen (Sondergutachten gemäß § 121 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz),

² Eine Zusammenstellung aller Veröffentlichungen von im Auftrag der Monopolkommission erstellten Gutachten ist im Anhang dieses Gutachtens (Teil C) aufgeführt.

- Sondergutachten 44, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien (Sondergutachten gemäß § 44 Postgesetz in Verbindung mit § 81 Telekommunikationsgesetz a. F.),
- Sondergutachten 45, Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit dem Landkreis Rhön-Grabfeld (Sondergutachten gemäß § 42 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen).

[12] Der Umfang der Berichtspflicht der Monopolkommission ist in letzter Zeit durch neue gesetzliche Vorschriften ganz erheblich über die ursprünglich nur im GWB enthaltene Aufgabenzuweisung ausgedehnt worden. Erstmals war der gesetzliche Auftrag nach § 44 GWB erweitert worden durch die Regelungen in § 81 TKG a.F.³ (inzwischen ersetzt durch § 121 Abs. 2 TKG⁴) und § 44 PostG⁵, wonach regelmäßig alle zwei Jahre ein Sondergutachten der Monopolkommission zu den Wettbewerbsverhältnissen sowie zu den (gegebenenfalls fortbestehenden) Regulierungserfordernissen auf den Märkten der Telekommunikation und des Postwesens zu erstatten war. Nach Maßgabe dieser Vorschriften hat die Monopolkommission seit Ende 1999 den gesetzgebenden Körperschaften viermal Sondergutachten vorgelegt, zu denen die Bundesregierung obligatorisch Stellung genommen hat.

Mit der Novellierung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG)⁶ wird der Monopolkommission in § 36 AEG ein weiterer Untersuchungsauftrag erteilt. In Anlehnung an § 44 PostG soll die Monopolkommission alle zwei Jahre Stand und absehbare Entwicklung des Wettbewerbs untersuchen und beurteilen, ob ein wirksamer und unverfälschter Wettbewerb im Sinne des § 1 AEG besteht; außerdem soll sie die Anwendung der Vorschriften des Eisenbahnrechts würdigen und zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Eisenbahnen Stellung nehmen. Das Gesetz führt allerdings nicht aus, ob die Bundesregierung oder die gesetzgebenden Körperschaften Adressaten der Sondergutachten sind; außerdem verlangt es keine Stellungnahme zum Gutachtenergebnis von Seiten der Bundesregierung.

Das Energiewirtschaftsgesetz beauftragt in seiner seit Mitte 2005 geltenden Fassung⁷ die Monopolkommission ebenfalls, alle zwei Jahre ein Sondergutachten zu erstatten. § 62 Abs. 1 EnWG sieht vor, dass die Kommission Stand und absehbare Entwicklung des Wettbewerbs untersucht und die Frage beurteilt, ob auf den Märkten der leistungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität und Gas in der Bundesrepublik Deutschland funktionsfähiger Wettbewerb besteht; außerdem hat sie die Anwendung der Vorschriften des EnWG zur Regulierung und Wettbewerbsaufsicht zu würdigen sowie zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen der leistungsgebundenen Energiewirtschaft Stellung zu nehmen. § 62 Abs. 2 sieht die Zuleitung des Gutachtens an die Bundesregierung vor, die ihrerseits die Vorlage an die gesetzgebenden Körperschaften vorzunehmen hat und in angemessener Frist Stellung nehmen muss. Nach den Vorstellungen der Bundesregierung, die in ihrer Gesetzesbegründung enthalten, aber nicht in das Gesetz aufgenommen worden sind, soll die Monopolkommission auch beurteilen, ob und in welchem Umfang es Behinderungen des Vorrangs erneuerbarer Energien gegeben hat und wie diese zukünftig vermieden werden können.⁸

Die gesetzlichen Vorschriften, welche die Begutachtung der fünf Wirtschaftsbereiche (Telekommunikation, Post, Eisenbahn, Elektrizität, Gas) durch die Monopolkommission regeln, sehen sämtlich vor, dass die jeweiligen Sondergutachten in dem Jahr abgeschlossen werden sollen, in dem kein Hauptgutachten nach § 44 GWB vorgelegt wird, mithin also im Jahre 2007. Damit kommen erhebliche organisatorische

³ Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 25. Juli 1996 (BGBl. I S. 1120).

⁴ Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190).

⁵ Postgesetz (PostG) vom 22. Dezember 1997 (BGBl. I S. 3294).

⁶ Drittes Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 27. April 2005 (BGBl. I S. 1138).

⁷ Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG), Artikel 1 des Zweiten Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970).

⁸ Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts, Bundestagsdrucksache 15/3917 vom 14. Oktober 2004, S. 710, li. Sp.

Probleme auf die Monopolkommission und ihre Geschäftsstelle bei der Bewältigung der ihr gestellten Aufgaben zu.

[13] Am 5. November 2004 hat die Monopolkommission anlässlich ihres dreißigjährigen Bestehens ein wissenschaftliches Colloquium in der Humboldt-Universität zu Berlin veranstaltet. Hauptredner und Themen der Veranstaltung waren:⁹

- Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst-Joachim Mestmäcker, Die Interdependenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik,
- Prof. Lars-Hendrik Röller, Ph. D., Wettbewerbspolitik aus ökonomischer Sicht,
- Prof. Dr. Josef Drexler, LL.M., Wege zu einer internationalen Wettbewerbspolitik,
- Prof. Dietmar Harhoff, Ph.D., Innovationen und Wettbewerbspolitik.

[14] Für den neuen Berichtszeitraum wird sich eine Veränderung bei der Zusammensetzung der Monopolkommission ergeben. Das Kommissionsmitglied Martin Hellwig scheidet mit Ablauf seiner zweiten Amtsperiode am 30. Juni 2006 aus. Die Vorbereitungen zur Berufung eines Nachfolgers sind derzeit noch nicht abgeschlossen. Es ist beabsichtigt, das Kommissionsmitglied Peter-Michael Preusker, dessen Amtszeit ebenfalls am 30. Juni 2006 endet, für eine weitere Amtsperiode wiederzuberufen. Die Amtszeit der Kommissionsmitglieder Katharina Trebitsch, Jörn Aldag und Jürgen Basedow endet am 30. Juni 2008.

[15] Die Vorarbeiten zu diesem Hauptgutachten wurden von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Monopolkommission geleistet. Dem wissenschaftlichen Stab gehörten im Berichtszeitraum Herr Dr. Horst Greiffenberg als Generalsekretär sowie Frau Dr. Lieselotte Locher, Frau Dr. Juliane Scholl, Frau Sabine Streb, Herr Dr. Andreas Arndt, Herr Dr. Rainer Feuerstack, Herr Dr. Igor Goncharov, Herr Dr. Klaus Holthoff-Frank, Herr Felix Reinshagen und in der Schlussphase Herr Dr. Oliver Raschka an. An der Erstellung des Gutachtens haben außerdem Frau Marie-Luise Grans, Frau Roswitha Möller, Frau Elke Windscheidt und Herr Henrik Abram mitgewirkt. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten für die geleistete Arbeit, die insbesondere in der Schlussphase des Gutachtens weit über die Erfüllung der Dienstpflichten hinausgegangen ist.

Bonn, den 30. Juni 2006

J. Basedow

J. Aldag

M. Hellwig

P.-M. Preusker

K. Trebitsch

⁹ Der Tagungsband mit der Wiedergabe der Vorträge und Diskussionen ist im Nomos-Verlag unter dem Titel „Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik“ erschienen.

Kurzfassung

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

Zur Sachverhaltsermittlung der Monopolkommission im Ministererlaubnisverfahren

1.* Die Monopolkommission ist von Antragstellern in Ministererlaubnisverfahren kritisiert worden, weil sie ihren Gesprächspartnern in mündlichen Anhörungen oder schriftlichen Befragungen Vertraulichkeit zusichert und wahr und ihre Sachverhaltsdarstellung gleichwohl auch auf derart gewonnene Äußerungen stützt. Die Monopolkommission hält diese Kritik für überzogen. Sie verfügt – anders als der Bundeswirtschaftsminister – nicht über sanktionsbewehrte Befugnisse zur Beweiserhebung und ist daher auf die freiwilligen Mitteilungen der von ihr Befragten angewiesen. Der Gesetzgeber trägt dem Rechnung, indem er den Mitgliedern und Mitarbeitern der Monopolkommission eine Verschwiegenheitspflicht für vertraulich gegebenen Informationen auferlegt. Die Antragsteller haben die Möglichkeit, Einwände gegen die in den Sondergutachten dargestellten Sachverhalte und vorgebrachten Meinungen vorzubringen. Der Bundeswirtschaftsminister kann dies im Rahmen seiner Ermittlungsbefugnisse hinterfragen und sich ein eigenes Urteil bilden.

Wettbewerb und Regulierung in der Energiewirtschaft: Zur Reform des Energiewirtschaftsgesetzes

2.* Am 7. Juli 2005 ist das Zweite Gesetz zur Neuordnung des Energiewirtschaftsgesetzes in Kraft getreten, dessen Kern das grundsätzlich überarbeitete und erheblich ausgeweitete Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung bildet. Die wesentlichen materiellen Neuordnungen des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) betreffen die Umsetzung der Unbundling-Vorgaben der europäischen Elektrizitäts- und Gasrichtlinie sowie die Einführung des regulierten Netzzugangs in der Energiewirtschaft. Die Zuständigkeit für die Regulierungsaufsicht über die Netze in der Strom- und Gaswirtschaft wurde der Bundesnetzagentur übertragen.

3.* Die Einführung einer sektorspezifischen Regulierung im Bereich der leitungsgebundenen Energiewirtschaft wird von der Monopolkommission grundsätzlich begrüßt. Sie hat bereits in der Vergangenheit darauf hingewiesen, dass die stagnierende Wettbewerbsentwicklung in der Strom- und Gaswirtschaft maßgeblich auf den in vielerlei Hinsicht mangelhaften energiewirtschaftlichen Regulierungsrahmen zurückzuführen ist, und die Einführung einer Ex-ante-Preisregulierung für die Leitungsnetze in der Strom- und Gaswirtschaft empfohlen. Nach Auffassung der Monopolkommission hat sich das Modell des verhandelten Netzzugangs in Verbindung mit der Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt als un-

zureichend erwiesen, der mit den Netzmonopolen verbundenen Preishöhen- und Diskriminierungsproblematik angemessen Rechnung zu tragen.

4.* Mit der Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes wird auch in Deutschland der Übergang vom verhandelten zum regulierten Netzzugang vollzogen. Durch Einführung einer Ex-ante-Kontrolle der Netzentgelte verbessern sich nach Einschätzung der Monopolkommission im Grundsatz die regulatorischen Rahmenbedingungen für den Durchleitungswettbewerb in der Strom- und Gaswirtschaft. Inwiefern aber angesichts der auch erheblichen Schwächen des neuen energiewirtschaftlichen Regulierungsrahmens die Voraussetzungen für einen diskriminierungsfreien und wettbewerblich funktionsfähigen Durchleitungswettbewerb geschaffen werden, bleibt nach Ansicht der Monopolkommission abzuwarten.

5.* Problematisch im Hinblick auf eine wirkungsvolle Regulierung der Netzentgelte sind insbesondere die unklaren und zum Teil widersprüchlichen gesetzlichen Maßstäbe des Energiewirtschaftsgesetzes sowie der zugehörigen Rechtsverordnungen für die Kalkulation der Netzentgelte. Kosten- und anreizorientierte Entgeltmaßstäbe werden in § 21 EnWG unvermittelt nebeneinander gestellt, ohne dass aus dem Gesetzestext hinreichend klar hervorgeht, in welchem Verhältnis diese Maßstäbe zueinander stehen. Die damit verbundenen Rechtsunsicherheiten werden aller Erfahrung nach erst langwierig auf gerichtlichem Wege beseitigt werden können und ähnlich wie im Bereich der Telekommunikation oder der Post ein erhebliches Hindernis für die Wettbewerbsentwicklung darstellen.

6.* Für weiterhin unzureichend hält die Monopolkommission die Wettbewerbsaufsicht über die Stromgroßhandels- und Regelenenergiemärkte. Die Notwendigkeit für eine spezielle Wettbewerbsaufsicht über die Stromgroßhandels- und Regelenenergiemärkte ergibt sich aus der besonderen Anfälligkeit dieser Märkte für preisbeeinflussende Angebotsstrategien marktmächtiger Erzeugungsunternehmen. Mit den Instrumenten des allgemeinen Wettbewerbsrechts sind Marktmanipulationen durch Erzeugungsunternehmen auf den Stromgroßhandelsmärkten jedenfalls nicht in den Griff zu bekommen, da preisbeeinflussende Marktmacht auf den Stromgroßhandelsmärkten schon bei Marktanteilen vorliegen kann, die weit unterhalb der Vermutungsschwellen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für eine marktbeherrschende Stellung liegen. Eine spezielle Eingriffsnorm, die es der Bundesnetzagentur ermöglichen würde, bei Verdacht auf Marktmanipulationen das Verhalten der betroffenen Marktteilnehmer zu untersuchen und gegebenenfalls zu ahnden, ist im Energiewirtschaftsgesetz nicht enthalten. Dies ist ein angesichts der großen Bedeutung dieser Märkte und der

internationalen Erfahrung mit ihrer Manipulationsanfälligkeit unverständliches Versäumnis des deutschen Gesetzgebers.

7.* Erhebliche Mängel weist der neue energiewirtschaftliche Regulierungsrahmen auch im Hinblick auf die Ausgestaltung des Netzzugangs im Gasbereich auf. Zwar wird grundsätzlich der Übergang zu einem transaktions- und entfernungsunabhängigen Netzzugangsmodell vollzogen, eine Verpflichtung zur netzeigentumsübergreifenden Ausdehnung des Entry-Exit-Modells enthält das Energiewirtschaftsgesetz jedoch nicht. Die kaum justiziablen Verpflichtungen der Gasnetzbetreiber, alle Kooperationsmöglichkeiten mit anderen Netzbetreibern auszuschöpfen, um die Zahl der Netze oder Teilnetze sowie die Bilanzonen möglichst gering zu halten, ist nach Ansicht der Monopolkommission kaum geeignet, in kurzer Frist ein wettbewerbs- und massengeschäftstaugliches Netzzugangsmodell für den Gassektor zu etablieren.

8.* Schließlich wird sich nach Auffassung der Monopolkommission auch die Ausnahme der Ferngasnetze von der Kostenregulierung als problematisch für die Funktionsfähigkeit des Durchleitungswettbewerbs im Gasbereich erweisen. Die Annahme, dass im Bereich der Gasfernleitungsnetze funktionsfähiger aktueller oder potentieller Leitungswettbewerb herrscht, der eine sektorspezifische Kostenregulierung überflüssig macht, entbehrt nach Ansicht der Monopolkommission jeder Grundlage. Gasfernleitungsnetze sind ökonomisch aufgrund von erheblichen Größenvorteilen und versunkenen Kosten als nicht angreifbare natürliche Monopole zu charakterisieren. Potentieller Leitungswettbewerb kann daher keine disziplinierende Wirkung auf das Marktverhalten monopolistischer Ferngasnetzbetreiber ausüben. Der Aufbau eines zum bestehenden Leitungsnetz der übrigen Ferngasgesellschaften teilweise parallelen Leitungsnetzes durch die Wingas belegt nicht die These, dass im Gasfernleitungsbereich keine strukturellen Markteintrittsbarrieren bestehen. Der Aufbau einer Transportinfrastruktur durch die BASF-Tochter Wingas diene nicht dazu, anderen Ferngasgesellschaften Konkurrenz um Transportkunden zu machen, sondern konzerninternen Versorgungsinteressen der BASF. Abgesehen vom Fall der Wingas hat es in Deutschland seit der Liberalisierung der Gasmärkte keinen signifikanten parallelen Leitungsbau mehr gegeben. Auch der Stichleitungsbau stellt nur eine Randerscheinung dar. Um zu verhindern, dass der Durchleitungswettbewerb auf der Ebene der Gasfernleitungsnetze auch in Zukunft durch monopolistisch überhöhte Netzentgelte behindert wird, spricht sich die Monopolkommission deshalb dafür aus, bei der Anwendung des § 3 Abs. 2 Satz 2 GasNEV strenge Prüfungsmaßstäbe anzulegen.

Voice over IP und Regulierung

9.* Voice over Internet Protocol (Voice over IP, VoIP) gilt einerseits als Dienst mit einem erheblichen Wettbewerbspotential, der die Einführung neuer und innovativer Dienste stimulieren und die Kosten für Betreiber und Nutzer senken kann. Andererseits ist VoIP aber auch eine Bedrohung für die traditionellen Anbieter von Sprach-

kommunikation, weil damit Verbindungsvolumen aus dem herkömmlichen Netz abwandert und die damit generierten Erträge gefährdet werden. Es wird nicht zuletzt von den Rahmenbedingungen abhängen, ob die Internettelefonie herkömmliche Festnetztelefonie ersetzen oder lediglich ergänzen wird. Die Monopolkommission greift daher die laufende ökonomische und rechtliche Diskussion auf und entwickelt erste Empfehlungen für die regulatorische Behandlung von VoIP.

Auch wenn VoIP kein gänzlich neuer Dienst ist, befindet er sich weiterhin in der Phase der Entwicklung. Gegenwärtig ist nicht absehbar, ob und welche Geschäftsmodelle nachhaltig existenzfähig sind. In dieser Situation spricht sich die Monopolkommission, wie die EU-Kommission und die Bundesnetzagentur, für eine zurückhaltende Regulierung von VoIP aus. Gleichwohl gibt es wettbewerbspolitische Probleme auf verschiedenen Ebenen.

10.* VoIP-Dienste können nur von Nutzern in Anspruch genommen werden, die über einen Breitbandanschluss für den schnellen Internetzugang verfügen. Breitbandanschlüsse auf der Grundlage der digitalen Anschlussleitung DSL werden in Deutschland gegenwärtig allerdings nur gekoppelt mit einem herkömmlichen Analog- oder ISDN-Anschluss angeboten. Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass es für die Erfolgsmöglichkeiten von VoIP maßgeblich darauf ankommt, dass die Nachfrager DSL-Anschlüsse entkoppelt nachfragen können. Ob eine solche Entkoppelung regulatorisch erzwungen werden kann, ist offen. Die Voraussetzung dafür ist, dass die bisherige Praxis der Koppelung missbräuchlich im Sinne des Telekommunikationsgesetzes (TKG) oder des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist.

Wettbewerber können DSL-Anschlüsse bisher nur auf der Grundlage eigener Infrastrukturen oder der gemieteten Teilnehmeranschlussleitung isoliert von herkömmlichen Telefonanschlüssen anbieten. Eine Alternative dazu ist der so genannte Bitstrom-Zugang. Die Deutsche Telekom AG (DTAG) verfügt auf dem für das Angebot von VoIP-Dienste wesentlichen Vorleistungsmarkt für den IP-basierten Bitstrom-Zugang nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur über beträchtliche Marktmacht. Sie soll dazu verpflichtet werden, anderen Unternehmen den Bitstrom-Zugang diskriminierungsfrei zu gewähren. Die Entgelte für diese Vorleistung sollen der Genehmigungspflicht unterliegen. Die Monopolkommission begrüßt dies. Um zu vermeiden, dass es bei der Regulierung der Entgelte zu Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der infrastrukturbasierten Anbieter herkömmlicher Festnetztelefonie kommt, sollten die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für den Bitstrom-Zugang auch die Kosten für das Zugangsnetz beinhalten.

11.* Für Anbieter von VoIP, die ein echtes Substitut zur herkömmlichen Telefonie anbieten wollen, ist die Zusammenschaltung mit dem leitungsvermittelten Netz unverzichtbar. Ob und unter welchen Bedingungen VoIP-Anbieter Anspruch auf Zusammenschaltung haben, ist rechtlich nicht eindeutig. Die Monopolkommission spricht sich für eine Strategie der Reziprozität aus. Wer

Zusammenschaltung in Anspruch nimmt, sollte auch selbst zur Zusammenschaltung bereit sein. Reziprozität sollte auch für die Bedingungen der Zusammenschaltung gelten. Bei der Terminierung von Gesprächen aus dem leitungsvermittelten Netz in das Internet dürften an sich keine Terminierungsentgelte anfallen. Umgekehrt müssen die VoIP-Anbieter für die Terminierung von Gesprächen in das leitungsvermittelte Netz Terminierungsentgelte zahlen. In der Phase des Nebeneinanders von paket- und leitungsvermittelter Telefonie ginge das zu Lasten von VoIP und ist nach Auffassung der Monopolkommission zu vermeiden.

12.* Die Monopolkommission teilt die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass VoIP-Dienste, die den Zugang zu dem leitungsvermittelten Telefonnetz zulassen, letztlich ein Substitut für herkömmliche Festnetztelefonie sind und insoweit den Märkten für öffentliche In- und Auslandsverbindungen an festen Standorten zuzurechnen sind. Die Regulierungsbehörde plant, die Entgelte für Inlandsverbindungen einschließlich der Entgelte für VoIP-Verbindungen der nachträglichen Regulierung zu unterstellen. Da nicht auszuschließen ist, dass die DTAG ihre weiterhin überragende Marktstellung im Festnetz auf das Marktsegment der VoIP-Dienste überträgt, soll die DTAG ihre Entgelte der Regulierungsbehörde darüber hinaus zwei Monate vor Inkrafttreten anzeigen.

13.* Die Monopolkommission ist wie die Bundesregierung und die Bundesnetzagentur der Auffassung, dass die Verpflichtung zur Bereitstellung der Notrufnummer nicht zu einer Marktzutrittsbarriere für VoIP werden darf. Gleichzeitig bleibt die Möglichkeit, unentgeltliche Notrufe mittels der einheitlichen europäischen Notrufnummer 112 auch im Rahmen der öffentlich zugänglichen Internettelefonie abzusetzen, unverzichtbar. Soweit es technisch noch nicht möglich ist, dass Notrufe im Rahmen von nomadisch genutztem VoIP zugleich Informationen zum Standort des Anrufers übermitteln, sollte darauf verzichtet werden.

Die Privatisierung der Flugsicherung

14.* Am 7. April 2006 beschloss der Bundestag mit großer Mehrheit das Flugsicherungsgesetz (FSG), das eine Kapitalprivatisierung der Deutschen Flugsicherung GmbH (DFS) ermöglicht. Bislang wird der Luftverkehr über dem deutschen Raum von der bundeseigenen DFS koordiniert, so dass sie mit ihrem exklusiven Verfügungsrecht einem staatlichen Gebietsmonopolisten entspricht. Vor dem Hintergrund der Single-European-Sky(SES)-Initiative der Europäischen Union, welche langfristig die Schaffung eines einheitlichen europäischen Luftraums zum Ziel hat, soll die DFS nun mit der Kapitalprivatisierung die Möglichkeit erhalten, sich auf den Wettbewerb um Flugsicherungsdienste vorzubereiten. Insgesamt sollen 74,9 Prozent der Anteile an private Unternehmen veräußert werden können. Der restliche Anteil von 25,1 Prozent soll im Besitz des Bundes bleiben. Während in Zukunft eine Übernahme der operativen Aufgaben der Flugsicherung durch private Unternehmen vorgesehen ist, wird die Kontrolle dieser Tätigkeiten und die Regulierung

der Gebühren von dem neu zu bildenden Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung (BAF) wahrgenommen. Mit Schaffung des BAF zum 1. Juli 2006 und mit Inkrafttreten des FSG zum 1. Januar 2007 kann durch die Aufsichtsbehörde die Beleihung Privater mit Aufgaben der Flugsicherung erfolgen.

15.* Die Monopolkommission sieht die materielle Teilprivatisierung der Flugsicherung kritisch. Die Monopolkommission bezweifelt, dass der unternehmensinterne Steuerungsmechanismus und das (in dieser Form) beschlossene FSG ausreichen, um die Qualität einer privatisierten Flugsicherung garantieren zu können. Eine nicht hinreichende Durchsetzung und eine damit einhergehende mögliche Vernachlässigung von Sicherheits- und Qualitätsvorschriften, bedingt durch Kostensenkungen und ausbleibende Investitionen aufgrund des Gewinnstrebens privatwirtschaftlicher Akteure, hätten gravierende Folgen und sind daher unbedingt zu vermeiden. Die Monopolkommission weist ausdrücklich darauf hin, dass die Erbringung von Flugsicherungsdiensten eine hoheitliche Aufgabe darstellt, bei der polizeiliche Funktionen wahrgenommen werden. Die Flugsicherung ist eine im öffentlichen Interesse liegende Dienstleistung, durch die sowohl die Nutzer des Luftverkehrs als auch die durch den Überflug von Luftverkehrsfahrzeugen betroffene Bevölkerung geschützt wird. Sie dient der Sicherheitsgewährleistung im Luftraum und stellt damit auch ein unverzichtbares Element für die Einsatzbereitschaft und Funktionsfähigkeit der Bundeswehr dar. Die Monopolkommission sieht daher die Notwendigkeit, die Umsetzung der Privatisierung der DFS entsprechend dem Stellenwert der Flugsicherung als „Luftverkehrspolizei“ vorzunehmen.

16.* Nach Ansicht der Monopolkommission ist es nur möglich, eine hinreichende Aufsicht und Kontrolle über einen beliebigen Träger auszuüben, wenn der Staat außer durch die neu zu gründende Aufsichtsbehörde auch als Gesellschafter über ein wirkungsvolles Einspruchsrecht verfügt. Der Bund bleibt nach der Kapitalprivatisierung nur noch mit 25,1 Prozent der Anteile an der DFS beteiligt, so dass nicht von einer hinreichenden Einwirkungsmöglichkeit gesprochen werden kann. Der Einfluss des Bundes beschränkt sich mit der Minderheitsbeteiligung im Wesentlichen auf die Verhinderung einer möglichen Änderung des Gesellschaftszwecks einer privatisierten DFS. Zwar verfügt der Bund im Rahmen der Beleihung über bestimmte Sanktionsmechanismen bei einer nicht vertragsgemäßen Aufgabenerfüllung des Beliehenen, diese können aber, wenn überhaupt, nur mit einer erheblichen Zeitverzögerung angewendet werden. In letzter Konsequenz kann die Rückübertragung der Geschäftsanteile auf den Bund angeordnet werden, wenn eine erhebliche Pflichtverletzung auftritt. Ob dieses Drohpotential ausreicht, um eine privatisierte DFS zu disziplinieren, ist fraglich, da der Bund im Falle einer tatsächlichen Rückübertragung vor dem Problem steht, die Leistung entweder selbst oder von einem anderen Flugsicherungsunternehmen erbringen zu lassen. Die erste Möglichkeit ist mit erheblichen Personal- und Durchgriffskosten verbunden, selbst wenn die Bundeswehr die Aufgabe der zivilen

Flugsicherung übernimmt. Bei der zweiten Möglichkeit steht man dagegen vor dem Problem, dass keine Wettbewerber im deutschen Luftraum existieren, die die Aufgabe übernehmen könnten. In jedem Fall kann eine vorübergehende Gefährdung der Luftraumnutzer und der Bevölkerung nicht ausgeschlossen werden.

17.* Weiterhin ergeben sich gerade durch die Schaffung und Besetzung sowie den erweiterten Aufgabenbereich des BAF und die nicht absehbare Entwicklung der Flugsicherung auf europäischer Ebene Probleme und Risiken bei der Umsetzung der Privatisierung. Hinsichtlich des politisch gewollten Zeitplans der Privatisierung ist es fraglich, ob eine verzögerungsfreie und komplikationslose Aufnahme der Tätigkeiten gewährleistet werden kann, da für die Umsetzung des Privatisierungsvorhabens umfangreiche Vorarbeiten erforderlich sind. Das BAF muss neu geschaffen und besetzt werden, es muss die Beleihung Dritter mit ATM-Diensten durchführen und die DFS zertifizieren, eine zielgerechte Anreizregulierung entwerfen und letztlich einen diskriminierungsfreien Zugang zur ATM-Technik für andere ATM-Dienstleister, z. B. an Regionalflughäfen, durchsetzen. Die an das BAF gestellten Anforderungen sind zweifelsohne hoch. Eine ausreichende Vorbereitung der Nutzer der Flugsicherung auf das neue System erscheint vor dem gewählten Zeitplan ebenfalls kaum möglich.

18.* Den Bedenken sollte bei der Durchführung der Privatisierung Rechnung getragen werden. Aus Sicht der Monopolkommission erscheint prinzipiell eine Klüblösung mit einer heterogenen Eigentümerstruktur für die zu privatisierende DFS vorteilhaft. Alle Aufgaben der Flugsicherung werden dabei von einem oder mehreren Unternehmen wahrgenommen, die von den Nutzern, also vor allem Fluggesellschaften und Flughäfen, kontrolliert werden. Bei dieser Lösung findet eine interne Kontrolle durch die Eigentümer statt. Dies entspricht hinsichtlich der Neutralität der Flugsicherung dem Modell der bisherigen DFS, mit dem Unterschied, dass es mit der heterogenen Eigentümerstruktur zu einem zweckmäßigen Interessenausgleich im Sinne der Sicherheit und der Effizienz kommt. Aufgrund der obligatorischen Trennung operativer und regulativer Aufgaben durch das FSG bzw. der SES-Verordnungen und der damit verbundenen Bildung des BAF sowie der bestehenden Sicherheitsrisiken ist eine solche Klüblösung aber nur eingeschränkt durchführbar.

19.* Nach Meinung der Monopolkommission können die Risiken bei der Umsetzung der Privatisierung nur minimiert werden, wenn der Bund zunächst weiterhin als Mehrheitseigner auftritt und so über hinreichende Einwirkungsmöglichkeiten verfügt und diese auch im operativen Geschäft wahrnimmt. Des Weiteren ist die Monopolkommission der Auffassung, dass eine heterogene Eigentümerstruktur zu wählen ist, die dem Stellenwert der Flugsicherung als einer im öffentlichen Interesse liegenden Dienstleistung hinreichend Rechnung trägt. Ein Alleinbetreibermodell ist abzulehnen, da es zu einer einseitigen Interessenlage führt, die besonders dann kritisch gesehen werden muss, wenn es sich um ein Unternehmen handelt,

dass in der Wertschöpfungskette des Luftverkehrssystems eine marktbedeutende Stellung einnimmt. Hier besteht die Gefahr, dass keine ausreichenden Sicherheitsvorkehrungen getroffen und Wettbewerber auf anderen Märkten missbräuchlich behindert werden.

20.* Eine Lösung könnte nach Ansicht der Monopolkommission in einem Stufenmodell bestehen. Danach bleibt der Bund zunächst Mehrheitseigner der DFS mit 50,1 Prozent der Anteile. Weiterhin könnte der verbleibende Restanteil zu gleichen Anteilen an die verschiedenen Akteursgruppen des Flugverkehrssystems veräußert werden. So sollten die Flugverkehrsgesellschaften, Flughafenbetreiber und andere ausländische Flugsicherer sowie die Mitarbeiter an der DFS beteiligt werden. Durch die Abwägung gegenseitiger Interessen aller Beteiligten kann sichergestellt werden, dass es bei einer solchen Konsortiumslösung zu einer hinreichenden Sicherheitsgewährleistung, zu einem effizienten Einsatz von Ressourcen und zu ausgeprägten Innovationsbemühungen in allen Leistungsbereichen bei unveränderter wettbewerblicher Neutralität der Flugsicherung kommt. In einer zweiten Stufe sollte dann nach Ablauf der ersten Beleihungsperiode und den ersten Erfahrungen die Beteiligung des Bundes auf ihre Funktion hin überprüft werden. Bei einer erfolgreichen Etablierung des BAF im Zuge einer effektiven Anreizregulierung und der Gewährung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur ATM-Infrastruktur kann die Beteiligung des Bundes auf das gesetzlich festgeschriebene Mindestmaß von 25,1 Prozent reduziert werden. Im Zuge der zweiten Stufe könnten dann auch sonstige private Investoren über den Kapitalmarkt mit maximal 25,0 Prozent der Anteile an der DFS beteiligt werden. Im Rahmen der Beleihung ist dabei sicherzustellen, dass die Eigentümer einer privatisierten DFS ihre Anteile nur an Akteure innerhalb derjenigen Nutzergruppe weiterveräußern dürfen, der sie selber zugehören. Ansonsten kann es durch den Eigentümerwechsel zu einer Verschiebung der Interessenlage kommen. Aus Sicht der Monopolkommission ist dieses zweistufige Verfahren hinsichtlich der Bedeutung der Flugsicherung für die Gewährleistung der inneren und äußeren Sicherheit notwendig und auch angemessen.

Zusammenschlusskontrolle und Medienaufsicht

21.* Im Sommer 2005 wurde bekannt, dass die Axel Springer AG und die ProSiebenSat.1 Media AG zusammengeführt werden sollen. Dieses Vorhaben war nach deutschem Wettbewerbsrecht (GWB) vom Bundeskartellamt und nach den Bestimmungen des deutschen Rundfunkstaatsvertrags (RStV) von der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und eventuell der Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM) zu beurteilen. Die KEK soll nach den Regelungen des RStV die Meinungsvielfalt im Medienbereich sichern. Sie musste die Fusion mit der Zielsetzung der Verhinderung „vorherrschender Meinungsmacht“ beurteilen. Die Beurteilungsmaßstäbe ergeben sich aus § 26 Abs. 2 RStV. Im Januar 2006 stellte die KEK fest, dass die Beteiligten im Falle des Zusammenschlusses vorherrschende Meinungsmacht erlangten, und verweigerte daher die Bestätigung der Unbedenklichkeit.

22.* Grundsätzlich ist die Monopolkommission der Auffassung, dass bei der Kontrolle der Konzentration im Medienbereich keine konkrete Würdigung des Meinungsfusses und der vorherrschenden Meinungsmacht im Einzelfall vorgenommen werden sollte. Diese Einschätzung beruht auf dem Umstand, dass vorherrschende Meinungsmacht kein definierter Tatbestand ist und sich tatbestandlich auch keinesfalls konkretisieren lässt. Daher ist dem Verbot der abstrakten Gefährdung der Meinungsvielfalt durch Erreichen eines Zuschaueranteils von mehr als 30 Prozent in § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV der Vorrang einzuräumen. Die Handhabung dieser Regelung bietet zweifellos mehr Rechtssicherheit und schützt eher vor behördlicher Willkür als jeder Versuch, den Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht unmittelbar anzuwenden. Soweit ein Medienunternehmen mit seinen Fernsehsendern lediglich die Schwelle von 25 Prozent, nicht aber die von 30 Prozent Zuschaueranteil erreicht, sollte vorrangig § 26 Abs. 2 Satz 2, 1. Alternative RStV unter Berücksichtigung der Marktbeherrschungsvermutungen des GWB zur Anwendung kommen.

23.* Folgt man der konkreten Begründung der KEK im Fall Springer/ProSiebenSat.1, dann hätte ein Medienunternehmen mit einem summierten Zuschaueranteilsäquivalent von 42 Prozent vorherrschende Meinungsmacht, obwohl die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter nach den Ermittlungen der KEK einen höheren Zuschaueranteil (45,6 Prozent) erreichen. Von einer vorherrschenden Meinungsmacht kann nach Auffassung der Monopolkommission aber nur gesprochen werden, wenn diese Meinungsmacht auch unter Einbeziehung der öffentlich-rechtlichen Fernsehprogramme als vorherrschend anzusehen ist.

24.* Die Überprüfung mehrerer hypothetischer Fälle zeigt, dass die zugrunde gelegte Berechnungsmethode der KEK zur Bestimmung der Zuschaueranteilsäquivalente nicht haltbar ist. Durch die Methode der KEK würde die Axel Springer AG sogar schon durch den Erwerb irgendeines defizitären Spartenkanals mit einem Zuschaueranteil von unter 1 Prozent die Eingriffsschwelle des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV von 25 Prozent überschreiten. Mit anderen Worten ist ein kontrollfreier Erwerb von Rundfunk- und Fernsehsendern für die Axel Springer AG in Deutschland gar nicht mehr möglich. Hier stellt sich die Frage, ob die Vorschrift von § 26 RStV, die zum Schutz der Meinungsvielfalt im Rundfunk- und Fernsehbereich bestimmt ist, nicht zweckentfremdet zur Disziplinierung anderer Mediensektoren verwendet wird, für die der Gesetzgeber gerade keine speziellen Rechtsnormen zur Vielfaltsicherung erlassen hat, sondern das Spiel der Marktkräfte für ausreichend hält.

25.* Den Berechnungsmethoden der KEK muss man auch entgegenhalten, dass sie bei entsprechend hohen Marktanteilen einzelner Zusammenschlussbeteiligter auf mehreren Medienmärkten zu Werten führen können, die bei 100 Prozent oder noch darüber liegen. Damit wird eine Meinungsmacht suggeriert, mit der die tatsächliche Bedeutung vieler Medien weit übertrieben wird. Darüber hinaus spielen andere Medien wie Bücher, deren meinungsbildendes Potential traditionell als sehr hoch eingestuft wird, in der Methode der KEK gar keine Rolle.

26.* Die Monopolkommission sieht ihre Bedenken bestätigt, die sie im Juli 2005 in einer Stellungnahme an die KEK zur Auslegung und Anwendung von § 26 Abs. 2 RStV geäußert hat. Es bleibt festzuhalten, dass der Versuch, den über verschiedene Medien ausgeübten Einfluss auf die Meinungsbildung quantitativ zu messen, als gescheitert angesehen werden muss.

Der Meisterzwang im Handwerk auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand

27.* Mit seinem Beschluss vom 5. Dezember 2005 hat das Bundesverfassungsgericht (3. Kammer des Ersten Senats) über den zu entscheidenden Fall hinausgehend grundsätzliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der bis 2003 geltenden Regelungen zum Meisterzwang geäußert. Die bestehende Verwaltungspraxis bei der Zulassung von selbständigen Handwerkern läuft seit Jahren konträr zu den Maßgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Es besteht freilich die Gefahr, dass sich an der in Teilen rechtswidrigen Praxis nichts ändern wird.

28.* Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in seinem grundlegenden Beschluss vom 17. Juli 1961 ausgeführt, dass die in der Handwerksordnung (HwO) angelegte Beschränkung der freien Berufswahl hinzunehmen ist, solange die Notwendigkeiten des Gemeinwohls und die Freiheitsbeschränkungen des Bürgers im ausgewogenen Verhältnis stehen. Insofern darf in der Verwaltungspraxis von der Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmegewilligung zur Zulassung selbständiger Handwerksausübung ohne Meisterbrief „nicht engherzig Gebrauch“ gemacht werden. Die Novellen der HwO von 1994 und 1998 haben insoweit keine Öffnung des Marktzugangs bewirkt und auch nicht beabsichtigt. Die so genannten „Leipziger Beschlüsse“ von Bund und Ländern vom 21. November 2000 bezweckten, die Anerkennung von Ausnahmefällen in allen Ländern durch einen möglichst einheitlichen und großzügigen Vollzug der HwO zu gewährleisten und Existenzgründungen zu erleichtern. Die „Leipziger Beschlüsse“ stellten keine Änderung der Rechtslage dar, sondern folgten lediglich den höchstrichterlichen Leitlinien aus verschiedenen Urteilen, bei der Erteilung von Ausnahmegewilligungen großzügig (und damit verfassungskonform) zu verfahren. Die Novelle der HwO von 2004 bezweckte, den Marktzugang im zulassungspflichtigen Handwerk zu verbessern. Unter anderem wurde der Meisterzwang von 94 auf nunmehr 41 Handwerke reduziert und die Zulassung ohne Meisterbrief für Altgesellen sowie für Ingenieure, Hochschulabsolventen und staatlich geprüfte Techniker erleichtert. Die Gesetzesbegründung stellte – anders als bei der 1953 eingeführten Regelung – nur noch auf die Gefahreneignetheit und die Ausbildungsleistung in bestimmten Handwerken als Zulassungsschranke im Handwerk ab. Damit waren die Fragen nach Reichweite und Zulässigkeit einer Beschränkung des Berufszugangs im Handwerk wieder offen.

29.* Mit dem Beschluss des BVerfG vom 5. Dezember 2005 wurde der Beschwerde eines Handwerkers gegen einen Bußgeldbescheid wegen unerlaubten Betreibens des Zimmerer- und Dachdeckerhandwerks stattgegeben. Die Begründung des BVerfG ging deutlich über das für den Fall erforderliche Mindestmaß hinaus. Das Gericht

äußerte mit Blick auf die Veränderung der wirtschaftlichen und rechtlichen Umstände Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Meisterpflicht nach dem bis 2003 geltenden Recht. Die wachsende Konkurrenz aus dem EU-Ausland lasse daran zweifeln, ob der Große Befähigungsnachweis zur Qualitätssicherung der Handwerksleistung noch geeignet und der hohe zeitliche und finanzielle Aufwand, den die Meisterprüfung erfordere, zumutbar sei. Auch im Hinblick auf das Ziel der Ausbildungssicherung wurden Zweifel an der Erforderlichkeit geäußert, die sich auf die Neuregelung des Handwerksrechts seit Anfang 2004 stützen.

30.* Der Beschluss vom 5. Dezember 2005 macht deutlich, dass das BVerfG den Meisterzwang eigentlich für verfassungswidrig hält. Die Konsequenz daraus wäre die Abschaffung der Meisterpflicht, wie dies von mehreren Seiten (darunter auch von der Monopolkommission) seit langem gefordert wird. Ansonsten ist ohne Änderung der Handwerksordnung eine Fortsetzung der bisherigen Praxis zu erwarten, nach welcher Ausnahmegewilligungen restriktiv gehandhabt und Handwerker ohne Meisterbrief unter dem Druck rigider „Schwarzarbeiterverfolgung“ ihrer etablierten Konkurrenten mit Hilfe von Handwerkskammern und Kreishandwerkerschaften vom Marktzutritt ferngehalten werden.

31.* Derzeitige Überlegungen der Hessischen Landesregierung lassen jedoch eher befürchten, dass die Entwicklung in die entgegengesetzte Richtung gehen könnte. Nach einem Gesetzesantrag des Landes Hessen soll den Handwerkskammern mit dem geänderten § 124b HwO auch die Kompetenz zur Durchführung von Gewerbeuntersagungsverfahren nach § 16 Abs. 3 HwO übertragen werden. Damit würde die Konkurrenz durch Nicht-Meister im zulassungspflichtigen Gewerbe voraussichtlich noch effektiver unterbunden.

32.* Die Monopolkommission spricht sich weiterhin für eine gänzliche Abschaffung des Meisterzwangs als Voraussetzung für den Marktzugang im Handwerk aus. Die Verhältnisse im Handwerksgewerbe rechtfertigen keine wirtschaftliche Sonderstellung und damit auch keine rechtlichen Ausnahmen innerhalb der Gewerbeordnung. Auch die Gefahrengeneigntheit in einzelnen Handwerken sowie die Ausbildungssicherung liefern keine hinreichende Begründung für eine Regulierung des Marktzutritts im Handwerk. Es spricht nach Auffassung der Monopolkommission jedoch nichts dagegen, die Meisterprüfung auf freiwilliger Basis als Qualitätssignal für die Öffentlichkeit und den handwerklichen Wettbewerb zuzulassen.

Anhaltende Defizite bei der Erfassung von Unternehmensgruppen

Entscheidungs- und Handlungsbedarf der Wirtschaftspolitik

33.* Wirtschafts- und wettbewerbspolitische Analysen und Entscheidungen können sich nicht auf die besonderen Umstände von Einzelfällen beschränken. Sie haben auch den allgemeinen strukturellen Rahmen einzubeziehen. Hierzu gehören die Größenstrukturen der Unternehmen in

den relevanten Märkten, die Diversifizierung der Unternehmen in verschiedene Märkte und ihre teils wechselseitigen Verflechtungen zu komplexen wirtschaftlichen Entscheidungseinheiten. Eine fundierte empirische Datenbasis über die zunehmenden und die nationalen Grenzen überschreitenden Verflechtungen der Unternehmen und Märkte ist unverzichtbar. Ohne deren Berücksichtigung würde nicht nur der Zusammenschlusskontrolle im Einzelfall, sondern einer rationalen Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik allgemein der Realitätsbezug fehlen.

In diesem Zusammenhang hat die Monopolkommission nach § 44 Abs. 1 GWB den Auftrag, den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration darzustellen und zu beurteilen. Sie ist zur Erfüllung dieses Auftrags auf die Zuarbeit der amtlichen Statistik angewiesen. Der Gesetzgeber hat in § 47 Abs. 1 GWB das Statistische Bundesamt hierzu besonders verpflichtet. Die Zusammenarbeit zwischen Statistischem Bundesamt und Monopolkommission unterliegt jedoch weiterhin erheblichen – jedoch vermeidbaren – empirischen und rechtlichen Einschränkungen. Zu ihrer Überwindung besteht politischer Entscheidungs- und Handlungsbedarf.

34.* Die Verflechtungen von Unternehmen zu komplexen Beteiligungsnetzen und deren teils wechselseitige Verknüpfung zu weitreichenden Netzwerken sind ein konstitutives strukturelles Element der Wirtschaft. Nach den Erkenntnissen der Monopolkommission sind Ende 2003 von den 3,3 Millionen handelsgerichtlich erfassten deutschen Unternehmen über 1 Million Tochtergesellschaften. Ihre überwiegende Mehrheit unterliegt einer beherrschenden Kontrolle, die vielfach über mehrere Beteiligungsstufen und -ketten ausgeübt wird. Unter den rund 50 000 Unternehmen des Produzierenden Gewerbes mit 20 und mehr Beschäftigten gehören über die Hälfte kontrollierten Gruppen an, die über 80 Prozent aller Umsätze auf sich vereinigen. Bereits dieser allgemeine empirische Befund indiziert ein vielfach begründetes nationales und europäisches öffentliches Interesse an aussagekräftigen Informationen über die Verflechtungen der Wirtschaft.

Konzeptionelle Defizite der amtlichen deutschen Wirtschaftsstatistik

35.* Unbeschadet des öffentlichen Informationsbedarfs in Bezug auf Unternehmensverflechtungen, Kontrollbeziehungen und Unternehmensgruppen besteht in der amtlichen deutschen Wirtschaftsstatistik ein anhaltendes Defizit. Dies mag verschiedene methodische, administrative oder technische Gründe haben; sie rechtfertigen es jedoch nicht.

Der traditionelle Unternehmensbegriff der amtlichen Statistik ist auf die jeweils kleinsten rechtlich Einheiten beschränkt. Nach diesem Konzept haben die strukturellen Verbindungen von Unternehmen zu Konzernen, Handelsketten, Verbünden, Unternehmensgruppen oder sonstige Formen komplexer wirtschaftlicher Entscheidungseinheiten keine Bedeutung. Dementsprechend werden auch rechtlich selbstständige, wirtschaftlich aber unselbstständige Unternehmensteile – Grundstücks-, Beschäftigungs-

oder Verwaltungsgesellschaften – als eigenständige Unternehmen behandelt.

36.* Das Statistische Bundesamt hat erst seit kurzem mit dem Aufbau einer eigenen Datenbasis über Unternehmensgruppen begonnen, um den zu erwartenden europarechtlichen Verpflichtungen zu genügen. Das Ziel einer zum Erwerb der Daten durchgeführten Ausschreibung wurde jedoch verfehlt: Die vom Statistischen Bundesamt erworbene Datenquelle umfasst lediglich 251 540, d. h. nur etwa die Hälfte der gegenwärtig tatsächlich verfügbaren Angaben über 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen. Das Statistische Bundesamt hat jedoch – entgegen den Empfehlungen der Monopolkommission – auf eine weitgehende Vollständigkeit oder Repräsentanz der Datenbasis verzichtet.

37.* Mit den von der Monopolkommission und den vom Statistischen Bundesamt zusätzlich erworbenen Daten sind nahezu lückenlose Angaben für über mehr als eine halbe Million gruppenzugehörige Unternehmen und über 150 000 Unternehmensgruppen in Deutschland zum Stand Ende 2003 vorhanden. Zur Verknüpfung der statistikexternen Angaben über gruppenzugehörige Unternehmen mit den statistikinternen Angaben steht das amtliche Unternehmensregister mit über 3 Millionen Einheiten zur Verfügung.

Die danach umfassend verfügbaren statistikexternen und -internen Datenquellen werden von der amtlichen Statistik jedoch nur zu einem geringen Bruchteil für den gesetzlichen Auftrag der Monopolkommission genutzt. Zum vorliegenden Hauptgutachten wurden aus dem Produzierenden Gewerbe lediglich rund 24 000 gruppenzugehörige Unternehmen, d. h. weniger als 4,5 Prozent der insgesamt 535 798 gruppenzugehörigen Unternehmen einbezogen. Von diesen wurden nur rund 7 500 Unternehmen – mithin 1,4 Prozent, d. h. wenig mehr als ein Hundertstel – konzentrationsstatistisch aufbereitet.

Da dieser geringe Anteil bereits in einer erheblichen Anzahl von Wirtschaftsbereichen einen signifikanten Anstieg des Konzentrationsgrades – teilweise bis zum Dreifachen – bewirkt, ist zu erwarten, dass der tatsächliche Einfluss der Gruppenbildung der Unternehmen auf den Stand und die Entwicklung der Konzentration in der Wirtschaft in zahlreichen Wirtschaftsbereichen erheblich höher ist. Dies indizieren bereits die von der Monopolkommission ausgewerteten Fallzahlen über alle Bereiche der Wirtschaft. Danach entfallen nahezu die Hälfte aller gruppenzugehörigen Unternehmen auf den Dienstleistungsbereich und 22 Prozent auf die Bereiche Handel und Verkehr. Umso schwerer wiegt, dass Gruppenbildung der Unternehmen gerade in diesen Bereichen von der amtlichen Statistik nicht berücksichtigt wird.

38.* Neben der eingeschränkten Breite und Repräsentanz der amtlichen Datenbasis bestehen Zweifel an der Belastbarkeit der einzelner Angaben. Zu verschiedenen großen und gesamtwirtschaftlich bedeutenden Wirtschaftsbereichen – z. B. dem Ernährungsgewerbe, dem Fahrzeugbau oder der Mineralölverarbeitung – weichen die der Monopolkommission vorliegenden Angaben er-

heblich von denen des Statistischen Bundesamtes ab. Es genügt nicht, wenn sich die amtliche Statistik auf den bloßen Ankauf von Angaben über verflochtene Unternehmen und zudem nur auf eine einzelne kommerzielle Datenquelle beschränkt und die Validierung und Qualifizierung der Angaben vernachlässigt. Hierzu gehört auch ein Instrumentarium, die statistikexternen und -internen Datenquellen eindeutig und zuverlässig miteinander zu verbinden.

39.* Zusammenfassend kann aus Sicht der Monopolkommission von einer gesicherten und konsistenten Datenbasis der amtlichen Statistik über die Verflechtungen, Kontrollbeziehungen und Gruppenbildungen deutscher Unternehmen noch nicht gesprochen werden. Dies betrifft den Umfang, den Gegenstand und die Zuverlässigkeit der Angaben. Angesichts der nach wie vor bestehenden Unsicherheiten der empirischen Datenbasis sieht sich die Monopolkommission weiterhin nicht in der Lage, hieraus eindeutige Schlussfolgerungen und konkrete wettbewerbspolitische Empfehlungen abzuleiten. Für die amtliche deutsche Statistik und die für sie rechts- und fachaufsichtlich verantwortlichen Stellen besteht weiterhin Handlungsbedarf.

Differenzen in der Zusammenarbeit von Monopolkommission und Statistischem Bundesamt bei der Anwendung von § 47 GWB

40.* Bei der Vorbereitung des Fünfzehnten Hauptgutachtens der Monopolkommission war es über Art und Umfang der gesetzlichen Verpflichtung des Statistischen Bundesamtes nach § 47 GWB zu Differenzen gekommen. Insbesondere wurden statistische Aufbereitungen für die Monopolkommission abgelehnt, zu denen bereits nach allgemeinen statistikrechtlichen Vorschriften eine Verpflichtung besteht. Das Bundesamt machte dies von einem uneingeschränkten lizenzrechtlichen Zugang zu den von der Monopolkommission verwendeten Verflechtungsdaten privater Anbieter und damit einer Verletzung ihrer Geschäftsgeheimnisse abhängig. Die Monopolkommission hat aus diesen Gründen das empirisch und methodisch grundlegende Kapitel I des Fünfzehnten Hauptgutachtens zur wettbewerbspolitischen Bedeutung der Struktur von Beteiligungsnetzen und der Gruppenbildung der Unternehmen nicht erstellen können.

41.* Für das vorliegende Hauptgutachten beabsichtigte das Statistische Bundesamt ursprünglich, wesentliche Teile des gesetzlichen Auftrags der Monopolkommission zur Konzentrationsberichterstattung selbst zu übernehmen. Die Monopolkommission hat dem aus rechtlichen, rechtspolitischen und fachlichen Gründen entschieden widersprochen. Das Statistische Bundesamt kann nach geltendem Recht mit der Monopolkommission nicht förmlich vereinbaren, die gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen in den §§ 44, 47 GWB zu unterlaufen, den Auftrag der Monopolkommission zur Konzentrationsberichterstattung an sich zu ziehen, das methodische Konzept an allgemeinen statistischen Zwecken zu orientieren, die erforderliche Datenbasis zu reduzieren und den Berichtskreis auf einzelne Wirtschaftsbereiche zu beschränken.

Zudem reicht die fachliche Kompetenz des Statistischen Bundesamtes nicht aus, empirische Analysen unter ordnungs- und wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten durchzuführen, die Ergebnisse zu bewerten und hieraus Empfehlungen an Regierung und Gesetzgeber abzuleiten.

42.* Um eine Wiederholung früherer Differenzen bei der Vorbereitung des vorliegenden Sechzehnten Hauptgutachtens zu vermeiden, hat die Monopolkommission den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit sowie den Bundesminister des Innern um Unterstützung gebeten. Die auch gegenüber den zuständigen Ressorts gegebenen Zusagen des Statistischen Bundesamtes wurden jedoch bei der Vorbereitung des Sechzehnten Hauptgutachtens in wesentlichen Punkten nicht eingehalten. Sie betreffen vor allem den fehlenden Abschluss einer Verwaltungsvereinbarung über das gemeinsame konzeptionelle und operative Vorgehen, den Umfang und die Qualität der vom Statistischen Bundesamt für die Monopolkommission beschafften Angaben zu den Verflechtungsnetzen der Unternehmen sowie die Einhaltung der zur Erstellung des vorliegenden Hauptgutachtens gegebenen Termine.

Vorschlag der Monopolkommission zur Konkretisierung von § 47 GWB

43.* Die Bundesregierung erwartet von der Monopolkommission, die Gruppenbildung der Unternehmen für eine aussagekräftige Konzentrationsberichterstattung als empirische Grundlage der Wirtschaftspolitik zu berücksichtigen und im nunmehr vorliegenden Hauptgutachten eine eingehende Untersuchung der Konzentrationsentwicklung zumindest in wichtigen Teilbereichen der Wirtschaft vorzunehmen.

Der Deutsche Bundestag hatte die Monopolkommission und das Statistische Bundesamt bereits im Jahr 2000 gebeten, aufgrund der Ergebnisse, die mit der Auslegung und Anwendung der neuen Regelung des § 47 GWB ge-

wonnenen Erfahrungen erzielt wurden, Vorschläge für eine gegebenenfalls erforderliche Verbesserung oder Erweiterung der Regelung vorzulegen. Hierzu verfügt die Monopolkommission seit Verabschiedung der novellierten Vorschrift über hinreichende Erfahrungen und Ergebnisse aus drei auf dieser Basis erstellten Hauptgutachten.

44.* Die vom Statistischen Bundesamt geübte Verwaltungspraxis zur Anwendung von § 47 GWB hat sich nicht bewährt. Sachzwänge wurden nicht rechtzeitig erkannt und notwendige Vorentscheidungen nicht getroffen. Die Beschaffung der Angaben über gruppenzugehörige Unternehmen ist verspätet und nicht im erforderlichen Umfang erfolgt, verbindliche Vereinbarungen zur Sicherheit, Integrität und Zweckbindungen der von der Monopolkommission den statistischen Ämtern des Bundes und der Länder zur Verfügung gestellten Daten fehlen. Die vom Statistischen Bundesamt anzuwendenden Kriterien zur Kalkulation der der Monopolkommission zuzurechnenden Kosten einer effizienten Leistungserstellung sind nicht bekannt. Die Aufgaben der unter Beteiligung der Monopolkommission gebildeten Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Anwendung von § 47 GWB sind nicht näher definiert. Das notwendige Einvernehmen mit der Monopolkommission in methodisch und inhaltlichen Fragen der Konzentrationsberichterstattung wurde nicht immer hergestellt.

45.* Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass die Verknüpfung von Einzelangaben grundsätzlich sensibler amtlicher und privater Datenbestände aus rechtsstaatlichen Gründen eine gesetzliche Regelung verlange. Die Kommission hat gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, dem Bundesministerium des Innern, dem Statistischen Bundesamt sowie in ihrem letzten Hauptgutachten die Notwendigkeit dargelegt, die Anwendung von § 47 Abs. 1 GWB in einem zusätzlichen Absatz 1a zu konkretisieren.

Vorschlag der Monopolkommission zu Ergänzung von § 47 GWB

§ 47 Absatz 1a GWB (neu)

- Satz 1: Zur Erfüllung der gemeinsamen Aufgabe nach Absatz 1 Satz 1 bis 3, Unternehmensgruppen bei der Begutachtung der Unternehmenskonzentration durch die Monopolkommission nach § 44 Abs. 1 zu berücksichtigen, arbeiten die Monopolkommission und die statistischen Ämter des Bundes und der Länder einvernehmlich zusammen.
- Satz 2: Sie schaffen jeweils in ihrem Zuständigkeitsbereich die Voraussetzungen, die insbesondere für die Zuordnung der Einzelangaben der amtlichen Statistik über Unternehmen und der Angaben der Monopolkommission zur Gruppenzugehörigkeit dieser Unternehmen nach Absatz 1 Satz 1 bis 3 erforderlich sind.
- Satz 3: Das Statistische Bundesamt informiert die Monopolkommission über diejenigen Unternehmen, die in die statistischen Aufbereitungen der amtlichen Statistik für die Monopolkommission unter Berücksichtigung der Gruppenbildung einbezogen werden. Hierzu gehören alle Informationen, die für eine sachlich und zeitlich adäquate, technisch zuverlässige und effiziente Zuordnung der Angaben der amtlichen Statistik mit den Angaben der Monopolkommission erforderlich sind.

Satz 4: Die Monopolkommission und die statistischen Ämter des Bundes und der Länder regeln in einer Verwaltungsvereinbarung Näheres über

- die Aufgabenverteilung,
- die Aufwands- und Finanzierungsplanung,
- die Grundsätze einer auftragsbezogenen Kostenkalkulation,
- den erforderlichen Informationsaustausch für eine zuverlässige Zuordnung der statistikexternen und -internen Datensätze,
- die Sicherung der Qualität der empirischen Ergebnisse,
- Maßnahmen zur Wahrung des Datengeheimnisses, der Zweckbindungen und Integrität der Daten sowie
- eine gegebenenfalls erforderliche Vergabe von Aufträgen an andere Stellen.

Erläuterung der Sätze 1 bis 4

1. Neben dem Statistischen Bundesamt sind die statistischen Ämter der Länder bei der Anwendung des Gesetzes einzubeziehen, soweit diese für die Erhebung der erforderlichen Daten und die Führung des Unternehmensregisters zuständig sind.

Im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrags wird die Unabhängigkeit der beteiligten Institutionen durch das Gebot der Einvernehmlichkeit gewahrt.

2. Auf der Grundlage des Subsidiaritätsprinzips obliegt es den beteiligten Institutionen des Bundes und der Länder, die tatsächlichen Voraussetzungen zur Anwendung des Gesetzes zu schaffen.

3. Der sparsame Einsatz öffentlicher Mittel gebietet es, dass das Statistische Bundesamt der Monopolkommission mitteilt, für welche Unternehmen es Angaben zur Gruppenzugehörigkeit benötigt.

Ohne diese Mitteilung hatte die Monopolkommission bisher die rund zehnfache Anzahl der gruppenzugehörigen Unternehmen zu ermitteln, die von der amtlichen Statistik tatsächlich berücksichtigt wurden.

4. Der Aufgabenbereich und die wesentlichen Gegenstände der Zusammenarbeit zwischen Monopolkommission und Statistischem Bundesamt werden gesetzlich bestimmt. Näheres ist zwischen beiden Institutionen verbindlich zu vereinbaren.

Die vorgeschlagene Regelung hat sich inhaltlich und praktisch im Rahmen der bislang weitgehend freiwilligen Zusammenarbeit der beteiligten Institutionen bewährt. Ihr fehlt eine verbindliche Rechtsgrundlage und die notwendige Planungssicherheit. Denkbar wäre auch, die Konkretisierung zur Auslegung und Anwendung von § 47 Abs. 1 GWB im Rahmen einer gesetzlichen Verordnungsermächtigung zu treffen und von dieser auch tatsächlich Gebrauch zu machen.

Forschungsdatenzentrum: Neue Formen der informations- und datentechnischen Zusammenarbeit zwischen Monopolkommission und Statistischem Bundesamt

46.* Die administrativen und empirischen Restriktionen im Bereich des Statistischen Bundesamtes haben die Erfüllung des gesetzlichen Auftrags der Monopolkommission konzeptionell eingeschränkt. In diesem Rahmen war jedoch die fachliche Zusammenarbeit mit den Mitarbeitern auf der Arbeitsebene der Fachreferate und des Forschungsdatenzentrums des Statistischen Bundesamtes fachlich kompetent, effizient und engagiert. Entsprechendes gilt für die Vertreter der statistischen Landesämter in

der zur Anwendung von §§ 44, 47 GWB gebildeten gemeinsamen Bund-Länder-Arbeitsgruppe.

47.* Ein wesentlicher Fortschritt in der Zusammenarbeit von Monopolkommission und Statistischem Bundesamt ist die erstmalige Nutzung des dortigen Forschungsdatenzentrums. Diese Zusammenarbeit hat es der Monopolkommission ermöglicht, wesentliche Teile der konzentrationsstatistischen Teile des vorliegenden Hauptgutachtens zu erstellen. Damit wird sowohl die Methodenautonomie der Monopolkommission als auch das Statistikgeheimnis amtlicher Einzelangaben gewahrt. Sollte sich dieses Verfahren in der Zukunft bewähren, wären wesentliche Fragen der operativen Zusammenarbeit ausgeräumt. Die bestehenden administrativen und empirischen Einschränkungen sind jedoch noch zu überwinden.

Allerdings hat der erst Anfang des Jahres eröffnete Zugang es nicht mehr erlaubt, die für dieses Hauptgutachten vorbereiteten Daten und Auswertungsprogramme vollständig zu nutzen. Die der Monopolkommission verbleibende Zeit reicht nur für eine knappe Präsentation der wesentlichen Fakten, nicht aber für eine vertiefte fachliche Interpretation, Bewertung und Formulierung konkreter wettbewerbspolitischer Schlussfolgerungen aus.

*Erfassung multinationaler Unternehmensgruppen:
Fortentwicklung des europäischen Rechts*

48.* Das Statistische Amt der Europäischen Gemeinschaften (Eurostat) bereitet seit längerem eine Novellierung der EU-UnternehmensregisterVO Nr. 2186/93 vom 22. Juli 1993 vor. Im vorliegenden Zusammenhang ist wesentlich, dass die seit 1993 bestehende fakultative Berücksichtigung von Unternehmensgruppen den nationalen statistischen Ämtern verbindlich vorgeschrieben werden soll.

Mit der Schaffung des Gemeinsamen Marktes sollte der Aufbau eines europäischen Systems der Wirtschaftsstatistik verbunden werden, um für die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft über international vergleichbare und aggregierbare Angaben verfügen zu können. In seinen Erwägungsgründen bezeichnete der Europäische Rat die Erfassung von Unternehmensgruppen in den Registern der nationalen statistischen Ämter als ein unentbehrliches Instrument zur Beobachtung struktureller Veränderungen der Wirtschaft, die auf Maßnahmen wie Vereinigung, Teilhaberschaft, Aufkauf, Fusion und Übernahme zurückzuführen sind.

Auch die deutsche Bundesregierung begründete ihre Unterstützung dieses europäischen Vorhabens gegenüber dem Bundesrat damit, dass Informationen über die Struktur der Unternehmen und Unternehmensgruppen, insbesondere über Fusions-, Übernahme- oder Verschmelzungsmaßnahmen zur Verfügung stehen müssen.

Mit der nach europäischem Recht zunächst fakultativen europäischen Regelung sollte den Mitgliedstaaten Gelegenheit gegeben werden, die zwischen Unternehmen bestehenden Kontrollbeziehungen insbesondere in Gestalt von Beteiligungsnetzen und Unternehmensgruppen zu erfassen. Deutschland hat diese Option jedoch lange Zeit nicht genutzt und das amtliche statistische System nicht entsprechend modernisiert.

49.* Nachdem die statistische Infrastruktur in den europäischen Mitgliedstaaten einer obligatorischen Erfassung von Unternehmensgruppen nicht länger im Wege stand, hat das Statistische Amt der Europäischen Gemeinschaften die Initiative für eine entsprechende Novellierung der EG-UnternehmensregisterVO ergriffen. Der Monopolkommission wurde hierzu der Auftrag erteilt, die methodischen, informations- und datentechnischen Voraussetzungen für ein solches System darzulegen. Die Endfassung des Gutachtens liegt seit Anfang 2005 vor.

Unter der österreichischen Präsidentschaft wurden die Beratungen über den Vorschlag der Europäischen Kommission zur Novellierung der EG-UnternehmensregisterVO im Europäischen Rat abgeschlossen und dem Europäischen Parlament zur Beschlussfassung vorgelegt. Die Vorlage wurde Ende April 2006 eingebracht, seit Anfang Mai in den zuständigen Ausschüssen diskutiert und soll im Sommer 2006 in der Plenarsitzung des Europäischen Parlaments beraten werden.

50.* Für die gesetzliche Aufgabenstellung der Monopolkommission bietet die beabsichtigte Novellierung des

europäischen Rechts den Vorteil, dass das deutsche Statistikrecht auf dem Gebiet der Erfassung der Verflechtungsnetze und der Gruppenbildungen der Unternehmen einen verbindlichen rechtlichen Rahmen erhält, der Aufgabenbereich der amtlichen deutschen Statistik entsprechend erweitert wird und die Ergebnisse der Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission in einen multinationalen Kontext gestellt werden können.

I. Kontrollierte Unternehmensgruppen in den Beteiligungsnetzen deutscher Unternehmen

Konzeptionelle und empirische Grundlagen

51.* Die Monopolkommission präsentiert mit dem vorliegenden Hauptgutachten erstmals eine umfassende Datenbasis, die für das Berichtsjahr 2003 sämtliche verfügbaren Angaben zur Kapitalverflechtung deutscher Unternehmen umfasst. Der Datenbasis liegen zwei Quellen zugrunde: die von der Monopolkommission ermittelten Angaben des Anbieters VVC – Verband der Vereine Creditreform e.V. – sowie die vom Statistischen Bundesamt in erster Linie für eigene Zwecke erworbenen Angaben des Anbieters BvD – Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH. Allerdings reichen die vom Bundesamt erworbenen Daten nach Umfang und Struktur für die gesetzliche Aufgabenstellung der Monopolkommission nicht aus.

Auf der auf den Berichtszeitpunkt Ende 2003 bezogenen Datenbasis hat die Monopolkommission 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen ermittelt, die – je nach der Art der Aufbereitung der Verflechtungsangaben – zwischen rund 166 000 und 174 000 ultimativen Eignern bzw. Unternehmensgruppen zugeordnet sind.

52.* Die Datenbasis erlaubt es, diejenigen Unternehmen zu einer Gruppe zusammenfassen, die gegebenenfalls über mehrere Beteiligungsstufen und -ketten von einem ultimativen, d. h. obersten Eigner kontrolliert werden. Dies dient dem Erkenntnisziel, die tatsächlichen wirtschaftlichen Entscheidungseinheiten zu identifizieren. Sie bestimmen die Größenstrukturen und die Konzentration in der Wirtschaft. Die Monopolkommission ist seit langem damit befasst, diesen Sachverhalt im Rahmen ihrer gesetzlichen Konzentrationsberichterstattung zu berücksichtigen.

53.* Beide Datenquellen wurden alternativ zu einer umfassenden Datenbasis verbunden. Die Quellen weisen bezogen auf 181 272 gruppenzugehörige Unternehmen eine gemeinsame Schnittmenge auf. Da die dort enthaltenen Unternehmen jedoch in einer Vielzahl von Fällen jeweils unterschiedlichen Unternehmensgruppen zugeordnet sind, wurden beide Quellen insoweit alternativ verwendet. Die übrigen 274 758 (69 969) Unternehmen, die in der Datenquelle VVC (BvD) jeweils zusätzlich enthalten sind, wurden integriert.

Auf der Basis der Datenquelle VVC bestehen 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen in 146 074 Gruppen, nach der Datenquelle BvD 251 042 Unternehmen in 79 621 Gruppen. Die gemeinsame Schnittmenge der Un-

ternehmensgruppen bzw. der ultimativen Eigner beträgt 8 490. Das bedeutet, dass beide Datenquellen nicht ohne weiteres zu einer einheitlichen Datenbasis konsistent zu verbinden sind.

54.* Die unterschiedlichen, d. h. lückenhaften und teilweise widersprüchlichen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen nach den Datenquellen VVC und BvD können nur in jedem Einzelfall geklärt und korrigiert werden. Dies war der Monopolkommission angesichts der großen Anzahl der Fälle jedoch bereits aus zeitlichen Gründen nicht möglich.

Stichprobenweise wurden die im Deutschen Aktienindex (DAX) erfassten umsatzstärksten deutschen Unternehmen untersucht. Die Unternehmen des DAX umfassen über 80 Prozent des Grundkapitals der inländischen börsennotierten Gesellschaften. Auf ihre weitreichenden Verflechtungsnetze entfielen Ende 2003 insgesamt 33 833 Unternehmen mit 39 510 Beteiligungen. Angesichts dieser Größenordnungen allein für die Unternehmen des DAX müssen Lücken und Inkonsistenzen einer möglichst alle deutschen Unternehmen umfassenden Datenbasis erheblichen Einfluss auf die Erfassung der Konzentration in der Wirtschaft haben. Das Ergebnis der Untersuchung zeigt für die DAX-30-Unternehmen je nach der verwendeten Datenquelle ein unterschiedliches Bild.

Zusammenfassend kann gegenwärtig von einer einheitlichen, umfassenden und gesicherten Datenbasis der amtlichen Statistik über die kontrollierenden Verflechtungen deutscher Unternehmen noch nicht gesprochen werden. Allerdings sind die bereits bekannten Beteiligungsnetze so umfassend und weitreichend, dass deren systematische Berücksichtigung im Interesse einer rationalen und empirisch fundierten Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik nicht vernachlässigt werden kann und weiterer Aufklärung bedarf.

55.* Die Monopolkommission hat die den verfügbaren Datenquellen entnommenen Einzelangaben über die Kapitalbeteiligungen der Unternehmen zu Beteiligungsnetzen verbunden, diese nach kontrollierenden Beteiligungen strukturiert, zu jedem kontrollierten Unternehmen den ultimativen Eigner ermittelt und dementsprechend die einzelnen Unternehmen zu Gruppen zusammengefasst. Komplexe Verflechtungsrechnungen können in Analogie zur Input-Output-Analyse durchgeführt werden.

Wirtschafts- und wettbewerbspolitische Bedeutung von Unternehmensgruppen

56.* Das genuine Erkenntnisinteresse der Monopolkommission an der Berücksichtigung von Unternehmensgruppen ist darauf gerichtet, die Konzentrationsberichterstattung auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Entscheidungseinheiten unabhängig von deren Rechtsform oder sonstigen formalen Merkmalen zu stützen. Dies bedeutet, den Einfluss der Gruppenbildung der Unternehmen in den Wirtschaftsbereichen empirisch zu erfassen und bei der Ermittlung der Größenstrukturen und der Bestimmung des Konzentrationsgrades zu berücksichtigen. Hierfür reicht

die Ermittlung des Mengengerüsts der gruppenzugehörigen Unternehmen und deren Gruppen allein nicht aus. Die jeweiligen Fallzahlen sind mit dem Umsatz oder der Anzahl der Beschäftigten ökonomisch zu gewichten.

Weitgehend zuverlässige und präzise Angaben zum Umsatz nach Art und Höhe, der daraus abgeleiteten Zuordnung zu einem Wirtschaftsbereich, der Anzahl der Beschäftigten oder sonstige Angaben über einzelne Unternehmen liegen nur im Rahmen der amtlichen Unternehmensstatistik vor. Die Monopolkommission ist daher – wie es der Gesetzgeber aus diesem Grund vorgesehen hat – auf die Zusammenarbeit mit den statistischen Ämtern des Bundes und der Länder angewiesen.

57.* Das wesentliche konzeptionelle Problem, in Zusammenarbeit mit der amtlichen Statistik Unternehmensgruppen konzentrationsstatistisch zu berücksichtigen, besteht darin, dass die notwendigen Angaben über Umsatz und Beschäftigte nur für das Produzierende Gewerbe auf der Grundlage amtlicher Erhebungen vorliegen. Das seit Ende der neunziger Jahre im Aufbau begriffene amtliche Unternehmensregister, das über 3 Millionen Einheiten in allen Wirtschaftsbereichen erfassen soll, ist insoweit noch nicht einsatzfähig.

58.* Die Monopolkommission ist aufgrund der Restriktionen der amtlichen Statistik auf die Berücksichtigung von Unternehmensgruppen in ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes beschränkt. Dies hat zur Konsequenz, dass es nur für einem Bruchteil der Grundgesamtheit – 7 556 (1,4 Prozent) von insgesamt 535 798 gruppenzugehörigen Unternehmen – möglich ist, zumindest zwei und mehr Mitglieder der tatsächlich bestehenden Unternehmensgruppen als eine ökonomische Einheit zu erfassen. In den Fällen, in denen Unternehmensgruppen über den Bereich des Produzierenden Gewerbes hinaus diversifizieren, sind dort nur Teilgruppen nachweisbar, die zudem in der Mehrzahl der Fälle nur aus einem einzigen Mitglied bestehen. Darüber hinaus bleiben gruppenzugehörige Unternehmen mit weniger als 20 Beschäftigten unberücksichtigt, weil sie die Erfassungsgrenze amtlicher Erhebungen bei den Unternehmen des Produzierenden Gewerbes nicht erreichen.

Die Struktur gruppenzugehöriger deutscher Unternehmen nach Wirtschaftsbereichen und Bundesländern, nach der Kontrolle durch staatliche Stellen und ausländische ultimativer Eigner

59.* Die Monopolkommission hat das Mengengerüst der gruppenzugehörigen Unternehmen nach verschiedenen grundlegenden Merkmalen strukturiert und die Ergebnisse tabellarisch zusammengefasst.

Die Auswertungen zum Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen in einem Bundesland, deren ultimative Eigner ihren Sitz im gleichen Bundesland haben, bezogen auf alle gruppenzugehörigen Unternehmen, zeigt die besondere Position der neuen Bundesländer, die sich deutlich von den alten Bundesländern unterscheidet: Die gruppenzugehörigen Unternehmen in den neuen Bundes-

ländern werden zum größten Teil durch ultimative Eigner kontrolliert, die ihren Sitz in den alten Bundesländern haben. Umgekehrt überschreiten die gruppenzugehörigen Unternehmen von ultimativen Eignern in den neuen Bundesländern nur in wenigen Fällen die jeweilige Landesgrenze.

60.* Der von der Monopolkommission ermittelte empirische Befund enthält zusammenfassend einige bemerkenswerte Fakten:

- Die überwiegende Mehrheit der Tochtergesellschaften (70,2 Prozent) wird mehrheitlich kontrolliert. Das spricht dafür, dass die Kapitalbeteiligungen an Unternehmen überwiegend strukturelle Bedeutung haben. Nahezu die Hälfte (49,0 Prozent) aller kontrollierten Tochtergesellschaften gehören einer Unternehmensgruppe mit zwei und mehr Mitgliedern an. In etwa einem Viertel der Fälle ist der ultimative Eigner selbst ein Unternehmen. Die mittlere Gruppengröße beträgt zwei bis drei Mitglieder, variiert aber innerhalb eines weiten Bereichs, in einzelnen Fällen bis zu über 1 000 Mitgliedern.
- Die Integration der beiden verfügbaren Datenbestände VVC und BvD führt bei alternativer Verwendung der gemeinsamen Schnittmenge in zusammengefasster Form zu vergleichbaren Ergebnissen. Ein unmittelbarer Vergleich der Datenbestände deckt jedoch verschiedene und teilweise erhebliche Widersprüche auf. Dies zeigt insbesondere ein Vergleich der Ergebnisse für die DAX-30-Unternehmen. Die Einordnung der Unternehmen als ultimativer Eigner und die ihnen zugeordneten Unternehmensgruppen sind nach Größe, Zusammensetzung und Struktur nicht kongruent.
- Die Anzahl gruppenzugehöriger Unternehmen, die nur mit einem Mitglied einem Wirtschaftsbereich zugeordnet werden können, ist – im Unterschied zu den Ergebnissen für die von der amtlichen Statistik ausgewählten Bereiche des Produzierenden Gewerbes – bei einer alle Wirtschaftsbereiche und Größenklassen umfassenden Datenbasis sehr gering. Der Schwerpunkt der Gruppenbildung liegt gemessen an der Anzahl der Unternehmen im Dienstleistungsbereich (42,9 Prozent), gefolgt von den Bereichen Handel und Verkehr (19,4 Prozent) und vom Produzierenden Gewerbe (17,2 Prozent). Die ausschließliche Beschränkung der amtlichen Statistik auf diesen Bereich ist daher wenig repräsentativ.
- Unter den Bundesländern konzentrieren sich die gruppenzugehörigen Unternehmen etwa zur Hälfte auf Nordrhein-Westfalen, Bayern und Baden-Württemberg. Dies gilt weitgehend für alle Wirtschaftsbereiche.

Besonders bemerkenswert ist, dass der Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen in den neuen Bundesländern, deren jeweiliger ultimativer Eigner im gleichen Bundesland seinen Sitz hat, sehr gering ist, d. h. die Mehrheit der kontrollierenden Eigner hat seinen Sitz in den alten Bundesländern. Diese Tendenz

ist auch im Produzierenden Gewerbe deutlich ausgeprägt.

- 8 018 Unternehmen werden durch Gebietskörperschaften auf der Ebene des Bundes, der Länder oder der Gemeinden sowie durch sonstige staatliche Stellen kontrolliert. Auf der Ebene des Bundes befinden sich viele Unternehmen aus dem Bereich der ehemaligen Treuhandanstalt. Die Hälfte (49,8 Prozent) der staatlich kontrollierten Unternehmen entfällt auf den Dienstleistungsbereich, nicht unerhebliche Teile auf Handel und Verkehr (15,6 Prozent), aber mit 897 oder 11,2 Prozent auch auf das Verarbeitende Gewerbe. In diesem Bereich hat die amtliche Statistik keine gruppenzugehörigen Unternehmen festgestellt.
- 30 097 oder 5,65 Prozent der gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen werden von ausländischen ultimativen Eignern kontrolliert. Höhe und Entwicklung des Anteils indizieren den internationalen Wirtschaftsstandort Deutschlands. Der Anteil der aus dem Ausland kontrollierten Unternehmen konzentriert sich etwa zur Hälfte (48,6 Prozent) auf die USA, die Niederlande und die Schweiz. Die mittlere Gruppengröße beträgt 3,8 Unternehmen. Sie liegt damit über dem mittleren Wert von drei Unternehmen der Gruppen mit deutschen ultimativen Eignern.

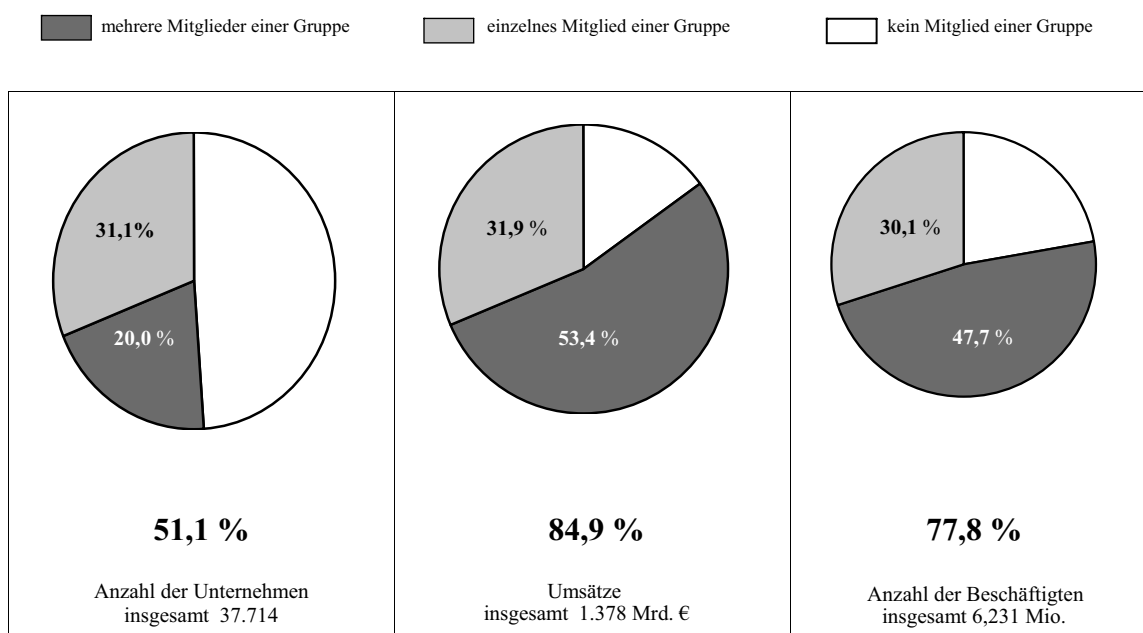
Das nach verschiedenen Gesichtspunkten aufzubereitende Mengengerüst der Unternehmensgruppen erhält erst dann sein besonderes ökonomisches Gewicht, wenn die Fallzahlen mit dem Umsatz oder der Anzahl der Beschäftigten gewichtet werden können. Dies war aber aufgrund der dargestellten Restriktionen des amtlichen statistischen Systems nur für wenige Wirtschaftsbereiche möglich.

II. Einfluss der Gruppenbildung auf den Konzentrationsgrad im Produzierenden Gewerbe 2003

61.* Die Monopolkommission hat auf der Basis der ihr zur Verfügung stehenden Angaben über 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen ausgewählte Bereiche des Produzierenden Gewerbes näher untersucht. Hierzu gehören der Bergbau, die Gewinnung von Steinen und Erden sowie das Verarbeitende Gewerbe mit 37 714 rechtlich selbständigen Unternehmen, die 20 und mehr Beschäftigte besitzen. Die Angaben für das Baugewerbe mit weiteren 14 203 Unternehmen konnte aus Zeitgründen in diese Untersuchung nicht mehr einbezogen werden.

62.* Von den insgesamt 37 714 Unternehmen des Produzierenden Gewerbes gehören mit 51,1 Prozent über die Hälfte jeweils einer Unternehmensgruppe an. Hierbei handelt es sich überwiegend um größere Unternehmen. Der Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen am Umsatz beträgt 84,9 Prozent und an der Anzahl der Beschäftigten 77,8 Prozent. Die hohen Anteilswerte unter den größeren Unternehmen belegen den hohen Grad der Kapitalverflechtungen im Produzierenden Gewerbe.

Anteil von 17 295 gruppenzugehörigen Unternehmen am Umsatz, an den Beschäftigten und an der Anzahl von 37 714 Unternehmen des Produzierenden Gewerbes
– Deutschland Ende 2003 –

**Datenquellen:**

Auswertungen der Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC sowie des Überhangs der Angaben über 69 769 Angaben aus der Quelle BvD

- ¹ Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter
- ² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen
- ³ Statistisches Bundesamt, Fachgruppe IV A, M. Krenzer (Bearb.)

Anmerkungen:

Auf der Datenbasis von insgesamt 535 798 gruppenzugehörigen Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen haben 19 287 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt in den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes. Von diesen Unternehmen gehören lediglich 7 556 Unternehmen 2 587 Gruppen mit zwei und mehr Mitgliedern an. Werden diese Unternehmen zu jeweils einer Gruppe zusammengefasst, reduziert sich Anzahl um 4 696 Unternehmen auf 32 745 wirtschaftliche Einheiten (Unternehmen und Unternehmensgruppen). Auch bei den gruppierten Unternehmen handelt es sich vielfach um Teilgruppen, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder einer diversifizierenden Unternehmensgruppe angehören, deren Mitgliedern ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt in anderen Wirtschaftsbereichen haben.

Es ist zu erwarten, dass die Anteile der gruppenzugehörigen Unternehmen insbesondere im Handel, Verkehr und im Dienstleistungsbereich entsprechend hoch oder noch höher sind, da rund zwei Drittel der gruppenzugehörigen Unternehmen dort ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt haben. So ist allgemein bekannt, dass der Umsatzanteil der zehn größten Anbietergruppen am Lebensmitteleinzelhandel über 80 Prozent beträgt.

63.* Den ermittelten über 19 000 gruppenzugehörigen Unternehmen in den untersuchten Bereichen des Produzierenden Gewerbes gehören rund 15 000 Unternehmensgruppen mit zwei und mehr Unternehmen an. Diese haben ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt jedoch nicht ausschließlich im Produzierenden Gewerbe, sondern diversifizieren in alle Bereiche der Wirtschaft. Zudem werden von der amtlichen Statistik Unternehmen mit weniger als 20 Beschäftigten nicht erfasst. Die Anzahl der Unternehmen, die zumindest als Teilgruppen mit zwei und mehr Unternehmen mit jeweils ab 20 Beschäftigten dem Produzierenden Gewerbe angehören, beträgt 7 556.

Trotz dieser relativ geringen Anzahl der einbezogenen gruppenzugehörigen Unternehmen steigt der absolute Konzentrationsgrad in zahlreichen Wirtschaftsbereichen teilweise bis zum Zwei- bis Dreifachen an. Hierzu gehören z. B. die Herstellung von Backwaren (266,4 Prozent), die Herstellung von Transportbeton (261,7 Prozent) oder der Steinkohlenbergbau (213,8 Prozent). Bei einem vollständigeren Einbezug auch der gruppenzugehörigen Unternehmen mit weniger als 20 Beschäftigten dürfte der Anstieg noch höher sein.

64.* Die Mehrzahl der Unternehmensgruppen aus der Aufbereitung der Datenquelle VVC (65,7 Prozent) wird direkt mehrheitlich kontrolliert, rund 30 Prozent durch indirekte Mehrheitsbeteiligungen. Kontrollierende Kontrollbeziehungen über mehrere Beteiligungsketten oder im Wege einer Minderheit sind zahlenmäßig gering. Unter den Rechtsformen der gruppenzugehörigen Unternehmen dominieren (94,7 Prozent) die GmbH und GmbH & Co. KG. Dem entspricht auch die Zusammensetzung der Unternehmensgruppen nach der Rechtsform ihrer

Mitglieder. Innerhalb des Produzierenden Gewerbes besteht die größte Anzahl der Unternehmensgruppen im Maschinenbau (969), in der Herstellung von Metall-erzeugnissen (682) sowie im Verlags- und Druckge-werbe (611).

65.* Die größte Anzahl der gruppenzugehörigen Unter-nehmen hat ihren Sitz in den Bundesländern Nordrhein-Westfalen (4 385), Baden-Württemberg (3 165) und Bay-ern (2 524). Die Mehrzahl der Unternehmensgruppen ist in zwei Bundesländern aktiv (64,3 Prozent). Bemerkens-wert ist die regionale Verteilung der gruppenzugehörigen Unternehmen und ihrer ultimativen Eigner nach Bundes-ländern. Der Anteil der gruppenzugehörigen Unterneh-men, deren ultimativer Eigner im gleichen Bundesland seinen Sitz hat, ist in den neuen Bundesländern deutlich geringer als in den alten Bundesländern. Das bedeutet, dass das System der „verlängerten Werkbanken“ im Ver-hältnis von Ost- und Westdeutschland noch nicht über-wunden ist. Entsprechend ist der Anteil ostdeutscher Eigner, deren Tochterunternehmen die jeweilige Landes-grenze überschreiten, relativ gering. Dieser Zusammen-hang entspricht einer allgemeinen Tendenz unter allen 535 798 gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen. Die Disparität zwischen alten und neuen Bundesländern ist nach der Gewichtung der Fallzahlen mit dem Umsatz noch schärfer ausgeprägt.

66.* Von den 19 435 gruppenzugehörigen Unternehmen werden etwa 13,7 Prozent durch ausländische ultimative Eigner kontrolliert. Diese betreffen vor allem größere Un-ternehmen. Ihr Anteil beträgt 28,6 Prozent am Umsatz und 21,7 Prozent an den Beschäftigten. Die größte An-zahl der ausländischen Eigner hat ihren Sitz in den USA (494), der Schweiz (302) und den Niederlanden (273). Die Angaben zu den multinationalen Verflechtungen der gruppenzugehörigen Unternehmen entstammen der zu die-sem Merkmal umfassenderen Datenquelle BvD.

67.* Gruppenzugehörige Unternehmen unter staatli-cher Kontrolle konnte das Statistische Bundesamt nicht feststellen. Der Monopolkommission erscheint dieses Er-gebnis zweifelhaft.

68.* Ein Defizit der verfügbaren Datenquellen besteht aufgrund ihrer teilweisen Widersprüchlichkeit. Diese führt bei der Untersuchung verschiedener Fragestellun-gen zu teilweise deutlich abweichenden Ergebnissen. Die Monopolkommission hat sich in diesen Fällen mit Alter-nativrechnungen beholfen, um die Spannweite der tat-sächlich möglichen Werte abzuschätzen. Befriedigend ist dieser Sachverhalt nicht und verlangt nach einer einheitli-chen, konsistenten und belastbaren empirischen Datenba-sis.

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

69.* Ausgangspunkt der Berichterstattung der Mono-polkommission zur Beurteilung von Stand und Entwick-lung der aggregierten Konzentration ist die Ermittlung der hundert größten Unternehmen aus allen Wirtschafts-

bereichen nach dem Kriterium der Wertschöpfung. In der Vergangenheit hat sich die Analyse ausschließlich auf die inländischen Konzernbereiche bezogen. Im vorliegenden Hauptgutachten analysiert die Monopolkommission zu-sätzlich die weltweite Wertschöpfung der Großunterneh-men. Die Untersuchung der hundert gemessen an ihrer inländischen Wertschöpfung größten Unternehmen er-streckt sich auch auf die Verflechtungen zwischen den Großunternehmen im Hinblick auf Anteilsbesitz, die Zu-sammenarbeit über Gemeinschaftsunternehmen und per-sonelle Verbindungen. Die Betrachtung der „100 Größ-ten“ wird ergänzt durch die Ermittlung der gemessen an den branchenspezifischen Geschäftsvolumina größten Unternehmen des Produzierenden Gewerbes, des Han-dels- und Dienstleistungsgewerbes, des Kreditgewerbes sowie des Versicherungsgewerbes.

70.* Die Ermittlung der hundert nach der Wertschöp-fung der Inlandskonzerne größten Unternehmen erlaubt den direkten Vergleich zwischen Unternehmen verschie-dener Branchen und Wirtschaftsbereiche hinsichtlich ih-res Beitrags zum Sozialprodukt. In den Fällen, in denen die für die Berechnung der inländischen Wertschöpfung benötigten Daten dem Geschäftsbericht des betreffenden Unternehmens nicht zu entnehmen waren, wurde eine Be-fragung durchgeführt. Sofern weder die veröffentlichten Unternehmensdaten noch die Ergebnisse der Befragung detaillierte Daten zur Ermittlung der inländischen Wert-schöpfung einzelner Unternehmen lieferten, wurde diese geschätzt.

71.* Insgesamt wiesen die hundert größten Unterneh-men eine Wertschöpfung von rund 248 Mrd. Euro auf. Sie stieg gegenüber 2002 um 3,2 Prozent. Die Wertschöp-fung aller Unternehmen erhöhte sich im Berichtszeitraum um 4,2 Prozent. Der Beitrag der Großunternehmen zu der Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen sank somit auf 16,6 Prozent (2002: 17,0 Prozent) und wies den niedrigs-ten Stand seit der erstmaligen Erstellung dieser Statistik auf. Eine zusätzliche Analyse der weltweiten Wertschöp-fung kann auf die Gründe für das Absinken der inländi-schen Wertschöpfung hinweisen und ermöglicht einen Einblick in die „wahre“ Größe der untersuchten Unter-nehmen. Die Reduzierung des Anteils der inländischen Wertschöpfung an der weltweiten Wertschöpfung von 69,8 Prozent im Jahr 2002 auf 58,9 Prozent im Jahr 2004 deutet darauf hin, dass die Großunternehmen einen im-mer geringeren Teil ihrer Wertschöpfung im Inland er-wirtschaften. Das Absinken der inländischen Wertschöp-fung kann deswegen mindestens zum Teil durch die Auslagerung des Geschäftes ins Ausland erklärt werden.

72.* Eine Betrachtung der „100 Größten“ nach Zehner-Ranggruppen macht deutlich, dass die Verringerung des Anteils der Großunternehmen an der Nettowertschöpfung aller Unternehmen hauptsächlich auf die schwache Ent-wicklung der Wertschöpfung in der Gruppe der zehn größten Unternehmen zurückzuführen ist. In den unteren Ranggruppen wuchs die durchschnittliche Wertschöpfung moderat.

Die zehn größten Unternehmen hatten an der Wertschöp-fung aller untersuchten Großunternehmen einen Anteil

von 42,45 Prozent, der unter dem Wert der Vorperiode (43,69 Prozent) lag. Der Anteil der zwanzig größten Unternehmen an der Wertschöpfung der „100 Größten“ verminderte sich ebenfalls von 61,95 Prozent im Jahr 2002 auf 61,78 Prozent in 2004.

73.* Soweit die jeweiligen Daten für beide Jahre festgestellt werden konnten, wurde die Entwicklung der Großunternehmen zwischen 2002 und 2004 auch nach den Merkmalen Anzahl der Beschäftigten, Sachanlagevermögen und Cashflow aufgezeigt.

In die Untersuchung der Beschäftigtenzahlen wurden 81 Unternehmen einbezogen, die in beiden Berichtsjahren unter den hundert Größten waren. Ihr Anteil an der Anzahl der Beschäftigten aller Unternehmen betrug 2004 12,72 Prozent gegenüber 13,29 Prozent 2002. Die Bedeutung der Großunternehmen als Arbeitgeber hat sich somit erneut verringert, was auch auf die Ausgliederung zahlreicher Betriebsstätten ins Ausland zurückgeführt werden kann.

Angaben zum Sachanlagevermögen der inländischen Konzerngesellschaften lagen bei 69 Unternehmen für beide Jahre vor. Unternehmen des Kredit- und Versicherungsgewerbes wurden nicht berücksichtigt. Der Bilanzwert der Sachanlagen und immateriellen Vermögensgegenstände der betrachteten Unternehmen erhöhte sich im Untersuchungszeitraum von ca. 812 Mrd. Euro auf ca. 814 Mrd. Euro.

Daten zur Ermittlung des Cashflow standen für 54 Unternehmen aus dem Berichtskreis für die Jahre 2004 und 2002 zur Verfügung. Der Cashflow der betrachteten Unternehmen erhöhte sich im Untersuchungszeitraum von ca. 68 Mrd. Euro in 2002 auf ca. 71 Mrd. Euro in 2004.

74.* Neben der Wertschöpfung werden häufig weitere Merkmale zur Beurteilung der Unternehmensgröße herangezogen, welche branchenspezifisch und direkt aus dem Jahresabschluss zu ersehen sind. Dies ist im Falle von Industrie-, Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen sowie Handelsunternehmen der Umsatz. Die Größe von Kreditinstituten wird bevorzugt anhand der Bilanzsumme beurteilt und die der Versicherungsunternehmen anhand ihrer Beitragseinnahmen. Die Wertschöpfung ist jedoch als überlegenes Größenkriterium zu betrachten, da sie im Gegensatz zu den genannten, das Geschäftsvolumen kennzeichnenden alternativen Merkmalen den branchenübergreifenden Vergleich von Unternehmen erlaubt und den Grad ihrer vertikalen Integration widerspiegelt. Die Untersuchung der gemessen an ihrem Geschäftsvolumen größten Unternehmen stellt daher eine ergänzende Untersuchung mit dem Ziel dar, die Bedeutung von Großunternehmen in den einzelnen Wirtschaftszweigen näher zu beleuchten.

Übereinstimmungen zwischen den Ranglisten anhand der Wertschöpfung und anhand der branchenspezifischen Geschäftsvolumina bestehen insoweit, als die Unternehmen, welche in den einzelnen Wirtschaftszweigen das höchste Geschäftsvolumen aufweisen, stets auch zu mindestens 70 Prozent dem Kreis der „100 Größten“ Unternehmen

angehören, welcher anhand der Wertschöpfung abgegrenzt wird.

Die Entwicklung des Geschäftsvolumens der jeweils größten Unternehmen übertraf im Produzierenden Gewerbe und im Handel die allgemeine Marktentwicklung. Die aggregierte Konzentration nahm dagegen im Verkehrs- und Dienstleistungsgewerbe sowie im Versicherungs- und im Kreditgewerbe ab. Gemessen am Anteil des Geschäftsvolumens aller in einer Branche tätigen Unternehmen, der auf die jeweils zehn größten Unternehmen der Branche entfällt, weisen das Versicherungs- und das Kreditgewerbe unverändert die höchste Konzentration auf.

Die fünfzig größten Industrieunternehmen wiesen 2004 gemeinsam einen Umsatz von 617 Mrd. Euro gegenüber 591 Mrd. Euro 2002 aus. Dies entspricht einem Wachstum von 4,4 Prozent (2000/2002: 0,5 Prozent). Die Gesamtheit der Unternehmen des Produzierenden Gewerbes erzielte 2004 gemäß Umsatzsteuerstatistik einen Umsatz von 1 924 Mrd. Euro und eine Umsatzsteigerung gegenüber 2002 in Höhe von 0,2 Prozent. Das Umsatzwachstum der größten Industrieunternehmen war somit viel stärker als der Branchendurchschnitt. Dies unterstützt die These, dass die Ausgliederung des Geschäftes ins Ausland der Grund für die Wertschöpfungsminderung sein kann.

Der Umsatz der zehn größten Handelsunternehmen nahm zwischen 2002 und 2004 um 20,6 Prozent zu. Sein Wachstum übertraf das Wachstum der gesamten Branche (5,2 Prozent) bei weitem. In der Summe erreichten die zehn größten Handelsunternehmen Umsätze von 152 Mrd. Euro im Vergleich zu den Umsätzen aller Unternehmen des Handelssektors, die bei 1 402 Mrd. Euro lagen. Somit entwickelten sich die Branchengrößten erneut überdurchschnittlich gut.

Die zehn umsatzstärksten Unternehmen des Verkehrs- und Dienstleistungsgewerbes wiesen 2004 insgesamt Umsatzerlöse von 125 Mrd. Euro aus. Damit erzielten sie ein Umsatzwachstum gegenüber 2002 von 0,1 Prozent, welches hinter der Umsatzentwicklung aller Unternehmen dieses Wirtschaftsbereichs (1,8 Prozent) zurückblieb.

Die Bilanzsumme der zehn größten Kreditinstitute lag 2004 bei 3 564 Mrd. Euro. Sie stieg gegenüber 2002 um 1,6 Prozent. Die Bilanzsumme aller Kreditinstitute erhöhte sich viel stärker (3,5 Prozent). Die unkonsolidierte Bilanzsumme der von den Bankkonzernen konsolidierten Kreditinstitute betrug 2004 3 594 Mrd. Euro. Der Anteil der zehn größten Kreditinstitute an der Bilanzsumme aller Kreditinstitute ist somit gegenüber 2002 von 50,38 Prozent auf 47,74 Prozent gesunken.

Die zehn größten Versicherungsunternehmen erzielten insgesamt Beitragseinnahmen in Höhe von 109 Mrd. Euro. Der Änderungsrate ihrer Beitragssumme in Höhe von – 1,3 Prozent stand ein Wachstum aller Versicherungen von 9,2 Prozent gegenüber. Der Anteil der unkonsolidierten Brutto-Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungsunternehmen an den Bruttobeiträgen aller Erst-

und Rückversicherungsunternehmen betrug für das Geschäftsjahr 2004 59,33 Prozent (2002: 60 Prozent). Die Versicherungsbranche stellte somit von den hier untersuchten Wirtschaftszweigen denjenigen dar, dessen Geschäftsvolumen im höchsten Umfang auf Großunternehmen entfällt.

75.* Von den Konzernobergesellschaften der betrachteten hundert Unternehmen hatten 2004 75 (2002: 74) die Rechtsform einer Aktiengesellschaft. Somit blieb diese Rechtsform wie bereits in der Vergangenheit im Berichtskreis vorherrschend. Die Zahl der Gesellschaften mit beschränkter Haftung verringerte sich ebenso wie die Zahl der Kommanditgesellschaften im Sinne des § 264a HGB um jeweils eins bzw. zwei, die Kategorien ‚Offene Handelsgesellschaft‘ und ‚Sonstige‘ sind dagegen nicht mehr besetzt. Die Zahl der Anstalten bzw. Körperschaften öffentlichen Rechts erhöhte sich um eins auf vier.

76.* Die Anteilseigner der Großunternehmen werden zum einen hinsichtlich der Verflechtungen der hundert Größten untereinander untersucht, zum anderen wird die gesamte Anteilseignerstruktur der Unternehmen des Berichtskreises analysiert. Besonders stark veränderten sich die Kapitalverflechtungen zwischen den hundert Größten. Die öffentliche Hand reduzierte ihren Anteilsbesitz an einigen Großunternehmen (Deutsche Telekom AG, Deutsche Post AG, Energie Baden-Württemberg AG, RWE AG) erheblich.

Hinsichtlich der Anteilseignergruppen, welche jeweils die Eigenkapitalmehrheit der untersuchten Großunternehmen auf sich vereinen, ergaben sich nur geringfügige Änderungen. Wie bereits 2002 war ‚Mehrheit in ausländischem Einzelbesitz‘ mit 24 (2002: 25) Unternehmen die am häufigsten besetzte Kategorie. Eine Anteilseigner-kategorie von zunehmender Bedeutung sind natürliche Personen, Familien und Familienstiftungen (22 Fälle). Nur wenig geringer war die Anzahl der Unternehmen, deren Anteils-mehrheit in Streubesitz liegt (21 Fälle). Die gemessen an der Anzahl der ihr angehörenden Unternehmen viert-stärkste Gruppe waren in 2004 die 13 (2002: 15) Groß-unternehmen, deren Eigenkapital nicht mehrheitlich einem anderen Großunternehmen, ausländischem Einzelbesitz, der öffentlichen Hand, Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen, Streubesitz sowie sonstigen Anteilseignern zuzuordnen war. In drei (2002: vier) Fällen summierten sich die Anteile der „100 Größten“ auf über 50 Prozent.

77.* Über Jahre hinweg waren die deutschen Großunternehmen stark untereinander verflochten. Im Kern des Netzwerks aus Beteiligungen befanden sich Finanzdienstleister, die gegenseitige Anteile am Grundkapital sowie Anteile am Grundkapital der Industrieunternehmen besaßen. Im Berichtszeitraum reduzierten viele Anteilseigner aus dem Kreis der „100 Größten“ ihre Beteiligungen an den Großunternehmen. Dies kann durch die fortschreitende Globalisierung, aber auch durch die institutionellen Veränderungen im Inland erklärt werden. Die Beteiligungsverkäufe im Berichtszeitraum setzen die seit 1996 beobachtbare Tendenz zur Kapitalentflechtung fort. Nach der Einbeziehung der Daten aus den letzten Hauptgutachten kann festgestellt werden, dass die Gesamtzahl

der Beteiligungen der Finanzdienstleister stetig von 75 Beteiligungsfällen in 1996 auf 30 Beteiligungsfälle in 2004 fiel. Dem gleichen Trend folgen die Gesamtzahl der Beteiligungsfälle aller Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ (1996: 143, 2004: 45) sowie die Anzahl der Beteiligungsunternehmen (1996: 51, 2004: 28) und der Anteilseigner (1996: 39, 2004: 17), was auf eine Auflösung des gesamten Netzwerks aus gegenseitigen Beteiligungen hindeutet. Die zusätzlich angewandte Netzwerkvisualisierungstechnik verdeutlicht diesen Befund.

78.* Die Kapitalentflechtung hat folgende Wettbewerbsvorteile für die deutsche Wirtschaft: eine weniger abhängige Unternehmensverwaltung, die Stärkung des Marktes für Unternehmenskontrolle, die Reduzierung der Informationsasymmetrien zwischen den Firmen-Insidern und -Outsidern, was zudem die Allokation des Kapitals auf den Finanzmärkten verbessert, die Intensivierung des Wettbewerbs im Finanzsektor sowie mehr Stabilität im Finanzsektor.

79.* Bei der Untersuchung der personellen Verflechtungen werden ausschließlich diejenigen Unternehmensverbindungen berücksichtigt, bei denen eine oder mehrere Personen gleichzeitig den Geschäftsführungs- oder Kontrollorganen von mindestens zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ angehören. 2004 entsandten 34 Unternehmen (2002: 30) aus dem Kreis der „100 Größten“ Mitglieder ihrer Geschäftsführung in die Kontrollorgane anderer Unternehmen aus diesem Kreis. Sie waren damit in den Kontrollorganen von 46 Unternehmen (2002: 49) aus dem Untersuchungskreis vertreten. Die Gesamtzahl der Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder betrug 86 (2002: 103) und nahm damit zwischen 2002 und 2004 erneut ab. Die Anzahl der Verbindungen über Geschäftsführungsmitglieder von Banken und Versicherungen betrug in 2004 30 wie im Jahr 2002. Seit 1996 ist diese Zahl um 70,3 Prozent gesunken. An dieser Stelle ist es schwer zu beurteilen, ob der seit der letzten Berichterstattung gleich gebliebene Grad der Verflechtung der Finanzdienstleister durch eine zeitverzögerte Berichterstattung der personellen Verflechtungen oder durch eine Strategie der Finanzdienstleister, über die Ausübung der Depotstimmrechte die Kontrolle über die deutschen Unternehmen ohne Kapitalverflechtungen zu behalten, beeinflusst wird. Unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten ist die Frage von Interesse, ob durch Mandatsträger Unternehmen gleicher Wirtschaftszweige miteinander verbunden werden. Im Berichtsjahr 2004 lagen zwölf Verflechtungen (2002: 17) dieser Art vor. Die Anzahl der Fälle, in denen eine personelle Verbindung mit einer Kapitalbeteiligung einherging, blieb gegenüber 2002 unverändert bei neun.

80.* Die Anzahl der Verflechtungen der zwanzig größten Unternehmen über Gemeinschaftsunternehmen hat sich 2004 mit 35 derartigen Unternehmensbeziehungen gegenüber 2002 (37 Verflechtungen) verringert. Insgesamt bestanden 75 (2002: 76) Gemeinschaftsunternehmen. In einigen Fällen erfolgte der Kontakt zwischen zwei Unternehmen über mehrere Gemeinschaftsunternehmen; in einem Fall waren mehr als zwei Gesellschaften an einem gemeinsamen Unternehmen beteiligt. Durch besonders intensive Zusammenarbeit über Gemeinschafts-

unternehmen, die in derselben Branche tätig waren wie die Obergesellschaften, zeichneten sich erneut die Unternehmen der Energiewirtschaft und der Chemischen Industrie aus.

Neben den zwanzig größten Unternehmen wurden die Finanzdienstleistungsunternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ hinsichtlich ihrer Verflechtungen über Gemeinschaftsunternehmen untersucht. Sie wiesen 2004 bei 21 (2002: 18) Kontakten bezogen auf die Gesamtzahl möglicher Verbindungen einen gesunkenen Verflechtungsgrad auf. Der größte Teil der Gemeinschaftsunternehmen war als Anlage- und Verwaltungsgesellschaften sowie im sonstigen Dienstleistungsbereich und in der Finanzwirtschaft tätig.

81.* Mit der Untersuchung der Beteiligung der „100 Größten“ an den dem Bundeskartellamt nach § 39 Abs. 6 GWB angezeigten vollzogenen Unternehmenszusammenschlüssen betont die Monopolkommission die wettbewerbspolitische Bedeutung des externen Wachstums der „100 Größten“. An den 2004/05 insgesamt angezeigten 2 207 (2002/03: 2 449) Zusammenschlüssen waren Unternehmen aus dem Betrachtungskreis in 661 (2002/03: 950) Fällen beteiligt. Der Anteil der „100 Größten“ an der Gesamtzahl der Fusionen verminderte sich damit erneut von 39 Prozent auf 30 Prozent.

82.* In der Gesamtschau ergibt sich im Berichtszeitraum hinsichtlich der verschiedenen untersuchten Größenmerkmale und Wirtschaftszweige der Eindruck einer geringfügig sinkenden Konzentration. Der Anteil der Großunternehmen an der Gesamtwertschöpfung hat sich wie bereits im vorherigen Hauptgutachten reduziert. Dies kann zum Teil durch die Ausgliederung des Geschäftes ins Ausland erklärt werden. Die Konzentrationsentwicklung sollte jedoch vorsichtig betrachtet werden, da die Effekte der Ausgliederung des Geschäftes ins Ausland anhand der vorhandenen Daten nicht vollständig abgeschätzt werden können. Im Handel setzte sich der in den Vorjahren verzeichnete Prozess einer fortschreitenden Konzentration fort. Im Produzierenden Gewerbe konnte 2004 auch eine höhere Konzentration festgestellt werden. Dagegen sank die Bedeutung der Großunternehmen im Dienstleistungs- und Verkehrssektor, im Versicherungsgewerbe sowie im Kreditgewerbe. Auch verringerte sich die Bedeutung der Großunternehmen als Arbeitgeber. Stark rückläufig waren 2004 die Beteiligungsverflechtungen unter den „100 Größten“, was zu einer Auflösung des großen Teils des Netzwerks aus gegenseitigen Verflechtungen führte. Diese Entwicklung hat positive wettbewerbspolitische Folgen für die deutsche Wirtschaft. Tendenziell rückläufig waren ebenfalls die personellen Verflechtungen unter den „100 Größten“.

IV. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle

Missbrauchsaufsicht

83.* Einen Schwerpunkt der Arbeit des Bundeskartellamtes bildete im Berichtszeitraum die Missbrauchsaufsicht im Energiesektor. Das Bundeskartellamt hat der

E.ON/Ruhrgas AG im Januar 2006 untersagt, Lieferverträge mit Gasweiterverteilern abzuschließen, die bei einer Bedarfsdeckung von mehr als 50 Prozent bzw. mehr als 80 Prozent eine Vertragslaufzeit von mehr als vier bzw. mehr als zwei Jahren aufweisen. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes verstoßen die Lieferverträge zwischen E.ON/Ruhrgas und den Gasweiterverteilern gegen Artikel 81 EGV, da sie den zwischenstaatlichen Handel auf einem schwer zugänglichen Markt beeinträchtigen und eine erhebliche Marktabstottungswirkung entfalten, die sich daraus ergibt, dass mehr als 75 Prozent der Lieferverträge im Netzgebiet von E.ON/Ruhrgas als langfristige Gesamtbedarfsdeckungs- bzw. Quasigesamtbedarfsdeckungsverträge anzusehen sind. Die Monopolkommission teilt im Grundsatz die Ansicht des Bundeskartellamtes, dass die langfristigen Bezugsbindungen der Gasweiterverteiler eine erhebliche Abstottungswirkung entfalten und den Marktzutritt für Wettbewerber effektiv versperren. Unter Wettbewerbsgesichtspunkten wird das vom Bundeskartellamt verfügte Verbot langfristiger Gesamtbedarfsdeckungsverträge von der Monopolkommission daher begrüßt. Gleichwohl sieht die Monopolkommission ein Problem darin, dass das nachträgliche Verbot langfristiger Lieferverträge zwischen den importierenden Ferngasgesellschaften und den Gasweiterverteilern auch mit nachteiligen Wirkungen auf die Investitionsbereitschaft und die Bereitschaft der Ferngasunternehmen, neue Importverträge abzuschließen, verbunden sein kann. Die Abwägung zwischen der Wettbewerbszielsetzung des Verbotes langfristiger Lieferverträge und den möglicherweise nachteiligen Effekten auf die Investitionsbereitschaft der importierenden Ferngasunternehmen hätte nach Ansicht der Monopolkommission einer umfassenderen Würdigung durch das Bundeskartellamt bedurft.

84.* Zwei frühere Missbrauchsverfügungen des Bundeskartellamtes wurden vom Bundesgerichtshof (BGH) bestätigt. Im ersten Fall hatte das Amt der Mainova untersagt, zwei Arealnetzbetreibern den Anschluss an ihr Mittelspannungsnetz zu verweigern. Der BGH wies die Rechtsbeschwerde der Mainova zurück. Im Fall der Stadtwerke Mainz entschied der BGH, dass es grundsätzlich zulässig sei, eine Erlösobergrenze festzusetzen. Er verwies den Fall in der Sache zur erneuten Entscheidung an das Oberlandesgericht (OLG) zurück.

85.* In ihrem Koalitionsvertrag sieht die jetzige Bundesregierung vor, den Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis grundsätzlich zu untersagen. Bisher sind Verkäufe unter Einstandspreis nach § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB gestattet, solange sie nur gelegentlich stattfinden. Die Monopolkommission spricht sich dagegen für eine vollständige Abschaffung des Verbots von Untereinstandspreisen aus. Problematisch erscheint zumindest, dass nach § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB bereits eine relative Marktmacht ausreicht, um vom Verbot des § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB betroffen zu sein. Der Begriff der „relativen Marktmacht“ wird vom Bundeskartellamt recht weit ausgelegt. So ist das Amt im Berichtszeitraum gegen mehrere Drogeriemarktketten vorgegangen, die miteinander im Wettbewerb stehen und demnach nicht als marktbeherrschend im Sinne des § 19 GWB angesehen werden können.

Zusammenschlusskontrolle

86.* Die Fusionskontrollstatistik des Bundeskartellamtes weist für den Berichtszeitraum erneut einen leichten Rückgang der Fallzahlen auf. Allerdings ist die Zahl der Neuanmeldungen im Jahre 2005 deutlich angestiegen, so dass mit einer Steigerung der Fallzahlen im nächsten Berichtszeitraum zu rechnen ist. In 51 Fällen hat das Bundeskartellamt die Prüfung eines Zusammenschlusses im Hauptprüfverfahren abgeschlossen. Davon wurden 33 Zusammenschlüsse freigegeben, sechs davon unter Bedingungen und Auflagen, 18 Vorhaben wurden untersagt. Fast die Hälfte aller angemeldeten Zusammenschlüsse erfüllt sowohl den Tatbestand des Kontroll- als auch des Anteilserwerbs.

87.* Das Amt hat im Berichtszeitraum in mehreren Fällen das Vorliegen eines Zusammenschlusses nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB geprüft. Danach kann auch eine Beteiligung unter 25 Prozent einen Zusammenschluss darstellen, wenn zusätzliche Aspekte des Vorhabens dafür sprechen, dass dem Erwerber durch seinen Anteilserwerb eine Einflussnahme auf die Willensbildung und damit auf das Marktverhalten des Teilnehmungsunternehmens ermöglicht werden. Im Falle der Beteiligung des M. DuMont Schauberg-Verlags an der Bonner Zeitungsdruckerei in Höhe von ca. 9 Prozent hat das Amt das Vorliegen eines Zusammenschlusses bejaht. Es gebe eine Reihe von so genannten Plus-Faktoren, die dafür sprechen, dass durch den Zusammenschluss die marktmächtige Stellung beider Unternehmen auf verschiedenen Leser- und Anzeigenmärkten im Raum Köln und Bonn verstärkt würde. Der Zusammenschluss sei daher zu untersagen. Dagegen entschied das Amt, dass die Beteiligung von EnBW an der MVV Energie AG, Mannheim, keinen Zusammenschluss nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB darstelle. Da der Anteilserwerb mit keinerlei Zusatzrechten für EnBW verbunden sei, fehle es an den für das Vorliegen eines Zusammenschlusses notwendigen Plus-Faktoren. Die Monopolkommission schließt sich dieser Bewertung nicht an. Sie ist vielmehr der Ansicht, dass die Gegebenheiten auf den betroffenen Märkten dafür sprechen, dass es sich bei der Beteiligung von EnBW um eine strategische und nicht um eine Finanzbeteiligung handelt, die dazu führt, dass der scharfe Wettbewerb zwischen EnBW und MVV um Groß- und Haushaltskunden im Gebiet in und um die Stadt Mannheim künftig nur noch in abgemilderter Form stattfinden wird.

88.* Nachdem Gruner + Jahr mehrere Jahre lang gemeinsam mit der RBA Germany eine deutschsprachige Ausgabe der Zeitschrift „National Geographic“ herausgab, meldete der Verlag im Jahre 2005 die Übernahme der alleinigen Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen an. Das Bundeskartellamt untersagte die Fusion aus Sicht der Monopolkommission zu Recht. Durch die alleinige Herausgabe der deutschsprachigen Ausgabe von National Geographic würden sich die strategischen Möglichkeiten von Gruner + Jahr, seine Wissenszeitschriften GEO, P.M. und National Geographic so auszurichten, dass sie sich untereinander möglichst wenig, anderen Zeitschriften aber möglichst viel Wettbewerb machen,

vergrößern. Zeitgleich mit der Prüfung dieses Zusammenschlusses leitete das Bundeskartellamt ein Verfahren ein, in dem es nachträglich die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Gruner + Jahr/RBA Germany zur Herausgabe einer deutschsprachigen Ausgabe von National Geographic untersagte. Es wertete den Kauf der Lizenz für die Herausgabe der deutschsprachigen Ausgabe als Zusammenschluss, durch den die marktbeherrschende Stellung von Gruner + Jahr auf dem Markt für Wissenszeitschriften verstärkt würde. Das OLG bestritt dies aus Sicht der Monopolkommission zu Recht. Zwar könne die Übertragung einer Lizenz grundsätzlich einen Kontrollerwerb darstellen. Dazu müsse aber eine Marktstellung übertragen werden. Da es jedoch vor der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens keine deutschsprachige Ausgabe von National Geographic gab, sei durch die Lizenzübergabe keine Marktstellung übertragen, sondern vielmehr neu begründet worden.

89.* Im so genannten „Staubsaugerbeutel-Urteil“ hat der BGH die Begrenzung des räumlich relevanten Marktes auf das Gebiet der Bundesrepublik aufgegeben. Das Urteil wurde vom Gesetzgeber in der Siebten GWB-Novelle durch eine Ergänzung in § 19 Abs. 2 bestätigt. Dort heißt es: „Der räumlich relevante Markt im Sinne dieses Gesetzes kann weiter sein als der Geltungsbereich dieses Gesetzes.“ Die Monopolkommission begrüßt diese Änderung.

90.* Durch die mögliche Ausdehnung des räumlich relevanten Marktes stellt sich die Frage, ob künftig Fälle auch dann der Fusionskontrolle des Bundeskartellamtes unterliegen, wenn auf den betroffenen Märkten zwar deutschlandweit nur Umsätze von weniger als 15 Mio. Euro erzielt werden, insgesamt jedoch Waren im Wert von mehr als 15 Mio. Euro umgesetzt werden. Letzteres würde de facto bedeuten, dass die Bagatellmarktgrenze des § 35 Abs. 2 Satz 2 GWB in den betroffenen Fällen deutlich gesenkt würde. Dies scheint aus Sicht der Monopolkommission derzeit nicht geboten. Sie würde demnach eine Klarstellung des Gesetzgebers, dass für die Ermittlung der Bagatellmarktschwelle lediglich Inlandsumsätze maßgeblich sind, begrüßen. Die Monopolkommission warnt davor, die durch die Ausdehnung des räumlich relevanten Marktes entstehenden Ermittlungsprobleme zu unterschätzen. Da das Bundeskartellamt im Ausland keine Ermittlungsbefugnis besitzt, ist es bei seiner Arbeit im Falle größerer räumlicher Märkte auf die Kooperation der betroffenen Unternehmen und anderer Kartellbehörden angewiesen.

91.* In vielen Fällen sind die räumlich relevanten Märkte bei der Prüfung eines Zusammenschlusses deutlich kleiner als das Gebiet der Bundesrepublik. Aufgrund hoher Transportkosten kommen als Anbieter regelmäßig nur solche Lieferanten in Betracht, die in räumlicher Nähe zum Nachfrager ein Lager oder eine Produktionsstätte besitzen. Nachdem der BGH in seinem Beschluss zum Fall Sanacorp/Anzag eine Untergliederung des Bundesgebietes in einzelne Märkte durch eine einfache Kreisbetrachtung für unzulässig erklärt hat, berücksichtigt das Amt bei der Abgrenzung der räumlichen Märkte unter an-

derem die Straßenverhältnisse und die Lage anderer Anbieter und Nachfrager, so z. B. im Fall Schneider/Classen. Bezüglich seines Ausgangspunktes für die Marktabgrenzung geht das Bundeskartellamt uneinheitlich vor. Während im Fall Sanacorp/Anzag die Niederlassungen des erwerbenden Unternehmens, Sanacorp, als Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung verwendet wurden, waren es im Fall Schneider/Classen die Lager des zu erwerbenden Unternehmens, Classen, die den Mittelpunkt der abgegrenzten Märkte bildeten. Unterschiede in der Wahl des Ausgangsunternehmens führen jedoch zu unterschiedlichen Märkten und können damit zu Unterschieden in der Bewertung der Marktverhältnisse führen. Die Monopolkommission setzt sich für eine räumliche Marktabgrenzung ein, in deren Zentrum der Nachfrager steht. Auf diese Weise können am besten die Gebiete, in denen durch einen Zusammenschluss wettbewerbliche Probleme entstehen oder verstärkt werden, identifiziert werden. Das Amt hat diese Vorgehensweise im Fall H&R WASAG/Sprengstoffwerke Gnaschwitz gewählt. Die Zusammenschlussbeteiligten sind beide in der Produktion von Industriesprengstoffen tätig. Das Amt untersuchte bei der Analyse des Zusammenschlusses, welche Anbieter für die Betreiber von Steinbrüchen in Deutschland in Frage kommen. Im Zentrum der sich dadurch ergebenden räumlichen Märkte standen die Steinbrüche und damit die Nachfrager nach Industriesprengstoffen. Nicht praktikabel ist ein derartiges Vorgehen, wenn die Zahl der Abnehmer unverhältnismäßig groß ist. In diesem Fall können räumliche Märkte durch Kreisziehung um Oberzentren abgebildet werden. Das Amt hat diese Vorgehensweise im Fall Edeka/Spar gewählt.

92.* Bei der Analyse von Zusammenschlüssen, die heterogene Güter betreffen, berücksichtigt das Amt nach wie vor zu wenig die zwischen den Gütern bestehenden Substitutionsbeziehungen. So wurde im Fall Edeka/Spar ein sachlicher Markt „Lebensmitteleinzelhandel“ abgegrenzt, der sowohl Vollsortimenter als auch Discounter umfasst. Die Tatsache, dass sich mit Edeka und Spar zwei Einzelhandelsketten zusammenschlossen, die aus Sicht der Verbraucher recht ähnlich sein dürften, wurde dagegen nicht problematisiert. Aus Sicht der Verbraucher bedeutet ein Zusammenschluss zwischen zwei so ähnlichen Märkten wie Edeka und Spar jedoch eine deutlich stärkere Einschränkung ihrer Wahlmöglichkeiten als ein Zusammenschluss zwischen Edeka und einem Discounter. Auch bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen im Krankenhausbereich könnte die traditionelle zweistufige Analyse, bei der zunächst Märkte abgegrenzt und dann mit Hilfe von Marktanteilen und anderen Kriterien beurteilt werden, ergänzt werden, indem die Ausweichmöglichkeiten der Patienten stärker berücksichtigt werden. Ein Zusammenschluss zweier Krankenhäuser ist um so problematischer, je höher der Anteil an Patienten der beiden Kliniken ist, die die jeweils andere Klinik als die beste Alternative zu der von ihnen gewählten ansehen.

93.* Im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) schlägt das OLG Düsseldorf eine zweigeteilte Marktabgrenzung vor, die inzwischen auch vom BGH bestätigt wurde. Danach ist zwischen einem Aufgabenträ-

ger- und einem Fahrgastmarkt zu unterscheiden. Nachfrager auf dem Aufgabenträgermarkt sind die Gebietskörperschaften, die Nahverkehrsnetze ausschreiben; Anbieter sind die Betreiber von Nahverkehrsnetzen wie die DB Regio. Räumlich ist der Aufgabenträgermarkt nach Ansicht des BGH regional abzugrenzen. Nachfrager auf den Fahrgastmärkten ist der Fahrgast. Räumlich sind die Fahrgastmärkte auf einzelne Linien beschränkt. Nach Ansicht des BGH stellt jede einzelne Linie – schon wegen des Verbots der Mehrfachbelegung von Linien – ein Monopol dar. Wettbewerb könne es auf dem Fahrgastmarkt daher nur indirekt durch einen Wettbewerb um den Markt bei einer neuen Ausschreibung geben. Nach Ansicht der Monopolkommission fällt damit die Trennung zwischen einem Aufgabenträger- und einem Fahrgastmarkt wieder zusammen. Alternativ könnten bei der Analyse der Fahrgastmärkte auch die Substitutionsbeziehungen zwischen dem ÖPNV und anderen Verkehrsmitteln berücksichtigt werden. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass auf einzelnen Fahrgastmärkten andere Verkehrsmittel wie Auto, Fahrrad oder Taxi eine relevante Alternative zur Nutzung des ÖPNV darstellen und damit den wettbewerblichen Spielraum des Anbieters im ÖPNV einschränken.

94.* In mehreren Fällen hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum die Entstehung oder Verstärkung kollektiver Marktmacht geprüft. Dabei ging es auf verschiedenen Märkten der Abfallwirtschaft, beim Großhandel für Papier und auf dem Markt für Fruchtzubereitungen von Oligopolen mit bis zu vier Mitgliedern aus. Die Monopolkommission spricht sich gegen die Trennung in Binnen- und Außenwettbewerb rein nach Marktanteils-kriterien aus. Bei der Analyse von oligopolistischer Marktmacht auf mehreren räumlichen Märkten fällt auf, dass das Kartellamt diese Märkte isoliert voneinander betrachtet. Es wäre jedoch zu vermuten, dass die Kooperation zwischen Unternehmen, die gemeinsam auf mehreren räumlichen Märkten tätig sind, marktübergreifend stattfindet.

95.* Anlässlich des immer noch anhängigen Beschwerdeverfahrens E.ON Mitte/Stadtwerke Eschwege hat das Bundeskartellamt erneut eine umfangreiche Markterhebung der Strommärkte in Deutschland durchgeführt. Durch die zunehmende Bedeutung des Handels ist die bisherige Art der Marktabgrenzung in einen Weiterverteiler-, einen Großkunden- und einen Haushalts- und Klein-kundenmarkt nicht mehr praktikabel. Das Bundeskartellamt wird sich bei der Marktbetrachtung künftig an der stufenweisen Analyse der Europäischen Kommission orientieren. Die Vorwärtsintegration der Stromerzeuger durch die Beteiligung an Stadtwerken wurde im Berichtszeitraum durch die Freigabe einiger kleiner Beteiligungen, die nur geringe Mengen betrafen, fortgeführt.

96.* Im Medienbereich prüfte das Kartellamt einige Zusammenschlüsse in der zweiten Phase, bei denen die nichthorizontalen Effekte des jeweiligen Zusammenschlusses im Zentrum der Wettbewerbsanalyse standen. Das Zusammenschlussvorhaben Springer/ProSieben-Sat.1 wurde untersagt, weil durch die Fusion die kollek-

tive Marktbeherrschung von ProSiebenSat.1 und RTL auf dem Fernsehwerbemarkt sowie die überragende Marktposition von Axel Springer auf dem Anzeigenmarkt für Zeitungen und dem Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen verstärkt würden. Das Amt wertet das Vorhaben als konglomerate Fusion. Zwar komme es auf keinem der betroffenen Märkte zu Marktanteilsadditionen, der Zusammenschluss führe aber aufgrund marktübergreifender Effekte zur Verstärkung marktbeherrschender Stellungen. Ein horizontaler Zusammenschluss mit einer Marktanteilsaddition auf den Werbemärkten würde sich bei einer anderen Abgrenzung der Werbemärkte ergeben. Das Amt unterscheidet zwischen einem Markt für Fernseh- und für Zeitungswerbung. Da jedoch nach Aussagen des Amtes die Bild-Zeitung wegen ihrer bundesweit großen Verbreitung für Werbeträger eine relevante Alternative zur Fernsehwerbung darstellt, könnte man alternativ einen Markt für Werbung mit bundesweit großer Reichweite abgrenzen. Auf diesem Markt würden sich durch den Zusammenschluss die Marktanteile von ProSiebenSat.1 und Springer addieren. Bei der Berücksichtigung von Synergieeffekten in Fusionskontrollverfahren muss klar herausgestellt werden, welche Verhaltensweisen dazu dienen, Wettbewerber zu behindern, und demnach die Marktmacht eines Unternehmens verstärken, und welche effizienzsteigernd sind. Letztere sollten im Kartellamtsverfahren nach Ansicht der Monopolkommission nicht explizit berücksichtigt werden, da sie bereits pauschaliert durch die Festlegung einer Marktbeherrschungsgrenze berücksichtigt werden.

97.* Die Übernahme der DPC Digital Playout Center durch den Satellitenbetreiber Astra wurde vom Bundeskartellamt unter Anwendung der Abwägungsklausel freigegeben. DPC war zuvor eine Tochter des Pay-TV-Anbieters Premiere. Der Zusammenschluss hat konglomeraten Charakter, da er zu einer Integration der Märkte für die beiden komplementären Inputs der technischen Dienstleistungen und der Transponderkapazität für Pay-TV-Anbieter führt. Gleichzeitig wird mit der Trennung des Marktes für technische Dienstleistungen vom Endkundenmarkt für Pay-TV eine vertikale Integration aufgelöst. Schließlich wurden eine Reihe von Markterweiterungszusammenschlüssen im deutschen Breitbandkabelnetz geprüft. Freigegeben und vollzogen wurde die Übernahme von ish, dem nordrhein-westfälischen Kabelanbieter durch iesz, den hessischen Kabelanbieter.

98.* Erstmals hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum zur Umsetzung einer Veräußerungsaufgabe einen Treuhänder eingesetzt. Die Monopolkommission begrüßt dies. Die Europäische Kommission hat eine Studie zur Umsetzung von Auflagen auf europäischer Ebene herausgebracht, die Auflagen generell eine recht geringe Wirksamkeit bescheinigt. Vor diesem Hintergrund scheint es besonders wichtig, in Zukunft stärker darauf zu achten, dass Auflagen so umgesetzt werden, dass die damit verbundenen Strukturziele tatsächlich erreicht werden können.

99.* In einem Fall hat das Amt im Berichtszeitraum die Stilllegung eines Werkes als Auflage benutzt. Der betref-

fende Fall, Wilhelm Werhahn/Norddeutsche Mischwerke, betraf den Zusammenschluss zweier Unternehmen, die unter anderem Asphaltmischgut herstellen. Während die in dem Fall angewendeten Veräußerungsaufgaben geeignet sind, die wettbewerblichen Probleme auf den betroffenen Märkten auszuräumen, werden durch die Umsetzung von Stilllegungsaufgaben die Nachfrager in ihrer Wahlmöglichkeit auf den betroffenen Märkten noch stärker eingeschränkt, als sie es ohne jegliche Auflage gewesen wären. Die Monopolkommission hält Stilllegungsaufgaben demnach nicht für geeignet, um wettbewerbliche Bedenken eines Zusammenschlusses aufzuheben.

100.* Schließlich weist die Monopolkommission auf zwei Gerichtsverfahren hin, in denen Erledigung vorlag und das Gericht auch das Vorliegen eines Feststellungsinteresses der Beschwerdeführer nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB verneinte. Da Gerichte schon aus Effizienzgründen aktuelle und nicht ehemalige Streitigkeiten klären sollten, ist eine enge Auslegung der entsprechenden Vorschrift zu begrüßen. Im Falle der Übernahme eines staatlichen Krankenhauses durch die Rhön-Klinikum AG ist jedoch zu erwarten, dass die Grundsatzfrage, ob die Fusionskontrolle im Krankenhausbereich anwendbar ist, ohnehin gerichtlich geklärt werden muss. Eine Entscheidung des Gerichts in dieser Frage würde demnach keine zusätzlichen Ressourcen binden.

101.* In einer Reihe von Fällen ist das Amt im Berichtszeitraum gegen Verstöße gegen das Vollzugsverbot vorgegangen, teilweise mit einem Bußgeldverfahren, teilweise durch eine nachträgliche Prüfung des Zusammenschlusses, eine Untersagung und eine anschließende Entflechtungsverfügung. Während die Parteien in einem Falle die Ansicht vertreten, dass Verjährung vorliege, da der betreffende Zusammenschluss mehr als fünf Jahre zurückliegt, ist das Bundeskartellamt der Ansicht, dass es sich bei einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot um ein Dauerdelikt handle, das mindestens so lange wie der durch die Fusion geschaffene rechtswidrige Zustand anhält. Tatsächlich entsteht der Schaden, der durch einen Zusammenschluss entsteht, der eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, dauerhaft. Die Monopolkommission hielte es deshalb auch für angemessen, wenn sich das Bußgeld, das das Amt im Falle eines Verstoßes gegen das Vollzugsverbot verhängt, in seiner Höhe daran orientiert, wie lang der Zusammenschluss bereits besteht und in welcher Höhe die Zusammenschlussbeteiligten dadurch zusätzliche Gewinne erwirtschaften konnten.

Europäische Fusionskontrolle

102.* Der Berichtszeitraum 2004/2005 stand ganz im Zeichen der zweiten Reform der europäischen Fusionskontrollregeln. Am 1. Mai 2004 trat die Verordnung 139/2004 in Kraft, mit der die Verordnung 4064/89 abgelöst wurde. Aus verfahrensrechtlicher Sicht ist insbesondere die grundlegende Änderung der Verweisungsregeln zu erwähnen. Die wichtigste materiell-rechtliche Änderung betrifft das Untersagungskriterium in Artikel 2 der Fusionskontrollverordnung (FKVO), das durch die Aufnahme

des so genannten SIEC (Significant Impediment of Effective Competition)-Tests erweitert wurde. Im Berichtszeitraum konnte die Europäische Kommission erste Erfahrungen mit den neuen Vorschriften sammeln. Dabei hat sie auch den more economic approach, also einen stärker ökonomisch orientierten Ansatz, weiterverfolgt. Einen weiteren Schwerpunkt bildete die Diskussion über die Anwendung der Fusionskontrollregeln bei konglomeraten und vertikalen Zusammenschlüssen. Sie erhielt wichtige Impulse von der Rechtsprechung.

103.* Mit der neuen VO 139/2004 wurden die Verweisungsregeln einerseits grundlegend erweitert, andererseits bestehende Vorschriften modifiziert. Völlig neu sind die Vorschriften des Artikel 4 Abs. 4 und 5 FKVO, wonach die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen befugt sind, um eine Verweisung nach Brüssel oder an einen Mitgliedstaat zu ersuchen. Die hohe Zahl der Anträge – fast 60 seit Einführung der Regelung – zeigt, dass aus Sicht der Wirtschaft ein großes Bedürfnis besteht, die quantitativen Kriterien des Artikel 1 FKVO zu durchbrechen. Insgesamt lässt sich eine deutliche Tendenz hin zur Zuständigkeit Brüssels erkennen, in der sich unter anderem der Wunsch der fusionswilligen Unternehmen nach einem „one-stop-shop“ und der Drang hin zu einer weniger stringenten Kontrolle widerspiegeln dürfte. Soweit die Unternehmen auch den entgegengesetzten Weg hin zu den nationalen Behörden eingeschlagen haben, kommen als Gründe die größere Nähe zu den betroffenen Märkten und der zum Teil geringere bürokratische Aufwand auf nationaler Ebene in Betracht. Außerdem mag die Hoffnung, das Wettbewerbsrecht werde durch eine nationale Industriepolitik überlagert, ein weiteres Motiv für die Verweisungsersuchen darstellen. Derartigen unerwünschten Auswüchsen eines „forum shopping“ sollte nach Auffassung der Monopolkommission grundsätzlich das Vetorecht der Mitgliedstaaten bzw. der Europäischen Kommission entgegenstehen, mittels dessen eine Verfahrensabgabe von Seiten der ursprünglich zuständigen Wettbewerbsbehörde verhindert werden kann.

104.* Zu bemängeln ist allerdings die fehlende Transparenz der Verfahren nach Artikel 4 Abs. 4 und 5 FKVO. Ein verlässliches Bild darüber, in welchem Umfang die einzelnen Mitgliedstaaten von Verweisungen nach Brüssel betroffen sind, lässt sich auf der Grundlage der veröffentlichten Daten nicht bilden. Zu kritisieren ist ferner, dass die Europäische Kommission nicht darüber informiert, in welchen Fällen die Mitgliedstaaten ein Veto gegen die Verfahrensabgabe eingelegt haben. Die Bundesregierung sollte nach Ansicht der Monopolkommission daher darauf hinwirken, dass die Europäische Kommission ihre Informationspolitik in diesem Bereich verbessert.

105.* Die hohe Zahl von Verfahrensabgaben gibt Anlass zu der Frage, ob es sich bei den Verweisungsvorschriften wirklich noch um eine „Ausnahmeregelung“ handelt und der Grundsatz der Rechtssicherheit ausreichend gewährleistet ist. Dies erscheint um so zweifelhafter angesichts der absehbaren Tendenz steigender Antragszahlen. Für den Fall, dass diese Entwicklung anhalten oder noch ver-

stärkt werden sollte, empfiehlt die Monopolkommission der Bundesregierung, sich im Rahmen des für 2009 geplanten Revisionsprozesses dafür einzusetzen, dass die Voraussetzungen für Verweisungen auf Antrag der Zusammenschlussbeteiligten Unternehmen erhöht werden.

106.* Ganz anders als die Zahl der Verweisungsanträge hat sich die Ausübung des Vetorechts durch die Mitgliedstaaten entwickelt. Soweit ersichtlich haben die nationalen Wettbewerbsbehörden insgesamt nur in zwei Fällen von ihrem gesetzlichen Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht. Die Monopolkommission empfiehlt den zuständigen deutschen Behörden, künftig bei sämtlichen sie betreffenden Verweisungsanträgen genau zu prüfen, ob eine Verfahrensabgabe nach Brüssel sachdienlich ist. Im gegenteiligen Fall, etwa wenn die Auswirkungen der Fusion im Wesentlichen im Inland spürbar sind, sollte Deutschland sein Vetorecht nutzen. Nur auf diese Weise lässt sich sicherstellen, dass die Regelung des Artikel 4 Abs. 5 FKVO zu einer Verbesserung der Feinsteuerung und nicht lediglich zu einer willkürlichen Verschiebung von Kompetenzgrenzen beiträgt.

107.* Die Zwei-Drittel-Regelung in Artikel 1 FKVO blieb zwar von der VO 139/2004 unberührt. Der Fall Gas Natural/Endesa, der in Spanien angemeldet worden war, veranlasste die Europäische Kommission jedoch, über eine Änderung bzw. Aufhebung der Vorschrift nachzudenken. Ihrer Auffassung nach zeigte der Fall, dass aufgrund der Zwei-Drittel-Regelung selbst Zusammenschlüsse mit beträchtlichen grenzüberschreitenden Auswirkungen der europäischen Jurisdiktion entzogen werden. Die Monopolkommission hält die Zwei-Drittel-Regelung im Grundsatz für geeignet, nationale und Gemeinschaftskompetenzen sachgerecht abzugrenzen. Sie sieht allerdings das Bedürfnis für eine Ergänzung dieser Regelung, die der Gemeinschaftsdimension Rechnung trägt, welche auch rein nationalen Zusammenschlüssen anhaften kann. Eine Änderung der gegenwärtigen Kompetenzverteilung empfiehlt sich insbesondere mit Hinblick auf Zusammenschlüsse in Netzindustrien. Die Zwei-Drittel-Regelung führt auf den traditionell monopolistisch geprägten Märkten zu einer rückwärts gewandten Beurteilung der Kompetenzverteilung, die sich vornehmlich an den Verhältnissen der Vergangenheit orientiert. Zusammenschlussvorhaben in diesen Branchen werden indes gerade auch mit der Ausrichtung auf eine künftige europaweite Unternehmenstätigkeit geplant und erhalten vor dem Hintergrund sich öffnender nationaler Märkte eine gemeinschaftsweite Dimension. Darüber hinaus belegen gerade die jüngsten Entwicklungen in einigen Mitgliedstaaten erneut das hohe Risiko, dass sich bei der Beurteilung von derartigen Fusionen durch nationale Behörden industriepolitische Interessen durchsetzen. Die Monopolkommission plädiert daher für eine gesetzgeberische Lösung, die es der Europäischen Kommission in bestimmten Fällen erlaubt, derartige Zusammenschlussvorhaben unabhängig vom Eingreifen der Zwei-Drittel-Regelung zu prüfen. Eine entsprechende Ausnahmeregelung sollte zwei Kriterien enthalten: Zum einen muss der Zusammenschluss Auswirkungen auf einen Markt haben, der in der Vergangenheit für den grenzüberschreitenden

Wettbewerb geschlossen war, zum anderen muss dieser Markt inzwischen aufgrund europarechtlicher Regelung für den grenzüberschreitenden Wettbewerb geöffnet worden sein.

108.* Mit der VO 139/2004 hat sich das Untersagungskriterium der europäischen Fusionskontrolle wesentlich geändert. Im Mittelpunkt des Artikel 2 Abs. 2 und 3 FKVO steht nun der so genannte SIEC-Test. Das bisher gültige Marktbeherrschungskriterium bleibt als eine wesentliche Konkretisierung der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ bestehen. Neu hinzu tritt außerdem die Möglichkeit, Effizienzvorteile von Zusammenschlüssen ausdrücklich zu berücksichtigen. Ergänzt wird die neue FKVO durch Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen, mit denen die Kommission darüber informiert, welche Kriterien sie bei der Beurteilung derartiger Vorhaben anwendet. Die angekündigten Leitlinien zu vertikalen und konglomeraten Fusionen stehen noch aus.

109.* Die Diskussion um ein neues Untersagungskriterium war eng verbunden mit Überlegungen, einen verstärkten ökonomischen Ansatz in der Fusionskontrolle zu verankern. Der SIEC-Test ist zwar konzeptionell keine notwendige Voraussetzung des so genannten more economic approach. Vielmehr wäre eine stärker ökonomisch orientierte Vorgehensweise in der Fusionskontrolle nach Auffassung der Monopolkommission auch unter dem Marktbeherrschungskriterium möglich. Dies belegen mehrere Brüsseler Verfahren während der letzten Jahre, in denen die Europäische Kommission einen more economic approach bei gleichzeitiger Anwendung des Marktbeherrschungstests verfolgte. Nach Auffassung der Monopolkommission kann allerdings nicht bezweifelt werden, dass die Diskussion um den SIEC-Test die Überlegungen zu einer vermehrt ökonomischen Betrachtungsweise wesentlich befördert hat. Auch die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission hat sich seit Einführung des neuen Untersagungskriteriums in den Begründungen, wenn auch nicht in den Ergebnissen, erkennbar gewandelt.

110.* Soweit das Untersagungskriterium betroffen ist, erfolgte dieser Wandel hin zum SIEC-Test zunächst relativ langsam, weil die VO 139/2004 erst am 1. Mai 2004 in Kraft trat und gemäß Artikel 26 FKVO für gewisse „Altfälle“ die Fusionskontrollregeln in ihrer alten Fassung anwendbar blieben. Im Lauf der Zeit nahm die Anwendung des SIEC-Kriteriums aber deutlich zu, wobei die Kommission in ihren Entscheidungen häufig nur den gesetzlichen Wortlaut des Untersagungskriteriums wiederholte und offen ließ, ob neben einer beträchtlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auch die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Position zu befürchten war. Neben dieser zeitlichen Komponente ist eine gewisse Tendenz der Europäischen Kommission erkennbar, bei hohen absoluten und relativen Marktanteilen nach wie vor bevorzugt auf den Marktbeherrschungstest zurückzugreifen. Der SIEC-Test wird dagegen eher herangezogen, wenn die beteiligten Unternehmen durch den Zusammenschluss nicht die Marktführerschaft erlangen

oder kein weiterer Marktanteilsabstand zu ihrem nächsten Wettbewerber besteht.

111.* Größeren Einfluss als das neue Untersagungskriterium hatte der more economic approach auf die Entscheidungspraxis. Die Entwicklung hin zu einer vermehrt ökonomischen Betrachtungsweise drückt sich in verschiedenen Veränderungen der Entscheidungspraxis aus. Zum einen fällt auf, dass die ermittelten Marktanteile zwar immer noch in den meisten Fällen den Ausgangspunkt der vorgenommenen Prüfung bilden, ihre Bedeutung aber zunehmend in Frage gestellt wird. Die Europäische Kommission nimmt häufiger eine ausdrückliche Relativierung der Marktanteile vor und stützt sich dabei verstärkt auf Argumente wie das Vorliegen von Ausschreibungsmärkten oder die Existenz von freien Produktionskapazitäten. Derartige Erwägungen hat sie beispielsweise in den Fällen Continental/Phoenix, Siemens/VA Tech und Air Liquide/Messer Targets sowie bei den Zusammenschlüssen Blackstone/Acetex, Bertelsmann/Springer und Sonoco/Ahlstrom angestellt. In Fällen mit differenzierten Produkten fanden regelmäßig Untersuchungen der Substitutionsbeziehungen statt, auf deren Grundlage in einigen Fällen ebenfalls die zuvor ermittelten Marktanteile relativiert wurden. Überlegungen dieser Art finden sich etwa in den Verfahren Bayer Healthcare/Roche und Piaggio/Aprilia.

112.* Darüber hinaus nehmen Marktuntersuchungen und quantitative Analysen einen wesentlich breiteren Raum in den Entscheidungen der Europäischen Kommission ein als in der Vergangenheit. Dazu gehört die Berechnung von Marktkonzentration nach dem Hirschman-Herfindahl-Index ebenso wie die Befragung von Marktteilnehmern und die Auswertung von Ausschreibungsdaten. Ferner untermauert die Europäische Kommission ihre Aussagen vermehrt durch ökonomische Analysen, die die qualitative Einschätzung von Zusammenschlüssen ergänzen oder sogar im Vordergrund der Überlegungen stehen. Es lässt sich ferner feststellen, dass Befragungen und quantitative Analysen – beispielsweise in Bezug auf die untersuchten Fragestellungen, das methodische Vorgehen oder die ermittelten Ergebnisse – während des Berichtszeitraums häufig detaillierter erläutert worden sind als in früheren Entscheidungen.

113.* Im Prinzip drückt sich der more economic approach auch in der neu im Gesetz verankerten Möglichkeit der beteiligten Unternehmen aus, die mit einem Zusammenschluss verbundenen Effizienzvorteile geltend zu machen. Im Berichtszeitraum hat diese Möglichkeit allerdings kaum eine Rolle gespielt. Nur in einer Zweite-Phase-Entscheidung – Areva/Urenco/ ETC JV – wurde die Problematik angesprochen, auf nähere Ausführungen hat die Europäische Kommission hier allerdings verzichtet. Damit haben sich Befürchtungen, die Europäische Kommission könnte sich zu großzügig bei der Berücksichtigung von Effizienzvorteilen verhalten, jedenfalls bislang nicht bestätigt.

114.* Die Monopolkommission befürwortet grundsätzlich die Anwendung quantitativer Analysen in der Fusionskontrolle. Sie können die qualitative Beurteilung

von Zusammenschlüssen sinnvoll ergänzen und dort, wo die traditionelle Vorgehensweise keinen Erfolg verspricht, sogar teilweise ersetzen. Dass der traditionelle Ansatz zur Analyse der Marktbeherrschung besonders bei differenzierten Produkten problematisch ist, zeigt der Fall Oracle/PeopleSoft deutlich. Die bisherige Vorgehensweise sieht zwei Schritte vor – die Marktabgrenzung und die Marktanalyse. Die aus Sicht des vernünftigen Verbrauchers vorgenommene Marktabgrenzung ist jedoch bei differenzierten Produkten stets mit einer gewissen Gefahr der Willkür verbunden, weil sich klare und eindeutige Marktgrenzen wegen der Heterogenität der Verbraucherinteressen nicht angemessen ziehen lassen. Die Bedeutung des Randwettbewerbs um Kunden, bei denen ein Abwandern zu benachbarten Produkten droht, wird zu wenig in den Blick genommen. Diese Probleme lassen sich nach Ansicht der Monopolkommission teilweise umgehen, wenn man unmittelbar auf Nachfrageelastizitäten abstellt und anhand dieser ermittelt, welche Preiserhöhungsspielräume sich durch die Fusion ergeben. Jedoch bedingt dieses Verfahren, dass die Trennung von Marktabgrenzung und Marktanalyse aufgeweicht, wenn nicht gänzlich aufgehoben wird.

115.* Quantitative Analysen stellen nach Ansicht der Monopolkommission ein wichtiges Mittel der Beweiserhebung dar, das der Europäischen Kommission helfen kann, ihre qualitative Einschätzung überzeugend zu belegen. Bedient sich die Wettbewerbsbehörde ökonomischer Studien, muss sie allerdings darauf achten, dass die qualitative und die quantitative Analyse in ein und demselben Fall kohärent sind. So grenzte die Kommission in ihrer Entscheidung Lagardère/Natexis/VUP unterschiedliche Märkte für großformatige und Taschenbücher sowie für die verschiedenen Distributionskanäle ab. In der ökonomischen Studie wurde hingegen angenommen, dass alle Verkäufe allgemeiner Literatur in einem übergreifenden Modell erklärt werden können. Auf diese Unstimmigkeit ist die Kommission in ihrem Beschluss jedoch nicht eingegangen.

Die Monopolkommission warnt ferner davor, an die quantitative Beweisführung der Europäischen Kommission überzogene Anforderungen zu stellen. Vielmehr ist der Einsatz quantitativer Methoden davon abhängig zu machen, welche Daten – im Hinblick auf Umfang, Qualität und Vergleichbarkeit – die Europäische Kommission im Einzelfall vorfindet oder mit vertretbarem Aufwand ermitteln kann. Die Fälle Blackstone/Acetex und Siemens/VA Tech zeigen beispielsweise, dass auch bei ungünstiger Datenlage wichtige Erkenntnisse mittels quantitativer Analysen möglich sind. Diese können zur Klärung von Zweifelsfragen beitragen und die Transparenz und Nachvollziehbarkeit von behördlichen Entscheidungen fördern.

116.* Die Monopolkommission erkennt nicht, dass mit dem more economic approach auch Probleme verbunden sind. Eine verstärkt ökonomische Vorgehensweise verlangt die Erhebung von Daten, die früher nicht erhoben worden sind, sowie deren eingehende Analyse. Damit können die Auswahl der Daten, das Verfahren der Daten-

erhebung sowie die Auswertung der Daten zum Gegenstand rechtlicher Streitigkeiten werden. Es ist zu hoffen, dass die Rechtsprechung möglichst bald Standards setzt, welche die Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit von Entscheidungen auch insoweit sicherstellen.

117.* Im Oktober 2005 hat die Europäische Kommission eine Studie vorgelegt, in der sie die in der Praxis aufgetretenen Probleme bei der Durchführung von Zusagen und deren Effizienz erörtert. Sie ermittelte eine Vielzahl von ernsthaften Schwierigkeiten in Bezug auf die Konzipierung und Durchführung von Zusagen. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass nur 57 Prozent der Abhilfemaßnahmen effektiv waren, in 24 Prozent der Fälle werden sie als teilweise wirksam und in 7 Prozent der Fälle als unwirksam bezeichnet. 12 Prozent der Fälle entzogen sich einer Beurteilung. Die Monopolkommission begrüßt die Veröffentlichung der vorliegenden Untersuchung ausdrücklich. Ihrer Ansicht nach wäre es wünschenswert, dass die Europäische Kommission regelmäßig über die Implementierung von Abhilfemaßnahmen berichtet. Eine Ex-post-Betrachtung kann wichtige Informationen über die Wirksamkeit von Zusagen im Einzelfall geben und darüber hinaus notwendige Anhaltspunkte für die Zusagegestaltung im Allgemeinen liefern. Die Monopolkommission empfiehlt, die in der Studie enthaltenen Verbesserungsansätze möglichst zeitnah in die Mitteilung über Abhilfemaßnahmen und die Musterformulare für Veräußerungszusagen einzuarbeiten. Sie unterstützt insbesondere den mehrfach in der Studie geäußerten Vorschlag, stärkeren Gebrauch von Upfront-Buyer-Zusagen zu machen.

118.* Daneben bestärken die Ergebnisse der vorgelegten Studie die Monopolkommission in ihrer Zurückhaltung gegenüber Zusagen, die den Zugang von Wettbewerbern zur Infrastruktur der Zusammenschlussparteien beinhalten. Sie haben sich unter allen Zusagetypen als am wenigsten effektiv herausgestellt. Außerdem zeigt die vorgenommene Untersuchung, dass eine gewisse Skepsis auch gegenüber Veräußerungszusagen angebracht ist. Aus der Studie geht hervor, dass viele der im Zusammenhang mit Veräußerungszusagen auftretenden Schwierigkeiten erst nach mehreren Jahren ausgeräumt werden konnten und immerhin 30 Prozent der auftretenden Schwierigkeiten ungelöst blieben. Aufgrund der Untersuchungsergebnisse muss die Wirksamkeit von Zusagen insgesamt als erheblich eingeschränkt angesehen werden, da nur gut die Hälfte der untersuchten Abhilfemaßnahmen ihr Ziel erreichten. Dieser Umstand sollte die Europäische Kommission dazu veranlassen, ihre Haltung gegenüber Abhilfemaßnahmen in grundlegender Weise zu überdenken und sie restriktiver als bisher einzusetzen. Dies muss um so mehr in Fällen gelten, bei denen eine Genehmigung nur mittels umfangreicher Maßnahmenpakete möglich ist. Hier dürften die beobachteten Schwierigkeiten bei der Prognose der Zusagenfolgen, bei der Bestimmung des geeigneten Verpflichtungsumfangs und bei der Überwachung der Zusagendurchführung vermehrt auftreten.

119.* Auch vor dem Hintergrund der genannten Studie empfiehlt die Monopolkommission, den rechtlich zulässi-

gen Umfang von Abhilfemaßnahmen zu begrenzen. In dem Verfahren Lagardère/Natexis/VUP entfiel auf den Veräußerungsgegenstand mehr als die Hälfte des erworbenen Unternehmens. Dieser Umstand wirft die Frage auf, ob es von den Regelungen der FKVO gedeckt ist, einen Zusammenschluss mit der Verpflichtung freizugeben, den größeren Teil des erworbenen Geschäfts wieder zu veräußern. Nach Ansicht der Monopolkommission sprechen die besseren Gründe dafür, Zusammenschlussvorhaben, die derartig starke Wettbewerbsbedenken hervorrufen, zu verbieten. Gerade angesichts der oben erwähnten Studie erscheint die Festlegung umfangreicher Maßnahmenpakete als äußerst bedenklich. Es ist daran zu erinnern, dass sich nach den Untersuchungen der Europäischen Kommission lediglich 57 Prozent der vereinbarten Zusagen als wirksam erwiesen haben. Die mit der Zusageumsetzung verbundenen Schwierigkeiten dürften mit dem Umfang der auferlegten Abhilfemaßnahmen noch zunehmen. Außerdem erhöht sich mit zunehmendem Umfang der Abhilfemaßnahmen die Gefahr, dass die Wettbewerbsbehörden übermäßigen Einfluss auf die Gestaltung der Marktstrukturen nehmen. Die Höchstgrenze für Bedingungen und Auflagen sollte bei etwa 50 Prozent des Erwerbsgegenstands liegen. Dabei ist der Europäischen Kommission eine gewisse Flexibilität zuzubilligen, damit auch im Einzelfall praktikable Lösungen gefunden werden können.

120.* Während des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission in einer ganzen Reihe von Fällen Freigabeentscheidungen mit Veräußerungsverpflichtungen verknüpft. Veräußerungszusagen weisen einen strukturellen Charakter auf und sind daher grundsätzlich geeignet, auf der Änderung von Marktstrukturen beruhende Wettbewerbsbehinderungen zu beseitigen. Im Einzelfall kann ihre nähere Ausgestaltung dennoch zu Bedenken Anlass geben. In dem Verfahren Johnson & Johnson/Guidant wies ein Teil der Veräußerungszusagen stark verhaltensbezogene Bestandteile auf, wie etwa die Verpflichtung zur Unterstützung des Erwerbers beim Aufbau einer eigenen Produktion oder zur Übermittlung von Forschungs- und Entwicklungsdaten. Diese Verpflichtungen bieten nach Ansicht der Monopolkommission zahlreiche Möglichkeiten für eine Behinderung des Erwerbers und sind kaum zu kontrollieren.

121.* In Hinsicht auf verhaltensorientierte Zusagen hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seiner Entscheidung Europäische Kommission/Tetra Laval die vom Gericht erster Instanz (EuG) aufgestellten Kriterien am 15. Februar 2005 bestätigt. Das EuG hatte bereits früher erläutert, dass strukturorientierten Abhilfemaßnahmen bei fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen zwar grundsätzlich der Vorzug zu geben sei. Es sei aber nicht a priori auszuschließen, dass sich auf den ersten Blick verhaltensbezogene Verpflichtungen ebenfalls eignen, die Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung zu verhindern. Daher müssten angebotene Zusagen im Einzelnen untersucht werden, ohne dass es darauf ankomme, ob sie jeweils als verhaltensbezogene oder als strukturorientierte Verpflichtung qualifiziert werden könnten. Diese Vorgaben hat die Europäische Kommis-

sion im Berichtszeitraum z. B. im Verfahren EDP/ENI/GDP in die Praxis umgesetzt, was das Gericht erster Instanz in dem Prozess EDP/Europäische Kommission bestätigte.

122.* Verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen hat die Europäische Kommission den Parteien z. B. in den Fällen Total/Gaz de France, Areva/Urenco/ETC JV und Piaggio/Aprilia auferlegt. Den Zusammenschluss Total/Gaz de France gab die Europäische Kommission nur unter der Bedingung frei, dass Total den nicht diskriminierenden und transparenten Zugang zu seinen Gastransport- und Speicheranlagen im Südwesten Frankreichs sicherstellte. Diese Zusage wurde durch eine Reihe weiterer Verpflichtungen ergänzt. Obwohl die Rechtsprechung derartige Verhaltenszusagen prinzipiell für zulässig hält, bestehen nach Auffassung der Monopolkommission grundlegende Bedenken gegen die Eignung von Zugangszusagen. Sie beinhalten ein hohes Missbrauchs- und Behinderungspotential und erfordern eine umfängliche Kontrolle seitens der Behörden. Die erheblichen Schwierigkeiten bei der Umsetzung derartiger Abhilfemaßnahmen werden von der oben erwähnten Studie der Europäischen Kommission bestätigt. Hiernach haben sich Zugangszusagen in der Vergangenheit als besonders ineffektiv erwiesen.

123.* In dem Zusammenschluss Areva/Urenco/ETC JV, der sich auf dem Markt für Urananreicherung auswirkte, umfassten die von den Parteien vorgeschlagenen Zusagen unter anderem die Verpflichtung zur Weitergabe von Informationen an die Euratom-Versorgungsagentur (ESA). Diese sollte anhand der übermittelten Daten in die Lage versetzt werden, die Preise für die Urananreicherung zu überwachen und gegebenenfalls korrigierend einzugreifen. Eine solche Zusage, hinter der die Überlegung steht, dass für den Fall des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung die ESA korrigierend eingreift, erweckt erhebliche Bedenken. Die ihr zugrunde liegende Überlegung steht in Widerspruch zu den Zielen der Fusionskontrollverordnung, wonach ein Zusammenschluss schon dann zu untersagen ist, wenn er die Gefahr eines unkontrollierten Verhaltensspielraums hervorbringt oder erhöht. Maßnahmen, die erst dann greifen, wenn die entstehende oder verstärkte marktbeherrschende Position missbräuchlich ausgenutzt wird, gehören in den Bereich der Missbrauchsaufsicht nach Artikel 82 EGV. Sie sind jedoch nicht geeignet, die Bedenken gegen die Durchführung eines Zusammenschlusses auszuräumen, der eine marktbeherrschende Position begründet oder verstärkt.

124.* Kritisch ist die Vorgehensweise der Europäischen Kommission auch in den Fällen Siemens/VA Tech und Continental/Phoenix zu beurteilen. Die Kommission hat die Frage nach dem Vorliegen einer Wettbewerbsbeeinträchtigung mit der Begründung offen gelassen, dass die abgegebenen Zusagen mögliche Bedenken gegen den Zusammenschluss auf jeden Fall beseitigen. In dem Verfahren Areva/Urenco/ETC JV wurde mit derselben Begründung der Frage nach möglicherweise bestehenden Effizienzvorteilen nicht weiter nachgegangen. Nach Auffassung der Monopolkommission ist es systematisch verfehlt, im Hinblick auf frühzeitig vorgelegte Zusagen-

vorschläge auf eine fundierte Prüfung der Zusammenschlussfolgen und deren eindeutige Bewertung zu verzichten. Erst diese Prüfung und die daran anschließende Feststellung von Art und Umfang künftiger Wettbewerbsbeeinträchtigungen lassen nämlich erkennen, ob sich ein Zusageangebot zur Beseitigung der wettbewerbslichen Bedenken eignet. Daneben erlaubt Artikel 8 Abs. 2 FKVO die Auferlegung von Bedingungen und Auflagen nur dann, wenn der Zusammenschluss andernfalls zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führen würde. Vergleichbare Erwägungen gelten im Hinblick auf die Beurteilung möglicher Effizienzvorteile im Fall Areva/Urenco/ETC JV.

125.* Der Europäische Gerichtshof und das Gericht erster Instanz haben im Berichtszeitraum eine Reihe von wettbewerbsrechtlich bedeutsamen Urteilen erlassen. Mit Spannung erwartet wurden die Urteile in den Verfahren, in denen die Behandlung konglomerater Zusammenschlüsse im Mittelpunkt der gerichtlichen Auseinandersetzung stand. Am 15. Februar 2005 bestätigte der Europäische Gerichtshof die Urteile des Gerichts erster Instanz vom Oktober 2002, mit dem dieses die Untersagungs- und Entflechtungsentscheidung der Kommission im Fall Tetra Laval/Sidel aufgehoben hatte. Nach Ansicht des Gerichtshofs hat das Gericht erster Instanz keine überhöhten Beweisanforderungen an die Europäische Kommission gestellt. Die Kommission verfüge zwar über einen Beurteilungsspielraum in Wirtschaftsfragen, dies bedeute aber nicht, dass der Gemeinschaftsrichter eine Kontrolle der Auslegung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission unterlassen müsse. Eine solche Kontrolle sei um so nötiger, wenn es sich um die bei konglomeraten Zusammenschlüssen erforderliche Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung auf den betroffenen Märkten handle. Das Urteil bestätigt somit, dass die Rechtsprechung gerade in Fällen konglomerater Auswirkungen besonders sorgfältige Begründungen von der Europäischen Kommission erwartet.

126.* Die Kommission wehrte sich mit ihrer Klage ferner gegen die Feststellung des EuG, sie müsse bei der Beurteilung von Anreizen zur Ausnutzung einer Hebelwirkung auch die Rechtswidrigkeit bestimmter Verhaltensweisen nach Artikel 82 EGV berücksichtigen. In diesem Punkt folgte der Gerichtshof dem Vorbringen der Kommission und stellte einen Rechtsfehler des Gerichts erster Instanz fest. Dieses habe zwar zu Recht verlangt, dass die Kommission die Wahrscheinlichkeit der Verhaltensweisen prüft, mit der eine Hebelwirkung ausgeübt werden könnte. Es würde jedoch dem mit der Fusionskontrollverordnung verfolgten Präventionszweck zuwiderlaufen, wenn man von der Kommission eine Untersuchung darüber verlange, in welchem Umfang die Anreize für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen aufgrund deren Rechtswidrigkeit, der Wahrscheinlichkeit ihrer Entdeckung und ihrer Verfolgung durch die Gemeinschafts- und nationalen Behörden sowie aufgrund möglicher finanzieller Sanktionen verringert oder sogar beseitigt würden. Die Monopolkommission begrüßt diese Ausführungen des Gerichtshofs ausdrücklich. Sie hatte schon früher auf die Probleme hingewiesen, die für die Europäi-

sche Kommission damit verbunden wären, im Voraus alle erdenklichen Verstöße gegen Artikel 82 EGV und nationale Wettbewerbsregeln simulieren und die damit verbundenen Anreizwirkungen abschätzen zu müssen.

127.* Nach dem Erlass des Urteils Europäische Kommission/Tetra Laval durch den EuGH beschäftigte sich das Gericht erster Instanz – in dem Verfahren GE/Europäische Kommission – erneut mit den konglomeraten Auswirkungen von Zusammenschlüssen. Das Gericht machte der Europäischen Kommission wiederum zum Vorwurf, dass sie bei der Prognose künftiger Verhaltensweisen mögliche Sanktionen nach Artikel 82 EGV außer Acht gelassen habe. Ein gewisser Widerspruch zwischen den Überlegungen des EuGH im Fall Europäische Kommission/Tetra Laval und den – zeitlich nachfolgenden – Ausführungen des EuG lässt sich daher nicht ausschließen. Solange in dieser Frage noch keine höchstrichterliche Klärung erfolgt ist, sollte die Kommission in künftigen Entscheidungen wenigstens einen Hinweis auf mögliche abschreckende Wirkungen des Artikel 82 EGV aufnehmen und diese ausdrücklich bei ihrer Abwägung zwischen positiven und negativen Faktoren in Rechnung stellen. Welche Auswirkungen die dargestellten Urteile auf die künftige Entscheidungspraxis der Kommission bei konglomeraten Zusammenschlüssen im Übrigen haben werden, bleibt abzuwarten. Möglicherweise wird die Europäische Kommission in Zukunft noch größere Zurückhaltung bei der intensiven Prüfung konglomerater Zusammenschlüsse üben.

128.* Das Gericht erster Instanz hat sich in dem Verfahren GE/Europäische Kommission auch mit der Behandlung vertikaler Effekte befasst und ebenfalls festgestellt, dass die Kommission bei der Beurteilung des künftigen Verhaltens der Zusammenschlussparteien eine mögliche Abschreckungswirkung des Artikel 82 EGV berücksichtigen müsse. Das Gericht verlagert also auch hier die vorzunehmende Untersuchung weg von den Marktstrukturen hin zu einem künftigen Verhalten der beteiligten Unternehmen. Diesem Ansatz steht die Monopolkommission – ebenso wie der EuGH in dem Verfahren Tetra Laval/Kommission – kritisch gegenüber. Der Sinn der Fusionskontrolle ist es gerade, eine nachfolgende Verhaltenskontrolle zu erübrigen und sowohl Wettbewerbsbehörden als auch Unternehmen von den Zumutungen einer Verhaltensaufsicht zu befreien. Wenn das Gericht erster Instanz bei der Fusionskontrolle einen Einbezug des künftigen Verhaltens der beteiligten Unternehmen fordert, riskiert es, dass genau dieser Sinn der Fusionskontrolle verloren geht. Mit der Verlagerung auf künftige Verhaltensweisen entsteht die Gefahr, dass den negativen wettbewerbslichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen nicht genügend Einhalt geboten wird.

129.* Am 21. September 2005 hat das EuG die Untersagungsentscheidung der Europäischen Kommission im Fall der portugiesischen Energiefusion EDP/ENI/GDP bestätigt. Damit hat die Rechtsprechung erstmals wieder eine Verbotsverfügung der Europäischen Kommission aufrechterhalten, nachdem in den Jahren 2001 und 2002 kurz nacheinander drei solcher Entscheidungen für nicht-

tig erklärt worden waren. Das Gericht hielt die Untersagung aufrecht, weil die Kommission die Verstärkung marktbeherrschender Stellungen auf bestimmten Strommärkten zu Recht angenommen habe. Hinsichtlich der untersuchten Gasmärkte folgte das Gericht der Kommission allerdings nicht. Seiner Ansicht nach darf der portugiesische Staat während der Geltung der Ausnahmeregelung des Artikel 28 der zweiten EU-Gasrichtlinie den inländischen Gasmarkt beliebig umstrukturieren. Das Gericht bewertete die Ausnahmeregelung also praktisch als *Lex specialis* zur FKVO. Aus fusionskontrollrechtlicher Sicht ist diese Ausnahme sicherlich zu kritisieren. Eine Einbeziehung der künftigen, im Zeitpunkt der Marktöffnung auftretenden Wirkungen des Zusammenschlusses hätte dazu beigetragen, negative Entwicklungen auf dem portugiesischen Gasmarkt zu verhindern. Letztlich muss man die Ausnahmeregelung jedoch – wie das Gericht es getan hat – als eine politische Entscheidung des europäischen Gesetzgebers respektieren, der Mitgliedstaaten wie Portugal erlauben wollte, vor der Marktöffnung einen heimischen Incumbent aufzubauen. Positiv zu vermerken bleibt, dass der Liberalisierungsprozess zur Zeit der Kommissionsentscheidung zumindest im portugiesischen Stromsektor schon in Gang gesetzt war. Andernfalls hätte die Untersagung der rechtlichen Überprüfung auch insoweit nicht standgehalten.

130.* In dem Verfahren EDP/Europäische Kommission ging das Gericht außerdem der Frage nach, ob positive Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem Gasmarkt die negativen Effekte auf dem Strommarkt ausgleichen könnten. Das Gericht betonte, dass ein Verbot bereits dann auszusprechen sei, wenn die Untersagungsvoraussetzungen auf einem einzigen Markt erfüllt seien und machte damit deutlich, dass eine Abwägungsklausel, wie sie in § 36 Abs. 1 2. Halbsatz GWB enthalten ist, im europäischen Fusionskontrollrecht keine Entsprechung findet. Die Monopolkommission hingegen hält die Abwägungsklausel für ein sinnvolles Instrument bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen. Eine solche Klausel ermöglicht es, dass sämtliche für eine Gesamtwürdigung des Zusammenschlusses erforderlichen Wettbewerbswirkungen in die Beurteilung einbezogen werden. Von einer Abwägungsklausel würden ihrer Ansicht nach zudem Transparenz und Nachvollziehbarkeit von fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen profitieren. Da die Prüfung positiver und negativer Aspekte bei der Anwendung einer Abwägungsklausel auf rein wettbewerbliche, also kommensurable Aspekte beschränkt bleibt, sind die Wettbewerbsbehörden und -gerichte grundsätzlich auch in der Lage, die erforderliche Abwägung vorzunehmen. Die Einbeziehung gesamtwirtschaftlicher oder allgemeinpoltischer Aspekte ist dagegen nicht mit einer Anwendung der Abwägungsklausel im hier verstandenen Sinne verbunden.

V. Wettbewerbsprobleme im Rundfunkbereich

131.* Der Mediensektor ist im Umbruch. Durch die Digitalisierung des Rundfunks entstehen neue Anwendungsmöglichkeiten und Programmformen. Die Digitali-

sierung hat auch dazu geführt, dass das wettbewerbspolitische Problem der Frequenzknappheit entschärft werden konnte. Die Umwälzungen im Medienbereich erfordern von den Marktteilnehmern gewisse Anpassungsfähigkeiten und ein angemessenes Maß an Kreativität, damit sie im Wettbewerb bestehen können. Dieser Anpassungsprozess an die neuen Marktgegebenheiten darf nicht durch institutionelle Regelungen gebremst oder durch ordnungspolitische Defizite erschwert werden.

132.* Auf dem Markt für Programmsoftware (Filme, Serien, Nachrichten) konkurrieren senderabhängige und -unabhängige Produzenten um die Produktionsaufträge der Programmveranstalter. Dabei besteht für die unabhängigen Anbieter die Gefahr, dass die gegründeten Tochterfirmen der Sender oder auch die abhängigen Produzenten bei der Auftragsvergabe, der Vergütung und bei den Vertragsbedingungen durch die Programmveranstalter bevorzugt behandelt werden und es somit zu Wettbewerbsverzerrungen kommt. Dies ist dann problematisch, wenn der Programmanbieter zu den öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten gehört und er die eigenen Produktionsfirmen bei der Auftragsvergabe privilegiert. Werden nämlich die Einnahmen aus dem Gebührenaufkommen genutzt, um die Aktivitäten der privatrechtlichen Tochterfirmen auf der Produktionsebene zu subventionieren, wird der Wettbewerb zu Lasten der freien Produzenten verzerrt.

Um zu vermeiden, dass die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten ihre Aufträge einseitig zu Lasten der Wettbewerber an ihre Tochterunternehmen vergeben, muss eine neutrale und für alle offene Vergabe von Produktionsaufträgen durch die öffentlich-rechtlichen Programmanbieter sichergestellt werden. Zur Zeit lässt sich dies für Außenstehende aber nur schwerlich überprüfen, da die Verträge, die über die privaten Tochterunternehmen abgeschlossen werden, nicht von den üblichen Kontrollgremien der öffentlich-rechtlichen Programmveranstalter – namentlich dem Verwaltungs- und Rundfunkrat, beim ZDF: Fernsehrat – eingesehen werden können. Um hier so viel Transparenz wie möglich zu schaffen, plädiert die Monopolkommission zum einen für eine klarere als die bisher erfolgte Trennung zwischen dem öffentlich-rechtlichen Auftrag und der kommerziellen Geschäftstätigkeit der Sendeanstalten und zum anderen für eine Ausweitung der Prüfrechte der Rundfunkgremien und der Rechnungshöfe.

133.* Begünstigt durch die Entwicklungen im Rundfunksektor, ist zu erwarten, dass sich neue Unterhaltungs- und Werbeformen (geteilte Bildschirme, virtuelle und interaktive Werbung) etablieren. Welche Formen es zukünftig geben wird, hängt von der Kreativität der Akteure, von den rechtlichen Rahmenbedingungen sowie von der Bereitschaft der Produzenten, Programmgestalter und werbetreibenden Industrie zu einer stärkeren Zusammenarbeit ab. Die Entwicklung neuer Werbekonzepte und die Verlagerung von Werbegeldern auf neue Werbeformen werden aber durch die im Rundfunkgesetz verankerten Einschränkungen für Produktwerbung erschwert. Dies führt dazu, dass eine flexible Finanzierung audiovisueller Inhalte durch neue Werbeformen nahezu ausgeschlossen

ist und kaum Wachstumsimpulse für die Medienunternehmen entstehen können.

Aus diesem Grund begrüßt die Monopolkommission den Vorstoß der EU-Kommission, mit der überarbeiteten „Fernsehrichtlinie“ (Vorschlag zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG in der Fassung der Richtlinie 97/36/EG) eine geringere Regulierungsdichte im Medienmarkt zu erreichen. Eine Liberalisierung der bestehenden Werberegeln verbessert die Einnahmemöglichkeiten der werbefinanzierten Sender und folglich deren Situation im Wettbewerb um attraktive Programminhalte und Zuschauer gegenüber den anderen Rundfunkveranstaltern. Die Zulassung neuer Werbeformate wie beispielsweise Produktplatzierungen in Medienproduktionen ist nach Auffassung der Monopolkommission bei Wahrung der Transparenz zu befürworten, um das Aufkommen neuer Geschäftsideen und -modelle zu ermöglichen und die Wettbewerbsfähigkeit der audiovisuellen Medien zu stärken.

134.* Die Programmebene in Deutschland ist als duales Rundfunksystem organisiert. Neben dem von Staats wegen technisch, programmlich und finanziell abgesicherten öffentlich-rechtlichen Rundfunk existiert der private oder auch kommerzielle Rundfunk, der Regelungen unterliegt und Vorschriften zur Veranstaltung von Werbung zur Refinanzierung seiner Tätigkeiten einhalten muss. Die deutsche Rundfunkordnung wurde seit 1961 durch das Bundesverfassungsgericht in mittlerweile zehn Rundfunkurteilen geprägt und gestaltet. Die Grundlage für die Entscheidungen des Gerichts bildet die Rundfunkfreiheit, die in Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG garantiert ist und alle mit der Rundfunkveranstaltung verbundenen Tätigkeiten schützt. Durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die darauf erfolgte Ausgestaltung der Rundfunkordnung hat der öffentlich-rechtliche Rundfunk eine Sonderstellung erhalten. Diese besondere verfassungsrechtliche Stellung hat dazu geführt, dass nicht nur der Gesetzgeber die Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Sender auf ihren meritorischen Charakter hin – was aus Effizienz- und Kostengründen unabdingbar wäre – nicht überprüfen kann, sondern auch, dass der Wettbewerb verschiedener Rundfunkanbieter als Governance-Mechanismus seine Wirkung verliert, um Ineffizienzen im deutschen Rundfunksystem aufzuheben und zu vermeiden.

135.* Die öffentlich-rechtlichen Sender haben in den letzten Jahren ihre Aktivitäten durch Spartensender und Online-Angebote erweitert. Dabei war eine zunehmende inhaltliche Überschneidung mit den privaten Angeboten festzustellen. Die weitreichenden Expansionsaktivitäten, deren rechtliche Zulässigkeit zunehmend umstritten ist, haben zu Wettbewerbsverzerrungen in erheblichem Ausmaß vor allem zu Lasten der Entwicklung einer leistungsfähigen und international wettbewerbsfähigen privaten Medienindustrie geführt. Die Aufgabenzuweisung im dualen Rundfunksystem ist zu überdenken. Der Auftrag, der dem öffentlich-rechtlichen Sektor übertragen wird, sollte präzisiert werden. Die Neuausrichtung der dualen Rundfunkordnung hat von veränderten Ausgangsbedingungen auszugehen. Die technischen Voraussetzungen für

eine marktliche Bereitstellung und für funktionsfähigen Wettbewerb im Rundfunk haben sich maßgeblich verbessert. Eine Abkehr von marktlichen Steuerungsprinzipien in der gegenwärtigen Form kann nicht mehr durch eine vermeintliche Sondersituation des Rundfunks begründet werden. An die Stelle der Ausgewogenheitspflege kann in weiten Bereichen ein Modell der Marktoffenhaltung treten. Positiver Gestaltungsbedarf besteht allenfalls in meritorischen Programmbereichen, in denen mit einer privaten Bereitstellung nicht zu rechnen ist. Eine Anknüpfung der Gebührenpflicht an die Bereithaltung von Empfangsgeräten läuft im Zeitalter der Konvergenz Gefahr, sich vollständig von der Absicht des Rundfunkempfangs abzukoppeln und verstieße vermutlich als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Besteuerung gegen Artikel 28 EGV. Die Einführung einer allgemeinen nutzungsunabhängigen Abgabe sollte in Erwägung gezogen werden. Außerdem sollte die Gebühr längerfristig von einschlägigen Beurteilungen der Programmqualität und der Funktionserfüllung abhängen.

136.* Die Rundfunkfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland steht in dem Verdacht, gegen das Beihilfeverbot nach Artikel 87 EGV zu verstoßen. Die EU-Kommission untersuchte die Verbindungen zwischen den gebührenfinanzierten Sendern in Deutschland und ihren kommerziellen Tochterunternehmen. Nach Ansicht der Kommission handelt es sich bei der Rundfunkgebühr um eine parafiskalische Zwangsabgabe und damit um eine staatliche Beihilfe. Folglich bedürfen die Rundfunkgebühren einer besonderen Rechtfertigung und unterliegen der Kontrolle der EU-Kommission. Diese Kontrolle der EU-Kommission über den Rundfunk haben die nationalen Regierungen nur mit Widerwillen anerkannt und im Zusatzprotokoll von Amsterdam ihren Willen zum Fortbestand der öffentlich-rechtlichen Rundfunkfinanzierung bekundet. Es besteht somit ein Spannungsverhältnis zwischen der marktwirtschaftlichen Konzeption der Europäischen Gemeinschaft als Wirtschaftsgemeinschaft und der kulturpolitischen Rechtfertigung der Rundfunkgebühr.

Nach Auffassung der Monopolkommission bietet Artikel 87 EGV eine geeignete Grundlage zur Austragung der daraus resultierenden Konflikte. Die Monopolkommission qualifiziert die Rundfunkgebühren im Einklang mit der Europäischen Kommission als Beihilfe, denn die Gebührenfinanzierung ist letztlich ein Substitut für eine Finanzierung aus Steuermitteln und daher ebenso wie diese als Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Abs. 1 EGV zu würdigen. Dies schließt freilich eine Rechtfertigung der Gebührenfinanzierung aus kulturpolitischen Gründen gemäß Artikel Abs. 3 lit. d) EGV nicht aus. Nach Auffassung der Monopolkommission gestattet diese Bestimmung eine differenzierte Würdigung der Gebührenfinanzierung im Hinblick auf einzelne Verwendungszwecke. Interpretiert man Artikel 87 Abs. 3 lit. d) EGV im Lichte des Zusatzprotokolls von Amsterdam, so kann an der Gebührenfinanzierung als solcher zur Unterstützung nationaler Rundfunkversorgung kein Zweifel bestehen. Probleme können sich freilich in Randzonen ergeben, wo die öffentlich-rechtlichen Sender in Bereiche expandieren,

für die es keine kulturpolitische Begründung mehr gibt. Wo die Grenze des Zulässigen hier zu ziehen ist, hängt von der Eigenart der betreffenden Bereiche ab. Um die damit zwangsläufig verbundene Rechts- und Investitionsunsicherheit abzumildern, sollte der Gesetzgeber die Empfehlungen der EU-Kommission für den öffentlich-rechtlichen Rundfunkbereich in nationales Recht übernehmen.

137.* Darüber hinaus ist über eine Budgetierung der Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Sender nachzudenken. Zusätzlich sollten die Anstalten dazu verpflichtet werden, im Rahmen einer freiwilligen Selbstverpflichtung gegenüber der Bevölkerung für eine bestimmte Periode konkrete Angaben darüber zu machen, wie viel Geld sie für ihr Programmangebot benötigen, welche Projekte sie planen und welche Qualitätskriterien sie einzuhalten gedenken. An den geleisteten Versprechen könnten sie dann nach Ablauf der Periode gemessen und mögliche Korrekturmaßnahmen abgeleitet werden.

138.* Durch die Datenkompression konnte das zentrale Wettbewerbsproblem der Frequenzknappheit im Rundfunksektor entschärft werden, was den Akteuren der medialen Wertschöpfungskette neue Möglichkeiten für das Fernsehangebot und die Fernsehnutzung eröffnet. Da sich sämtliche Arten von Informationen (Texte, Fotos, bewegte Bilder und Sprache) in digitale Signale umwandeln lassen und sowohl über breitbandige Fernseekabel und Rundfunksatelliten als auch über schmalbandige Telefonleitungen übermittelt werden können, werden sich die Telefon- und Kabelnetze langfristig zu digitalen Universalnetzen entwickeln. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist diese Entwicklung zu begrüßen, da die Disziplinierungswirkung eines intensiven Wettbewerbs zwischen den Übertragungsmedien die Notwendigkeit für eine staatliche Regulierung einzelner Netze wie dem Telekommunikationsnetz auf ein Minimum reduziert.

139.* Die digitale Rundfunkübertragung erfordert auf dem Weg vom Veranstalter zum Zuschauer technische und administrative Dienstleistungen, die je nach Ausgestaltung als neue Marktzutrittsschranken wirken können. Um einen offenen Marktzugang zu gewährleisten und ein vielfältiges Programmangebot für den Rezipienten dauerhaft zu sichern, bedarf es wettbewerbspolitischer Korrekturen. Diese staatlichen Eingriffe sollten aber nicht in Form detaillierter Belegungsregeln für die jeweiligen Transportkapazitäten erfolgen, sondern durch die Gewährleistung eines offenen, chancengleichen und diskriminierungsfreien Zugangs zum Markt bzw. Zuschauer.

140.* In den letzten Jahren versuchen immer mehr Unternehmen, auf allen Stufen der medialen Wertschöpfungskette vertreten zu sein. Dabei kann aus wettbewerbspolitischer Sicht ein Problem entstehen. Wenn der Betreiber einer Übertragungsplattform als Programmveranstalter auftritt, hat er einen Anreiz, nur seine Programme zu senden und die Programme anderer Anbieter nicht oder zu schlechteren Bedingungen über sein Medium zu transportieren. Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass ähnlich wie im Fall des Zugangs zu den technischen Einrichtungen aufgrund der derzeit geltenden

Regelungen kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, um die Meinungsvielfalt im deutschen Rundfunkwesen zu gewährleisten. Handlungsbedarf ergibt sich nur in Bezug auf die Kompetenzverteilung zwischen Bundesnetzagentur, Kartellamt und Landesmedienanstalten. Aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen ist es möglich, dass die Institutionen bei ihren Beurteilungen ein und desselben Sachverhalts zu divergierenden Entscheidungen kommen. Für derartige Fälle hat der Gesetzgeber noch kein praktikables Procedere vorgesehen. Daher bleibt zu hoffen, dass sich die betroffenen Stellen auf eine rechtssichere Anwendungspraxis verständigen und die Regulierungsvorhaben so umsetzen, dass sich das digitale Fernsehen frei entwickeln kann.

141.* Der Ausbau und die Digitalisierung des Breitbandkabelnetzes kommen in Deutschland erst in jüngster Zeit voran. Die zögerliche Entwicklung lässt sich zum Teil mit der bremsenden Wirkung von markthemmenden Faktoren wie der Unsicherheit der Unternehmen über die Akzeptanz neuer digitaler Angebote durch den Nutzer, der fehlenden gemeinsamen Vermarktungsstrategie des digitalen Fernsehen und der unterschiedlichen Strategien der Kabelbetreiber und der Programmveranstalter begründen. Neben diesen marktgetriebenen Faktoren existiert aber auch eine Vielzahl von rechtlichen Regulierungen, die der Dynamik der Marktakteure und somit der raschen Entwicklung des Kabelnetzes weiterhin entgegenstehen. Um den Infrastrukturwettbewerb zum Telefonnetz zu intensivieren, sind deutschlandweit weitere Investitionen zum Ausbau des Kabels erforderlich. Der Ausbau wird jedoch durch die gegenwärtige Marktstruktur, die Eigentumsverhältnisse und die Regulierungsvorschriften erschwert. Eine deutsche Besonderheit ist, dass verschiedene Netzebenen unterschiedlichen Eigentümern gehören. Während die Netzebene 3, die die Signale bis an die Grundstücksgrenze führt und überwiegend in der Eigentümerschaft der regionalen Kabelgesellschaften ist, wird der Anschluss von dort bis in die Wohnung (Netzebene 4) von sehr vielen verschiedenen, zum Teil sehr kleinen Unternehmen betrieben. Die notwendigen Investitionen wären in einer Hand besser zu koordinieren und eine Marktkonsolidierung daher zu begrüßen, zumal einer vertikalen und horizontalen Marktbereinigung nur geringe wettbewerbspolitische Bedenken entgegenstehen. Die Abhängigkeit eines Haushalts von seinem Kabelnetzbetreiber erhöht sich nicht, wenn dieser mit einem Betreiber aus einer anderen Region fusioniert. Bezüglich des Kabelanschlusses besteht immer eine Alleinstellung, an der sich durch vertikale und horizontale Fusionen nichts ändert.

142.* Ein weiteres Hindernis für zukünftige Kabelnetzbetreiber besteht in der Unsicherheit über das regulatorische Umfeld. Das Breitbandkabelnetz unterliegt sowohl medien- als auch telekommunikationsrechtlichen Regulierungen. Das Medienrecht beschränkt in gegenwärtig nicht ganz sicher abzuschätzender Weise die Verwendungsmöglichkeiten der Kapazitäten, die der Betreiber durch Investitionen in das Kabel schafft. Unklar ist, inwieweit die Landesmedienanstalten über den „Must-Carry“-Bereich hinaus auf die Kanalbelegung Einfluss nehmen werden. In der Vergangenheit sind die Kapazitäts-

ten benutzt worden, um die Programmübertragung der öffentlich-rechtlichen Sender auszuweiten. So wurden über die zusätzlich ausgewiesenen „Must-Carry“-Kanäle die dritten Programme, die lokal konzipiert waren, deutschlandweit ausgestrahlt. Nimmt man die lokale Orientierung der Programme ernst, ist eine Notwendigkeit dieser Ausweitung nicht zu erkennen. Die Belastung der Kabelnetzbetreiber mit „Must-Carry“-Regelungen schränkt die Nutzung für alternative Zwecke ein und reduziert den Anreiz zum Ausbau der Netze.

143.* Für die Anwendung der telekommunikationsrechtlichen Regelungen ist die Frage entscheidend, ob auf der Endkundenseite, der Seite der Zuschauer, das Kabelfernsehen ein eigener Markt ist und der Kabelbetreiber in seiner Region zwangsläufig ein Monopol besitzt oder ob es Teil eines weiteren Markts ist, dem auch Satelliten- sowie terrestrisches Fernsehen und neuerdings Internetfernsehen angehören. Im Gegensatz zu Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur plädiert die Monopolkommission dafür, den relevanten Markt weit abzugrenzen und die anderen Übertragungswege in den gemeinsamen Markt einzubeziehen. Die von Kartellamt und Bundesnetzagentur vorgenommene Marktabgrenzung sollte überdacht werden, da in Zeiten der Digitalisierung die Medien konvergieren und alternative Teilnehmerzugänge für multimediale Dienste einschließlich des TV-Geschäfts via Satellit und Internet existieren bzw. sich entwickeln. Unter der Voraussetzung, dass eine weite Marktabgrenzung zugrunde gelegt wird, spricht sich die Monopolkommission gegen die telekommunikationsrechtliche Entgeltregelung des Breitbandkabels aus, da eine Regulierung des Entgelts den Anreiz zum Ausbau der Infrastruktur reduziert.

144.* Das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur gehen mit dem Bundesgerichtshof davon aus, dass der Kabelbetreiber auch gegenüber den Programmveranstaltern über ein Monopol verfüge. Diese Marktabgrenzung ist nicht unproblematisch, da sie das Interesse des Kunden an einer ausreichenden Programmauswahl außer Acht lässt und nicht berücksichtigt, dass auf der Kundenseite Substitutionen zwischen den verschiedenen Übertragungswegen durchaus möglich sind. Das Interesse der Kunden an einer großen Programmvielfalt hat zur Folge, dass die Infrastrukturanbieter ebenfalls ein Interesse daran haben, viele Programme zu übertragen. Für die Programmveranstalter ergeben sich indirekte Wirkungen, die durch den Wettbewerb der Netzbetreiber um die Kunden ausgelöst werden. Dieser Wettbewerbseffekt ist insbesondere dort von Bedeutung, wo mehrere Infrastrukturen nebeneinander bestehen. Es ist besser, dem Infrastrukturwettbewerb zu vertrauen und nicht etwa durch eine zu starke Regulierung die Investitionsanreize der Infrastrukturanbieter zu limitieren.

145.* Derzeit ist es schwer, die Entwicklung der Markt- und Unternehmensstrukturen im Medienbereich genau vorherzusagen. Aufgrund der Marktdynamik ist es ange raten, mit regulatorischen Eingriffen zurückhaltend umzugehen. Dirigistische Markteingriffe bergen stets die Gefahr, Wettbewerbsverzerrungen auf dynamischen Märkten herbeizuführen oder Investitionsanreize sowie

unternehmerisches Engagement zu limitieren. Die möglichen wettbewerbspolitischen Fehlentwicklungen auf den Medienmärkten sollten ausschließlich durch die flexiblen Klauseln des GWB korrigiert werden. In wettbewerbspolitisch bedenklichen Fällen wird es dann die Aufgabe des Kartellamts sein, geeignete Gegenmaßnahmen einzuleiten. Das Kartellamt sollte sich rechtzeitig auf seine Aufgabe vorbereiten sowie die anstehenden Veränderungen aufmerksam verfolgen und sie flexibel in seine Entscheidungspraxis einbeziehen.

VI. Wettbewerbsprobleme bei Freien Berufen

146.* Die vielfältigen Regelungen, die bei bestimmten Freien Berufen den Berufszugang regeln sowie den wirtschaftlichen Wettbewerb beschränken, werden zunehmend kritisch gesehen. Die Monopolkommission hat sich deshalb entschlossen, den Bereich der Freien Berufe unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten zu untersuchen. Neben allgemeinen Überlegungen werden auch ausgewählte Freie Berufe, nämlich Rechtsanwälte, Apotheker sowie selbständige Architekten und Bauingenieure, detailliert untersucht.

147.* Die Vielfältigkeit der Freien Berufe erschwert eine allgemeine Definition dieser Berufsgruppe. Auch in der Rechtsordnung gibt es keinen einheitlichen Begriff der Freien Berufe. Jedoch besteht bei einer Reihe von Berufen Einigkeit, dass sie zu den Freien Berufen gehören. Zu dieser Gruppe gehören auch die von der Monopolkommission detailliert untersuchten Berufe. Freiberuflichkeit bedeutet nicht notwendig wirtschaftliche Selbständigkeit, wie man besonders bei den Ärzten sieht. Die Bezeichnung „Freie Berufe“ stellt historisch auch weniger auf die Freiheit der Berufsausübung ab, sondern sollte vor allem die herausgehobene Bedeutung dieser Tätigkeiten betonen. Auch heute noch dient die Berufung auf die Freiberuflichkeit der Abgrenzung gegen kaufmännische oder handwerkliche Tätigkeiten.

148.* Die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission hat im Jahr 2002 eine grundlegende wettbewerbliche Prüfung der Regelungen der Freien Berufe begonnen. Als wichtigste Regelungen identifiziert die Kommission dabei verbindliche Festpreise, Preisempfehlungen, Regeln für die Werbung, Regelungen über den Berufszugang, vorbehaltene Tätigkeiten sowie Vorschriften über die zulässige Unternehmensform und die Zusammenarbeit mit anderen Berufen. Nachdem die Kommission zuerst eine umfangreiche Studie erstellen ließ, hat sie in der Zwischenzeit auch zwei Berichte zu dieser Frage veröffentlicht; eine erste kartellrechtliche Untersagungsverfügung ist bereits ergangen, und zwar gegen die Honorarordnung der belgischen Architektenkammer.

Rechtfertigung berufsrechtlicher Regelungen

149.* Berufsrechtliche Regelungen werden heute nur noch selten mit der besonderen Würde eines Berufstandes gerechtfertigt. Vielmehr wird darauf abgestellt, dass sie besonderen gesellschaftlichen Zielen dienen, wie z. B. der Behebung von Marktunvollkommenheiten, der Ver-

teilungsgerechtigkeit oder anderen, nichtökonomischen Zwecken. Jedoch reicht eine bloße Berufung auf diese Ziele für eine Rechtfertigung nicht aus. Vielmehr muss nachgewiesen werden, dass eine Regelung das fragliche Ziel tatsächlich fördert und diese positiven Auswirkungen der Regelung ihre negativen Folgen überwiegen.

150.* Weichen die Bedingungen auf einem Markt von den Voraussetzungen des vollkommenen Wettbewerbs ab, beispielsweise weil Informationen asymmetrisch verteilt sind oder externe Effekte vorliegen, dann kann davon gesprochen werden, dass Marktunvollkommenheiten vorliegen. Denn dann kann nicht damit gerechnet werden, dass unregulierter Wettbewerb zu einem optimalen Marktergebnis führt. Für viele berufsrechtliche Regelungen wird behauptet, dass sie durch das Vorhandensein von Marktunvollkommenheiten gerechtfertigt seien. Teilweise werden dabei auch Begriffe wie „Qualitätssicherung“ oder „Verbraucherschutz“ verwendet. Allein die Existenz von Marktunvollkommenheiten reicht jedoch nicht dazu aus, eine berufsrechtliche Regelung zu rechtfertigen. Denn damit ist nur gezeigt, dass ein Markt vom theoretischen Ideal des vollkommenen Wettbewerbs abweicht. Es ist aber nicht sichergestellt, dass ein staatlicher Eingriff in der Lage ist, eine Verbesserung des Marktergebnisses zu erreichen, die hinreichend groß ist, um die mit staatlichen Eingriffen verbundenen Probleme zu überwiegen. Für die Herstellung eines optimalen Marktergebnisses muss eine staatliche Stelle nicht nur über hinreichend genaue Informationen verfügen, sondern es muss auch sichergestellt sein, dass diese Stelle tatsächlich eine Wohlfahrtsmaximierung anstrebt und nicht etwa nur die Interessen einzelner Marktteilnehmer verfolgt.

151.* Für den Nachweis einer Rechtfertigung sollte nach Ansicht der Monopolkommission die Argumentationslast bei den Befürwortern einer besonderen berufsrechtlichen Regelung liegen. Dafür sprechen sowohl die wirtschaftspolitische Erfahrung wie die grundsätzlichen Entscheidungen des Grundgesetzes und des EG-Vertrages. Dieser Nachweis muss jedoch nicht unbedingt mit rigorosen ökonomischen Studien erbracht werden. Im Rahmen der Argumentation können insbesondere historische oder internationale Vergleiche hilfreich sein.

152.* Die in der Diskussion um die Rechtfertigung freiberuflicher Regelungen am häufigsten genannten Marktunvollkommenheiten sind asymmetrische Informationen, externe Effekte und öffentliche Güter. Asymmetrische Informationen können bei freiberuflichen Leistungen dann vorliegen, wenn der Auftraggeber nur unzureichend beurteilen kann, welche Qualität die erbrachten Dienstleistungen haben, oder er sich nicht sicher darüber ist, ob und in welchem Umfang er einer freiberuflichen Leistung überhaupt bedarf. Eine asymmetrische Informationsverteilung kann dazu führen, dass zu wenig von einer bestimmten freiberuflichen Leistung nachgefragt wird oder der Markt für diese Leistung sogar vollkommen zusammenbricht. Zwar können asymmetrische Informationen eine Rechtfertigung für berufsrechtliche Regelungen sein; jedoch ist stets zu prüfen, ob nicht die Regeln der allgemeinen Rechtsordnung ausreichen, den

von ihnen ausgelösten Problemen entgegenzuwirken. Externe Effekte liegen vor, wenn der Konsum oder die Produktion eines Gutes Auswirkungen auf unbeteiligte Dritte hat; dabei sind sowohl positive als auch negative externe Effekte denkbar. Ein Beispiel für externe Effekte im Bereich der freiberuflichen Dienstleistungen ist die Sicherheit eines Gebäudes, die nicht nur den Bauherrn und Architekten betrifft, sondern auch unbeteiligte Passanten. Die klassische Lösung für das Problem der externen Effekte sind Rechtsnormen, Steuern oder Subventionen, die direkt oder indirekt zur Berücksichtigung der Interessen Dritter zwingen. Öffentliche Güter sind durch das Merkmal der „Nichtrivalität im Konsum“ gekennzeichnet. Die Erzeugung öffentlicher Güter durch eine Berufsgruppe kann eine Rechtfertigung für staatliche Regelungen sein. Es besteht jedoch die Gefahr, dass bestimmte Schlagworte, wie z. B. die „Reibungslosigkeit des Rechtsverkehrs mit Behörden und Gerichten“, zu öffentlichen Gütern erklärt werden, um als pauschale Rechtfertigung für Markteingriffe zu dienen.

153.* Die wohl am häufigsten genannte Rechtfertigung für berufsrechtliche Regelungen ist die Qualitätssicherung auf einem von asymmetrischen Informationen gekennzeichneten Markt. Regelungen wie geschützte Berufsbezeichnungen, vorbehaltene Tätigkeitsbereiche sowie die sanktionsbewehrte Festlegung von Qualitätsmerkmalen sind grundsätzlich dazu geeignet, einer asymmetrischen Informationsverteilung entgegenzuwirken, sie müssen jedoch in ihrer Ausgestaltung verhältnismäßig sein. Dagegen sind verbindliche Mindestpreise als Mittel der Qualitätssicherung sehr kritisch zu beurteilen. Denn der von den Befürwortern behauptete Zusammenhang zwischen verbindlichen Mindestpreisen und Sicherstellung einer hohen Qualität bleibt unklar bzw. ist von weiteren Voraussetzungen abhängig, deren Erfüllung zweifelhaft ist. Auch muss bedacht werden, dass nicht jede Art von Qualitätssteigerung wünschenswert ist, insbesondere wenn sie durch höhere Preise Personen vom Konsum der Dienstleistung ausschließt.

154.* Ein weiterer Regulierungsgrund, der eng mit dem Informationsproblem zusammenhängt, ist die Erleichterung von Vertragsabschlüssen. Dies betrifft zum einen Verträge zwischen dem Auftraggeber und dem Freiberufler und zum anderen Versicherungsverträge, die den Bedarf nach der freiberuflichen Leistung betreffen, wie z. B. Rechtsschutzversicherungen oder Krankheitskostenversicherungen. Der Abschluss dieser Verträge wird erleichtert, wenn der Gesetzgeber Regelungen über Höhe und Struktur einer angemessenen Vergütung vorgibt, da diese dann nicht unbedingt im Vertrag vereinbart werden müssen. Zur Erreichung dieses Zieles sind aber keine verbindlichen Preise notwendig; vielmehr reicht es, einen Referenztarif vorzugeben, der nur gilt, wenn die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben.

155.* Neben der Existenz von Marktunvollkommenheiten wird auch der Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit als Rechtfertigung für berufsrechtliche Regelungen genannt. Durch die berufsrechtliche Regelung solle sichergestellt werden, dass die freiberufliche Leistung bei

Bedarf allen Mitgliedern der Bevölkerung zur Verfügung steht. Die Legitimität staatlicher Umverteilungsziele liegt in der Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers und steht damit außerhalb der Wettbewerbspolitik. Wettbewerbspolitisch relevant ist jedoch die Frage, wie diese Ziele am besten umgesetzt werden können. Dabei sind grundsätzlich die Institutionen des staatlichen Steuer- und Sozialsystems gegenüber direkten Eingriffen in den Markt- und Wettbewerbsprozess vorzuziehen. Kritisch zu sehen sind deshalb Versuche, freiberufliche Gebührenordnungen mit dem Argument der Quersubventionierung zu rechtfertigen. Laut diesem Argument subventioniert der einzelne Berufsangehörige weniger ertragreiche Aufträge durch Gewinne aus lukrativeren Aufträgen. Eine solche Quersubventionierung setzt voraus, dass diese beiden Arten von Aufträgen gleichmäßig auf die Berufsangehörigen verteilt sind. Konzentrieren sich die lukrativeren Aufträge bei wenigen Berufsangehörigen, wird die Quersubventionierung scheitern. Außerdem können höhere Preise für zahlungskräftige Auftraggeber auch ein Fall von gesetzlich vorgegebener Preisdiskriminierung sein. Dagegen können nicht kostendeckend erbrachte Leistungen – insbesondere von Berufsanfängern – Investitionscharakter haben, um sich einen Kundenstamm aufzubauen. Freiberufliche Preisregelungen können jedoch gerechtfertigt sein, wenn es darum geht, die staatliche Inanspruchnahme freiberuflicher Leistungen zu Zwecken der Umverteilung zu regeln. Wird z. B. ein Rechtsanwalt gesetzlich zur Leistung von Beratungshilfe verpflichtet, dann ist es ihm nicht möglich, ein angemessenes Honorar hierfür auszuhandeln. Folglich muss es staatlich geregelt werden. Jedoch kann dieses Argument nicht zur Rechtfertigung von Gebührenregelungen außerhalb dieses Bereichs verwendet werden. Weiterhin werden verbindliche Gebührenregelungen unter dem Gesichtspunkt der Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung gerechtfertigt. Nach Ansicht der Monopolkommission sind sie jedoch nicht geeignet, diesem Ziel zu dienen; vielmehr können Festpreise sogar falsche Anreize für die Standortwahl von Berufsangehörigen setzen.

156.* Eine weitere wichtige Frage bei der Regulierung der Freien Berufe ist die Frage, wer mit der Ausgestaltung und Durchsetzung der Regelungen zu betrauen ist. Eine Selbstregulierung durch die Berufsangehörigen hat zwar den Vorteil einer großen Sachnähe, eröffnet aber die Gefahr, dass bei der Entscheidungsfindung nur die Interessen der Berufsgruppe oder sogar nur eines Teiles davon berücksichtigt werden.

Kartellrechtliche Beurteilung der Berufsregeln

157.* Es ist heute unbestritten, dass sich auch die Freien Berufe im Anwendungsbereich des Kartellrechts befinden. Nach dem Inkrafttreten der Verordnung 1/2003 und der Siebten GWB-Novelle kommt es auch nicht mehr darauf an, ob auf eine einzelne Regelung das europäische Kartellrecht oder nur das GWB anwendbar ist, weil bei der Anwendung nach den gleichen Grundsätzen vorzugehen ist. Jedoch sind freiberufliche Regelungen, die in der Form von Gesetzen oder Rechtsverordnungen erlassen wurden, als staatliche Rechtsnormen vom Kartellrecht

ausgenommen. Dagegen unterliegen Berufsordnungen, die durch Berufskammern in Satzungsform ergangen sind, ohne weiteres der kartellrechtlichen Prüfung. Solche Regelungen können gegen Artikel 81 EGV oder § 1 GWB verstoßen, wenn sie eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Sie sind jedoch vom Kartellverbot ausgenommen, wenn sie zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen Ausübung des Berufes erforderlich sind (Wouters-Ausnahme) oder die Freistellungsvoraussetzungen nach Artikel 81 Abs. 3 EGV bzw. § 2 GWB erfüllen. Daneben kommt ein Verstoß des Staates gegen seine Loyalitätspflicht aus Artikel 10 EGV in Frage, wenn er eine gegen Artikel 81 EGV verstoßende Kartellabsprache vorschreibt oder erleichtert oder ihre Auswirkungen verstärkt. Ein solcher Verstoß setzt jedoch stets einen Zusammenhang mit einem kartellrechtswidrigen Verhalten von Unternehmen voraus. Es reicht also nicht aus, dass eine staatliche Rechtsnorm – wie z. B. eine Mindestpreisregelung – die gleiche Wirkung wie eine private Kartellabsprache hat.

Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages

158.* Im Gegensatz zum Kartellrecht sind die Grundfreiheiten des EG-Vertrages gerade auf staatliche Rechtsnormen uneingeschränkt anwendbar. Geht es um die grenzübergreifende Erbringung von freiberuflichen Leistungen, wird meistens die Dienstleistungsfreiheit einschlägig sein. Bei Apothekern ist regelmäßig die Warenverkehrsfreiheit betroffen. Zwar erfassen die Grundfreiheiten nur Regelungen, die grenzüberschreitende Vorgänge beschränken. Dazu können jedoch auch Regeln gehören, die formal keinen Unterschied zwischen inländischen und ausländischen Marktteilnehmern machen, wenn sie ausländische Marktteilnehmer oder grenzüberschreitende Transaktionen stärker belasten als inländische Vorgänge. Das kann insbesondere freiberufliche Gebührenordnungen betreffen, wenn sie einen Marktzugang für ausländische Anbieter erschweren. Liegt ein Eingriff in eine Grundfreiheit vor, ist zu prüfen, ob die Regelung als bloße „Verkaufsmodalität“ vom Anwendungsbereich der Grundfreiheit ausgenommen oder durch zwingende Allgemeininteressen gerechtfertigt ist.

Rechtsanwälte

159.* Die Monopolkommission hält es auch weiterhin für angemessen, den Zugang zur außergerichtlichen Rechtsberatung vom Nachweis einer entsprechenden Qualifikation abhängig zu machen. Jedoch sollte sich diese Zugangsbeschränkung auf den Kernbereich der Rechtsberatung und Rechtsbesorgung beziehen. Dazu muss im novellierten Rechtsberatungsgesetz klargestellt werden, dass Beratungsleistungen, bei denen eine Beratung erkennbar vor allem unter betriebswirtschaftlichen, technischen oder sonstigen nichtjuristischen Gesichtspunkten erfolgen soll, vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen sind. Zudem sollte der Katalog der ausdrücklich freigestellten Tätigkeiten noch erweitert werden. Auch dürfen Personen, die über eine relevante Qualifikation verfügen, nicht vom Marktzugang ausge-

geschlossen werden. Der Gesetzgeber sollte deshalb Diplom-Wirtschaftsjuristen sowie Juristen mit erstem Staatsexamen (erster Prüfung) zur außergerichtlichen Rechtsberatung zulassen. Sollten sich die „Bologna-Abschlüsse“ Bachelor und Master auch im juristischen Bereich durchsetzen, wäre diese Erlaubnis auf Bachelor-Absolventen der Rechtswissenschaft auszuweiten.

160.* Im Bereich der anwaltlichen Gebührenregelungen spricht sich die Monopolkommission für eine Aufhebung des Gebührenunterschreitungsverbotes auch im gerichtlichen Bereich aus. Jedoch sollte das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz weiterhin als Referenztarif aufrechterhalten werden, der gilt, wenn nicht anderes vereinbart wird. Die zur Begründung des Gebührenunterschreitungsverbotes genannten Argumente können nicht überzeugen. Denn das Gebührenunterschreitungsverbot ist für die Sicherung der freien Anwaltswahl, die Herstellung von Kostentransparenz, die Ermöglichung einer Rechtsschutzversicherung, der Prozesskosten- und der Beratungshilfe weder geeignet noch erforderlich; dazu reicht es aus, dass die Gebührenordnung als Referenztarif gilt bzw. spezielle Gebührentatbestände für Prozesskosten- und Beratungshilfefälle vorhanden sind. Außerdem ist zweifelhaft, in welchem Umfang tatsächlich eine relevante Quersubventionierung zwischen mehr und weniger lukrativen Mandaten stattfindet.

161.* Die Monopolkommission spricht sich auch für die Zulassung von anwaltlichen Erfolgshonoraren aus. Dies schließt den Sonderfall der *quota litis*, bei der das anwaltliche Honorar aus einem Teil des erstrittenen Betrags besteht, mit ein. Für die Zulassung von Erfolgshonoraren spricht, dass es für den Rechtsanwalt Ansporn für besondere Anstrengungen sein kann und beim Kläger das Prozesskostenrisiko senkt. Zwar gibt es jetzt schon die Möglichkeit einer Prozessfinanzierung durch einen Dritten. Die Verbindung von anwaltlicher Tätigkeit und Prozessfinanzierung ist aber möglicherweise kosteneffektiver. Das Verbot des Erfolgshonorars wird vom Gesetzgeber mit dem Schutz der Unabhängigkeit des Anwalts begründet. Diese sei gefährdet, wenn der Anwalt ein wirtschaftliches Interesse am Ausgang der Sache habe. Bereits jetzt gibt es aber eine Reihe von Fällen, in denen erfolgsabhängige Honorare zugelassen oder sogar gesetzlich vorgesehen sind, ohne dass der Gesetzgeber darin eine Gefährdung der anwaltlichen Unabhängigkeit sieht. Tatsächlich muss die anwaltliche Unabhängigkeit vor allem als Unabhängigkeit vom Staat gesehen werden. Jedoch geht die Rechtsordnung auch davon aus, dass der Anwalt ein parteiischer Interessenvertreter ist. Zudem hat der Anwalt auch ohne Erfolgshonorare ein wirtschaftliches Interesse am Ausgang der Sache. Denn nur wenn der Mandant zufrieden ist, kann der Rechtsanwalt auf weitere Aufträge oder Weiterempfehlungen hoffen. Eine Zulassung von Erfolgshonoraren und *quota litis* würde nach Einschätzung der Monopolkommission auch nicht zur Entstehung „amerikanischer Verhältnisse“ im deutschen Schadensersatzrecht führen, da andere Eigenheiten des amerikanischen Rechts, wie z. B. Strafschadensersatz und Jury-Entscheidung, in Deutschland nicht vorhanden sind. Zum Schutz des Auftraggebers sollte jedoch eine nachträgliche

gerichtliche Kontrolle von Erfolgshonoraren in Bezug auf ihre angemessene Höhe möglich sein.

162.* Im Bereich der Werbung empfiehlt die Monopolkommission, die Werberegeln des anwaltlichen Berufsrechts aufzuheben und die anwaltliche Werbung nur noch dem UWG zu unterstellen. Weiterhin berufsrechtlich verboten sein sollte nur eine aggressive oder irreführende Vorgehensweise bei der Ansprache einzelner Personen. Die bisherigen Regelungen sind aus Gründen des Verbraucherschutzes nicht notwendig; dieser kann bereits durch die Anwendung des UWG erreicht werden. Auch haben die Regelungen nur wenig zur Rechtssicherheit auf diesem Gebiet beigetragen. Im Übrigen werden sich die meisten Rechtsanwälte auch aus Eigeninteresse – um ihre Seriosität nicht in Frage zu stellen – eine gewisse Zurückhaltung bei der Werbung auferlegen.

163.* Bei den Regeln über die anwaltliche Tätigkeit im Rahmen einer Kapitalgesellschaft empfiehlt die Monopolkommission die Einführung einheitlicher Vorschriften für alle sozietätsfähigen Berufe. Dabei sollten die bisherigen Mehrheitsregeln bei der interprofessionellen Zusammenarbeit in Kapitalgesellschaften aufgegeben werden. Weiterhin sollte es möglich sein, dass auch Personen, die nicht Rechtsanwälte sind und keinen sonstigen sozietätsfähigen Beruf ausüben, als Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-GmbH tätig werden können. Jedoch sollte mindestens einer der Geschäftsführer der GmbH Rechtsanwalt sein. Schließlich spricht sich die Monopolkommission dafür aus, Personen, die nicht Rechtsanwälte sind und auch keinen sonstigen sozietätsfähigen Beruf ausüben, eine Beteiligung an Rechtsanwalts-Kapitalgesellschaften zu ermöglichen. Zur Verhinderung von Interessenkonflikten muss dabei die Liste der Anteilsinhaber öffentlich einsehbar sein; eine Börsennotierung der Rechtsanwalts-AG sollte ausgeschlossen bleiben. Daneben ist an eine Zuverlässigkeitsprüfung der nichtanwaltlichen Kapitalgeber zu denken; falls der Gesetzgeber dies für sinnvoll hält, wäre auch eine anteilsmäßige Beschränkung der Kapitalbeteiligung von Nichtanwälten möglich.

Apotheker

164.* Die Monopolkommission empfiehlt, den Umfang der Apothekenpflicht unter Berücksichtigung internationaler Erfahrungen zu überprüfen. Bestimmte Arzneimittel, die in Großbritannien oder den USA nicht apothekenpflichtig sind, könnten möglicherweise auch in Deutschland zum Verkauf in Supermärkten und Drogerien zugelassen werden. Zumindest sollte es möglich sein, sie innerhalb der Apotheke als Selbstbedienungsware anzubieten. Soweit jedoch Arzneimittel wegen des Beratungsbedarfes weiterhin apothekenpflichtig sein sollen, ist darüber nachzudenken, eine zu dokumentierende Beratungspflicht des Apothekers einzuführen.

165.* Der Zugang zum Beruf des Apothekers sollte in Zukunft auch über ein Fachhochschulstudium möglich sein.

166.* Nicht ohne weiteres aufgehoben werden kann die Preisregelung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln.

teilen. Da die Kosten dieser Arzneimittel von der Krankenkasse getragen werden, besteht für den Patienten kein ausreichender Anreiz, nach preisgünstigen Apotheken zu suchen. Daran ändern auch die Zuzahlungsregeln in der gesetzlichen Krankenkasse nur wenig.

167.* Eine Möglichkeit, Preiswettbewerb in diesem Bereich zu ermöglichen, besteht darin, nur bestimmte – besonders günstige – Apotheken zur Versorgung der Patienten einer Krankenkasse zuzulassen. Die Apotheken stünden dann im Preiswettbewerb um die Zulassung zur Versorgung der Patienten dieser Krankenkasse. Jedoch wäre die Verwirklichung dieses Modells zumindest in ländlichen Gebieten problematisch, da dort entweder der durchschnittliche Weg zur nächsten Apotheke deutlich zunähme oder die Krankenkassen dort fast alle Apotheken zur Versorgung zulassen müssten, was den Wettbewerbsdruck verringern würde.

168.* Die Monopolkommission hält deshalb ein anderes Modell für vorzugswürdig. Danach übernimmt der Patient die Kosten für die Dienstleistung der Apotheke, während die Krankenkasse weiter die Kosten des Arzneimittels trägt. Dieses Modell wird dadurch verwirklicht, dass der Apotheker vom Patienten eine Pauschale für seine Leistung erhebt, deren Höhe er selber festlegt. Der Gesetzgeber kann Ober- und Untergrenzen für diese Pauschale festsetzen. Die bisherige Zuzahlung zu Arzneimitteln entfällt dafür. Da der Patient die Kosten für die Apotheke selber trägt, hat er eine Motivation, nach einer preisgünstigen Apotheke zu suchen. Zwar ist zu erwarten, dass in Gegenden mit geringer Apothekendichte höhere Pauschalen verlangt werden, weil dort der Wettbewerb zwischen den Apothekern nicht so stark ist. Jedoch würden dadurch Anreize zur Ansiedlung in diesen Gegenden gesetzt werden.

169.* Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, das bisher geltende Fremdbesitzverbot bei Apotheken aufzuheben. Damit könnten auch Nichtapotheker Eigentümer einer Apotheke sein. Die Apotheke müsste jedoch weiterhin verantwortlich von einem – möglicherweise angestellten – Apotheker geführt werden. Daneben sollte ein Mehrbesitz von Apotheken auch oberhalb der aktuellen Grenze von vier Apotheken zugelassen werden. Die Bildung von Apothekenketten könnte zu Effizienzsteigerungen und zu einer Wettbewerbsbelebung bei den Apotheken führen. Zur Verhinderung von lokalen und regio-

nal Monopolen sollte jedoch die Fusionskontrolle auf dem Apothekenmarkt – übergangsweise – auch unterhalb der üblichen Aufgreifschwelle gelten; die entsprechenden Verfahren sollten bei den Landeskartellbehörden stattfinden. Unabhängig davon spricht sich die Monopolkommission dafür aus, den Apothekern die Berufsausübung auch in Form einer GmbH zu ermöglichen; sollte sich der Gesetzgeber gegen eine Aufhebung des Fremdbesitzverbotes entscheiden, wären nur Apotheker als Gesellschafter zuzulassen.

170.* Die Monopolkommission spricht sich weiter dafür aus, eine räumliche Integration der Apotheke in andere Einzelhandelsgeschäfte zu ermöglichen. Apotheken könnten dann als räumlich unselbständiger Teil eines Drogeriemarktes oder Kaufhauses betrieben werden. Der Verkauf von Arzneimitteln, die verschreibungspflichtig sind oder nur nach Beratung angewandt werden sollten, würde aber weiterhin nicht in Selbstbedienung, sondern nur über den Apothekentisch erfolgen.

171.* Im Bereich der Werbung befürwortet die Monopolkommission auch für die Apotheker eine Abschaffung der berufsspezifischen Werberegeln. Die Werbung der Apotheker würde sich dann nur noch nach dem UWG und dem Heilmittelwerbegesetz richten.

Architekten und Ingenieure

172.* Auch die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) sollte nach Ansicht der Monopolkommission nur noch als Referenztarif gelten. Im historischen und internationalen Vergleich ist ein Zusammenhang zwischen verbindlichen Mindestpreisen und hoher Bauqualität nicht zu erkennen – auch der im Auftrag der Bundesregierung erstellte „Statusbericht 2000 plus“ hat einen solchen Nachweis nicht erbracht. Insbesondere ist zu bedenken, dass Mindestpreise keine „auskömmlichen Einkommen“ sicherstellen können, wenn sie zu vermehrten Markteintritten führen. Teilweise wird argumentiert, dass die besonderen Anforderungen öffentlicher Stellen, die Planungsleistungen in Auftrag geben, eine verbindliche Mindestpreisregelung notwendig machen. Die Monopolkommission ist von diesem Argument nicht überzeugt; im Übrigen könnte es auch nur eine Mindestpreisregelung für den öffentlichen Bereich rechtfertigen, nicht jedoch für private Auftraggeber.

Einleitung

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

1. Zur Sachverhaltsermittlung der Monopolkommission im Ministererlaubnisverfahren

1. Im Verlauf der zuletzt entschiedenen Ministererlaubnisverfahren Holtzbrinck/Berliner Verlag¹ und Rhön-Klinikum AG/Landkreis Rhön-Grabfeld² war von Seiten der jeweiligen Verfahrensbevollmächtigten der Antragsteller sowohl in schriftlichen Eingaben an das Bundeswirtschaftsministerium als auch in den nach § 56 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gebotenen öffentlichen Verhandlungen Kritik an den Sachverhaltsermittlungen der Monopolkommission geäußert worden. Ähnliche Kritik hatte es auch in früheren Fällen gegeben, zuletzt im Ministererlaubnisverfahren Holtzbrinck/Berliner Verlag. Insbesondere wird bemängelt, dass die Monopolkommission den Verfahrensbeteiligten die Quellen ihrer Information nicht bekannt gibt. Die Monopolkommission sichert den von ihr schriftlich und mündlich Befragten Vertraulichkeit im Hinblick auf eine individuelle Zuordnung von Informationen und Aussagen zu und stellt dies auch bei der Sachverhaltswiedergabe in den Gutachten sicher. Dadurch komme es zu „Geheimverfahren“, in denen die Monopolkommission Informationen einholt, deren Quellen den Antragstellern nicht bekannt gegeben werden. Beanstandet wurde in diesem Zusammenhang auch, dass insoweit eine Sachverhaltsüberprüfung (und damit gegebenenfalls die Möglichkeit einer Richtigstellung) für die Verfahrensbeteiligten nicht möglich sei.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Am 7. Juli 2005 ist das Zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes in Kraft getreten. Es setzt die Elektrizitätsrichtlinie 2003/54/EG³ und die Gasrichtlinie 2003/55/EG⁴ vom 26. Juni 2003 in nationales Recht um. Den Kern des Gesetzes bildet das grundlegend überarbeitete und erheblich ausgeweitete Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG), dessen wesentliche materielle Neuregelungen die Umsetzung der Unbundling-Vorgaben der europäischen Richtlinien sowie die Einführung des regulierten Netzzugangs in der Energiewirtschaft betreffen. Neben der Einführung einer sektorspezifischen Regulierung besteht eine weitere wesentliche Neuerung darin, dass die Zuständigkeit für die Wettbewerbs- und Regulierungsaufsicht im Bereich der Strom- und Gasnetze der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post übertragen wird, die aus diesem Anlass zur Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunika-

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

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

2.1 Wettbewerbsentwicklung in der Energiewirtschaft seit der Liberalisierung

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

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

³ ABl. EU Nr. L 176 vom 15. Juli 2003, S. 37.

⁴ ABl. EU Nr. L 176 vom 15. Juli 2003, S. 57.

gen missbräuchlich überhöhter Netznutzungsentgelte belegt wird.

Das Bundeskartellamt hatte den betroffenen Unternehmen in beiden Fällen untersagt, eine von der Kartellbehörde festgelegte Obergrenze für die Gesamterlöse aus dem Netzbetrieb zu überschreiten, nachdem es die Missbräuchlichkeit der Netzentgelte im Fall der Thüringer Energie AG auf der Grundlage einer Kostenprüfung und im Verfahren gegen die Stadtwerke Mainz auf der Grundlage des Vergleichsmarktkonzeptes nachgewiesen hat. Die Beschwerde, die die betroffenen Unternehmen beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt haben, hat in beiden Fällen zur Aufhebung der Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes geführt. Begründet hat das Beschwerdegericht seine Entscheidung unter anderem damit, dass die beiden Netzbetreiber ihre Netzentgelte in Übereinstimmung mit den Kalkulationsprinzipien der Verbändevereinbarung Strom II plus festgelegt hätten und daher der Vermutungstatbestand der „guten fachlichen Praxis“ für diese Netzentgelte erfüllt sei. Das Gericht hat außerdem die Festlegung einer Erlösobergrenze für nicht zulässig erklärt, da die Festsetzung einer derartigen Obergrenze auf eine kartellrechtlich nicht gedeckte präventive Preiskontrolle hinauslaufe. Außerdem dürfe sich das Bundeskartellamt nicht ausschließlich auf eine Überprüfung der Gesamterlöse beschränken, sondern müsse zusätzlich eine Überprüfung der Einzelpreise vornehmen. Obwohl der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss zum Fall der Stadtwerke Mainz sowohl die Verwendung der Netzerlöse als Prüfungsmaßstab als auch die Festlegung einer Erlösobergrenze für zulässig erklärt hat, verdeutlichen die Entscheidungen des Oberlandesgerichtes nach Ansicht der Monopolkommission die erheblichen Schwächen der Ex-post-Missbrauchsaufsicht über die Netzentgelte in der Energiewirtschaft. In aller Regel kann das Bundeskartellamt, dem die Beweislast in Preismissbrauchsfällen obliegt, den Beweisanforderungen der Gerichte nicht Genüge tun. Wie der Fall der HEAG-Versorgungs AG Darmstadt zeigt, sind bereits den Auskunftsbefugnissen des Bundeskartellamtes enge kartellrechtliche Grenzen gesetzt. In diesem Fall hatte das Oberlandesgericht dem Antrag des Unternehmens auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Beschwerde gegen einen Kostenauskuftsbeschluss des Bundeskartellamtes stattgegeben, da nach Auffassung des Gerichtes kein hinreichend begründeter Anfangsverdacht für die Missbräuchlichkeit der Netzentgelte bestand.

11. Im Gasbereich ist das Fehlen eines nicht diskriminierenden und wettbewerblich funktionsfähigen Netzzugangsmodells die Hauptursache dafür, dass sich Wettbewerb noch nicht einmal ansatzweise hat entwickeln können. Wettbewerber werden im Gasbereich durch entfernungsabhängige Tarife auf der Ferngasebene diskriminiert und von Kostenvorteilen der Saldierung entgegengerichteter Lastflüsse ausgeschlossen. Das auf dem Konzept der Punkt-zu-Punkt-Durchleitung beruhende Netzzugangsmodell war aufgrund hoher Transaktionskosten von vornherein untauglich für das Massengeschäft mit Haushaltskunden.

12. Sowohl im Strom- als auch im Gassektor ist mit erheblichen Wettbewerbshemmnissen aufgrund der horizontalen und vertikalen Konzentration zu rechnen. Dabei hat die unmittelbar nach der Markttöffnung einsetzende intensive Fusionsaktivität die Struktur der Märkte in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft grundlegend verändert.

Im Strombereich haben Zusammenschlüsse die horizontale Konzentration auf der Verbundebene beträchtlich erhöht und die implizite Verhaltenskoordination zwischen den vier verbliebenen Unternehmen vereinfacht. Mit der Zunahme der Konzentration haben sich auch die Spielräume zur manipulativen Beeinflussung der Stromgroßhandelsmärkte durch einseitige Maßnahmen eines einzelnen Verbundunternehmens drastisch vergrößert. Die vertikale Integration schreitet durch zahlreiche Beteiligungen der Verbundunternehmen bzw. ihrer Tochtergesellschaften an kommunalen Stromversorgungsunternehmen rasch voran. Mit diesen Beteiligungen erhalten die Verbundunternehmen einen beträchtlichen Einfluss auf das Beschaffungsverhalten der örtlichen Energieversorgungsunternehmen und sichern sich dadurch den Absatz ihrer Stromproduktion. Die Beteiligungen sind in ihrer Gesamtheit als eine Strategie der vertikalen Vorwärtsintegration zu betrachten, die zu einem Marktverschluss führt, da die kommunalen Beteiligungsunternehmen als Kunden für unabhängige Stromerzeuger und Stromhändler ausfallen.

Die Hoffnungen auf eine Belebung des Wettbewerbs durch neue Marktteilnehmer hat sich nicht erfüllt. Vielmehr sind die unmittelbar nach der Liberalisierung neu in den Markt eingetretenen unabhängigen Stromhändler fast durchweg wieder aus dem Markt ausgeschieden, da keine genügenden Geschäftsaussichten bestanden. Die Tätigkeit der Verbundunternehmen beschränkt sich weitgehend auf ihr historisches Liefergebiet. Wettbewerbsvorstöße in das traditionelle Absatzgebiet eines anderen Verbundunternehmens unterbleiben. Nach Angaben von Marktteilnehmern erhalten selbst große industrielle Abnehmer keine Angebote von Wettbewerbern. Auch die Stromweiterteiler werden nahezu ausnahmslos von ihrem ehemaligen Vorlieferanten beliefert.

Im Gasbereich wird der Großhandelsmarkt von dem mit Abstand größten Gasimporteur, der E.ON/Ruhrgas, beherrscht. Noch ausgeprägter als im Strombereich sind die vertikalen Verflechtungen. Allein E.ON/Ruhrgas ist direkt oder über den E.ON Konzern an ca. 30 Prozent der regionalen und örtlichen Gasversorgungsunternehmen beteiligt. Die mit der vertikalen Integration einhergehenden Marktverschliessungseffekte werden durch langfristige Lieferverträge zwischen den Ferngasunternehmen und den weiterverteilenden Gasversorgungsunternehmen noch verstärkt. Ein Großteil der Gasweiterteiler ist durch Lieferverträge mit Gesamtbedarfsdeckungsklauseln langfristig an seinen Vorlieferanten gebunden. Das Nachfragevolumen dieser Abnehmer ist dem Wettbewerb auf viele Jahre hinaus vollständig entzogen.

13. Insgesamt stellt sich die Markt- und Wettbewerbssituation auch im achten Jahr nach der Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte wenig zufrieden stellend dar.

Dabei hat die unzulängliche institutionelle Ausgestaltung der Netzregulierung maßgeblich zur Stagnation des Wettbewerbsgeschehens beigetragen. Ein in wettbewerblicher Hinsicht funktionsfähiges Durchleitungsregime mit adäquatem Regulierungsrahmen und nicht diskriminierenden Netzzugangsbedingungen ist eine notwendige Voraussetzung für Wettbewerb auf den den Netzen vor- und nachgelagerten Märkten. Vor dem Hintergrund der zementierten Marktstrukturen sind die Bedingungen für die zukünftige Wettbewerbsentwicklung auf den Strom- und Gasmärkten aber auch bei funktionsfähigem Durchleitungswettbewerb alles andere als günstig.

2.2 Notwendigkeit einer sektorspezifischen Regulierung in der Energiewirtschaft

14. Während der neunziger Jahre wurde sowohl in Deutschland als auch in vielen anderen Ländern damit begonnen, die bis dahin regelmässig als Monopole organisierten Netzindustrien stärker für den Wettbewerb zu öffnen. Getragen wurden diese Liberalisierungsbestrebungen von der Erkenntnis, dass die traditionelle Organisation der Netzsektoren als vertikal integrierte Monopole wettbewerbspolitisch nicht länger zu rechtfertigen war und dass auf den den Netzen vor- und nachgelagerten Märkten Wettbewerb durchaus möglich ist. Die Netze selbst stellen in der Regel jedoch natürliche Monopole dar. Dies gilt zumindest für die Übertragungs- und Verteilnetze in der Stromwirtschaft sowie die Fernleitungs- und Verteilnetze in der Gaswirtschaft, für die auch in längerfristiger Perspektive nicht damit zu rechnen ist, dass sie ihren Charakter als natürliches Monopol, beispielsweise aufgrund technischen Fortschritts, verlieren werden. Anders als im Bereich der Telekommunikation spielt die Förderung von Infrastrukturwettbewerb in der Strom- und Gaswirtschaft daher nur eine untergeordnete Rolle.

15. Für die Wettbewerbspolitik stellen die Leitungsmonopole in der Strom- und Gaswirtschaft eine besondere Herausforderung dar. Es stellt sich die Frage, wie ein Missbrauch der von den Netzen ausgehenden Monopolmacht verhindert werden kann. Die Missbrauchsproblematik weist dabei zwei Dimensionen auf. Zum einen hat der Netzbetreiber aufgrund seiner Monopolstellung die Möglichkeit, durch missbräuchlich hohe Netzzugangsentgelte Monopolgewinne zu erzielen. Im Strom- und Gasbereich ist dieses Verhalten aufgrund der geringen Substitutionsmöglichkeiten und der geringen Elastizität der Endverbrauchernachfrage besonders profitabel. Schon allein um die Endverbraucher vor einem derartigen Preishöhenmissbrauch zu schützen, sind die Strom- und Gasnetze einer staatlichen Preisaufsicht zu unterstellen.

Im Kontext der Marktöffnung stellt sich darüber hinaus das Problem der Diskriminierung von Wettbewerbern auf den den Netzen vor- und nachgelagerten Märkten. Vertikal integrierte Netzbetreiber, die selbst auf den wettbewerblich organisierten vor- und nachgelagerten Marktstufen aktiv sind, haben beträchtliche Anreize, andere Marktteilnehmer durch diskriminierende Netzzugangsbedingungen und/oder überhöhte Durchleitungsentgelte zu behindern. Ein besonders wirksamer Hebel zur Übertra-

gung von Monopolmacht aus dem Netzbetrieb auf die vor- und nachgelagerten Groß- und Einzelhandelsmärkte stellen dabei missbräuchlich hohe Durchleitungsentgelte dar. Die mittels hoher Durchleitungsentgelte erzielten Monopolgewinne aus dem Netzbetrieb kann der vertikal integrierte Netzbetreiber zur Quersubventionierung seiner Aktivitäten auf den Wettbewerbsmärkten verwenden. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die Anreize, Wettbewerber durch hohe Durchleitungsentgelte zu behindern, auch durch eine gesellschaftsrechtliche Entflechtung des Netzbetriebs von den übrigen strom- und gaswirtschaftlichen Aktivitäten nicht vollständig beseitigt werden. Selbst wenn die Durchleitungsentgelte der konzerneigenen Vertriebsgesellschaft in gleicher Höhe in Rechnung gestellt werden wie den Wettbewerbern, führt dies aus Sicht des Gesamtkonzerns nur zu internen Transfers. Für die Wettbewerber stellen die Netznutzungsentgelte dagegen echte Kosten dar. Insofern kann auch durch eine gesellschaftsrechtliche Entflechtung des Netzbetriebs die Regulierungstiefe kaum wirksam verringert werden.

16. Der deutsche Gesetzgeber hat bei der 1998 erfolgten Marktöffnung im Energiesektor auf eine explizite regulatorische Kontrolle der Netzzugangsmodalitäten und der Netzentgelte durch eine sektorspezifische Regulierungsbehörde verzichtet. Man hatte gehofft, die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in der Energiewirtschaft auf dem Weg des „verhandelten Netzzugangs“ sicherstellen zu können. Die Ausgestaltung der Netzzugangsbedingungen und die Festlegung der Netznutzungsentgelte blieb in diesem Modell den Marktteilnehmern überlassen. Das Energiewirtschaftsgesetz selbst enthielt weder Regelungen zur Ausgestaltung der Netzzugangsbedingungen noch Kriterien zur Ermittlung der Höhe der Netzzugangsentgelte. Die energiewirtschaftlich beteiligten Verbände haben in der Folgezeit die Rahmenbedingungen für den Netzzugang und für die Kalkulation der Netzentgelte auf privatrechtlichem Wege in Form der so genannten Verbändevereinbarungen festgelegt.

17. Im Strombereich konnten durch die mehrfach modifizierten Verbändevereinbarungen explizit diskriminierende Regelungen beim Netzzugang weitgehend abgebaut werden. Nicht beseitigt werden konnten jedoch Wettbewerbsbehinderungen aufgrund hoher Durchleitungsentgelte, da die so genannten Preisfindungsprinzipien der zuletzt geltenden Verbändevereinbarung Strom II plus den Netzbetreibern weiterhin erhebliche Spielräume bei der Festsetzung der Netzentgelte beließen. Die Gültigkeit der Verbändevereinbarung Strom II plus war am 31. Dezember 2003 abgelaufen. Sie wurde im Hinblick auf die bevorstehende Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes und die damit verbundene Einführung des regulierten Netzzugangs nicht mehr verlängert.

18. Im Vergleich mit dem Stromsektor verliefen die Verhandlungen der Verbände über ein Wettbewerb ermöglichendes Netzzugangsmodell im Gasbereich deutlich mühsamer. Die Überarbeitung und Weiterentwicklung der Verbändevereinbarung Gas II, deren Geltung am 31. September 2003 abgelaufen war, scheiterte am Ende an den

nicht zu überbrückenden Gegensätzen in den Vorstellungen der Verhandlungsteilnehmer zur Ausgestaltung des Netzzugangs. Im Mittelpunkt der Auseinandersetzungen stand dabei die Frage nach der Einführung eines transaktionsunabhängigen Entry-Exit-Modells beim Gasnetzzugang. Das der Verbändevereinbarung Gas II zugrunde liegende Netzzugangsmodell, das auf dem Konzept der Punkt-zu-Punkt-Durchleitung beruhte und entfernungsabhängige Durchleitungsentgelte vorsah, war von vorne herein für den Wettbewerb ungeeignet. Es diskriminierte dritte Netznutzer, indem es sie von den Kostenvorteilen der Saldierung entgegengerichteter Gasflüsse ausschloss und machte das Massengeschäft aufgrund hoher Transaktionskosten unmöglich. Durchleitungswettbewerb konnte im Gasbereich aufgrund des unzulänglich ausgestalteten Netzzugangsmodells bisher überhaupt noch nicht entstehen.

19. Im Modell des verhandelten Netzzugangs kam dem Bundeskartellamt die entscheidende Rolle für die Durchsetzung des Netzzugangsanspruchs zu. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem Vierzehnten Hauptgutachten darauf hingewiesen, dass sie die allgemeine Missbrauchsaufsicht nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen für nicht geeignet hält, einen funktionsfähigen Netzzugang sicherzustellen und Netznutzer oder Endverbraucher vor einem Ausbeutungsmissbrauch durch überhöhte Netzentgelte zu schützen.⁵ Diese Einschätzung beruhte darauf, dass die materiellen Maßstäbe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für den Nachweis eines Preishöhenmissbrauchs im Bereich der Strom- und Gasnetze nicht praktikabel sind. So stehen die Kartellbehörden bei der Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB vor dem grundlegenden konzeptionellen Problem, dass keine wettbewerblichen Vergleichsmaßstäbe für die Beurteilung der Angemessenheit von Netznutzungsentgelten zur Verfügung stehen. Da die Leitungsnetze in der Strom- und Gaswirtschaft natürliche Monopole sind, stellen die Netzentgelte der zum Vergleich herangezogenen Netzbetreiber nämlich ebenfalls nur mangelhaft wettbewerblich beeinflusste Monopolpreise dar. Ein insgesamt überhöhtes Niveau der Netzentgelte ist mit dem Vergleichsverfahren daher grundsätzlich nicht nachzuweisen.

Aufgrund der konzeptionellen Schwächen des Vergleichsmarktkonzeptes sind die Kartellbehörden in aller Regel darauf angewiesen, Einblick in die Kostensituation der Netzbetreiber zu nehmen. Aber auch eine kostenorientierte Missbrauchsaufsicht steht vor erheblichen Problemen. Diese betreffen zum einen die Frage, wie die bei der Strom- und Gasversorgung anfallenden, typischerweise hohen Fix- und Gemeinkosten auf den Netzbetrieb bzw. die einzelnen Netzdienstleistungen zuzurechnen sind. Hierfür existieren weder aus betriebswirtschaftlicher noch aus volkswirtschaftlicher Sicht allgemein gültige Regeln. Vielmehr wurden verschiedene Zurechnungsverfahren entwickelt, die jeweils unterschiedliche

Vor- und Nachteile im Hinblick auf ihre Effizienzwirkungen, ihre Praktikabilität und die Informationsanforderungen, die sie an die Aufsichtsbehörde stellen, aufweisen. Da es aber keine einfachen und eindeutigen Zurechnungsregeln gibt, bleibt unklar, anhand welcher Kriterien die Kartellbehörde, der die Beweislast obliegt, den Gerichten im Einzelfall einen Preismissbrauch nachweisen kann. Neben dem Zurechnungsproblem für Fix- und Gemeinkosten besteht ein weiteres grundsätzliches Problem darin, dass eine weitgehend an den tatsächlichen Kosten der Netzbetreiber ansetzende Missbrauchsaufsicht keine Anreize für eine effiziente Leistungsbereitstellung vermittelt. Da die Aufsichtsbehörde immer nur begrenzt beurteilen kann, ob der Netzbetreiber bestehende Rationalisierungspotentiale ausgeschöpft hat, können hohe Kosten als betriebsnotwendig dargestellt und über höhere Preise auf die Netznutzer abgewälzt werden.

20. Neben den konzeptionellen Schwierigkeiten bei der Ermittlung angemessener Netznutzungsentgelte tragen auch verfahrensrechtliche Probleme zur geringen Effektivität der allgemeinen Missbrauchsaufsicht in Netzsektoren bei. So erstrecken sich die Ermittlungs- und Auskunftsbefugnisse der Kartellbehörden stets nur auf den zugrunde liegenden Einzelfall und greifen erst bei einem begründeten Anfangsverdacht. Diese auf Einzelfälle bezogene Ex-post-Aufsicht wird jedoch den Wettbewerbsproblemen, die sich im Zusammenhang mit den natürlichen Monopolen im Bereich der Strom- und Gasnetze stellen, nicht gerecht. Da die natürliche Monopolstellung der Netzbetreiber in der Strom- und Gaswirtschaft auf absehbare Zeit bestehen bleiben wird, stellt auch die Ausgestaltung der Netzzugangsbedingungen und die Kontrolle der Netzentgelte eine Daueraufgabe dar. Erforderlich sind daher kontinuierliche Eingriffe der Aufsichtsbehörden, die dazu dann aber auch regelmässige Informationen über Preise, Kosten und Erlöse benötigt. Insofern jedoch, als bei der nur ex post wirkenden Missbrauchsaufsicht nach dem GWB das wettbewerbsbehindernde Verhalten so lange aufrechterhalten werden kann, bis die Kartellbehörde eine rechtskräftige Entscheidung getroffen hat, haben die Netzbetreiber keine Anreize, durch die Bereitstellung notwendiger Informationen zur zügigen Abwicklung des Verfahrens beizutragen.

21. Die mangelnde Funktionsfähigkeit der Missbrauchsaufsicht hat dazu beigetragen, dass sich ein nennenswerter Wettbewerb bisher weder im Strom- noch im Gassektor entwickeln konnte. Im Interesse einer effektiven Wettbewerbsaufsicht über den Netzzugang hat sich die Monopolkommission daher für die Einführung einer sektorspezifischen Ex-ante-Regulierung der Netzentgelte im Strom- und Gasbereich ausgesprochen. Mit einer Ex-ante-Regulierung der Durchleitungsentgelte kann der mit dem Netzmonopol verbundenen Diskriminierungs- und Behinderungsproblematik auf den vor- und nachgelagerten Märkten wirkungsvoller Rechnung getragen werden als mit der Missbrauchsaufsicht nach allgemeinem Wettbewerbsrecht, da die Regulierungsbehörde von vornherein eindeutige und transparente Standards für die Angemessenheit der Netzentgelte verbindlich vorgeben kann. Die Entwicklung von Maßstäben und Standards, die dem

⁵ Vergleiche Monopolkommission Netzwettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2002, Kapitel VI.

Problem der Zurechnung von Fix- und Gemeinkosten Rechnung tragen und verhindern, dass die Kostenzurechnung weiter für Quersubventionen und Wettbewerbsbehinderungen benutzt wird, liegt dann nicht weiterhin ausschließlich in der Hand der betroffenen Unternehmen. Dadurch, dass der Regulierungsbehörde die Kompetenz zur Genehmigung der Netzentgelte übertragen wird, trägt eine Ex-ante-Regulierung der Netzentgelte zu einer schnelleren Durchsetzbarkeit von Durchleitungswünschen bei und ist weniger anfällig gegenüber Verzögerungstaktiken der etablierten Netzbetreiber. Schließlich ermöglicht die Ex-ante-Regulierung die Anwendung anreizorientierter Regulierungsinstrumente und dadurch die Hebung von Effizienzpotentialen.

22. Die Monopolkommission hat sich darüber hinaus in ihrem Fünfzehnten Hauptgutachten für eine intensivere Wettbewerbsaufsicht über die Stromgroßhandels- und die Regelenergiemärkte ausgesprochen und empfohlen, diese Aufsicht ebenfalls der Regulierungsbehörde zu übertragen.⁶

Stromhandelsmärkte zeichnen sich durch eine hohe Preisvolatilität aus und sie sind in hohem Maße anfällig für Preismanipulationen durch marktmächtige Erzeugungsunternehmen. Die Manipulationsanfälligkeit der Stromhandelsmärkte geht darauf zurück, dass kurzfristig sowohl die Nachfrage als auch das Angebot sehr unelastisch sind. Aufgrund der speziellen Angebots- und Nachfragekonstellation kann ein Stromanbieter, der Kapazitäten vom Markt nimmt, mit erheblichen Preisreaktionen rechnen. Selbst ein Anbieter, der nur über einen kleinen Marktanteil verfügt, hat unter Umständen beträchtliche Möglichkeiten, durch eine Angebotsverknappung die Preise in die Höhe zu treiben. Die Anfälligkeit des Börsenhandels und der Regelenergiemärkte für strategisches Angebotsverhalten werden durch eine geringe Liquidität auf diesen Märkten verstärkt. Vor diesem Hintergrund sind die zunehmenden horizontalen und vertikalen Verflechtungen in der deutschen Stromwirtschaft besonders kritisch zu beurteilen. Die Zunahme der horizontalen Konzentration auf der Erzeugungsebene und die Herausbildung eines Oligopols aus den vier Verbundunternehmen haben den Einfluss dieser Unternehmen auf die Preisbildung an den Großhandelsmärkten erhöht und damit auch in Deutschland die Voraussetzungen für strategisches Angebotsverhalten auf diesen Märkten geschaffen. Durch die vertikalen Beteiligungen an Stromweiterverteilern und Stadtwerken sichern die Verbundunternehmen den Absatz ihrer eigenen Erzeugungsmenge an die Beteiligungsunternehmen. Die auf diese Weise konzernintern und über langfristige Lieferverträge gehandelten Strommengen sind dem freien Markt entzogen und verringern weiter die Liquidität auf den Großhandelsmärkten.

23. Auf den Regelenergiemärkten treten die angesprochenen Probleme noch in verschärfter Form auf. Die Zahl der Marktteilnehmer auf den Märkten für Regelenergie

wird zum einen durch die räumliche Fragmentierung der Märkte in vier separate Regelzonen und zum anderen durch die von den Verbundunternehmen aufgestellten technischen Anforderungen an die zum Auktionsverfahren zugelassenen Kraftwerke beschränkt. Dies führt dazu, dass sich das Angebot in den einzelnen Regelzonen nahezu ausschließlich auf die Kraftwerksgesellschaften des jeweiligen Übertragungsnetzbetreibers beschränkt. Entsprechend groß sind die Möglichkeiten der Verbundunternehmen zur Einflussnahme auf die Regelenergiepreise.

24. Um Manipulationen durch marktmächtige Erzeugungsunternehmen auf den Großhandels- und Regelenergiemärkten verhindern und einen wettbewerblichen Preisbildungsprozess sicherstellen zu können, ist nach Ansicht der Monopolkommission eine intensiviertere Wettbewerbsaufsicht über diese Märkte notwendig. Die Regulierungsbehörde sollte insbesondere Kompetenzen erhalten, der Ursache von Preisschwankungen auf den Großhandelsmärkten nachzugehen und manipulatives Verhalten zu ahnden. Notwendig ist es nach Auffassung der Monopolkommission vor allem, die Transparenz über den Preisbildungsprozess zu erhöhen. Nicht nur die Regulierungsbehörde, sondern alle Marktteilnehmer müssen in gleichem Maße Zugang zu preisrelevanten Informationen erhalten. Dies beinhaltet beispielsweise Informationen über geplante und ungeplante Kraftwerksausfälle, über die aktuelle Netzlast und Netzengpässe und über die grenzüberschreitenden Stromflüsse.

2.3 Die Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes: Vom verhandelten zum regulierten Netzzugang

25. Den unmittelbaren Anlass zur Reform des Energiewirtschaftsgesetzes gaben die oben genannten Beschleunigungsrichtlinien der Europäischen Gemeinschaft für den Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt. Handlungsbedarf bestand für den deutschen Gesetzgeber vor dem Hintergrund europäischen Rechts zum einen bezüglich der Umsetzung der Entflechtungsvorgaben für vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen und zum anderen bezüglich der Einführung eines regulierten Netzzugangs. Das in Deutschland als einzigem Land in der europäischen Union praktizierte Modell des verhandelten Netzzugangs wurde durch die Beschleunigungsrichtlinien abgeschafft. Gemäß den europäischen Vorgaben stellt der regulierte Netzzugang auf der Grundlage veröffentlichter und ex ante genehmigter Tarife bzw. Tarifberechnungsmethoden das einzig zulässige Netzzugangsmodell in der Energiewirtschaft dar.

26. Die Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes zur Entflechtung des Netzbetriebs von den übrigen strom- und gaswirtschaftlichen Aktivitäten entsprechen weitgehend den europarechtlichen Vorgaben. Vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen, an deren Netz mehr als 100 000 Kunden mittelbar oder unmittelbar angeschlossen sind, haben ihren Netzbetrieb rechtlich und operationell zu entflechten. Unabhängig von ihrer Größe haben darüber hinaus alle vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen die Vertraulichkeit wirtschaftlich sen-

⁶ Vergleiche Monopolkommission, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden 2005, Tz. 1194 ff.

sibler Informationen sicherzustellen (informationelle Entflechtung) und in ihrer Rechnungslegung getrennte Konten für die mit dem Netzbetrieb zusammenhängenden Tätigkeiten zu führen (buchhalterische Entflechtung). Eine eigentumsrechtliche Entflechtung des Netzbetriebs ist nicht vorgesehen.

27. Die Regelungen zur Entflechtung des Netzbetriebs werden von der Monopolkommission grundsätzlich begrüßt. Sie sind geeignet, die Kostentransparenz in vertikal integrierten Unternehmen zu erhöhen und dadurch die Aufsichtstätigkeit der Bundesnetzagentur zu erleichtern. Zu warnen ist jedoch vor allzu großen Erwartungen im Hinblick auf das mit den Entflechtungsvorgaben beabsichtigte Ziel einer Gleichbehandlung von Wettbewerbern und den konzernzugehörigen eigenen Erzeugungs- und Vertriebsgesellschaften. Die Anreize für eine diskriminierende Behandlung von Wettbewerbern beim Netzzugang werden auch durch eine gesellschaftsrechtliche Ausgliederung des Netzbetriebs nicht beseitigt. Hierfür wäre eine weitergehende eigentumsrechtliche Entflechtung des Netzbetriebs notwendig.

28. Den Kern des neuen Energiewirtschaftsgesetzes bilden die Vorschriften zur Regulierung des Netzbetriebs. Mit der Gesetzesnovelle wird das in Deutschland bisher praktizierte Modell des verhandelten Netzzugangs durch eine sektorspezifische Regulierung der Elektrizitäts- und Gasnetze abgelöst. Insbesondere wurden nicht nur die Methoden zur Ermittlung der Netzentgelte, wie noch im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgesehen, sondern die Netzentgelte selbst einer Ex-ante-Genehmigungspflicht unterstellt. Die Zuständigkeit für die Regulierung des Netzbetriebs wurde der Bundesnetzagentur übertragen. Sofern an das Elektrizitäts- und Gasverteilnetz eines Energieversorgungsunternehmens weniger als 100 000 Kunden angeschlossen sind und das jeweilige Netz nicht über das Gebiet eines Bundeslandes hinausreicht, sind die Bundesländer für die Genehmigung der Netzentgelte zuständig.

29. Die Einführung des regulierten Netzzugangs mit einer Ex-ante-Kontrolle der Netzentgelte verbessert nach Ansicht der Monopolkommission im Grundsatz die regulatorischen Rahmenbedingungen für den Durchleitungswettbewerb in der Strom- und Gaswirtschaft. Ob mit dem neuen Energiewirtschaftsgesetz aber tatsächlich ein Paradigmenwechsel verbunden ist und die Voraussetzungen für einen diskriminierungsfreien Netzzugang und eine wirkungsvolle Kontrolle der Netzentgelte geschaffen wurden, bleibt angesichts der andererseits erheblichen Schwächen des neuen energiewirtschaftlichen Regulierungsrahmens abzuwarten.

30. Problematisch im Hinblick auf eine wirkungsvolle Regulierung und eine zügige Entwicklung funktionsfähigen Durchleitungswettbewerbs sind insbesondere die unklaren und zum Teil widersprüchlichen gesetzlichen Maßstäbe des Energiewirtschaftsgesetzes sowie der zugehörigen Rechtsverordnungen für die Kalkulation der Netzentgelte. Im Stromsektor ist darüber hinaus nach Ansicht der Monopolkommission die Wettbewerbsaufsicht über die Großhandels- und Regelenergiemärkte weiterhin unzureichend. Im Gasbereich ist insbesondere die Aus-

nahmeregelung für die Betreiber von Ferngasnetzen, die diese von der Kosten- und der zu einem späteren Zeitpunkt einzuführenden Anreizregulierung freistellt, kritisch zu betrachten. Auch die Tatsache, dass der Gesetzgeber im Gasbereich weiterhin darauf vertraut, ein wettbewerbsfähiges Netzzugangsmodell durch freiwillige Kooperation zwischen den Netzbetreibern etablieren zu können, lässt nicht erwarten, dass sich ein Durchleitungswettbewerb ohne weitere Verzögerungen entwickeln können.

31. Schließlich ist nach Ansicht der Monopolkommission § 111 Abs. 3 EnWG nicht mit dem Vorrang europäischen Gemeinschaftsrechts vereinbar. § 111 EnWG regelt das Verhältnis zwischen dem sektorspezifischem Energieregulierungsrecht und dem allgemeinen Wettbewerbsrecht nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Danach sind die §§ 19 und 20 GWB nicht anzuwenden, soweit durch das Energiewirtschaftsgesetz oder durch aufgrund des Energiewirtschaftsgesetzes erlassene Rechtsverordnungen ausdrücklich abschliessende Regelungen getroffen werden. Nach § 111 Abs. 2 EnWG sind abschliessende Regelungen in diesem Sinne die Bestimmungen des Teiles 3 des Energiewirtschaftsgesetzes über die Regulierung des Netzzugangs. In § 111 Abs. 3 EnWG wird darüber hinaus explizit geregelt, dass in Verfahren der Kartellbehörden nach §§ 19 und 20 GWB sowie Artikel 82 EGV, die die Preise von Energieversorgungsunternehmen für die Belieferung von Letztverbrauchern betreffen, die von den Betreibern von Energieversorgungsnetzen veröffentlichten Netzzugangsentgelte als rechtmässig zugrunde zu legen sind, sofern nicht etwas anderes durch eine sofort vollziehbare oder bestandskräftige Entscheidung der Regulierungsbehörde oder ein rechtskräftiges Urteil festgestellt worden ist. Da aber die Anwendung des Artikel 82 EGV durch das Bundeskartellamt aufgrund des Vorrangs europäischen Gemeinschaftsrechts nicht durch die nationale Gesetzgebung eingeschränkt werden kann, kann es dem Bundeskartellamt auch nicht verwehrt sein, die Rechtmässigkeit der von der Bundesnetzagentur genehmigten Netzentgelte im Rahmen von Verfahren nach Artikel 82 EGV zu prüfen.

32. Für eine wirkungsvolle und gerichts feste Regulierung ist ein eindeutiger und unmissverständlicher Maßstab für die Beurteilung der Netzentgelte unverzichtbar. Dieser Anforderung genügt das Energiewirtschaftsgesetz nach Auffassung der Monopolkommission jedoch nur bedingt.

Gemäß § 21 Abs. 2 EnWG, der zentralen Vorschrift über die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang, sind die Netzentgelte auf der Grundlage der Kosten einer Betriebsführung, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen müssen, unter Berücksichtigung von Anreizen für eine effiziente Leistungserbringung und einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu bilden. Soweit die Entgelte kostenorientiert gebildet werden, dürfen Kosten und Kostenbestandteile, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, nicht berücksichtigt werden. Um zu gewähr-

leisten, dass sich die Entgelte für den Netzzugang an den Kosten einer Betriebsführung nach § 21 Abs. 2 EnWG orientieren, kann die Regulierungsbehörde nach § 21 Abs. 3 EnWG einen Kostenvergleich durchführen. Die Ergebnisse des Vergleichsverfahrens sind bei der kostenorientierten Entgeltbildung zu berücksichtigen. Ergibt der Vergleich, dass die Kosten einzelner Betreiber von Energieversorgungsnetzen die durchschnittlichen Kosten vergleichbarer Betreiber von Energieversorgungsnetzen überschreiten, wird vermutet, dass sie einer Betriebsführung nach § 21 Abs. 2 EnWG nicht entsprechen. Die bereits umfangreichen Vorgaben des Energiewirtschaftsgesetzes zu den Maßstäben der Entgeltbildung werden außerdem durch die Strom- und Gasnetzentgeltverordnungen ergänzt, die sich im Wesentlichen auf die Kalkulationsprinzipien der Verbändevereinbarungen stützen.⁷

33. Die Monopolkommission sieht ein großes Problem darin, dass § 21 EnWG verschiedene Maßstäbe und Kalkulationsansätze für die Beurteilung der Netzentgelte enthält, ohne dass aus dem Gesetzeswortlaut hinreichend klar hervorgeht, in welchem Verhältnis die Maßstäbe zueinander stehen. Obwohl der der Tarifpreisaufsicht der Länder entnommene und weitgehend an den historischen Ist-Kosten der Unternehmen orientierte Maßstab der Kosten einer energiewirtschaftlich rationellen Betriebsführung sowie das Kalkulationsprinzip der Nettosubstanzerhaltung im Verlaufe des Gesetzgebungsprozesses entfallen sind, lässt die Formulierung des § 21 EnWG weiterhin einen eindeutigen und effizienzorientierten Entgeltmaßstab vermissen. Unklar ist insbesondere, wie bei einer kostenorientierten Missbrauchsaufsicht Anreize für eine effiziente Leistungserbringung berücksichtigt werden können und wie sich der in § 21 Abs. 2 EnWG genannte Maßstab der Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers zu dem in § 21 Abs. 4 EnWG genannten Maßstab der durchschnittlichen Kosten vergleichbarer Netzbetreiber verhält. Die gegenüber dem Regierungsentwurf stärkere Betonung effizienzorientierter Entgeltmaßstäbe im Energiewirtschaftsgesetz ist zwar grundsätzlich zu begrüßen. Da aber die Kalkulationsprinzipien der Strom- und Gasnetzentgeltverordnungen weitgehend auf die tatsächlichen Kosten der Netzbetreiber abstellen, bleibt unsicher, welchen Stellenwert dieser Effizienzmaßstab bei der Regulierung der Netzentgelte haben wird. Gänzlich unvereinbar mit der Setzung von Anreizen für eine effiziente Leistungsbereitstellung ist nach Auffassung der Monopolkommission die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze in der Strom- bzw. der Gasnetzentgeltverordnung.

Befürchtet werden muss nach Ansicht der Monopolkommission vor allem, dass die mit den ungenauen gesetzlichen Formulierungen verbundenen Rechtsunsicherheiten erst langwierig auf gerichtlichem Wege beseitigt werden

können. Nach den Erfahrungen in anderen Netzsektoren wie der Telekommunikation und der Post ist auch für die Energiewirtschaft davon auszugehen, dass diese Rechtsunsicherheiten ein erhebliches Hemmnis für die Wettbewerbsentwicklung darstellen werden.

34. Für weiterhin unzureichend hält die Monopolkommission die Wettbewerbsaufsicht über die Stromgroßhandels- und Regelenergiemärkte. Eine spezielle Eingriffsnorm, die es der Bundesnetzagentur ermöglichen würde, bei Verdacht auf Marktmanipulationen das Verhalten der betroffenen Marktteilnehmer zu untersuchen und gegebenenfalls zu ahnden, ist im Energiewirtschaftsgesetz nicht enthalten. Dies ist angesichts der großen Bedeutung dieser Märkte und der internationalen Erfahrung mit ihrer Manipulationsanfälligkeit unverständliches Versäumnis des deutschen Gesetzgebers. Mit den Instrumenten des allgemeinen Wettbewerbsrechts nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen jedenfalls ist strategisches Angebotsverhalten marktmächtiger Erzeugungsunternehmen auf den Großhandelsmärkten nicht wirksam zu bekämpfen. Dies liegt daran, dass preisbeeinflussende Marktmacht auf Stromgroßhandelsmärkten schon bei Marktanteilen vorliegen kann, die weit unterhalb der Vermutungsschwellen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für eine marktbeherrschende Stellung liegen und insofern kein Tätigwerden der Kartellbehörden auslösen. Aufgrund des engen Zusammenhangs zwischen den Börsenpreisen sowie den Preisen für Regelenergie macht es nach Auffassung der Monopolkommission auch wenig Sinn, die Aufsicht über die Stromgroßhandelsmärkte beim Bundeskartellamt zu belassen, während die Regelenergiemärkte in den Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur fallen.

35. Erhebliche Mängel weist der neue Regulierungsrahmen auch im Hinblick auf die Ausgestaltung des Netzzugangs im Gasbereich auf. Zwar haben gemäß § 20 Abs. 1b EnWG die Betreiber von Gasversorgungsnetzen Ein- und Ausspeisekapazitäten anzubieten, die den Netzzugang ohne Festlegung eines transaktionsabhängigen Transportpfades ermöglichen und unabhängig voneinander nutzbar und handelbar sind, womit grundsätzlich der Übergang zu einem transaktions- und entfernungsunabhängigen Entry-Exit-Modell vollzogen wird, eine Verpflichtung zu einer netzeigentumübergreifenden Ausdehnung dieses Entry-Exit-Modells enthält das Energiewirtschaftsgesetz jedoch nicht. Vielmehr werden die Gasnetzbetreiber lediglich dazu verpflichtet, in dem Ausmaß verbindlich zusammenzuarbeiten, das erforderlich ist, damit der Transportkunde zur Abwicklung eines Transports auch über mehrere miteinander verbundene Netze nur einen Einspeise- und einen Ausspeisevertrag abschließen muss. Die Betreiber von Gasversorgungsnetzen sind außerdem dazu verpflichtet, alle Kooperationsmöglichkeiten mit anderen Netzbetreibern auszuschöpfen, um die Zahl der Netze oder Teilnetze sowie Bilanzzonen möglichst gering zu halten. Erst zum 1. Juli 2007 soll die Bundesnetzagentur nach § 112 EnWG einen Bericht über die Möglichkeit der Einführung eines einheitlichen Marktgebietes bei Gasversorgungsnetzen vorlegen.

⁷ Vergleiche Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzentgeltverordnung-StromNEV) vom 25. Juli 2005, BGBl. I S. 2225, sowie Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (Gasnetzentgeltverordnung-GasNEV) vom 25. Juli 2005, BGBl. I S. 2197.

Die gesetzlichen Vorgaben sind nach Ansicht der Monopolkommission kaum geeignet, in kurzer Frist ein wettbewerbs- und massengeschäftstaugliches Netzzugangsmodell im Gassektor zu etablieren. Durch die fehlende Verpflichtung der Gasnetzbetreiber zur Einrichtung eines bundesweiten, netzübergreifenden Zugangsmodells wird die Transportpfadunabhängigkeit des Gasnetzzugangs nur sehr begrenzt verwirklicht. Die kaum justitierbaren Kooperationsverpflichtungen der Gasnetzbetreiber werden nach Auffassung der Monopolkommission nicht dazu beitragen, die Zahl der Netze, Teilnetze und Bilanzzonen möglichst gering zu halten und der Zersplitterung des Marktgebietes entgegenzuwirken. Hierdurch wird nicht nur die Entfernungsunabhängigkeit der Durchleitungsentgelte konterkariert, sondern auch der Aufbau eines liquiden Gashandels erheblich behindert.

36. Als Problem für die Funktionsfähigkeit des Durchleitungswettbewerbs im Gasbereich wird sich nach Auffassung der Monopolkommission auch die Ausnahmeregelung für die Regulierung der Netzentgelte auf der Fernleitungsebene erweisen. Nach § 24 Satz 2 Nr. 5 EnWG kann die Bundesregierung durch Rechtsverordnung Regelungen über eine Abweichung vom Grundsatz der Kostenorientierung treffen, nach denen bei bestehendem oder potentielltem Leitungswettbewerb die Entgeltbildung auf der Grundlage eines marktorientierten Verfahrens oder einer Preisbildung im Wettbewerb erfolgen kann. Dies ist im Falle der Fernleitungsnetze im Gasbereich geschehen. Gemäß § 3 Abs. 2 GasNEV können Betreiber von überregionalen Gasfernleitungsnetzen die Entgelte für die Nutzung der Fernleitungsnetze abweichend von der kostenorientierten Entgeltermittlung auf der Basis eines von der Bundesnetzagentur durchzuführenden Vergleichsverfahrens bilden, wenn das Fernleitungsnetz zu einem überwiegenden Teil wirksamem bestehendem oder potentielltem Leitungswettbewerb ausgesetzt ist. Voraussetzung für die Feststellung von wirksamem bestehendem oder potentielltem Wettbewerb ist nach § 3 Abs. 2 Satz 2 GasNEV erstens, dass die überwiegende Zahl der Ausspeisepunkte des jeweiligen Netzes in Gebieten liegt, die auch über überregionale Gasfernleitungsnetze Dritter erreicht werden oder unter kaufmännisch sinnvollen Bedingungen erreicht werden können, und zweitens, dass die überwiegende Menge des transportierten Erdgases in Gebieten ausgespeist wird, die auch über überregionale Gasfernleitungsnetze Dritter erreicht werden bzw. unter kaufmännisch sinnvollen Bedingungen erreicht werden können.

37. Nach Auffassung der Monopolkommission stellt diese Ausnahmeregelung, mit der die Betreiber von Gasfernleitungsnetzen nicht nur von der kostenbasierten Entgeltregulierung nach § 21 Abs. 2 EnWG, sondern gemäß § 21 a EnWG auch von der in den kommenden Jahren die kostenbasierte Regulierung ablösenden Anreizregulierung befreit werden, eine wettbewerbspolitisch nicht zu rechtfertigende Privilegierung der Betreiber von Gasfernleitungsnetzen dar. Nach Auffassung der Monopolkommission entbehrt die Annahme, dass im Bereich der Gasfernleitungsnetze funktionsfähiger aktueller oder potentieller Leitungswettbewerb herrscht, der eine sektor-

spezifische Kostenregulierung überflüssig macht, jeder Grundlage.

Ökonomisch betrachtet weisen die Gasfernleitungsnetze ebenso wie die lokalen Verteilnetze alle wesentlichen Elemente eines nicht angreifbaren natürlichen Monopols auf. So ist die Kostenstruktur der Gasfernleitungen durch erhebliche Größenvorteile und den damit verbundenen degressiven Verlauf der Durchschnittskosten über den gesamten relevanten Nachfragebereich gekennzeichnet. Gleichzeitig führen die beim Bau einer Ferngasleitung zu tätigen Investitionen aufgrund fehlender alternativer Verwendungsmöglichkeiten zu versunkenen Kosten in beträchtlichem Ausmaß. Potentieller Leitungswettbewerb kann unter diesen Bedingungen keine disziplinierende Wirkung auf das Marktverhalten monopolistischer Ferngasnetzbetreiber entfalten.

Bisweilen wird von wissenschaftlicher Seite und in der energiepolitischen Diskussion eingewandt, der Aufbau paralleler Leitungsnetze in der Vergangenheit belege, dass keine relevanten strukturellen Markteintrittsbarrieren im Bereich der Gasfernleitungsnetze bestünden.⁸ Dieser Einwand, der sich auf den Aufbau eines zum bestehenden Leitungsnetz der übrigen Ferngasgesellschaften teilweise parallelen Leitungsnetzes durch die Wingas bezieht, greift nach Ansicht der Monopolkommission aber nicht. Der Aufbau einer eigenen Transport- und Speicherinfrastruktur durch die Wingas stellt eine historische Ausnahme dar, die den konzerninternen Versorgungsinteressen der Wingas Muttergesellschaft BASF diene. Dabei ging es gerade nicht darum, anderen Ferngasgesellschaften Konkurrenz um Transportkunden zu machen. Abgesehen vom Fall der Wingas hat es in Deutschland seit der Liberalisierung der Gasmärkte keinen signifikanten parallelen Leitungsbau mehr gegeben. Auch der Stickleitungsbau stellt bestenfalls eine Randerscheinung dar. Da mit Ausnahme der räumlich begrenzten Leitungsparallelität zum Wingas-Netz die Netzgebiete aller anderen Ferngasgesellschaften klar entlang der ehemaligen Demarkationsgebiete voneinander abgegrenzt sind, hat ein Gas Händler nur in Ausnahmefällen die Wahl zwischen zwei Netzbetreibern. Die Ausnahme der Gasfernleitungsnetze von der kostenorientierten Entgeltregulierung lässt sich damit jedoch nicht rechtfertigen und stellt nach Ansicht der Monopolkommission einen wettbewerbspolitischen Fehler dar. Da das Vergleichsverfahren, wie die Monopolkommission bereits in früheren Gutachten deutlich gemacht hat,⁹ nicht dazu geeignet ist, monopolistische Preissmissbräuche in Netzsektoren wirksam zu kontrollieren, ist zu befürchten, dass der Durchleitungswettbewerb auf der Ebene der Gasfernleitungsnetze auch

⁸ Vergleiche beispielsweise Knieps, Günter, Wettbewerb auf den Ferntransportnetzen der deutschen Gaswirtschaft – Eine netzökonomische Analyse, in: Zeitschrift für Energiewirtschaft, Jg. 26, 2002, S. 171–179, S. 177; Pfaffenberger, Wolfgang, Scheele, Ulrich, Gutachten zu Wettbewerbsfragen im Zusammenhang mit § 3, Absatz 2, Satz 1 GasNEV im Auftrag von BEB Transport und Speicher Service GmbH, E.ON-Ruhrgas AG, RWE Transportnetz Gas, VNG Verbundnetz Gas AG, Bremen 2005, S. 48.

⁹ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 1172.

in Zukunft durch monopolistisch überhöhte Netzentgelte behindert wird.

Die Monopolkommission spricht sich deshalb dafür aus, bei der Anwendung des § 3 Abs. 2 Satz 2 GasNEV strenge Prüfungsmaßstäbe anzulegen. Dies gilt im Besonderen für den auslegungsbedürftigen Tatbestand, wann ein Netzgebiet einer Ferngasgesellschaft unter wirtschaftlich sinnvollen *Bedingungen* durch überregionale Gasfernleitungsnetze Dritter erreicht werden kann. Dies dürfte nach Auffassung der Monopolkommission nur sehr selten der Fall sein. Darüber hinaus sollte das Bundeskartellamt von seinen Befugnissen zur Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts Gebrauch machen, um Wettbewerbsbehinderungen durch missbräuchlich überhöhte Netzentgelte auf der Ebene der Gasfernleitungsnetze zu beseitigen. Wie bereits oben erläutert, kann es dem Bundeskartellamt nach Auffassung der Monopolkommission nicht verwehrt sein, die Rechtmässigkeit der Netzentgelte im Rahmen von Verfahren nach Artikel 82 EGV zu prüfen.¹⁰

38. Insgesamt haben sich nach Auffassung der Monopolkommission die regulatorischen Rahmenbedingungen für den Durchleitungswettbewerb in der Strom- und Gaswirtschaft mit der Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes zwar verbessert, garantiert werden funktionsfähige Wettbewerbsprozesse durch den neuen Rechtsrahmen jedoch nicht. Für die Zukunft wird es jetzt zunächst darauf ankommen, wie schnell der neue Rechtsrahmen an Stabilität und Verlässlichkeit für die Wettbewerber gewinnt. Wie die langjährigen Erfahrungen aus dem Bereich der Telekommunikation und der Post in aller Deutlichkeit zeigen, wirken Rechtsunsicherheiten vor allem als Nachteil für die neuen Marktteilnehmer. Nicht ausgeschlossen ist vor dem Hintergrund der hochkonzentrierten Marktstrukturen, dass der Wettbewerb in der Strom- und Gaswirtschaft auch durch einen funktionsfähigen Durchleitungswettbewerb kaum noch wiederbelebt werden kann.

3. Voice over IP

3.1 Was ist Voice over IP?

39. Voice over Internet Protocol (Voice over IP, VoIP) gilt allgemein als derjenige Dienst, der mittelfristig das Potential hat, den Telekommunikationssektor maßgeblich zu verändern. VoIP wird ein erhebliches Wettbewerbspotential zugeschrieben, es kann die Einführung neuer und innovativer Dienste stimulieren und die Kosten für Betreiber und Nutzer senken. Nicht zuletzt ist VoIP Ausdruck einer zunehmenden Konvergenz von Sprach- und Datendiensten und wird dazu beitragen, dass die bisher getrennten Netze zu einer neuen Generation von Netz, dem so genannten „Next Generation Network“ (NGN), zusammenwachsen. VoIP gilt aber auch als „Bedrohung“ für die traditionellen Anbieter von Sprachkommunikation, weil damit Verbindungsvolumen aus dem herkömmlichen Netz abwandert und die damit generierten Erträge

gefährdet werden. Dabei ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht klar, ob VoIP die traditionelle Sprachkommunikation ersetzen oder lediglich ergänzen wird. Dies dürfte nicht zuletzt von den regulatorischen Rahmenbedingungen abhängen, denen VoIP unterworfen ist oder zukünftig sein wird. Die Monopolkommission greift nachfolgend die laufende ökonomische und rechtliche Diskussion um VoIP auf und entwickelt erste Empfehlungen für die regulatorische Behandlung.¹¹

40. VoIP steht für die Übertragung von Sprache über das Internet statt über das herkömmliche Telefonnetz. Die herkömmliche Telefonie erfolgt „leitungsvermittelt“ über das Public Switched Telephone Network (PSTN). Dabei wird im Einzelfall eine Verbindung zwischen dem Anrufer und dem Angerufenen geschaltet. Während der Zeit des Gesprächs ist ein Leitungsweg reserviert. VoIP dagegen erfolgt „paketvermittelt“, d. h. die Sprachdaten werden in einzelne Einheiten zerlegt und in digitaler Form übermittelt (IP-Netze). Diese „Pakete“ müssen ihr Ziel nicht auf demselben physischen Weg erreichen. Es gibt auch keine feste Verbindung zwischen den Gesprächspartnern. Am Zielort werden die Pakete wieder zusammengesetzt und in ein analoges und somit für den Menschen hörbares Signal übertragen. Für die Adressierung der Datenpakete und ihre Dekodierung am Zielort spielen Übertragungsprotokolle die entscheidende Rolle. Zur Erzielung einer hinreichenden Sprachqualität von VoIP ist eine ausreichende Bandbreite erforderlich. Daher setzt VoIP in aller Regel einen breitbandigen Zugang zum Internet voraus. Ganz überwiegend ist dies der DSL-Anschluss.

41. VoIP ist kein gänzlich neuer Dienst. Er wurde bisher hauptsächlich in firmeninternen Netzen und als Backbone für das öffentliche Telefonnetz genutzt. Aber auch im privaten Bereich nimmt die Anwendung vergleichsweise schnell zu. Dies liegt vor allem daran, dass sich seit Ende der neunziger Jahre die Netz- und Dienstqualität verbessert hat. Dies betrifft auch die Endgeräte. Mittels Adapter können inzwischen auch herkömmliche Endgeräte genutzt werden. Attraktiv für Endkunden ist, dass VoIP-Dienste standortunabhängig genutzt werden können.

42. Die Anzahl der Anbieter von VoIP lag Ende 2005 bei knapp 50.¹² Die Geschäftsmodelle im Markt sind unterschiedlich. Grundsätzlich zu unterscheiden sind zunächst Anbieter, die VoIP ohne Zugang zum herkömmlichen Telefonnetz anbieten, und solche, die den Zugang zum PSTN herstellen. Erstere sind vor allem so genannte

¹⁰ Vergleiche Tz. 31.

¹¹ Zur Vorbereitung dieser Stellungnahme hat die Monopolkommission im Frühjahr 2005 einen Gutachtenauftrag „Voice over IP, Wettbewerbspolitik und Marktrecht“ an Herrn Prof. Dr. Christoph Engel vergeben. Das Gutachten ist unter dem genannten Titel als Preprint 2005/26 des Max-Planck-Instituts für Gemeinschaftsgüter in Bonn veröffentlicht worden. Zitate des Gutachtens beziehen sich auf diese Veröffentlichung. Inzwischen ist das Gutachten auch unter Engel, C., Paketvermittelte Telefonie, Law and Economics of International Telecommunications, Bd. 55, Baden-Baden 2006, erhältlich.

¹² Vergleiche Tätigkeitsbericht 2004/2005 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Bundestagsdrucksache 16/300 vom 14. Dezember 2005, S. 50.

Not-for-Profit-Clubs.¹³ Gemeint sind damit Organisationen, die es ihren Mitgliedern ermöglichen, auf der Basis einer unentgeltlich erhältlichen Software kostenlose Gespräche untereinander zu führen. Bisher noch findet VoIP bezogen auf die Nutzerzahlen vorwiegend in solchen Clubs statt. Sie unterliegen zum Teil aber einer zunehmenden Kommerzialisierung. Die Kunden der zweiten Gruppe von Anbietern können mittels VoIP auch jedes am öffentlichen Netz angeschlossene Telefon erreichen und sind umgekehrt auch aus dem PSTN erreichbar. Die Anbindung des IP-Netzwerks an das PSTN erfolgt über Gateways, d. h. über Netzelemente, die an den Schnittstellen nicht kompatibler Kommunikationsnetze die Umwandlung der verschiedenen Netzwerkprotokolle vornehmen.

43. Aus Sicht der Endkunden setzt die Nutzung von VoIP neben dem Breitbandanschluss einen Internetzugangsdienst sowie die Beauftragung eines VoIP-Anbieters voraus. Alle drei Komponenten werden entweder bei einem Anbieter gebündelt oder bei verschiedenen Anbietern einzeln nachgefragt. Je nach dem Grad der Entbündelung des Angebotes sind unterschiedliche Anbieter Typen zu unterscheiden:¹⁴

- Infrastrukturbasierte Anbieter, die VoIP gebündelt mit einem in aller Regel eigenrealisierten Breitbandanschluss und einem Internetzugang anbieten. Zu dieser Kategorie gehören die Kabelnetzbetreiber, die bisher allerdings nur regional begrenzte Angebote machen. Die Kunden dieser Anbieter benötigen keinen separaten Telefonanschluss mehr.
- Internet-Service-Provider (ISP), die VoIP zwar gebündelt mit einem Breitbandanschluss und einem Internetzugang anbieten, bei denen der Anschluss allerdings nicht eigenrealisiert, sondern ein T-DSL-Resale-Produkt der Deutschen Telekom AG (DTAG) ist.
- Internet-Service-Provider, die VoIP unabhängig von einem Breitbandanschluss, aber gebündelt mit einem Internetzugang anbieten.
- Diensteanbieter, die die Möglichkeit des VoIP ungebündelt anbieten. Hier handelt es sich um so genannte „Internet Telephony Service Provider“ (ITSP).¹⁵

44. Die Zahl der regelmäßigen Nutzer von VoIP-Diensten lag Ende des Jahres 2005 nach Schätzungen bei etwa 500 000. Weitaus größer ist die Zahl der potentiellen Nutzer. Da die Nutzung von VoIP maßgeblich von der Verfügbarkeit eines DSL-Anschlusses abhängt, hätten Ende 2005 ca. 10,7 Millionen Nutzer vergleichsweise einfach und ohne hohe Zutrittskosten VoIP-Dienste in Anspruch

nehmen können. Bei der Tarifierung werden zwei Grundformen unterschieden: Die Gespräche sind entweder kostenlos, oder es fallen Gebühren in etwa der Höhe der herkömmlichen Festnetztelefonie an. Netz- bzw. dienstinterne Gespräche sind zumeist kostenlos. Das ist möglich, weil die Anbieter im paketvermittelten Netz sich gegenseitig keine Terminierungsentgelte in Rechnung stellen. Dies gilt auch für die Terminierung von Gesprächen aus dem leitungsvermittelten Netz in das paketvermittelte Netz. Umgekehrt werden für die Terminierung von Gesprächen aus dem paketvermittelten Netz in ein leitungsvermitteltes Netz die üblichen Terminierungsentgelte fällig. Daher fallen für VoIP-Gespräche in das PSTN in aller Regel Entgelte in etwa der Höhe an, die auch in dem leitungsvermittelten Netz üblich sind.

3.2 Wettbewerbspolitische Probleme bei Voice over IP

45. Die Regulierung von VoIP steht noch am Anfang. Die Europäische Kommission und die vormalige Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post haben Anhörungen durchgeführt und zu diesem Zweck erste Einschätzungen formuliert.¹⁶ Die in der European Regulators Group (ERG) zusammengefassten nationalen Regulierungsbehörden haben ein Politikdokument zum Thema veröffentlicht.¹⁷ Die Bundesnetzagentur hat auf der Grundlage der Anhörungsergebnisse Eckpunkte für die regulatorische Behandlung von VoIP veröffentlicht und erste Entscheidungen in Regulierungsverfahren getroffen.¹⁸

Weitgehend übereinstimmend sprechen sich die EU-Kommission, die Bundesnetzagentur und die anderen in der ERG zusammengeschlossenen nationalen Regulierungsbehörden für eine zurückhaltende Regulierung aus. Dies vor allem, weil sich VoIP in der Entwicklung befindet und noch nicht absehbar ist, inwieweit sich bestehende und zukünftige Geschäftsmodelle als nachhaltig existenzfähig erweisen.¹⁹ Gleichzeitig stellt die EU-Kommission fest, dass VoIP unter den EU-Rechtsrahmen für den elektronischen Kommunikationssektor fällt, wenn es sich dabei um einen an die Öffentlichkeit gerichteten Kommunikationsdienst handelt und es nicht lediglich für unternehmensinterne Zwecke genutzt wird und dass die Anbieter bestimmten Verpflichtungen unterliegen, soweit VoIP als öffentlich zugänglicher Telefondienst zu klassifizieren ist.

¹³ Vergleiche Büllingen, F., Rätz, D., VoIP – Marktentwicklungen und regulatorische Herausforderungen, Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste, WIK-Diskussionsbeiträge Nr. 264, Bad Honnef, Mai 2005, S. 21.

¹⁴ Vergleiche Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Eckpunkte der regulatorischen Behandlung von Voice over IP (VoIP) vom 9. September 2005, ABl. BNetzA Nr. 18 vom 21. September 2005, Mitteilung Nr. 229/2005, S. 1340, 1341.

¹⁵ Vergleiche Büllingen, F., Rätz, D., a. a. O., S. 21.

¹⁶ Vergleiche Commission Staff Working Document on The treatment of Voice over Internet Protocol (VoIP) under the EU Regulatory Framework, An Information and Consultation Document, Brussels, 14 June 2004; Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (jetzt: Bundesnetzagentur), Anhörung zu Voice over IP, gestartet am 21. April 2004.

¹⁷ Vergleiche ERG Common Statement for VoIP regulatory approaches, ERG (05) 12.

¹⁸ Vergleiche Bundesnetzagentur, Eckpunkte der regulatorischen Behandlung von Voice over IP (VoIP), a. a. O.

¹⁹ Vergleiche Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2005 vom 16. März 2006, S. 39.

Grundsätzlich sind verschiedene Ansatzpunkte für eine Regulierung von VoIP zu unterscheiden:

- der Marktzutritt und die dazu notwendigen Vorleistungen,
- die Zusammenschaltung,
- das Endkundenangebot.

3.3 Marktzutritt und notwendige Vorleistungen

3.3.1 Breitbandanschluss

46. VoIP-Dienste werden in aller Regel über Breitbandanschlüsse realisiert. Das Angebot von VoIP hängt damit maßgeblich von der Breitbandpenetration ab. Breitbandige Anschlüsse im Festnetz werden in Deutschland über die digitale Anschlussleitung (DSL), das Fernsehkabelnetz, das Stromnetz (Powerline) und über Satellit angeboten. Von den Ende 2005 realisierten ca. 10,7 Millionen Breitbandanschlüssen beruhten nach Schätzungen der Bundesnetzagentur 97 Prozent (10,4 Mio.) auf der DSL-Technologie.²⁰

Der sprunghafte Anstieg der geschalteten DSL-Anschlüsse seit Mitte des Jahres 2004 ist maßgeblich auf das seitdem bestehende Angebot der DTAG für den Wiederverkauf von Anschlüssen durch Dritte (T-DSL-Resale) zurückzuführen.²¹ Daneben gibt es signifikante Zuwächse bei den alternativen Teilnehmernetzbetreibern, die DSL-Anschlüsse auf der Basis eigener Infrastrukturen oder der angemieteten Teilnehmeranschlussleitung (TAL) anbieten.²² Neben der kompletten Anmietung der TAL nimmt auch die Realisierung von DSL-Anschlüssen auf der Basis des so genannten Line Sharing zu. Von den alternativen Anschluss Technologien Fernsehkabelnetz, Powerline und Satellit kommt bisher für das Angebot von Breitbandanschlüssen lediglich dem Kabelnetz eine wachsende Bedeutung zu. Im Moment spielt das Kabelnetz im Vergleich zu DSL aber weiterhin eine untergeordnete Rolle.

47. Im Jahr 2005 boten neben der DTAG mehr als 60 weitere Unternehmen DSL-Anschlüsse an.²³ Der größte Teil davon sind so genannte City-Carrier mit einem regional begrenzten Angebot. Daneben gibt es bundesweite Anbieter, die vor allem T-DSL-Resale-Anschlüsse vermarkten. Der Marktanteil der Wettbewerber bei den DSL-Anschlüssen betrug Ende des Jahres 2005 nach Schätzungen der Bundesnetzagentur inklusive der T-DSL-Resale-Anschlüsse etwa 38 Prozent.²⁴ In einzelnen Ballungsräumen werden Wettbewerbermarktanteile von bis zu 50 Prozent erreicht. In anderen Regionen gibt

es dagegen weiterhin überhaupt kein DSL-Angebot, was vor allem mit technischen Problemen bei den Glasfaseranschlüssen begründet wird. Der Versorgungsgrad mit Breitbandanschlüssen (Anschlüsse pro 100 Einwohner) in Deutschland entspricht in etwa dem EU-Durchschnitt und betrug am 1. Oktober 2005 etwa 11 Prozent.²⁵

48. Die Realisierung von Breitbandanschlüssen erfordert in aller Regel den Zugang zu Vorprodukten eines Anschlussnetzbetreibers. Im Mittelpunkt stehen dabei der entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, das so genannte Line Sharing sowie der Wiederverkauf von DSL-Anschlüssen der DTAG. Zugangsansprüche bestehen aufgrund der weiterhin überragenden Marktstellung des dominierenden Teilnehmernetzbetreibers im Festnetz bisher ausschließlich zum Netz der DTAG. Ende des ersten Quartals 2005 basierten 95 Prozent aller von Wettbewerbern bereitgestellten Telefon- oder DSL-Anschlüsse auf der gemieteten TAL der DTAG.²⁶ Die Voraussetzung für den Zugang zur TAL ist neben einer Vertragsvereinbarung mit der Telekom der räumliche Zugang (Kollokation). Hierzu stellt die DTAG an den Hauptverteilerstandorten entsprechende Räumlichkeiten zur Verfügung. Ende des Jahres 2005 wurden mehr als 2 600 TAL-Kollokationsstandorte von den Wettbewerbern genutzt. Damit können die alternativen Anbieter bei etwa 56 Prozent aller Teilnehmeranschlüsse der DTAG den Endkunden ein alternatives Angebot für einen Telefon- und DSL-Anschluss machen.²⁷

3.3.2 „Naked DSL“ durch Entkoppelung der Anschlüsse

49. Telefonieren über das Internet kann insbesondere dann zu Kosteneinsparungen bei den Nutzern führen, wenn der Dienst nicht lediglich zusätzlich, sondern anstelle der herkömmlichen leitungsvermittelten Telefonie genutzt werden kann. Dies setzt voraus, dass der DSL-Anschluss nicht nur gebündelt mit einem Analog- oder ISDN-Anschluss, sondern entbündelt („naked DSL“) erhältlich ist. Solche Angebote werden gegenwärtig nur von alternativen Anbietern gemacht, die den DSL-Anschluss auf der Grundlage eigener Infrastrukturen anbieten. Dies sind insbesondere Kabelnetzbetreiber, die ihre regionalen Netze so weit aufgerüstet haben, dass sie neben der Übertragung von Rundfunk- und Fernsehsignalen auch einen breitbandigen Internetzugang anbieten können. Die DTAG und die alternativen Teilnehmernetzbetreiber bieten den DSL-Anschluss gegenwärtig in aller Regel lediglich als ein Zusatzprodukt zum Telefonanschluss an. Ebenfalls nur gebündelt mit einem Teilnehmeranschluss der DTAG angeboten werden können T-DSL-Anschlüsse, die einem Endnutzer durch Reseller oder von alternativen Wettbewerbern auf

²⁰ Vergleiche ebenda, S. 32.

²¹ Vergleiche Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen, Sondergutachten 43, Baden-Baden 2006, Tz. 46.

²² Vergleiche Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2005, a. a. O., S. 32.

²³ Vergleiche ebenda.

²⁴ Vergleiche ebenda. Zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Sondergutachtens 43 der Monopolkommission lagen die Schätzungen für Ende 2005 noch bei einem Wettbewerbermarktanteil von knapp 33 Prozent.

²⁵ Vergleiche Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Elektronische Kommunikation in Europa – Regulierung und Märkte 2005 (11. Bericht) vom 20. Februar 2006, KOM(2006) 68, S. 4 ff.

²⁶ Vergleiche Monopolkommission, Sondergutachten 43, a. a. O., Tz. 52; Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2005, a. a. O., S. 42.

²⁷ Vergleiche Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2005, a. a. O., S. 43.

der Grundlage des so genannten Line Sharing bereitgestellt werden.²⁸ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie die Regulierungsbehörde hier eingreifen sollte.

50. In ihren Eckpunkten zur regulatorischen Behandlung von VoIP vertritt die Bundesnetzagentur die Auffassung, dass die Möglichkeit für Endkunden, DSL-Anschlüsse unbündelt nachfragen zu können, mittelfristig einen wesentlichen Einfluss auf die Erfolgsmöglichkeiten dieses Dienstes haben wird.²⁹ Die Monopolkommission teilt diese Auffassung. Die Regulierungsbehörde lässt allerdings offen, ob und wie sie gegebenenfalls für eine Entbündelung von Teilnehmeranschluss und DSL-Anschluss sorgen kann. Die Bündelung der Anschlüsse betrifft lediglich die Endkundenmärkte und nicht die Vorleistungsmärkte. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG ist nicht einschlägig, da es hier nicht darum geht, ob und unter welchen Bedingungen Wettbewerber ein Bündelprodukt nachbilden können, sondern darum, ob die Produktkoppelung gegebenenfalls missbräuchlich ist. Als Anspruchsgrundlage in Betracht kämen damit § 42 TKG oder § 19 GWB bzw. Artikel 82 EG. Ein Missbrauch würde zunächst voraussetzen, dass der Anbieter des Bündelproduktes ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bzw. mit einer marktbeherrschenden Stellung ist. Die Bündelung ist missbräuchlich, wenn sie zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt (Behinderungsmissbrauch) oder lediglich aufgrund der marktbeherrschenden Stellung des Anbieters durchsetzbar ist (Ausbeutungsmissbrauch). Für die rechtliche Bewertung von Bedeutung dürfte auch sein, dass die hier in Rede stehende Bündelung von Teilnehmer- und DSL-Anschluss einen speziellen Charakter insoweit hat, als nicht nur die Produkte eines Unternehmens, sondern zudem auch die von verschiedenen Unternehmen gebündelt werden. So ist der DSL-Anschluss eines Wettbewerbers gegebenenfalls an die Inanspruchnahme eines Teilnehmeranschlusses der DTAG gekoppelt.³⁰ Eine solche Koppelung kann nicht ohne weiteres einem einzelnen Unternehmen zugeordnet werden.

3.3.3 „Naked DSL“ durch Bitstrom-Zugang

51. Wettbewerber, die DSL-Anschlüsse nicht auf der Grundlage eigener Infrastrukturen bzw. der entbündelten Teilnehmeranschlusssleitung anbieten, können ein vom Teilnehmeranschluss der DTAG isoliertes Angebot nur dann realisieren, wenn es ein entsprechendes Vorprodukt gibt. Ein solches ist der so genannte Bitstrom-Zugang, den es in Deutschland gegenwärtig in der von der EU-Kommission im Rahmen der Märkte-Empfehlung vorgenommen Abgrenzung zumindest flächendeckend nicht

gibt.³¹ Als Bitstrom-Zugang wird dort ein Vorleistungsprodukt bezeichnet, dass die Breitbanddatenübertragung in beiden Richtungen gestattet und dabei dem Wettbewerber die direkte Kontrolle über die Endkundenbeziehungen sowie das Angebot von Breitbandanschluss und Breitbanddiensten aus einer Hand ermöglicht. Außerdem muss der Anbieter auf der Basis des Bitstrom-Zugangs eigene, mit individuellen Qualitätsparametern ausgestattete Dienste anbieten können.³² Bitstrom-Zugang kann wegen der Netzbesonderheiten in Deutschland auf der ATM(Asynchronous Transfer Mode)-Ebene und auf der IP-Ebene realisiert werden.³³ Während der IP-basierte Bitstrom-Zugang vorwiegend von Internet-Service-Providern nachgefragt wird und ein Angebot für den Massenmarkt (DSL-Anschluss und Internetzugang) ermöglicht, erlaubt ATM-basierter Bitstrom-Zugang zusätzliche Angebote für Geschäftskunden, wie etwa Video-Conferencing oder Virtual Privat Networks.³⁴ Auf der Grundlage der bisher von der DTAG angebotenen Vorleistungsprodukte T-DSL-ZISP³⁵, ISP-Gate³⁶ sowie OnlineConnect³⁷ können die Wettbewerber keine eigenen DSL-Produkte in den Markt bringen und auch keine Qualitätsdifferenzierungen vornehmen, so dass es sich dabei nicht um Bitstrom-Zugang im Sinne der Definition für Markt 12 der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission handelt.³⁸

³¹ Vergleiche Markt Nr. 12 „Breitbandzugang für Großkunden“ der Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. EU Nr. L 114 vom 8. Mai 2003, Anhang.

³² Vergleiche Bundesnetzagentur, Notifizierungsentwurf für den Markt Nr. 12 der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission „Breitbandzugang für Großkunden“ vom 28. September 2005, S. 2.

³³ Bitstrom-Zugang auf der ATM-Ebene bedeutet, dass die Hochgeschwindigkeitsverbindung zum Endkunden mittels des Kupfer-Teilnehmeranschlusses und eine Übertragungsleitung vom so genannten DSLM bis zu einem Netzknoten des ATM-Netzes der DTAG geleistet wird. Bei IP-Bitstrom-Zugang wird die Übertragungsleistung bis zur IP-Ebene erbracht.

³⁴ Vergleiche Bundesnetzagentur, Notifizierungsentwurf für den Markt 12, a. a. O., S. 9.

³⁵ T-DSL-ZISP (Zugangsmöglichkeit für Internet-Service-Provider) ist ein DSL-Vorleistungsprodukt für das Angebot von Internetzugangsdienstleistungen. Mit Hilfe von T-DSL-ZISP können Internet-Service-Provider Verkehr von T-DSL-Kunden zugeführt bekommen. Das Produkt stellt das dabei erforderliche Bindeglied zwischen dem Konzentrationsnetz der DTAG und den Internetplattformen der Internet-Service-Provider dar. Aus regulatorischer Sicht ist T-DSL-ZISP kein Bitstrom-Zugang im Sinne der Abgrenzung der EU-Kommission, da dieses Produkt nicht den Zugang zu den Endkunden umfasst und der Internet-Service-Provider keinen Einfluss auf die Qualitätsparameter hat.

³⁶ ISP-Gate (Internet-Service-Provider-Gate) ist ein DSL-Vorleistungsprodukt, bei dem der DSL-Verkehr wie bei T-DSL-ZISP übergeben wird. Das Produkt richtet sich an Internet-Service-Provider, deren Backbone-Infrastruktur weniger stark ausgebaut ist und die sich den DSL-Verkehr daher unter Zuhilfenahme des Backbone-Netzes der DTAG an geeigneten Standorten zuführen lassen.

³⁷ OnlineConnect richtet sich an Internet-Service-Provider ohne eigene Infrastruktur. Bei diesem Vorleistungsprodukt wird der Online-Verkehr der Endkunden vollständig über die Infrastruktur der DTAG geführt. Die gesamte technische und administrative Umsetzung erfolgt durch den Incumbent.

³⁸ Vergleiche Holznagel, B., Bonnekoh, M., Voice over IP – Regulierungsbedarf und erste Lösungen, in: MultiMedia und Recht, Jg. 8, 2005, S. 585 ff., 586 f.

²⁸ Vergleiche Bundesnetzagentur, Hinweise zur sachlich ungerechtfertigten Bündelung i. S. d. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG, ABl. BNNetzA, Nr. 15 vom 10. August 2005, Mitteilung Nr. 198/2005, S. 1188, 1201.

²⁹ Vergleiche Bundesnetzagentur, Eckpunkte der regulatorischen Behandlung von Voice over IP (VoIP), a. a. O., S. 1343, Eckpunkt 3.

³⁰ Vergleiche Bundesnetzagentur, Hinweise zur sachlich ungerechtfertigten Bündelung, a. a. O., S. 13.

52. Die Bundesnetzagentur kann Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG dazu verpflichten, anderen Unternehmen einen entbündelten Breitbandzugang zu gewähren. Die Voraussetzungen für eine solche Verpflichtung sind insoweit gegeben, als es sich bei den beiden (Teil-)Märkten für ATM-Bitstrom-Zugang und für IP-Bitstrom-Zugang nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur um regulierungsbedürftige Märkte im Sinne von § 10 Abs. 2 TKG handelt, auf denen die DTAG jeweils über beträchtliche Marktmacht verfügt.³⁹ Die Europäische Kommission teilt diese Einschätzung.⁴⁰ In dem Entwurf für die nationale Konsultation über eine Regulierungsverfügung für den Markt für IP-Bitstrom-Zugang vom 26. April 2006 verpflichtet die Bundesnetzagentur die DTAG dazu, anderen Unternehmen IP-Bitstrom-Zugang zu diskriminierungs-freien Bedingungen zu gewähren.⁴¹ Die Entgelte für diese Vorleistung sollen der Genehmigungspflicht unterliegen. Die Monopolkommission begrüßt dies. Sollte es dazu kommen, wäre es den Service-Providern möglich, isolierte DSL-Anschlüsse und darauf aufbauend VoIP-Dienste anzubieten. In dem bereits am 22. März 2006 zur Kommentierung veröffentlichten Entwurf einer Regulierungsverfügung für den Markt für ATM-Bitstrom-Zugang wird eine solche Zugangsverpflichtung nicht ausgesprochen.⁴² Stattdessen soll die DTAG zur Beachtung des Diskriminierungsverbots des § 19 TKG, zur Herstellung von Transparenz im Hinblick auf die technischen Spezifikationen, Netzmerkmale, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie der zu zahlenden Entgelte gemäß § 20 TKG zur transparenten Gestaltung der Vorleistungspreise und internen Verrechnungspreise gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 TKG sowie zu einer nachträglichen Entgeltregulierung gemäß § 38 TKG verpflichtet werden. Anders als beim IP-basierten Bitstrom-Zugang bietet die DTAG auf dem Markt für ATM-basierten Bitstrom-Zugang ein freiwilliges Angebot der DTAG, welches von einem großen Teil des Marktes angenommen wird. Vor diesem Hintergrund erscheint der Verzicht auf die Verpflichtung zur Zugangsgewährung hier gerechtfertigt.

53. Ob solche Angebote auf dem Endkundenmarkt für breitbandige Anschlüsse wettbewerbsfähig sein können, hängt nicht zuletzt von dem Preis ab, den die Nachfrager für die Vorleistung Bitstrom-Zugang an die DTAG zahlen müssen. Hier kann es zu einem regulatorischen Konflikt kommen, wenn die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für den Bitstrom-Zugang unterhalb der Kosten liegen, die infrastrukturbasierte Anbieter von DSL-Anschlüssen aufwenden müssen. Soweit die Entgelte für den Bitstrom-Zugang der Genehmigungspflicht gemäß § 30 Abs. 1 TKG unterliegen, sind sie nur dann genehmigungsfähig, wenn die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschritten werden. Andererseits

muss die Bundesnetzagentur vermeiden, dass es durch die Anordnung des Bitstrom-Zugangs zu Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten derjenigen Unternehmen kommt, die herkömmliche Festnetztelefonie auf der Basis der gemieteten TAL oder eigenrealisiert anbieten.⁴³ Letztlich kann dieser Konflikt nur vermieden werden, wenn die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für den Bitstrom-Zugang auch die Kosten für das Zugangsnetz beinhalten.

3.3.4 Rufnummern

54. Das Angebot von Telefondiensten ist davon abhängig, dass den Teilnehmern Rufnummern zugeteilt werden können. Bei der von der Bundesnetzagentur wahrzunehmenden Nummernverwaltung ist darauf zu achten, dass für VoIP-Anbieter keine Marktzutrittsbarrieren errichtet werden. Solche könnten dann bestehen, wenn die Anbieter von VoIP-Diensten keinen Zugang zu Ortsnetznummern hätten. Dieser Zugang ist insbesondere für solche Anbieter wichtig, die VoIP-Dienste ohne die Bereitstellung eines Anschlusses anbieten. Auf der anderen Seite gilt es zu vermeiden, dass durch eine wohnortunabhängige Vergabe von Ortsnetznummern für die Teilnehmer die geographischen Informationen der Rufnummer verwischt werden. So hatten Anbieter zunächst für ihre VoIP-Dienste Ortsnetznummern vergeben, die keinen geographischen Bezug hatten. Einem Teilnehmer aus einem kleinen Ort in Süddeutschland konnte somit eine VoIP-Nummer mit einer Hamburger Vorwahl zugeteilt werden.⁴⁴ Dem hat die Bundesnetzagentur inzwischen einen Riegel vorgeschoben. In ihren Zuteilungsregeln für die Nummernvergabe bleibt der Ortsnetzbezug von Ortsnetzrufnummern auch bei VoIP-Diensten erhalten. Der Besonderheit, dass VoIP-Dienste auch unabhängig von Anschlüssen angeboten werden können, wird dadurch Rechnung getragen, dass der Anschlussbezug bei der Rufnummernvergabe durch die Kriterien Wohnort oder Firmensitz des Teilnehmers ergänzt wird.⁴⁵ Die Monopolkommission begrüßt dies ebenso wie die von der Bundesnetzagentur bereits frühzeitig vorgenommene Eröffnung einer eigenen Rufnummernergasse für VoIP-Dienste, beginnend mit der Vorwahl 032. Diese nationalen Teilnehmernummern weisen, ähnlich wie Mobilfunknummern, keinen geographischen Bezug auf. Die Anbieter von VoIP-Diensten können ihren Endkunden seit August 2005 wahlweise entweder eine 032-Nummer oder eine Ortsnetznummer zuteilen.

3.4 Zusammenschaltung

55. Die Zusammenschaltung von Netzen spielt bei der Telefonie eine zentrale Rolle. Sie gewährleistet die Any-to-any-Kommunikation und ist die Voraussetzung zur Ausschöpfung der Netzwerkexternalitäten. Auch wenn bisher keine Fälle bekannt sind, in denen ein Anbieter ge-

³⁹ Vergleiche Bundesnetzagentur, Notifizierungsentwurf für den Markt 12, a. a. O., S. 89, 101 f.

⁴⁰ Vergleiche Europäische Kommission, SG-Greffe (2005) D/207790, Schreiben an die Bundesnetzagentur vom 23. Dezember 2005 in der Sache DE/2005/0262.

⁴¹ Vergleiche Bundesnetzagentur, BK 4a-06-039/R.

⁴² Vergleiche Bundesnetzagentur, BK 4a-06-006/R.

⁴³ Vergleiche Bundesnetzagentur, Eckpunkte der regulatorischen Behandlung von Voice over IP (VoIP), a. a. O., S. 1343.

⁴⁴ Vergleiche Holznagel, B., Bonnekoh, M., a. a. O., S. 588.

⁴⁵ Vergleiche Bundesnetzagentur, Eckpunkte der regulatorischen Behandlung von Voice over IP (VoIP), a. a. O., S. 4.

schalteter Telefonie die Terminierung eines Gesprächs aus dem paketvermittelten Netz verweigert hätte, kann dies letztlich nicht ausgeschlossen werden. Damit steht die Frage im Raum, ob VoIP-Anbieter im Zweifel einen Anspruch auf Zusammenschaltung haben und umgekehrt Zusammenschaltung gewähren müssen. Die Anspruchsgrundlage könnte § 18 Abs. 1 TKG sein. Danach kann die Regulierungsbehörde Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen, die aber den Zugang zu Endkunden kontrollieren, in begründeten Fällen verpflichten, ihre Netze mit denen von Betreibern anderer öffentlicher Telekommunikationsnetze zusammenzuschalten. Anspruchsinhaber ist damit aber nur derjenige, der selbst Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes ist. Ob VoIP-Anbieter dazu gehören, ist weder nach dem TKG noch nach der zugrunde liegenden europäischen Zugangsrichtlinie eindeutig.⁴⁶ Hinzu kommt, dass nicht alle VoIP-Anbieter eine Geschäftsstrategie verfolgen, die eine Zusammenschaltung mit dem leitungsvermittelten Telefonnetz vorsieht. Ein Teil der Anbieter beschränkt sich darauf, Gespräche innerhalb des IP-Netzes zwischen ihren Kunden zu ermöglichen. Für diese Anbieter spielen Fragen der Zusammenschaltung keine Rolle. Dagegen sind Anbieter, die ein echtes Substitut zur herkömmlichen Telefonie anbieten wollen, auf die Zusammenschaltung mit dem leitungsvermittelten PSTN angewiesen. Vor diesem Hintergrund ist nach Auffassung der Monopolkommission aus Sicht der Zusammenschaltungsregulierung eine Strategie der Reziprozität angemessen. Wer Zusammenschaltung in Anspruch nimmt, sollte auch selbst zur Zusammenschaltung bereit sein. Reziprozität sollte dabei weit verstanden werden. Verlangt ein Anbieter von VoIP die Zusammenschaltung mit dem Netz der DTAG, sollte er im Gegenzug wegen des Ziels der Ausschöpfung von Netzwerkexternalitäten nicht nur diesem Unternehmen, sondern allen Anbietern leitungsvermittelter und paketvermittelter Telefonie Zusammenschaltung gewähren.

56. Zusammenschaltung ist aber nicht nur eine Frage des „Ob“, sondern auch des „Wie“. Das bisherige Zusammenschaltungsregime ist für die Zwecke der leitungsvermittelten Telefonie entwickelt worden und passt nicht für die Migration zu IP-basierten Netzen. In der Phase des Übergangs zu einer ausschließlich IP-basierten Telefonie sind Besonderheiten zu beachten, denen ein Zusammenschaltungsregime Rechnung tragen muss. Zum einen erfolgt Sprachübertragung sowohl auf leitungs- als auch auf paketvermittelten Netzen. Zum anderen werden auf den paketvermittelten Netzen unterschiedliche Verkehre – Daten und Sprache – transportiert, die a priori nicht unterscheidbar sind. Hinzu kommt, dass IP-basierte Netze aufgrund ihrer stärker dezentral organisierten Architektur einen höheren Grad der Arbeitsteilung derart erlauben, dass die Wertschöpfung auf den funktionalen Ebenen Zugang, Transport, Kontrolle und Dienste von unterschiedlichen Anbietern realisiert werden kann. In Bezug auf VoIP bedeutet dies, dass Dienste sowohl von Anschlussanbie-

tern, Netzbetreibern und reinen Diensteanbietern angeboten werden können. Um ein zu den geänderten Bedingungen passendes Zusammenschaltungsregime zu erarbeiten, hat die Bundesnetzagentur im August 2005 eine beratende Projektgruppe „Rahmenbedingungen der Zusammenschaltung IP-basierter Netze“ eingerichtet, die innerhalb eines Jahres Arbeitsergebnisse vorlegen soll.⁴⁷

57. In der Phase des Nebeneinanders von paket- und leitungsvermittelter Telefonie sind die Bedingungen und Entgelte der Zusammenschaltung von wesentlicher Bedeutung. Dies betrifft sowohl den Systemwettbewerb zwischen VoIP und herkömmlicher Telefonie als auch den Wettbewerb zwischen den Anbietern von VoIP. Bei der Diskussion zu unterscheiden sind die beiden Fälle (i) Terminierung von Gesprächen aus dem paketvermittelten Netz in das leitungsvermittelte Netz und (ii) Terminierung von Gesprächen aus dem leitungsvermittelten Netz in das Internet.

Im ersten Fall liegt der Vorteil im Systemwettbewerb eher bei den Anbietern von VoIP. Die Anbieter geschalteter Telefonie haben Referenzangebote für die Zusammenschaltung veröffentlicht, auf die sich auch die Anbieter von VoIP berufen können. In dem gegenwärtigen Zusammenschaltungsregime richtet sich die Höhe der Terminierungsentgelte danach, auf welcher Netzebene die Zusammenschaltung erfolgt. Die niedrigsten Entgelte zahlen Betreiber, die ihre Infrastruktur so weit ausgebaut haben, dass sie das Gespräch an einem lokalen Einzugsbereich übergeben. Die Anbieter von VoIP müssen damit im Grundsatz ebenso wie die Anbieter leitungsvermittelter Telefonie entscheiden, wo und an wie vielen Orten sie sich mit dem Netz eines Anbieters zusammenschalten wollen. Ein Vorteil der Anbieter von VoIP gegenüber den infrastrukturbasierten alternativen Netzbetreibern in der leitungsvermittelten Telefonie besteht aber darin, dass paketvermittelte Telefonie das öffentliche Internet nutzt und Verkehr auch auf diesem Wege zu den lokalen Zusammenschaltungspunkten transportieren kann.

Bei der Terminierung von Gesprächen aus dem leitungsvermittelten Netz in das Internet dürften an sich keine Terminierungsentgelte anfallen. Wer Zugang zum Internet hat, kann jedes mit dem Internet vernetzte Endgerät erreichen. Um ein Gespräch aus dem leitungsvermittelten Netz zu einem VoIP-Nutzer zu führen, müsste es ausreichen, das Gesprächssignal in digitale Datenpakete zu übersetzen und über das Internet auf den Weg zu bringen. Dies ginge im Systemwettbewerb allerdings zu Lasten von VoIP. Die Anbieter müssten nicht nur für die Zusammenschaltung mit dem leitungsvermittelten Netz Entgelte zahlen, während umgekehrt die Anbieter herkömmlicher Telefonie für die Zusammenschaltung mit dem paketvermittelten Netz keine Entgelte zahlen. Sie hätten darüber hinaus auch nicht die Möglichkeit, mittels der Terminie-

⁴⁶ Vergleiche dazu die Diskussion bei Engel, C., a. a. O., S. 56 ff.

⁴⁷ Vergleiche Bundesnetzagentur, Eckpunkte der regulatorischen Behandlung von Voice over IP (VoIP), a. a. O., S. 1345, Eckpunkt 7; dies., Mandat der beratenden Arbeitsgruppe „Rahmenbedingungen der Zusammenschaltung IP-basierter Netze“, http://www.bundesnetzagentur.de/Sachgebiete/Regulierung_Telekommunikation/IP-Zusammenschaltung.

rungsentgelte Deckungsbeiträge zur Finanzierung ihrer Dienste zu erwirtschaften. Tatsächlich verlangen und erhalten die Anbieter von VoIP gegenwärtig Zusammenschaltungsentgelte.⁴⁸

3.5 Endkundenebene

58. Ob der Endkundendienst VoIP unter das Regulierungsregime des TKG fällt, hängt maßgeblich davon ab, ob Internettelefonie ein öffentlich zugänglicher Telefondienst im Sinne von § 3 Nr. 17 TKG ist und ob es sich dabei um einen regulierungsbedürftigen Markt im Sinne der §§ 10 und 11 TKG handelt. Ersteres hat unter anderem zur Folge, dass die Anbieter von VoIP unentgeltliche Notrufmöglichkeiten einrichten müssen. Letzteres hat zur Folge, dass VoIP gegebenenfalls der Marktregulierung gemäß dem zweiten Teil des TKG unterliegt.

3.5.1 Marktregulierung

59. Die Frage, ob in einem Markt sektorspezifisch reguliert wird oder nicht, entscheidet sich im Rahmen eines zweistufigen Verfahrens. Auf der ersten Stufe legt die Bundesnetzagentur im Rahmen der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung Märkte fest, die für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen. Gemäß § 10 Abs. 2 TKG sind das Märkte, die durch beträchtliche und anhaltende strukturelle oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem identifizierten Marktversagen entgegenzuwirken. Bei der Festlegung der zu analysierenden Märkte hat die Bundesnetzagentur die jeweilige Empfehlung der Europäischen Kommission in Bezug auf relevante Produkt- und Dienstmärkte weitestgehend zu berücksichtigen. Abweichungen von der dort vorgenommenen Marktabgrenzung lassen sich ausschließlich durch nationale Besonderheiten rechtfertigen.

Obwohl von der EU-Kommission in ihrer Märkte-Empfehlung nicht berücksichtigt, gehören VoIP-Dienste, die den Zugang in das herkömmliche leitungsvermittelte Telefonnetz zulassen, nach Auffassung der Bundesnetzagentur zu den Märkten für öffentliche Inlands- und Auslandsgespräche an festen Standorten (Märkte 3 bis 6 der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission).⁴⁹ Nicht eingeschlossen sind VoIP-Dienste, die lediglich Anrufe innerhalb eines geschlossenen Netzes von Mitgliedern zulassen und die keine Verbindung mit dem PSTN bieten. Die EU-Kommission hat dem in ihrer Stellungnahme vom 21. Dezember 2005 grundsätzlich zugestimmt.⁵⁰

60. Auf der zweiten Stufe des Verfahrens ist zu untersuchen, ob auf dem relevanten Markt beträchtliche Markt-

macht festzustellen ist. Dies gilt nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur gegenwärtig nur noch für den Markt für Inlandsverbindungen. Auf dem Markt für Auslandsverbindungen herrscht dagegen bereits wirksamer Wettbewerb. Er kommt für eine sektorspezifische Regulierung damit nicht mehr in Betracht.

Nach der als Konsultationsentwurf vorliegenden Regulierungsverfügung vom 22. Februar 2006 beabsichtigt die Bundesnetzagentur, die Entgelte der DTAG für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten, einschließlich der Entgelte für Verbindungen, die über VoIP-Dienste hergestellt werden, der nachträglichen Regulierung gemäß § 39 Abs. 3 TKG zu unterwerfen.⁵¹ Der DTAG soll darüber hinaus auferlegt werden, dass sie der Bundesnetzagentur die entsprechenden Entgelte zwei Monate vor Inkrafttreten zur Kenntnis gibt.

61. Die Monopolkommission teilt die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass VoIP-Dienste, die den Zugang zu dem leitungsvermittelten Telefonnetz zulassen, letztlich ein Substitut für herkömmliche Festnetztelefonie sind und insoweit den Märkten für öffentliche In- und Auslandsverbindungen an festen Standorten zuzurechnen sind. Soweit die DTAG bei dem Angebot von Inlandsverbindungen einschließlich der VoIP-Verbindungen über beträchtliche Marktmacht verfügt, unterliegen die Entgelte der Regulierung. Die Auferlegung einer Genehmigungspflicht kommt bei Endnutzerleistungen gemäß 39 Abs. 1 TKG allerdings nur dann in Betracht, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Zugangsverpflichtungen oder die Betreiberauswahl und Betreiber vorauswahl nicht ausreichen, um die Regulierungsziele des TKG zu erreichen. Zwar ist nach Auffassung der Bundesnetzagentur trotz der Regulierung von Zugangsleistungen nicht auszuschließen, dass die DTAG ihre weiterhin überragende Marktstellung im Festnetz auf das Marktsegment der VoIP-Dienste überträgt. So könnte der Incumbent etwa durch eine entsprechende Ausgestaltung der VoIP-Angebote der Tochter T-Online International AG versuchen, Wettbewerber gezielt aus dem Marktsegment zu verdrängen. Gleichwohl wäre die Auferlegung einer Genehmigungspflicht auch nach Auffassung der Monopolkommission unverhältnismäßig. Um zu verhindern, dass die Wettbewerbsverhältnisse durch eine nachträglich greifende Ex-post-Regulierung bereits irreversibel verändert werden, reicht es aus, die Ex-post-Regulierung der VoIP-Entgelte durch die Pflicht zur Anzeige zwei Monate vor Inkrafttreten des Entgelts zu ergänzen.

3.5.2 Notrufverpflichtung

62. Nach § 108 TKG ist derjenige, der öffentlich zugängliche Telefondienste erbringt, dazu verpflichtet, für jeden Nutzer unentgeltlich Notrufmöglichkeiten unter der einheitlichen europaweiten Notrufnummer 112 bereitzustellen. Öffentlich zugänglicher Telefondienst wiederum ist gemäß § 3 Nr. 17 TKG ein der Öffentlichkeit zur Verfügung stehender Dienst für das Führen von Inlands- und

⁴⁸ Vergleiche Engel, C., a. a. O., S. 63.

⁴⁹ Vergleiche Notifizierungsentwurf der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Märkte 1–6 der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission, vom 21. November 2005.

⁵⁰ Europäische Kommission, SG-Greffe (2005) D/207601, Schreiben an die Bundesnetzagentur vom 21. Dezember 2005 in der Sache DE/2005/0306 bis DE/2005/0311.

⁵¹ BK 2a 06/001-R.

Auslandsgesprächen einschließlich der Möglichkeit, Notrufe abzusetzen.

Zunächst ist festzuhalten, dass diese Vorschriften widersprüchlich sind, da sie zu einem Zirkelschluss führen. Einerseits ist die Möglichkeit, Notrufe abzusetzen, Voraussetzung für die Klassifizierung als öffentlich zugänglicher Telefondienst und andererseits eine an diese Klassifizierung geknüpfte Rechtsfolge.⁵² Dieser Widerspruch ergibt sich allerdings bereits aus der zugrunde liegenden EU-Richtlinie.⁵³ Auch wenn sich der Widerspruch gegebenenfalls durch eine Gesetzesauslegung auflösen lässt, ist zur Herstellung von Rechtssicherheit nach Auffassung der Monopolkommission eine Korrektur durch den Gesetzgeber wünschenswert.

63. Für die Bundesnetzagentur ist die Möglichkeit, im Rahmen eines öffentlich zugänglichen Telefondienstes Notrufe abzusetzen, unabhängig von der verwendeten Technologie ein wesentliches Merkmal.⁵⁴ Gleichzeitig stößt die Gewährleistung der Notruffunktion bei VoIP gegenwärtig auf technische Schwierigkeiten, die sich insbesondere aus der Möglichkeit der nomadischen Nutzung ergeben. Eine Anforderung an den Notruf gemäß § 108 TKG ist, dass damit gleichzeitig Daten übertragen werden, mit denen der Standort des Anrufers zu ermitteln ist. Nur so können Rettungsmaßnahmen auch dann eingeleitet werden, wenn die hilferufende Person ihren gegenwärtigen Standort nicht mehr kennt oder nicht mehr mitteilen kann.

64. Für die Zeit bis zu einer Lösung der technischen Probleme ziehen Gesetzgeber und Regulierer verschiedene Vorgehensweisen in Betracht.⁵⁵ Auf der Seite des Gesetzgebers gibt es Überlegungen, die Verpflichtungen des § 108 Abs. 1 TKG für VoIP-Anbieter durch eine Übergangsregelung auszusetzen. Die Monopolkommission gibt zu bedenken, dass dies im Gegensatz zu Vorgaben der europäischen Universaldienstrichtlinie stehen könnte. Artikel 26 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie lässt den Mitgliedstaaten kaum Spielraum bei der Frage, ob den Endnutzern öffentlich zugänglicher Telefondienste die Notruffunktion zur Verfügung gestellt wird oder nicht. Ein Spielraum besteht allerdings bei der Frage, ob Notrufe zugleich Informationen zum Anruferstandort übermitteln müssen. Nach Artikel 26 Abs. 3 Universaldienstrichtlinie ist das nur dann sicherzustellen, wenn dies technisch möglich ist. § 108 Abs. 1 Nr. 2 TKG enthält diese Einschränkung nicht.

65. Die Bundesnetzagentur hält zudem die Option für denkbar, dass die Verpflichtung zur Gewährleistung der Notruffunktion nur Anbieter trifft, die VoIP als ein Substitut für herkömmliche Festnetztelefonie anbieten. Da-

hinter steht der Gedanke, dass eine Versorgungslücke nur dann auftreten kann, wenn ein Nutzer seinen bisherigen schmalbandigen Telefonanschluss zu Gunsten von VoIP vollständig aufgibt. Das ist wiederum gegenwärtig wegen der in aller Regel stattfindenden gemeinsamen Vermarktung von schmal- und breitbandigen Anschlüssen eher selten. Die Bundesnetzagentur schlägt vor, die Anbieter von VoIP-Diensten zu einer Kundenabfrage zu verpflichten, ob diese weiterhin über einen schmalbandigen Festnetzanschluss mit Notrufmöglichkeit im Sinne von § 108 TKG verfügen. Solchen Nachfragern müsste dann keine zusätzlich Notruffunktion im Rahmen des VoIP-Dienstes verfügbar gemacht werden.

Nach Auffassung der Monopolkommission ist dieser Vorschlag dann problematisch, wenn er darauf hinausläuft, dass ein VoIP-Anbieter die Notruffunktion je nach Nutzer einmal gewährleisten und ein andermal nicht gewährleisten muss. Im Zweifel wäre dies kaum zu überprüfen. Im Übrigen hieße dies, die Notruffunktion – anders als im TKG und in der Universaldienstrichtlinie vorgesehen – von der Klassifizierung des Dienstes als öffentlich zugänglicher Telefondienst abzukoppeln.

66. Die Monopolkommission schlägt einen anderen Weg vor. Sie ist wie die Bundesregierung und die Bundesnetzagentur der Auffassung, dass die Verpflichtung zur Bereitstellung der Notruffunktion nicht zu einer Marktzutrittsbarriere für VoIP werden darf. Gleichzeitig bleibt die Möglichkeit, unentgeltliche Notrufe mittels der einheitlichen europäischen Notrufnummer 112 auch im Rahmen der öffentlich zugänglichen Internettelefonie abzusetzen, unverzichtbar. Soweit es technisch noch nicht möglich ist, dass Notrufe im Rahmen von nomadisch genutztem VoIP zugleich Informationen zum Standort des Anrufers übermitteln, sollte darauf verzichtet werden. Auch wenn § 108 Abs. 1 Nr. 2 TKG diese Möglichkeit nicht vorsieht, kann sich die Bundesnetzagentur dabei auf Artikel 26 Abs. 3 Universaldienstrichtlinie berufen.

4. Die Privatisierung der Flugsicherung

67. Nach den Plänen der Bundesregierung soll die Deutsche Flugsicherung GmbH (DFS) zum 1. Januar 2007 materiell teilprivatisiert werden.⁵⁶ Neben dem fiskalischen Aspekt der Kapitalprivatisierung, erhofft sich die Bundesregierung eine Stärkung des Unternehmens im zukünftigen europäischen Wettbewerb um Flugsicherungsdienste. Vor dem Hintergrund der Single-European-Sky(SSES)-Initiative der Europäischen Union, welche langfristig die Schaffung eines einheitlichen europäischen Luftraums zum Ziel hat, soll die DFS nun mit der Kapitalprivatisierung die Möglichkeit erhalten, sich auf den Wettbewerb vorzubereiten, z. B. im Bereich der Regionalflughäfen, an denen die Einzelbeileihung von Fluglotsen zum 30. Juni 2007 enden wird. Bislang wird der Luftverkehr über dem deutschen Raum von der bundes-

⁵² Vergleiche Holznapel, B., Bonnekoh, M., a. a. O., S. 589.

⁵³ Vergleiche Artikel 2 lit c) und Artikel 26 Abs. 1 Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. EU Nr. 108 vom 24. April 2002, S. 51.

⁵⁴ Vergleiche Bundesnetzagentur, Eckpunkte der regulatorischen Behandlung von Voice over IP (VoIP), a. a. O., S. 1344, Eckpunkt 5.

⁵⁵ Vergleiche ebenda.

⁵⁶ Mitglieder aller Fraktionen des Deutschen Bundestages forderten am 28. Januar 2004 von der Bundesregierung eine Kapitalprivatisierung der DFS. Die Bundesregierung hat sich im August 2004 der Forderung angeschlossen. Vgl. Bundestagsdrucksache 15/2393 und Bundestagsdrucksache 15/5519.

eigenen DFS koordiniert, so dass sie mit ihrem exklusiven Verfügungsrecht einem staatlichen Gebietsmonopolisten entspricht.

68. Das am 7. April 2006 vom Bundestag mit großer Mehrheit beschlossene Flugsicherungsgesetz (FSG) ermöglicht eine materielle Teilprivatisierung der DFS. Insgesamt sollen 74,9 Prozent der Anteile an private Unternehmen veräußert werden können. Der restliche Anteil von 25,1 Prozent soll im Besitz des Bundes bleiben. Weiterhin wird die Kombination ziviler und militärischer Aufgaben der Flugsicherung auch nach der Privatisierung beibehalten. Operative und regulative Aufgaben der DFS werden gemäß den europäischen SES-Verordnungen getrennt.⁵⁷ Während in Zukunft eine Übernahme der operativen Aufgaben der Flugsicherung durch private Unternehmen vorgesehen ist, wird die Kontrolle dieser Tätigkeiten und die Regulierung der Gebühren von dem neu zu bildenden Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung (BAF) wahrgenommen. Aufgrund der Bedeutung der Flugsicherung für die innere und äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und der zahlreichen Neuregelungen werden die Vorschriften über die Flugsicherung in einem eigenen Gesetz neu geregelt.⁵⁸ Mit Schaffung des BAF zum 1. Juli 2006 und mit Inkrafttreten des FSG zum 1. Januar 2007 kann durch die neu geschaffene Aufsichtsbehörde die Beleihung Privater mit Aufgaben der Flugsicherung erfolgen.⁵⁹

69. Nachfolgend werden die mit der Kapitalprivatisierung der DFS verbundenen Fragen und Probleme behandelt. So bedarf es neben der Schaffung eines adäquaten rechtlichen Rahmens für die Privatisierung auch die Umsetzung desselben. Die mit einer Privatisierung verbundenen Risiken sind dabei zu minimieren. Dies ist um so wichtiger, wenn die Leistungserbringung eine unabdingbare Voraussetzung für die funktionsfähige Aufrechterhaltung der inneren und äußeren Sicherheit ist. In Erwägungsgrund 13 der Flugsicherungsdienste-Verordnung (EG) Nr. 550/2004 wird klargestellt, dass die Erbringung von Kommunikations-, Navigations- und Überwachungsdiensten sowie von Flugberatungsdiensten unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale dieser Dienste und unter Aufrechterhaltung eines hohen Sicherheitsniveaus zu Marktbedingungen organisiert werden soll. So soll die Flugsicherung nach § 1 Abs. 1 FSG eine sichere, geordnete und flüssige Abwicklung des Luftverkehrs in der Strecke (oberer Luftraum) sowie im An- und Abflug (unterer Luftraum) gewährleisten.⁶⁰ Gemäß dem Anspruch

des Gesetzes und vor dem Hintergrund der beschlossenen Kapitalprivatisierung der DFS ist daher zu fragen, ob der unternehmensinterne Steuerungsmechanismus und die staatliche Aufsicht in ihrer jetzigen Ausgestaltung ausreichen, um die Qualität einer privatisierten Flugsicherung garantieren zu können. Zukünftig mögliche Sicherheitsmängel, bedingt durch Kostensenkungen und ausbleibende Investitionen aufgrund des Gewinnstrebens privatwirtschaftlicher Akteure, hätten gravierende Folgen und sind daher unbedingt zu vermeiden. So kann für die Gewährleistung der Sicherheit im Luftverkehr sowohl eine Zunahme an staatlichen Vorschriften, etwa in Form von Qualitäts- und Sicherheitsstandards sowie in Form einer Anreizregulierung, als auch eine weiterhin mehrheitliche Beteiligung des Bundes im Zuge der Privatisierung notwendig sein. Nachfolgend wird erörtert, ob die getroffenen gesetzlichen Regelungen für eine sichere Nutzung des Luftraums bei einer privatisierten DFS ausreichend sind.

4.1 Die Deutsche Flugsicherung GmbH

70. Die 1953 gegründete Bundesanstalt für Flugsicherung wurde mit der Änderung des Grundgesetzes (GG) und des Luftverkehrsgesetzes (LuftVG) 1993 in ein formell privatrechtlich geführtes Unternehmen überführt, das seitdem unter dem Namen Deutsche Flugsicherung GmbH (DFS) seine Aufgaben wahrnimmt und an dem der Bund 100 Prozent der Anteile hält.⁶¹ Seit 1994 obliegt der DFS neben der Kontrolle der zivilen Luftfahrt auch die Abwicklung des militärischen Luftverkehrs in Friedenszeiten. Grund dafür ist der Wunsch nach einer flexiblen und effizienten Nutzung eines Luftraums für unterschiedliche Zwecke (flexible use of airspace). Kerngeschäft der DFS ist die Entwicklung, Bereitstellung und Durchführung von Flugsicherungsdiensten. Daneben ist das Unternehmen im Bereich der Entwicklung von Flugsicherungs-, Ortungs- und Navigationssystemen sowie im Bereich der Ausbildung von Fluglotsen tätig. Die DFS bietet derzeit Flugsicherungsdienste an 19 internationalen und regionalen Flughäfen an und ist in der Maastrichter EUROCONTROL-Zentrale vertreten.⁶² Aber auch die übrigen Flughäfen in Deutschland stehen unter der Aufsicht des Unternehmens.

⁵⁷ Vergleiche Artikel 4 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 549/2004.

⁵⁸ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung (Flugsicherungsgesetz, FSG). Der Bundestag beschloss mit großer Mehrheit am 7. April 2005 eine revidierte Fassung des Entwurfs. Die entsprechenden Empfehlungen hatte der Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung gegeben. Vgl. Bundestagsdrucksache 16/1161 vom 5. April 2006.

⁵⁹ Vergleiche Artikel 13, Bundestagsdrucksache 16/240.

⁶⁰ Die Flugsicherung umfasst nach § 1 Abs. 1 Satz 2 FSG im Wesentlichen die Aufgaben der Flugverkehrskontrolle zur Überwachung und Lenkung der Bewegungen im Luftraum und auf den Rollflächen von Flugplätzen, einschließlich der Überprüfung, Warnung und Umlenkung von Luftfahrzeugen im Luftraum. Vgl. auch den bisherigen § 27c Luftverkehrsgesetz (LuftVG).

⁶¹ Die Organisationsprivatisierung der DFS wurde durch die Zehnte Novelle des Luftverkehrsgesetzes vom 23. Juli 1992 möglich. Vgl. den bisherigen § 31b Abs. 1 LuftVG zur organisations- und materiellrechtlichen Grundlage der Flugsicherung. Zur formellen Privatisierung der Bundesanstalt für Flugsicherung im Jahr 1993 hat sich die Monopolkommission kritisch geäußert, da es sich nicht um einen reinen Wettbewerbsmarkt gehandelt hat, der privatisiert wurde: „Eine formelle Privatisierung, private Rechtsform bei unverändert öffentlichem Zweck, ist im Kern ebenfalls ein Effizienz- und Bürokratieproblem. Unter dem Aspekt einer sachgerechten Aufgabenverteilung zwischen Staat einerseits und Gesellschaft andererseits bleibt diese Form der Privatisierung halbherzig. Die Monopolkommission steht ihr besonders kritisch gegenüber, wenn ein solches „Privatunternehmen“ im Eigentum der öffentlichen Hand über Monopolrechte verfügt“. Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik, Hauptgutachten 1990/1991, Baden-Baden 1992, Tz. 46.

⁶² EUROCONTROL ist der europäische Verband von derzeit 36 nationalen Flugsicherern.

71. Die Leistungsdimensionen der Flugsicherung bestehen im Einzelnen aus der Kommunikations-, Navigations- und Überwachungstechnik (Communication, Navigation, Surveillance (CNS)-Technik), der Flugsicherungstechnik (Air Traffic Management (ATM)-Technik) und den Flugsicherungsdiensten (Air Traffic Management (ATM)-Dienste). Sowohl die CNS-Technik als auch die ATM-Technik stellt für die Erbringung von ATM-Diensten einen notwendigen Unterstützungsdienst dar. Die CNS-Technik beinhaltet die Bodennavigationsanlagen, die Ortungstechnik und die Kommunikationsnetze. Die ATM-Technik ist für die Ortungsdatenverarbeitung und die Flugplandatenverarbeitung zuständig. Die ATM-Dienste beinhalten alle Flugsicherungsdienste wie die Luftraumüberwachung in der Strecke und im An- und Abflug an die Flughäfen. Die ATM-Technik verarbeitet die Flugdaten der CNS-Technik und bereitet diese für die Nutzung durch die Fluglotsen vor (ATM-Dienste). Die Wertschöpfungskette der Flugsicherung besteht demnach aus einem vertikal integrierten Leistungsbündel.

72. Der Umsatz aus Flugsicherungsleistungen setzt sich aus den gegenüber den Luftverkehrsgesellschaften erhobenen Gebühren für die Flugsicherung in der Strecke sowie im An- und Abflug zusammen.⁶³ Im Jahr 2005 kontrollierte die DFS knapp 2,9 Millionen Flugbewegungen im deutschen Luftraum. Davon entfielen etwa 16 Prozent auf Inlandsflüge, etwa 52 Prozent auf Ein- und Ausflüge und etwa 32 Prozent auf Überflüge.⁶⁴ Bis zum Jahr 2020 soll sich das jährliche Flugaufkommen in Europa auf 16 Millionen Flüge verdoppeln, dies vor dem Hintergrund, dass derzeit etwa 70 Prozent des europäischen Flugverkehrs in etwa 14 Prozent des Luftraums stattfinden.⁶⁵

4.2 Die Ziele der Privatisierung

73. Mit der Privatisierung staatlicher Unternehmen verfolgt der Bund im Wesentlichen zwei Ziele: zum Ersten die Entlastung des öffentlichen Haushalts und zum Zweiten die Erhöhung der gesamtwirtschaftlichen Effizienz.⁶⁶ Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) sieht in der

Privatisierung staatlicher Unternehmen ein modernes wirtschaftspolitisches Konzept mit gegenseitigem Nutzen, mit dem der Staat und die Unternehmen an Handlungsfreiheiten gewinnen: „Der Bund setzt Reformpotenziale frei und die Unternehmen steigern ihre Effizienz, um sich im internationalen Wettbewerb zu positionieren“.⁶⁷

Die Bundesregierung geht davon aus, dass bei einer rein privatwirtschaftlich organisierten Flugsicherung die Kosten bei mindestens gleichbleibender Qualität und Sicherheit sinken werden, auch unter Berücksichtigung des Mehraufwands, der durch die Kontroll- und Aufsichtstätigkeit des BAF verursacht wird. Die gesamtwirtschaftliche Effizienz würde also ceteris paribus mit der Privatisierung zunehmen.⁶⁸ Zugleich könne der Bund Privatisierungserlöse von mehreren hundert Mio. Euro erzielen.⁶⁹

74. Die zukünftige Erbringung von Flugsicherungsdiensten durch private Unternehmen ist, was die ordnungsgemäße Durchführung der Beleihung, die Einhaltung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards sowie die Festsetzung der Gebühren im Zuge einer Anreizregulierung betrifft, entsprechend der Bedeutung der Flugsicherung für die Aufrechterhaltung der inneren und äußeren Sicherheit mit zahlreichen und gesetzlich verankerten Pflichten seitens des Beliehenen verbunden.⁷⁰ Dennoch sieht nicht nur die Gewerkschaft ver.di und die Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF), sondern auch eine breitere Öffentlichkeit in der Kapitalprivatisierung der DFS die Gefahr einer Absenkung der Qualität der Flugsicherung aufgrund zukünftiger Kosteneinsparungen, Investitionsstops und Rentabilitätsbestrebungen durch private Investoren. Im Mittelpunkt der Bekundungen steht die Forderung nach der Fortsetzung der staatlich geführten DFS mit dem Argument, dass die Flugsicherung von großer verkehrs- und sicherheitspolitischer Bedeutung ist.

75. Die Flugsicherung dient der Sicherheitsgewährleistung im Luftraum und stellt damit auch ein unverzichtbares Element für die Einsatzbereitschaft und Funktionsfähigkeit der Bundeswehr dar. Verfassungsrechtlich ist die Flugsicherung dem Kernbereich staatlicher Aufgaben zuzuordnen, wie sie in Artikel 87a und 87d GG genannt werden.⁷¹ Die Erbringung von Flugsicherungsdiensten

⁶³ Die Gesamteinnahmen aus Flugsicherungsleistungen (912,2 Mio. Euro) und sonstigen Einnahmequellen wie Ausbildungs- und Beratungsleistungen (11,2 Mio. Euro) betrugen im Jahr 2004 923,4 Mio. Euro. Das Unternehmen erwirtschaftete dabei einen Jahresüberschuss von 36,3 Mio. Euro. Zum 31. Dezember 2004 beschäftigte die DFS rund 5 300 Personen. Vgl. Deutsche Flugsicherung GmbH, Geschäftsbericht 2004, S. 28.

⁶⁴ Vergleiche Deutsche Flugsicherung GmbH, Geschäftsbericht 2004, S. 27.

⁶⁵ Vergleiche European Commission, Directorate-General Energy and Transport, European Energy and Transport – Trends to 2030, 2005, S. 141 f. und Europäische Kommission, Generaldirektion Energie und Transport, Weissbuch – Die europäische Verkehrspolitik bis 2010: Weichenstellung für die Zukunft, 2001, S. 40 f.

⁶⁶ Gesamtwirtschaftliche Effizienz liegt vor, wenn die in einer Volkswirtschaft vorhandenen Ressourcen so eingesetzt werden, dass bei gegebenen Produkten und Produktionsverfahren die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Akteure einer Volkswirtschaft optimal befriedigt werden (Allokationseffizienz), bei gegebener Technologie jeder Output mit dem geringstmöglichen Einsatz von Inputfaktoren erzeugt wird (Produktionseffizienz) und eine dynamische Effizienz im Sinne der Entwicklung und Einführung neuer Güter und Produktionstechnologien gegeben ist.

⁶⁷ In den Leitlinien zur Privatisierungspolitik des Bundes steht weiter: „In einem durch Marktöffnung und Liberalisierung, technischen Fortschritt sowie zunehmenden nationalen wie internationalen Wettbewerb geprägten Umfeld ist die Öffnung der Unternehmen mit Bundesbeteiligung für privates Know-how und Kapital die moderne wirtschaftspolitische Antwort auf die zentrale Herausforderung der Zukunftssicherung der zu privatisierenden Unternehmen und deren Arbeitsplätze. Die Bundesregierung wird diese Politik konsequent umsetzen und weiterentwickeln“. Vgl. auch Bundestagsdrucksache 16/240, Abschnitt I in der Begründung des FSG, S. 18 ff.

⁶⁸ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, S. 21 zu den finanziellen Auswirkungen der Privatisierung der Flugsicherung.

⁶⁹ Dabei ist fraglich, ob die mit der Privatisierung der DFS von der Bundesregierung angeführte Entlastung des öffentlichen Haushalts tatsächlich eintritt.

⁷⁰ Vergleiche §§ 4 und 6 FSG zu den Voraussetzungen einer Beleihung und zu den Pflichten des Beliehenen.

stellt eine hoheitliche Aufgabe dar, bei der polizeiliche Funktionen wahrgenommen werden. Die Flugsicherung ist demnach eine im öffentlichen Interesse liegende Dienstleistung, durch die sowohl die Nutzer des Luftverkehrs als auch die durch den Überflug von Luftverkehrsfahrzeugen betroffene Bevölkerung geschützt wird.⁷² Flugsicherungsunternehmen nehmen somit Aufgaben von öffentlichem Interesse wahr, durch die ein Beitrag zur Aufrechterhaltung und zur Verbesserung der Flugsicherung geleistet wird.⁷³ Vor diesem Hintergrund muss deshalb genau geprüft werden, ob Flugsicherungsdienste von einem privaten Unternehmen „besser“ wahrgenommen werden können und wie eine jederzeit funktionsfähige Flugsicherung sichergestellt werden kann.

76. Nach Ansicht der Monopolkommission kann das Ziel der materiellen Privatisierung der DFS in der Tat nur darin bestehen, einen wettbewerblich organisierten Markt für Flugsicherungsdienste unter hinreichender Berücksichtigung verkehrs- und sicherheitspolitischer Rahmenbedingungen zu schaffen. So hat sich die Monopolkommission schon in früheren Haupt- und Sondergutachten mit der Notwendigkeit staatlicher Fürsorge für die Versorgung mit sicherheitsrelevanten Gütern befasst.⁷⁴ Nach ihrer Auffassung sollte sich die Staatstätigkeit prinzipiell auf ein notwendiges Maß beschränken.⁷⁵ Dabei berücksichtigt die Monopolkommission, dass es durchaus Leistungen geben kann, die unter Wettbewerbsbedingungen nicht oder nicht ausreichend erbracht werden. Liegt zwar kein Marktversagen vor, ist aber aufgrund der ökonomischen, technischen und politischen Gegebenheiten nicht von einem voll funktionsfähigen Wettbewerb auszugehen, so ist zu prüfen, ob nicht durch die Einführung gesetzlicher Regelungen, wie die Schaffung einer Aufsichts- oder Regulierungsbehörde, eine „marktnahe“ Lösung möglich ist. Weiterhin ist zu prüfen, ob ein Gefahrenpotential vorliegt, das einen staatlichen Eingriff notwendig macht. Eine nicht hinreichende Durchsetzung und Mißachtung von Sicherheits- und Qualitätsvorschriften im Bereich der Flugsicherung hat ungleich drastischere Konsequenzen zur Folge als z. B. in der Telekommunikationsindustrie oder der Energiewirtschaft. Die Monopolkommission ist deshalb der Auffassung, dass unbedingt diejenige Form einer privatwirtschaftlichen Organisation der Flugsicherung gewählt werden muss, die nur bei einer jederzeitigen Gewährleistung einer sicheren Nutzung des Luftraums die größtmögliche gesamtwirtschaftliche Effizienz erwarten lässt.⁷⁶ So ist die

Umsetzung der Privatisierung der DFS entsprechend dem Stellenwert der Flugsicherung als „Luftverkehrspolizei“ vorzunehmen.

4.3 Die Single-European-Sky-Initiative

77. Mit dem Regierungsentwurf zur Privatisierung der Flugsicherung werden zugleich mehrere EU-Verordnungen umgesetzt.⁷⁷ Kerngegenstand der so genannten Single-European-Sky(SES)-Initiative der Europäischen Union ist die Schaffung eines einheitlichen europäischen Luftraums, welcher bisher in 31 nationale Systeme aufgespalten ist. 1999 wurde das Projekt eines einheitlichen Luftraums gestartet, und zum 20. April 2004 traten dazu vier Rechtsvorschriften der EU-Kommission in Kraft. Im Einzelnen sind dies die Verordnungen (EG) Nr. 549/2004 (Rahmenverordnung), Nr. 550/2004 (Flugsicherungsdienste-Verordnung), Nr. 551/2004 (Luftraum-Verordnung) und Nr. 552/2004 (Interoperabilitäts-Verordnung) vom 10. März 2004.

78. Die Verordnung (EG) Nr. 550/2004 sieht eine zukünftige EU-weite Festlegung und Anwendung gemeinsamer Standards für Flugsicherungsdienste vor, mit denen eine sichere und effiziente Erbringung von Flugsicherungsleistungen gewährleistet werden soll. Nach Artikel 7 Abs. 1 der Verordnung unterliegt die Erbringung jeglicher Flugsicherungsdienste in der EU einer Zertifizierung durch die Mitgliedstaaten. Die Aufgabe der Zertifizierung nimmt die nationale Aufsichtsbehörde wahr. Mit der Zertifizierung ist eine Flugsicherungsorganisation berechtigt, Flugsicherungsdienste auch in anderen Mitgliedstaaten zu erbringen, sofern die in Artikel 6 genannten Qualitäts- und Sicherheitsanforderungen eingehalten werden. Innerhalb funktional strukturierter Luftraumblöcke (functional airspace blocks) beauftragen die Mitgliedstaaten einen einzigen Dienstleister mit der Erbringung von Flugsicherungsdiensten im oberen Luftraum bzw. in der Strecke.⁷⁸ Bisher ist der europäische Luftraum in funktionale Luftraumblöcke unterteilt, für die eine oder mehrere Flugsicherungsdienste zuständig sind, die überwiegend den nationalen Gebietszonen der Länder entsprechen. Weiterhin wird mit der Verordnung der Rahmen für eine transparente Gebührenordnung für Flugsicherungsdienste geschaffen, die einer ständigen Kontrolle durch die EU-Kommission unterliegen.⁷⁹

79. Gestützt auf die Flugsicherungsdienste-Verordnung wurde zur Festlegung und Anwendung gemeinsamer Anforderungen bezüglich der Erbringung von Flugsicherungsdiensten in der EU im Dezember 2005 die Verordnung (EG) Nr. 296/2005 von der EU-Kommission verabschiedet. Danach soll die Festlegung gemeinsamer

⁷¹ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, Abschnitt I in der Begründung des FSG, S. 18 ff.

⁷² Vergleiche EuGH, Urteil vom 19. Januar 1994, Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-43, SAT Fluggesellschaft mbH gegen Europäische Organisation für Flugsicherung (Eurocontrol), Entscheidungsgrund 17.

⁷³ Vergleiche ebenda, Entscheidungsgrund 21.

⁷⁴ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2000/2001, a. a. O., Tz. 95 ff.; dies., Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Hauptgutachten 1994/1995, Baden-Baden 1996, Tz. 105 ff.; dies., Hauptgutachten 1990/1991, a. a. O., Tz. 48 ff.; dies., Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft, Sondergutachten 37, Baden-Baden 2003, Tz. 11 ff.

⁷⁵ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 1994/1995, a. a. O., Tz. 106.

⁷⁶ Vergleiche § 1 Abs. 1 FSG.

⁷⁷ Vergleiche ABl. EU Nr. L 96 vom 31. März 2004.

⁷⁸ Vergleiche Verordnung (EG) Nr. 551/2004, Artikel 5 zur Umstrukturierung des oberen Luftraums in funktionale Luftraumblöcke. Die Erbringung von Flugsicherungsleistungen durch private Unternehmen kann dagegen für den unteren Luftraum (Niedrigflüge sowie An- und Abflüge) regional spezifisch erfolgen.

⁷⁹ Vergleiche Artikel 15 und 16 der Verordnung (EG) Nr. 550/2004 sowie die Erwägungsgründe 19, 20, 23, 24 und 27.

Anforderungen bezüglich der Erbringung von Flugsicherungsdiensten dem rechtlichen Status der Flugsicherungsorganisationen in den Mitgliedstaaten Rechnung tragen und hinsichtlich der Anwendung gemeinsamer Anforderungen auf die Flugsicherungsorganisationen den zu tragenden Risiken angemessen sein. Die Verordnung sieht zur Gewährleistung der wirksamen Anwendung gemeinsamer Anforderungen ein System der regelmäßigen Beaufsichtigung und Inspektion der Einhaltung gemeinsamer Anforderungen und der im Zeugnis angegebenen Bedingungen vor. Die nationale Aufsichtsbehörde sollte hierzu die Eignung des Dienstleisters vor der Erteilung eines Zeugnisses prüfen und die fortlaufende Eignung der von ihr zertifizierten Flugsicherungsorganisation jährlich bewerten. Weiterhin ist eine gegenseitige Begutachtung der nationalen Aufsichtsbehörden vorgesehen, die einen gemeinsamen und gemeinschaftsweiten Ansatz bei der Beaufsichtigung der Flugsicherungsorganisationen fördern soll.

4.4 Das Flugsicherungsgesetz

80. Mit dem Gesetz zur Neuregelung der Flugsicherung (Flugsicherungsgesetz, FSG) wurden die Voraussetzungen für eine Kapitalprivatisierung der DFS geschaffen. Im Mittelpunkt des FSG steht mit § 3 die Möglichkeit der Beleihung von privaten Unternehmen mit der Wahrnehmung von Flugsicherungsdiensten.⁸⁰ Zwar verpflichten die SES-Verordnungen nicht zur Eröffnung des Wettbewerbs um Flugsicherungsleistungen, sie bieten jedoch die Möglichkeit hierzu. Die Trennung von Aufsichts- und Durchführungsaufgaben im Bereich der Flugsicherung ist durch die europäischen Verordnungen dagegen zwingend vorgeschrieben. Mit § 2 Abs. 1 und 2 FSG werden die Aufsichtsaufgaben auf das neu zu bildende Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung (BAF) übertragen, welches organisatorisch dem Luftfahrt-Bundesamt (LBA) zugeordnet wird, von diesem jedoch fachlich unabhängig agiert. Die Aufsicht über das BAF fällt dem Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung (BMVBS) zu.⁸¹ Weiterhin geregelt ist die Fortführung und Weiterentwicklung der zivil-militärischen Zusammenarbeit.

81. Wie oben angesprochen wurde, dient die Flugsicherung der Sicherheitsgewährleistung im Luftraum und ist verfassungsrechtlich dem Kernbereich staatlicher Aufgaben zuzuordnen.⁸² Mit der Beleihung werden Hoheitsrechte auf natürliche und juristische Personen übertragen. Für eine ordnungsgemäße Beleihung müssen strenge Vorschriften erfüllt sein, wie etwa die Gewährleistung der Beherrschung des Beliehenen durch den beleihenden Hoheitsträger. Weiterhin bedarf es einer Absicherung durch ein Gesetz, da es sich um eine Ausnahme zu dem in Artikel 33 Abs. 4 GG festgelegten Prinzip handelt, wonach in der Regel nur Beamte hoheitliche Befugnisse ausüben dürfen.⁸³ Nach Ansicht der Monopolkommission ist es nur möglich, eine hinreichende Aufsicht und Kontrolle

über einen beliebigen Träger auszuüben, wenn der Staat außer durch die neu zu gründende Aufsichtsbehörde auch als Gesellschafter über ein wirkungsvolles Einspruchsrecht verfügt. Der Bund bleibt nach der Kapitalprivatisierung nur noch mit 25,1 Prozent der Anteile an der DFS beteiligt, so dass mit Blick auf die Bedeutung der Flugsicherung für einen sicheren Luftverkehr nicht von einer hinreichenden Einwirkungsmöglichkeit des Bundes gesprochen werden kann.⁸⁴ Der Einfluss des Bundes beschränkt sich mit der Minderheitsbeteiligung im Wesentlichen auf die Verhinderung einer möglichen Änderung des Gesellschaftszwecks einer privatisierten DFS.⁸⁵ Weiterhin ist das von der Bundesregierung angeführte Argument für eine solche Beteiligung nicht plausibel, da das BAF nach dem neu geschaffenen § 10 Abs. 1 FSG die Möglichkeit hat, die Beleihung zu widerrufen, wenn die Voraussetzung für die Beleihung entfällt. Zwar verfügt der Bund im Rahmen der Beleihung über bestimmte Sanktionsmechanismen bei einer nicht vertragsgemäßen Aufgabenerfüllung des Beliehenen, diese können aber, wenn überhaupt, nur mit einer erheblichen Zeitverzögerung angewendet werden, so dass zwischen dem Zeitpunkt der Pflichtverletzung und der „Heilung“ dieses Umstandes ein massives Gefahrenpotential vorliegt.⁸⁶ So kann die Beteiligung des Bundes nur eine operative Einflussnahme auf die Geschäftsbelange einer privatisierten DFS zum Ziel haben. Eine solche weiterreichende Kontrollmöglichkeit ist im Übrigen für den Bereich der Eisenbahninfrastruktur von Verfassung wegen vorgeschrieben; Artikel 87e Abs. 3 GG steht dort einer Privatisierung von mehr als 49 Prozent entgegen. Warum der Gesetzgeber das Bedürfnis für eine staatliche Einflussnahme im Bereich der Infrastruktur des Luftverkehrs geringer einschätzt, ist nicht ersichtlich.

82. Mit der verpflichtenden Trennung operativer und regulativer Aufgaben gemäß der europäischen Verordnung (EG) Nr. 549/2004 übernimmt das BAF die bisher von der DSF wahrgenommenen Aufgaben. Bisherige Beamte und Angestellte des Luftfahrt-Bundesamtes, die der DFS zur Wahrnehmung von Kontroll- und Überwachungsaufgaben zugewiesen sind, übernehmen mit Inkrafttreten des FSG die gesetzlichen Aufgaben des BAF. Die Monopolkommission sieht eine bloße Übernahme bisheriger Beschäftigter der DFS in die neu zu schaffende Aufsichtsbehörde kritisch, da sich durch die personelle Besetzung und den erweiterten Aufgabenumfang zwangsläufig Konflikte ergeben und eine unabhängige Fachaufsicht nicht garantiert werden kann.⁸⁷ Zu den Aufgaben des BAF gehört die Umsetzung eines neuen gesetzlichen Rahmens auf nationaler und europaweiter Ebene. Die mit der Privatisierung verbundene Anreizregulierung der Gebühren,

⁸⁰ Der bisher geltende § 31b Abs. 1 LuftVG wird aufgehoben.

⁸¹ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, Artikel 1 § 2 Abs. 1 und 2 FSG.

⁸² Vergleiche Tz. 75.

⁸³ Vergleiche § 31a LuftVG für die Möglichkeit der Beleihung von Aufgaben im Bereich der Flughafenkoordinierung.

⁸⁴ Der Bundesrechnungshof sprach sich dagegen in seiner Stellungnahme für eine vollständige Privatisierung der Anteile an der DFS aus. Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/1161, S. 14.

⁸⁵ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240 S. 19.

⁸⁶ Zu den möglichen Sanktionsmechanismen vgl. Tz. 83.

⁸⁷ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, S. 16 und Bundestagsdrucksache 16/1161, S. 10 zu Artikel 9, Änderung des Gesetzes zur Übernahme der Beamten und Arbeitnehmer der Bundesanstalt für Flugsicherung.

die neue Eigentümerstruktur und die Umsetzung neuer Qualitäts- und Sicherheitsstandards im Zuge der Zertifizierungspflicht führen zu erheblichen strukturellen Veränderungen der DFS. Die an das BAF gestellten Anforderungen sind zweifelsohne hoch. Der Umstand, dass bisherige Beschäftigte der DFS nun im BAF eingesetzt werden sollen, um ihre früheren Kollegen zu überwachen, erschwert eine wirksame Aufsicht erheblich. Der Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung begründet diese Maßnahme damit, dass nur dieses Personal über die Erfahrungen und Kenntnisse verfügt, die zur sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben des BAF notwendig sind und kein anderes qualifiziertes Personal kurzfristig verfügbar ist.⁸⁸ Nach Meinung der Monopolkommission ist eine solche Argumentation gefährlich. Hier besteht die Gefahr, dass Einbußen in der Effektivität der Aufsichtsbehörde um einer raschen Privatisierung willen billigend in Kauf genommen werden. Die Monopolkommission plädiert dafür, mit dem Privatisierungsprogramm erst dann fortzufahren, wenn hinreichend qualifiziertes und unbefangenes Personal für die Überwachung durch das BAF zur Verfügung steht.

83. Das neu geschaffene FSG regelt die Möglichkeit sowie die Art und Weise der Beleihung. Mit § 3 FSG wird die Beleihung Privater durch Verwaltungsakt des BAF unter Berücksichtigung der Verordnungen (EG) Nr. 549/2004 und 550/2004 ermöglicht. Bei der Wahrnehmung von Flugsicherungsaufgaben unterliegt der Beliehene der Rechts- und Fachaufsicht des BAF. Weiterhin ist die beliehene Flugsicherungsorganisation verpflichtet, im Umfang der ihr obliegenden Pflichten die ordnungsgemäße Dienstleistung durch andere Dienstleister sicherzustellen. Das BAF kann nach § 3 Abs. 4 FSG bei einer nicht ordnungs- oder fristgerechten Wahrnehmung der Pflichten die notwendigen Aufgaben auf Kosten der beliehenen Flugsicherungsorganisation selbst durchführen oder durch einen anderen durchführen lassen, aber auch ein Warnungsgeld von bis zu 500 000 Euro verhängen. Auch ist das BAF nach § 3 Abs. 5 FSG befugt, die Anlagen und Betriebsräume des Beliehenen zu betreten sowie Gegenstände oder geschäftliche Unterlagen im erforderlichen Umfang in Verwahrung zu nehmen. In letzter Konsequenz ist das BMVBS nach § 11 Abs. 1 Satz 1 FSG berechtigt, die Rückübertragung der Geschäftsanteile auf den Bund anzuordnen (call-back option), wenn eine erhebliche Pflichtverletzung auftritt, so dass die innere und äußere Sicherheit gefährdet ist.⁸⁹ Ob dieses Drohpotential ausreicht, um eine privatisierte DFS zu disziplinieren, ist fraglich, da der Bund im Falle einer tatsächlichen Rückübertragung vor dem Problem steht, die Leistung entweder selbst oder von einem anderen Flugsicherungsunternehmen erbringen zu lassen. Die erste Möglichkeit ist mit erheblichen Personal- und Durchgriffskosten verbunden, selbst wenn die Bundeswehr die Aufgabe der zivilen Flugsicherung übernimmt. Bei der zweiten Möglichkeit steht man dagegen vor dem Problem, dass keine Wettbe-

werber im deutschen Luftraum existieren, die die Aufgabe übernehmen könnten. In jedem Fall kann eine vorübergehende Gefährdung der Luftraumnutzer nicht ausgeschlossen werden. Nach Meinung der Monopolkommission kann das Risiko einer „Sicherheitslücke“ nur minimiert werden, wenn der Bund als Mehrheitseigner auftritt und so über operative Einwirkungsmöglichkeiten verfügt, wie sie auch im Rahmen der funktionellen Privatisierung vom Bund wahrgenommen wurden.

84. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 FSG überträgt das BAF der DFS die Aufgabe, Flugsicherungsdienste zu erbringen. In Bezug auf die genannten Leistungsdimensionen beschränkt sich die Beleihung mit hoheitlichen Aufgaben der Flugsicherung auf die Erbringung von ATM-Dienstleistungen.⁹⁰ Zwar ist die beliehene Flugsicherungsorganisation nach § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 FSG verpflichtet, die für die ordnungsgemäße Durchführung der Beleihung erforderliche ATM-Technik im notwendigen Umfang und im betriebssicheren Zustand vorzuhalten und zu betreiben, soweit diese für die Gewährleistung einer sicheren und effizienten Flugsicherung erforderlich ist.⁹¹ Der eigene Aufbau einer ATM-Infrastruktur durch den Beliehenen ist hierfür aber keine Voraussetzung. Mit der Ausnahme aus dem hoheitlichen Aufgabenbereich wird die ATM-Technik mit der bereits als nicht hoheitlich ausgestalteten CNS-Technik gleichgestellt. Die Bereitstellung der CNS- und ATM-Technik kann demnach durch Dritte erfolgen.⁹² Diese unterliegen gemäß den SES-Verordnungen einer Zertifizierungspflicht durch eine nationale Aufsichtsbehörde.⁹³ Eine vordringliche Aufgabe der nationalen Aufsichtsbehörden in der EU sollte es demnach sein, Anforderungen an die CNS- und ATM-Technik zu definieren, so dass ein hinreichendes Qualitätsniveau etabliert werden kann. Gleichwohl ist der Wettbewerb auf der CNS- und ATM-Ebene zu fördern, so dass die (beliehenen) ATM-Dienstleister zwischen qualitativ hochwertigen Technologien wählen können.

85. Die Gebührensätze für Flugsicherungsdienste werden bislang nach den Richtlinien der International Civil Aviation Organization (ICAO) und EUROCONTROL nach dem Prinzip der Vollkostendeckung erhoben.⁹⁴ Die Festlegung von Kostenobergrenzen stellt kein geeignetes Instrument für die Schaffung von Effizienzanreizen dar, da jede Kostenerhöhung durch steigende Gebührensätze kompensiert wird. Aber auch jede Kosteneinsparung bewirkt niedrigere Gebührensätze, so dass der Anreiz zur Effizienzsteigerung gering ist. Entstehende Über- oder Unterdeckungen müssen in den Folgejahren an die Luft-

⁸⁸ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/1161, S. 30 f.

⁸⁹ Die Verpflichtung zur sofortigen Rückgabe der Geschäftsanteile gilt ebenso bei Eintritt des Verteidigungsfalles. Vgl. § 11 Abs. 2 FSG.

⁹⁰ Zu den Leistungsdimensionen der Flugsicherung vgl. Tz. 71.

⁹¹ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, S. 25 und Bundestagsdrucksache 16/1161, S. 20.

⁹² So stammt die von der DFS derzeit verwendete ATM-Technik von dem US-amerikanischen Unternehmen Raytheon. Vgl. auch Thales in Frankreich, Indra in Spanien sowie Boeing, Raytheon und Lockheed Martin in den USA.

⁹³ Vergleiche Tz. 78.

⁹⁴ Vergleiche 32 Abs. 4 Nr. 6 LuftVG. Die Höhe der Streckengebühr sowie der An- und Abfluggebühr variiert mit dem Aufwand der Flugsicherung bzw. den Kosten der Leistungserstellung und mit der Nutzung durch die Luftverkehrsgesellschaften.

raumnutzer, d. h. an die Luftverkehrsunternehmen bzw. letztlich an die Passagiere, weitergegeben werden.⁹⁵ Aufgrund der Nachteile der Kostenregulierung besteht für die Sicherstellung einer sachgerechten Leistungserbringung der beliehenen Flugsicherungsorganisation nach dem neuen § 4 Abs. 3 FSG die Möglichkeit zu einer Anreizregulierung der Gebühren.⁹⁶ Mit einer solchen Regulierung wird das Ziel verfolgt, Anreize für eine effiziente Leistungserbringung zu setzen und somit Kostensenkungen der Flugsicherungsdienste unter Erhaltung der Sicherheit und Qualität zu erreichen.⁹⁷ Die vorgeschlagenen Maßgrößen für die Ermittlung der Obergrenzen eines ex ante festgelegten Price-Caps sind Effizienzvorgaben unter Berücksichtigung einer angemessenen Kapitalverzinsung, die gesamtwirtschaftliche Preissteigerungsrate, die zu erwartenden Produktivitätsfortschrittsrate von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten, die zu erwartende Verkehrsentwicklung, die Einhaltung von Qualitätsvorgaben für die Erfüllung der übertragenen Aufgaben sowie die Umsetzung von Investitionsvorhaben. Die Obergrenzen können nach dem Entwurf jeweils für eine Regulierungsperiode von höchstens fünf Jahren gelten. Die Einzelheiten der Vorgaben werden im Rahmen der Beleihung geregelt. Die Nachbesserung des ersten Gesetzentwurfs mit der Empfehlung des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung hinsichtlich der expliziten Berücksichtigung von Qualitätsvorgaben und Investitionsvorhaben ist aus Sicht der Monopolkommission begrüßenswert, zugleich aber auch notwendig, um dem Kostensenkungsdruck des Kapitalmarktes entgegenzuwirken und hinreichende Investitionsanreize zur Erbringung qualitativ hochwertiger Flugsicherungsleistungen zu schaffen.⁹⁸

86. Die Beleihung mit Flugsicherungsdiensten ist zunächst auf mindestens acht Jahre begrenzt. Sie kann sich um jeweils ein Jahr verlängern, sofern sie nicht mindestens vier Jahre vor Ablauf der Beleihungsfrist gekündigt wird. Die Befristung der Beleihung wird mit Blick auf die Ziele der Flugsicherung und auf die noch vorzunehmenden Investitionen unter Berücksichtigung des Zieles der Schaffung eines wettbewerblichen Rahmens festgelegt. Die in § 4 Abs. 5 Satz 1 FSG festgelegte Beleihungsdauer sieht die Bundesregierung im Hinblick auf die Gewährleistung einer Kontinuität der Flugverkehrsdienste und unter Berücksichtigung der von der Flugsicherungsorganisation für die Wahrnehmung der Flugverkehrsdienste vorgenommenen und noch vorzunehmenden Investitionen als angemessen an. Die Mitteilung über die Verlängerung oder Nichtverlängerung der Beleihung hat aus denselben Gründen mindestens vier Jahre vor Ablauf der

Beleihungsdauer zu erfolgen. Nach Ansicht der Monopolkommission ist die getroffene Kündigungsfrist von vier Jahren nicht angemessen. Hier besteht die Gefahr, dass in der verbleibenden Zeit nach der Mitteilung über die Nichtverlängerung seitens des Beliehenen keine ausreichenden Sicherheits- und Effizienzanreize mehr bestehen. Eine Kündigungsfrist von zwei Jahren sollte im Hinblick auf die konsultative Festlegung des Geschäftsplans mit dem BAF ausreichend sein.

87. In § 16 FSG sind die notwendigen Übergangsregelungen enthalten. Der Entwurf sieht vor, dass die Wahrnehmung der Bezirks- und Anflugkontrolldienste für die Dauer von 20 Jahren, jedoch spätestens bis zum 1. Juli 2026, und die Wahrnehmung der Flugplatzkontrolldienste für die Dauer von 16 Jahren, jedoch spätestens bis zum 1. Juli 2022, allein durch die DFS erfolgt. Die Sicherung der Monopolstellung rechtfertigt die Bundesregierung damit, dass die Neuordnung der Flugsicherung für die DFS nicht absehbar gewesen sei.⁹⁹ Dem ist entgegenzuhalten, dass die Kapitalprivatisierung durchaus absehbar war, zumal allein der Prozess der Beschlussfassung des FSG über zwei Jahre gedauert hat und daher die Übergangsregelung als unangemessen lang erscheint. Das Ziel, mehr Wettbewerb um Flugsicherungsdienste zu schaffen, wird dadurch langfristig verhindert.¹⁰⁰

4.5 Die Umsetzung der Privatisierung

88. Aus Sicht der Monopolkommission erscheint prinzipiell eine Klublösung mit einer heterogenen Eigentümerstruktur für die zu privatisierende DFS vorteilhaft. Alle Aufgaben der Flugsicherung werden dabei von einem oder mehreren Unternehmen wahrgenommen, die von den Nutzern, also vor allem Fluggesellschaften und Flughäfen, kontrolliert werden. Bei dieser Lösung findet eine interne Kontrolle durch die Eigentümer statt. Dies entspricht hinsichtlich der Neutralität der Flugsicherung dem Modell der bisherigen DFS, mit dem Unterschied, dass es mit der heterogenen Eigentümerstruktur zu einem zweckmäßigen Interessenausgleich im Sinne der Sicherheit und der Effizienz kommt.¹⁰¹ Aufgrund der obligatorischen Trennung operativer und regulativer Aufgaben durch das FSG bzw. der SES-Verordnungen und der damit verbundenen Bildung des BAF sowie der gesetzlich festgeschriebenen Beteiligung des Bundes von mindestens 25,1 Prozent ist eine solche Klublösung aber nur eingeschränkt durchführbar.

89. Weiterhin ergeben sich gerade durch die Schaffung und Besetzung sowie den erweiterten Aufgabenbereich des BAF und die nicht absehbare Entwicklung der Flugsicherung auf europäischer Ebene Probleme und Risiken bei der Umsetzung der Privatisierung.¹⁰² Hinsichtlich des

⁹⁵ Eine operative Rücklagenbildung zur Absicherung gegenüber wirtschaftlichen Krisenzeiten ist nicht möglich. Dagegen konnten Kapitalrücklagen aus der Eigenkapitalverzinsung in begrenztem Umfang gebildet werden.

⁹⁶ Zum Begriff der Anreizregulierung vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2000/2001, a. a. O., Tz. 782 ff.; dies., Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 1171.

⁹⁷ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, Begründung zu § 4 Abs. 3 FSG, S. 24.

⁹⁸ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/1161, Begründung zu § 4 Abs. 3 FSG, S. 24.

⁹⁹ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, § 16 Abs. 3 FSG i. V. m. der Begründung zu § 16 FSG, S. 28 f. Die Bestandsschutzgarantie steht allerdings unter dem Vorbehalt von Artikel 5 der Verordnung (EG) Nr. 551/2004, der die Möglichkeit zur Bildung funktionaler Luftraumblocke und den Abschluss völkerrechtlicher Verträge vorsieht.

¹⁰⁰ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, S. 1.

¹⁰¹ Zur bisherigen Personalstruktur der DFS vgl. Tz. 82.

¹⁰² Vergleiche Tz. 82.

politisch gewollten Zeitplans der Privatisierung ist es fraglich, ob eine verzögerungsfreie und komplikationslose Aufnahme der Tätigkeiten gewährleistet werden kann, da für die Umsetzung des Privatisierungsvorhabens umfangreiche Vorarbeiten erforderlich sind. Das BAF kann gemäß Artikel 13 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung frühestens zum 1. Juli 2006 seine Tätigkeit aufnehmen, bevor im Übrigen das Gesetz zum 1. Januar 2007 in Kraft tritt.¹⁰³ Das BAF muss neu geschaffen und besetzt werden, es muss die Beleihung Dritter mit ATM-Diensten durchführen und die DFS zertifizieren, eine zielgerechte Anreizregulierung entwerfen und letztlich einen diskriminierungsfreien Zugang zur ATM-Technik für andere ATM-Dienstleister, z. B. an Regionalflughäfen, durchsetzen. Eine ausreichende Vorbereitung der Nutzer der Flugsicherung auf das neue System erscheint vor dem gewählten Zeitplan ebenfalls kaum möglich. Es besteht die Gefahr, dass es zu Komplikationen zwischen allen beteiligten Akteuren kommt, mit der Folge, dass eine vorübergehende Gefährdung der Luftsicherheit nicht ausgeschlossen werden kann.

90. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass nur eine heterogene Eigentümerstruktur und eine mehrheitliche Beteiligung des Bundes dem Stellenwert der Flugsicherung als einer im öffentlichen Interesse liegenden Dienstleistung hinreichend Rechnung trägt.¹⁰⁴ Nach Ansicht der Monopolkommission ist eine heterogene Eigentümerstruktur der DFS, bestehend aus Bund, Luftverkehrsgesellschaften, Flughafenbetreibern, ausländischen Flugsicherern und branchenfremden Investoren bei einer vertikal integrierten Lösung notwendig, um eine zukünftig weiterhin sichere und effizient organisierte Flugsicherung zu gewährleisten. Ein Alleinbetreibermodell ist abzulehnen, da es zu einer einseitigen Interessenlage kommt, die besonders dann kritisch gesehen werden muss, wenn es sich um ein Unternehmen handelt, dass in der Wertschöpfungskette des Luftverkehrssystems eine marktbedeutende Stellung einnimmt. Hier besteht die Gefahr, dass keine ausreichenden Sicherheitsvorkehrungen getroffen und Wettbewerber auf anderen Märkten missbräuchlich behindert werden. Die dominierende Position eines Unternehmens ist demnach auch bei einer Mehrbetreiberlösung unbedingt zu vermeiden.

91. Eine Lösung könnte demnach so aussehen, dass der Bund zunächst Mehrheitseigner der DFS mit 50,1 Prozent der Anteile bleibt und so über eine hinreichende Einwirkungsmöglichkeit verfügt und diese auch im operativen Geschäft wahrnimmt. Weiterhin könnte der verbleibende Restanteil zu gleichen Anteilen an die verschiedenen Akteursgruppen des Flugverkehrssystems veräußert werden. So sollten die Flugverkehrsgesellschaften, Flughafenbetreiber und andere ausländische Flugsicherer sowie die Mitarbeiter der DFS die Chance haben, sich an der DFS zu beteiligen und ihre Wertschöpfungskette zu optimie-

ren. Durch die Abwägung gegenseitiger Interessen aller Beteiligten kann sichergestellt werden, dass es bei einer Konsortiumslösung zu einer hinreichenden Sicherheitsgewährleistung, zu einem effizienten Einsatz von Ressourcen und zu ausgeprägten Innovationsbemühungen in allen Leistungsbereichen bei unveränderter wettbewerblicher Neutralität der Flugsicherung kommt. In einer zweiten Stufe sollte dann nach Ablauf der ersten Beleihungsperiode und den ersten Erfahrungen die Beteiligung des Bundes auf ihre Funktion hin überprüft werden. Bei einer erfolgreichen Etablierung des BAF im Zuge einer effektiven Anreizregulierung und der Gewährung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur ATM-Infrastruktur kann die Beteiligung des Bundes auf das gesetzlich festgeschriebene Mindestmaß von 25,1 Prozent reduziert werden. Die zu veräußernde Beteiligung wird dann in das neue Beleihungsverfahren eingebracht. Im Zuge der zweiten Stufe könnten dann auch sonstige private Investoren über den Kapitalmarkt mit maximal 25,0 Prozent der Anteile an der DFS beteiligt werden. Aus Sicht der Monopolkommission ist dieses zweistufige Verfahren hinsichtlich der Bedeutung der Flugsicherung für die innere und äußere Sicherheit notwendig und auch angemessen.

92. Die Überführung eines bisher sicheren, staatlichen Monopols in ein zukünftig unsicheres, privates Monopol darf nicht das Ergebnis der Privatisierung sein. Aufgrund ökonomischer, technischer und politischer Rahmenbedingungen fällt dem Staat die Aufgabe zu, die Voraussetzungen für einen sicheren und effizienten Flugverkehr zu schaffen. Die Monopolkommission ist der Meinung, dass dies nur gelingen kann, wenn der Bund (zunächst) mehrheitlich an einer materiell teilprivatisierten DFS beteiligt ist und der Restanteil sich gleichmäßig auf die Nutzer des Luftverkehrssystems verteilt. Im Rahmen der Beleihung ist dabei sicherzustellen, dass die Eigentümer einer privatisierten DFS ihre Anteile nur an Akteure innerhalb derjenigen Nutzergruppe weiterveräußern dürfen, der sie selber zugehören. Ansonsten kann es durch den Eigentümerwechsel zu einer Verschiebung der Interessenlage kommen.

93. Das Beispiel Großbritannien zeigt, wenn auch nach Anlaufschwierigkeiten, dass die Verantwortlichkeit für die Erbringung von Flugsicherungsdiensten auf eine heterogen zusammengesetzte Nutzergruppe des Flugverkehrssystems übertragen werden kann. So konnte die Sicherheit gesteigert, die Verspätungsquote maßgeblich verringert und der Gebührensatz gesenkt werden. In Großbritannien wurde die Flugsicherung zum 1. Juni 2001 materiell teilprivatisiert, wobei der britische Staat mit einem Anteil von 49 Prozent an der National Air Traffic Services Ltd. (NATS) beteiligt ist. Des Weiteren sind die Mitarbeiter der NATS mit 5 Prozent beteiligt, so dass im „Ernstfall“ davon ausgegangen werden kann, dass der Staat über ein wirkungsvolles Eingriffsrecht im Sinne einer Mehrheitsbeteiligung verfügt. Die restliche Beteiligung an der NATS ist über verschiedene Akteursgruppen hinweg breit gestreut. So sind sieben Luftverkehrsgesellschaften (British Airways, bmi British Midland, Virgin Atlantic, Britannia, Monarch, easyJet und

¹⁰³ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240 und Bundestagsdrucksache 16/1161, Artikel 13 Abs. 2 des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung.

¹⁰⁴ Vergleiche insbesondere Tz. 75.

Eigentümerstruktur einer materiell teilprivatisierten DFS

Status quo	
100 % Anteil	Bund
Stufe 1	
Erstbeleihung zum 1. Januar 2007	
50,1 % Anteil	Bund
49,9 % Anteil	Nutzer von Flugsicherungsleistungen: mehrere Flugverkehrsgesellschaften, Flughafenbetreiber und ausländische Flugsicherer
Stufe 2	
Prüfung der Bundesbeteiligung nach Ablauf der ersten Beleihungsperiode: bei erfolgreicher Etablierung des BAF und effektiver Anreizregulierung Absenkung der Beteiligung auf das gesetzliche Mindestmaß von 25,1 %	
25,1 % Anteil	Bund
49,9 % Anteil	Nutzer von Flugsicherungsleistungen: mehrere Flugverkehrsgesellschaften, Flughafenbetreiber und ausländische Flugsicherer
25,0 % Anteil	Private Investoren

Airtours) mit zusammen 42 Prozent und die private Flughafengesellschaft British Airport Authority plc (BAA) mit 4 Prozent beteiligt. Überwacht wird die NATS von der Civil Aviation Authority (CAA).¹⁰⁵

94. Dass auch die angesprochenen potentiellen Investoren ein großes Interesse an einer effizienten Organisation der Flugsicherung, insbesondere im Zusammenspiel mit den anderen Wertschöpfungselementen des Luftverkehrssystems, haben, zeigt sowohl die 2003 gegründete Initiative „Luftverkehr für Deutschland“ der Deutschen Flugsicherung GmbH, der Flughafen München GmbH, der Fraport AG und der Deutschen Lufthansa AG als auch das rege Interesse zahlreicher Flugverkehrsgesellschaften und Tourismusunternehmen an einer Konsortiumslösung, d. h. an einer heterogenen Inhaberstruktur der DFS.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Vergleiche zur Privatisierung der britischen Flugsicherung die Entscheidung der Europäischen Kommission vom 14. Mai 2001, COMP/M.2315 – The Airline Group/NATS.

¹⁰⁶ Ziel der Initiative ist die Erarbeitung von Perspektiven des deutschen Luftverkehrs und seiner Beteiligten im Kontext eines globalen Wettbewerbs. Die Handlungsempfehlungen sehen unter anderem eine bedarfsgerechte Weiterentwicklung der Luftverkehrsinfrastruktur am Boden und in der Luft, die Integration der Flughäfen in die Verkehrsplanung des Bundes und Maßnahmen zur Stärkung der deutschen Flugsicherung vor. Vgl. Initiative Luftverkehr für Deutschland, Perspektiven des Deutschen Luftverkehrs: Ein Programm für Wachstum, Wohlstand und Arbeitsplätze, Juni 2005. Interessierte Flugverkehrsgesellschaften und Tourismusunternehmen sind unter anderem Air Berlin, dba, Hapag-Fly und LTU. Aber auch die Schweizer Flugsicherung skyguide ist an einer Beteiligung interessiert.

95. Wird im Rahmen der Beleihung privater Unternehmen mit Aufgaben der Flugsicherung eine Konsortiumslösung gewählt, so muss sich das BAF neben der anreizorientierten Regulierung der Gebührensätze auf die Einhaltung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards sowie auf die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Ebene der ATM-Technik konzentrieren.¹⁰⁷ Diejenigen Akteure, die nach der Privatisierung nicht an der DFS beteiligt sind, aber im Bereich der ATM-Dienste z. B. an einzelnen Regionalflughäfen tätig sein wollen, müssen die Leistungen der CNS- und ATM-Infrastruktur der DFS zu angemessenen Konditionen erhalten. Der diskriminierungsfreie Zugang wird weiter an Bedeutung gewinnen, wenn im Zuge der Vereinheitlichung des europäischen Luftraums eine Neubildung der funktionalen Luftraumblöcke vorgenommen wird, die dann über die nationalen Grenzen hinwegreichen können.

96. Ein weiterer wichtiger Punkt ist die Kontrolle der Gebührensätze durch das BAF. Die von der Flugsicherung erhobenen Gebühren stellen einen Wettbewerbsparameter für die Luftverkehrsgesellschaften dar, genau dann, wenn einige der Flugverkehrsgesellschaften an der

¹⁰⁷ Eine rechtliche Trennung der Infrastruktur von der Dienstleistungsebene erscheint vor dem damit verbundenen Regulierungsaufwand, dem in § 16 FSG festgelegten Bestandsschutz der DFS im Bereich der Bezirks-, Anflug- und Flugplatzkontrolldienste und der erst zukünftig zu erwartenden Umorganisation der europäischen Luftraumstruktur nicht erstrebenswert. Weiterhin bezieht die DFS bereits Teile der Infrastrukturtechnik von externen Anbietern. Vgl. Tz. 84.

DFS beteiligt sind. Hier besteht die Gefahr der Privilegierung unternehmensinterner Akteure, die die Höhe der Kosten und damit die Höhe der Gebührensätze direkt beeinflussen können. Mit einer heterogenen Eigentümerstruktur der DFS und einer entsprechenden Anreizregulierung sowie einer effektiven Kontrolle der Gebührensätze durch das BAF sollten sich diese möglichen Wettbewerbsverzerrungen durch die neuen Eigentümer der DFS aber vermeiden lassen.

97. Zur Bewirtschaftung des deutschen Luftraums kommen vor allem zwei Vergabevarianten in Frage: zum einen die direkte Beauftragung von privaten Unternehmen durch den Bund und zum anderen die Ausschreibung von Leistungen für einen bestimmten Zeitraum. Die Bundesregierung hat sich mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Flugsicherung für eine direkte Beauftragung entschieden. In seiner Stellungnahme zum Entwurf weist der Bundesrat darauf hin, dass der Wettbewerb eventuell durch eine der Beleihung vorausgehende Ausschreibung gestärkt werden könnte.¹⁰⁸ So ist mit der Ausschreibung ein Wettbewerb um den Markt möglich, bei dem dasjenige Unternehmen den Zuschlag erhält, das das ökonomisch beste Leistungsversprechen abgibt und daher aus Effizienzgründen favorisiert werden sollte. Die Bundesregierung äußert sich in ihrer Stellungnahme dahingehend, dass sie eine Ausschreibung von Flugsicherungsleistungen für nicht sachgerecht halte, da sie bisher dem europäischen Flugsicherungsumfeld fremd sei.¹⁰⁹ Es wird befürchtet, dass es zu einer einseitigen Marktöffnung in der Europäischen Union zum Nachteil der deutschen Flugsicherungsorganisation kommen könne, wenn eine Ausschreibung von Flugsicherungsdiensten nur in der Bundesrepublik Deutschland eingeführt werde. Die direkte Beauftragung sieht die Monopolkommission kritisch, da vielleicht effizienter wirtschaftende (ausländische) Unternehmen nicht bei der Beleihung berücksichtigt werden, so dass hier die Gefahr einer unangemessenen Bevorzugung „nationaler Champions“ besteht und bestehende Verträge immer weiter fortgeschrieben werden.¹¹⁰ Sollte dennoch diese Form der Vergabe gewählt werden, so ist es unumgänglich, klare und transparente Leistungskriterien für eine direkte Beauftragung zu definieren. Ein erster Schritt in Richtung Ausschreibung wäre damit getan.

4.6 Abschließende Bemerkungen

98. Nach Ansicht der Monopolkommission bedarf es für die sachgerechte Kapitalprivatisierung der DFS der Erfüllung einer Reihe wirtschaftlicher, institutioneller und politischer Rahmenbedingungen. Aus ökonomischer Sicht kann die Versorgung mit Flugsicherungsleistungen durch eine kapitalprivatisierte DFS erfolgen. Neben den rechtlichen Voraussetzungen einer Privatisierung, die sich aus dem neuen Flugsicherungsgesetz und dem Grundge-

setz ableiten lassen, ist dabei sicherzustellen, dass die derzeitigen und zukünftigen internationalen Abkommen im Bereich der Flugsicherung auch durch die neuen, privaten Inhaber zielführend umgesetzt werden.

99. Zur Umsetzung der Privatisierung ist zu sagen, dass eine zukünftige heterogene Eigentümerstruktur der DFS aus institutionellen und infrastrukturpolitischen Gründen den größten Nutzen für alle Beteiligten generiert und die Ziele der Privatisierung damit bestmöglich erfüllt werden können. Neben dem Bund kommen vor allem Unternehmen aus dem Luftfahrtsektor, wie Luftverkehrsgesellschaften, Tourismusunternehmen, Flughafenbetreiber, (ausländische) Flugsicherungsdienste-Anbieter, die alle auf Flugsicherungsleistungen angewiesen sind, aber später auch branchenfremde Investoren in Frage. Im Zuge des Interessenaustausches sollte es so zu einer effizienten, serviceorientierten und zukunftsicheren Erbringung von Flugsicherungsleistungen kommen. Aus Effizienzgründen sollte bei der Beleihung die Vergabeform der Ausschreibung gegenüber der direkten Beauftragung bevorzugt werden.

100. Mit der obligatorischen Trennung regulativer und operativer Aufgaben der Flugsicherung muss das neu geschaffene BAF die vordringliche Aufgabe haben, hinreichende Standards zur Daten- und Leistungsqualität für die Gewährleistung der inneren und äußeren Sicherheit zu definieren. Weiterhin muss für einen funktionsfähigen Wettbewerb im Bereich der Flugsicherung ein diskriminierungsfreier Zugang für neue Anbieter auf der Ebene der ATM-Dienste sichergestellt werden. Aber auch die Integration ziviler und militärischer Flugsicherungsleistungen muss bei der Leistungserbringung durch private Unternehmen weiter vorangetrieben werden.

101. Weiterhin muss berücksichtigt werden, dass bei der Erbringung von Flugsicherungsdiensten durch Angestellte eine Streikgefahr besteht. Hierbei ist zu beachten, dass ein Streik der Fluglotsen im zivilen Flugverkehr eben nicht einem Pilotenstreik bei den Flugverkehrsgesellschaften gleichkommt. Wird eine Flugverkehrsgesellschaft durch ihre Angestellten bestreikt, so haben die Passagiere immer noch die Möglichkeit andere Flugverkehrsgesellschaften in Anspruch zu nehmen. Streiken dagegen die Fluglotsen, so kommt es zu einer vollständigen Lahmlegung des Flugverkehrs im kontrollierten Luftraum und somit zu einer erheblichen Schwächung der inneren und äußeren Sicherheit sowie zu einer erheblichen Beeinträchtigung aller ausländischen Nutzer des deutschen Luftraums. Vor dem Hintergrund der beschlossenen Durchführung der Privatisierung muss ein Konzept entwickelt werden, dass diese Gefahr ausschließt. Weiterhin muss die Erbringung militärischer Dienste zur Gewährleistung der inneren und äußeren Sicherheit in Krisenzeiten jederzeit möglich sein.¹¹¹ Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass die positiven Erfahrungen der letzten Jahre, die mit der rechtlich-formellen Privatisierung der Bundesanstalt für Flugsicherung (und der damit verbun-

¹⁰⁸ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, Anlage 2, S. 36, re. Sp.

¹⁰⁹ Vergleiche Bundestagsdrucksache 16/240, Anlage 3, S. 39, re. Sp.

¹¹⁰ Zum Konflikt zwischen Wettbewerbs- und Industriepolitik vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., S. 75 ff.

¹¹¹ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 1990/1991, a. a. O., Tz. 48.

denen „erfolgreichen“ zivil-militärischen Integration der Flugsicherung) gemacht wurden, aus den eben genannten Gründen nicht uneingeschränkt als Signal gegen ernsthafte Sicherheitsbedenken zu verstehen sind.

102. Gleichwohl muss den privaten Akteuren eine ausreichende Planungssicherheit garantiert und Handlungsflexibilität ermöglicht werden, so dass eine kontinuierliche Investition in Qualitäts- und Sicherheitsstandards eine aus Sicht der Eigentümer lohnenswerte Strategie darstellt. Die Regulierung der Gebührensätze für die Erbringung von Flugsicherungsleistungen in der Strecke sowie im An- und Abflug ist hinsichtlich ihrer Höhe und Dauer nach den Kriterien der Anreizwirkung für die privaten Inhaber und der gesamtwirtschaftlichen Effizienz zu überprüfen und entsprechend zu gestalten.

103. Können die oben genannten Anforderungen an eine sichere und effiziente Flugsicherung durch eine materiell teilprivatisierte DFS erfüllt werden, so ist die Beteiligung des Bundes auf ihre Funktion hin zu überprüfen und gegebenenfalls auf das gesetzlich festgelegte Mindestmaß von 25,1 Prozent zu reduzieren.

5. Zusammenschlusskontrolle und Medienaufsicht

104. Im August 2005 meldeten die ProSiebenSAT.1-Gruppe sowie die Axel Springer AG ein Zusammenschlussvorhaben an, durch das die Axel Springer AG im Ergebnis das stimmberechtigte Stammkapital an der ProSiebenSat.1 AG zu 100 Prozent und das stimmrechtslose Vorzugskapital zu 24,9 Prozent erworben hätte. Dieses Vorhaben wurde gemäß § 39 GWB bei dem Bundeskartellamt angemeldet,¹¹² außerdem auch gemäß § 29 des Rundfunkstaatsvertrages (RStV) der zuständigen Landesmedienanstalt, die dann die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) mit der Angelegenheit befasst hat. Die KEK hat die Monopolkommission um eine Stellungnahme zur Auslegung und Anwendung von § 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alternative RStV gebeten.

105. Die KEK stand vor der Frage, wie die in § 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alternative RStV vorgesehene Gesamtbeurteilung des Meinungseinflusses eines Unternehmens vorzunehmen ist. Fraglich war insbesondere, ob und wie die Einflüsse, die ein Unternehmen in Medien verschiedener Sparten ausüben kann, kommensurabel sind oder gemacht werden können. Dazu lag der KEK ein Gutachten von Prof. Dr. Uwe Hasebrink, Hamburg, vor. In dem Gutachten werden verschiedene Medien – Fernsehen, Radio, Tageszeitungen, Sonntags- und Wochenzeitungen, Zeitschriften, Anzeigenblätter, Programmzeitschriften etc. – im Hinblick auf einige Teilaspekte des potentiellen Meinungseinflusses verglichen. So werden jeweils die Reichweite, die Nutzungsdauer, die Bedeutung für aktuelle Informationen, die Einbettung in die Alltagskultur und die Kundenbindung quantifiziert und so miteinander

vergleichbar gemacht. Der Verfasser gelangt zu dem Ergebnis, dass eine bestimmte Reichweite des Fernsehens, gemessen in einem Zuschaueranteil, für die Frage des Meinungseinflusses einem Höreranteil eines Rundfunkprogramms bzw. der Reichweite einer Tageszeitung entspreche, der bzw. die doppelt so hoch sei wie der Zuschaueranteil des Fernsehprogramms. Die Festlegung der Schwellenwerte sei zwar nicht allein wissenschaftlich herleitbar, sie sei letztlich eine politisch zu diskutierende und zu entscheidende Frage. Andererseits hält der Verfasser eine sinngemäße Übertragung des Zuschaueranteilsmodells des § 26 RStV doch wie dargelegt für möglich. Hierzu hat sich die Monopolkommission wie folgt geäußert.

5.1 Rechtlicher Rahmen

106. Die Konzentrationskontrolle im Medienbereich dient sowohl dem Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs als auch der Gewährleistung einer ausgewogenen Meinungsvielfalt. Für die Kontrolle der wirtschaftlichen Konzentrationsprozesse liegt die Zuständigkeit beim Bund bzw. – in Bezug auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftswelter Bedeutung – bei der Europäischen Gemeinschaft. Anzuwenden sind die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der europäischen Fusionskontrollverordnung 139/2004. Die Sicherung der Meinungsvielfalt obliegt dagegen nach der Zuständigkeitsverteilung des Grundgesetzes den Ländern. Hier sind die Vorgaben der medienrechtlichen Konzentrationskontrolle aus dem Rundfunkstaatsvertrag und den Landesmediengesetzen zu beachten. Sie zu gewährleisten ist Aufgabe der KEK und der Landesmedienanstalten bzw. der Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM).

107. Die Vorschriften der §§ 25 ff. RStV dienen der Sicherung der Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk. Um vorherrschende Meinungsmacht im Fernsehen verhindern zu können, sieht das Medienrecht in § 26 RStV die Limitierung des Meinungseinflusses einzelner Unternehmen durch eine Begrenzung der erreichten Zuschaueranteile vor. Die Einzelheiten dieses Zuschaueranteilsmodells sind in § 27 RStV geregelt.

Im Grundsatz darf ein Unternehmen selbst oder durch ihm zurechenbare Unternehmen bundesweit im Fernsehen „eine unbegrenzte Anzahl von Programmen veranstalten, es sei denn, es erlangt dadurch vorherrschende Meinungsmacht ...“ (§ 26 Abs. 1 RStV). Vorherrschende Meinungsmacht wird gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV „vermutet“, wenn die einem Unternehmen zurechenbaren Programme im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 30 Prozent erreichen. Diese Vermutung ist nach allgemeiner Auffassung widerleglich. Erreicht das Unternehmen mit seinen Fernsehprogrammen nur einen Zuschaueranteil von 25 Prozent, so besteht die Vermutung vorherrschender Meinungsmacht gleichwohl, sofern

(1) es „auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat“ oder

¹¹² Zur Diskussion der Entscheidung des Bundeskartellamtes vgl. Kapitel IV, Abschnitt 2.4.2.

(2) eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 Prozent im Fernsehen entspricht.

108. Die erste Alternative weist mit dem Kriterium der marktbeherrschenden Stellung auf das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen hin; die Bestimmungen des § 19 GWB sind entsprechend anzuwenden. Sie werden im Allgemeinen zur Klärung beitragen, wenn der „medienrelevante verwandte Markt“ im konkreten Fall nach sachlichen, geographischen und zeitlichen Kriterien näher bestimmt ist.

109. Problematisch ist dagegen die zweite Alternative. Der RStV lässt den Begriff des „Meinungseinflusses“ undefiniert und hebt lediglich hervor, dieser Meinungseinfluss dürfe nicht dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 Prozent im Fernsehen entsprechen. Von einem solchen Unternehmen wird in § 26 Abs. 1 RStV vermutet, dass es „vorherrschende Meinungsmacht“ habe. Folglich ist die Schwelle des Meinungseinflusses in § 26 Abs. 2 Satz 2, 2. Alternative RStV gleichbedeutend mit „vorherrschender Meinungsmacht“. Auch dieser Begriff wird freilich im RStV nicht definiert, anders als der Begriff der Marktbeherrschung in § 19 Abs. 2 GWB. Die Vermutung des § 26 Abs. 2 RStV ordnet lediglich den Schluss von äußerlich feststellbaren Tatsachen (dem Zuschaueranteil), die für sich selbst keinen Beherrschungstatbestand darstellen, auf die vorherrschende Meinungsmacht an. An inhaltlichen Kriterien für Letztere fehlt es jedoch. Deshalb gibt es schon nach der Gesetzeslage keinen Hinweis darauf, wodurch die Vermutung des § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV widerlegt werden könnte. Ebenso wenig lässt sich erkennen, wodurch ein Unternehmen, das die Vermutung des § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV gerade nicht erfüllt, gleichwohl aufgrund einer Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten vorherrschende Meinungsmacht hat.

110. Die Monopolkommission hat sich stets kritisch zur medienrechtlichen Konzentrationskontrolle geäußert. Die Kritik bezieht sich in erster Linie auf den ungeklärten Zusammenhang zwischen Zuschauermarktanteilen und dem Einfluss auf die Meinungsbildung. Im Einzelnen bemängelt die Monopolkommission, dass die vorherrschende Meinungsmacht, wie soeben erläutert, kein definierter Tatbestand ist, sich tatbestandlich auch nicht konkretisieren lässt und dennoch als Kriterium für den staatlichen Eingriff zur Vielfaltsicherung dient. Vor diesem Hintergrund ist von den weiten Ermessensspielräumen, die das geltende Recht bietet, sehr zurückhaltender Gebrauch zu machen und im Zweifel den klar konturierten Regelungen des § 26 Abs. 2 Satz 1 und § 26 Abs. 2 Satz 2, 1. Alternative RStV der Vorzug zu geben.

5.2 Vorherrschende Meinungsmacht

111. Das Meinungsspektrum einer Gesellschaft ist in seiner Erstreckung staatlichen Behörden unbekannt. Es ist durchweg sehr weit, ja grenzenlos und im Übrigen

auch einem zeitlichen Wandel unterworfen. Selbst intensive Meinungsforschung, wie sie im Vorfeld von Wahlen gang und gäbe ist, erfasst das tatsächliche Meinungsspektrum in der Gesellschaft nur lückenhaft. Wie rasch sich vorherrschende Einstellungen verändern können, hat sich vor der Bundestagswahl 2002 gezeigt, als es den Regierungsparteien von schlechten Umfragewerten aus innerhalb von drei Monaten gelang, die Wahl doch noch für sich zu entscheiden. Der Begriff der Meinungsmacht im Allgemeinen und der vorherrschenden Meinungsmacht im Besonderen mögen zwar im politischen Diskurs dazu dienen, bestimmte Medien als Sprachrohr gewisser populärer Denkströmungen zu kennzeichnen. Als Rechtsnormen des Verwaltungsrechts verwendet, lassen sie aber keine präzise begriffliche Abgrenzung zu und sind deshalb auch nicht für eine praktische Handhabung zu konkretisieren. Entsprechend bedenklich ist es, solche Leerformeln zur Grundlage staatlicher Eingriffe zu machen.

112. Dies ist bei dem kartellrechtlichen Begriff der Marktmacht anders. Er impliziert stets die Einschränkung von Handlungsspielräumen von tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbern, von Lieferanten und Abnehmern. Zugleich schließt die Marktmacht auch stets Sanktionsmöglichkeiten des marktmächtigen Unternehmens ein, die ihm zur Durchsetzung seiner Wünsche zu Gebote stehen. Insofern geht es bei der kartellrechtlichen Marktmacht stets um Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältnisse.

113. Solche Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältnisse spielen bei der vorherrschenden Meinungsmacht dagegen keine Rolle. Wer als Leser, Hörer oder Zuschauer den Botschaften des meinungsmächtigen Unternehmens nicht folgt, muss keine Sanktionen gewärtigen. Das Medienunternehmen wirkt auf ihn lediglich dadurch ein, dass es Themen und Informationen auswählt, gewichtet, in bestimmter Weise darstellt oder kommentiert. Nichts hindert ihn aber daran, sich alternativer Informationsquellen zu bedienen oder sich von den vermittelten Informationen durch kritisches Nachdenken zu distanzieren. Die Erfahrung zeigt freilich, dass dies oft nicht geschieht. Medieninhalte werden von vielen konsumiert und hingenommen. Ob sie sie freilich nur zur Kenntnis nehmen, darin eine Bestätigung latenter Neigungen sehen, ihnen zustimmen oder sie sich sogar zu eigen machen, wie stark also der prägende Einfluss von Medien ist, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab und ist weitestgehend unbekannt. Manche Medien werden ihre große Reichweite sogar im Wesentlichen dem Umstand verdanken, dass sie sich dem Kundengeschmack anpassen, ohne dadurch irgendeine Form von Meinungsmacht auszuüben. Vor diesem Hintergrund beruht die Sicherung der Meinungsvielfalt durch den RStV auf der gesetzgeberischen Vermutung, dass Rundfunk und Fernsehen eine besonders stark meinungsprägende Wirkung zukommt. Medienkonzentration wird insofern als eine abstrakte Gefährdung der Meinungsvielfalt in der Gesellschaft gesehen. Von diesem Ansatz her ist denn auch eine Konzentrationskontrolle folgerichtig, die an abstrakten Kriterien wie dem Zuschaueranteil ansetzt. Eine konkrete Überprüfung, wie sie für die Ermittlung von Marktmacht im Kartellrecht er-

forderlich ist, wäre mit dem Ausgangspunkt der medienrechtlichen Konzentrationskontrolle unvereinbar.

114. Eine konkrete Überprüfung von Meinungseinfluss, Meinungsmacht und vorherrschender Meinungsmacht im Einzelfall scheidet auch deshalb aus, weil sie ohne eine inhaltliche Würdigung von Medieninhalten und korrespondierenden Meinungen in der Gesellschaft nicht möglich wäre. Eine solche Würdigung durch eine staatliche Behörde wäre freilich im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gebotene Staatsferne von Rundfunk und Fernsehen höchst bedenklich. Auch das Zensurverbot zieht Grenzen: Sollte eine staatliche Behörde die inhaltliche Übereinstimmung zwischen den Positionen eines Mediums mit großer Reichweite und entsprechenden Auffassungen in der Gesellschaft feststellen, und deshalb Programmzulassungen gemäß § 26 Abs. 4 Satz 3 RStV widerrufen, so wäre dieser Eingriff offensichtlich auch durch die Medieninhalte mitbegründet. Dies ließe sich mit der in Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG garantierten Pressefreiheit und freien Berichterstattung in Rundfunk und Fernsehen sowie mit dem Zensurverbot in Artikel 5 Abs. 1 Satz 3 GG nicht vereinbaren.

5.3 Schlussfolgerungen für die Medienkonzentrationskontrolle

115. Die voranstehenden Überlegungen sprechen dagegen, bei der Kontrolle der Medienkonzentration eine konkrete Würdigung des Meinungseinflusses und der vorherrschenden Meinungsmacht im Einzelfall vorzunehmen. Den Vorrang verdient jedenfalls das Verbot der abstrakten Gefährdung der Meinungsvielfalt durch Erreichen eines Zuschaueranteils von mehr als 30 Prozent in § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV. Zwar setzt sich auch das Zuschaueranteilsmodell Einwänden aus; zum einen indiziert es einen Einfluss auf die Meinungen der Gesellschaft nur mittelbar, in manchen Fällen folgt das Medium eher dem Geschmack der Zeit als ihn zu beeinflussen. Zum anderen differenziert das Zuschaueranteilsmodell nicht nach der Primärnutzung des Fernsehens als Instrument der Meinungsbildung und der beiläufigen Nutzung des Mediums Fernsehen als Geräuschkulisse. Im Rahmen der geltenden Rechtslage ist freilich die Entscheidung des RStV und der Landesgesetzgeber in § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV hinzunehmen. Sie bietet hinsichtlich ihrer Handhabung zweifellos mehr Rechtssicherheit und schützt eher vor behördlicher Willkür als jeder Versuch, den Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht unmittelbar anzuwenden.

116. Soweit der Schwellenwert von 30 Prozent Zuschaueranteil nicht erreicht wird, kommt ein medienkonzentrationsrechtlicher Eingriff gemäß § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV nur in Betracht, wenn das Medienunternehmen wenigstens einen Zuschaueranteil von 25 Prozent erreicht. Durch eine Änderung des RStV ist diese Bezifferung des Zuschaueranteils an die Stelle der früheren Formulierung getreten, wonach vorherrschende Meinungsmacht bei „einer geringfügigen Unterschreitung“ des Zuschaueranteils von 30 Prozent in Betracht kam, soweit eine der beiden weiteren Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV gegeben war. Die Neufassung mit ihrer festen quantitati-

ven Bestimmung hat den Streit über die Auslegung des früheren Wortlauts beendet. Der Zweck der Neuregelung geht dahin, die Unsicherheit über den Umfang der „geringfügigen Unterschreitung“ auszuräumen. Die Änderung wird überinterpretiert, wenn der Abstand von 5 Prozent Zuschaueranteil zwischen § 26 Abs. 2 Satz 1 und § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV zum Anlass genommen wird, auf die erforderliche Reichweite von alternativen Medien wie etwa Tageszeitungen zu schließen. Für die Annahme im Gutachten Hasebrink, eine von demselben Medienunternehmen betriebene Tageszeitung müsse eine Reichweite von 10 Prozent der Leserschaft haben, um den um 5 Prozent verringerten Zuschaueranteil im Sinne der zweiten Alternative des § 26 Abs. 2 Satz 2 RStV kompensieren zu können, fehlt jeglicher Anhaltspunkt im Text der Vorschrift, der seine Entstehung ganz anderen Erwägungen verdankt.

117. Soweit ein Medienunternehmen mit seinen Fernsehsendern zwar die Schwelle von 25 Prozent, nicht aber die von 30 Prozent Zuschaueranteil erreicht, empfiehlt die Monopolkommission, vorrangig § 26 Abs. 2 Satz 2, 1. Alternative RStV anzuwenden. Das Kriterium der marktbeherrschenden Stellung auf dem medienrelevanten verwandten Markt weist wie schon erwähnt auf § 19 GWB hin. Damit kommen auch die Marktbeherrschungsvermutungen in § 19 Abs. 3 GWB zum Tragen.

118. Entscheidend kommt es dann auf die Bestimmung des relevanten Marktes an. Dabei muss es sich einerseits um einen „medienrelevanten verwandten Markt“ handeln. Andererseits sind die in der Praxis der Kartellbehörden und Gerichte entwickelten Grundsätze zur Bestimmung der Medienmärkte heranzuziehen. Beispielsweise wird bei Tageszeitungen in ständiger Praxis zwischen dem Markt für Abonnementszeitungen und dem Markt für Kaufzeitungen, insbesondere Boulevardzeitungen, unterschieden. Des Weiteren ist zu untersuchen, ob der betreffende sachlich relevante Markt in geographischer Hinsicht ein bundesweiter oder aber ein regionaler oder sogar nur lokaler Markt ist. So bedienen die meisten Abonnementszeitungen lediglich einen lokalen oder regionalen Markt, und auch Boulevardzeitungen sind in ihrer großen Mehrheit auf örtliche Bedürfnisse zugeschnitten und durch bundesweite Zeitungen oft nicht substituierbar. Das Bedarfsmarktkonzept verlangt von Fall zu Fall eine eingehende Untersuchung der Wechselbereitschaft der Bürger und Anzeigenkunden. Im Ergebnis kann der kartellrechtlich bedeutsame medienrelevante verwandte Markt also durchaus ein Regionalmarkt sein, auf dem die dort verteilten Zeitungen eine marktbeherrschende Stellung innehaben mögen. Der Zusammenschluss einer solchen Zeitung mit einem Fernsehsender, der einen Zuschaueranteil von 25% erreicht, kann dann den medienkonzentrationsrechtlichen Tatbestand des § 26 Abs. 2 Satz 2, 1. Alternative RStV erfüllen, wenn Zeitungsmarkt und Fernsehmarkt als medienrelevante verwandte Märkte angesehen werden. Der Rückgriff auf die zweite Alternative, die im Hinblick auf die gerichtliche Kontrolle des Begriffs der vorherrschenden Meinungsmacht als sehr riskant erscheint, würde sich dann erübrigen.

5.4 Die Entscheidung der KEK

119. Die KEK hat im Januar 2006 festgestellt, dass die geplanten Veränderungen der Beteiligungsverhältnisse bei verschiedenen Konzerngesellschaften der ProSiebenSAT.1-Gruppe „vorherrschende Meinungsmacht“ begründen. Sie hat daher entschieden, dass diese Veränderung der Beteiligungsverhältnisse nach den Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrages über die Sicherung der Meinungsvielfalt „nicht als unbedenklich bestätigt“ werden könnten. Die KEK stellt fest, dass die Antragsteller im bundesweiten Fernsehen im Dezember 2005 über einen Zuschaueranteil von 20,9 Prozent und im Durchschnitt der Vormonate über einen Zuschaueranteil von 22 Prozent verfügten; sie seien damit einer der beiden dominierenden Anbieter im bundesweiten Privatfernsehen. Zwar würde durch ihren Zuschaueranteil die Schwelle von 25 Prozent nicht erreicht, die in der Vermutungsregel des § 26 Abs. 2 RStV genannt werde. Doch sieht die KEK in § 26 Abs. 2 RStV jenseits des konkreten Regelungsprogramms auch ein Leitbild für die Anwendung des als selbständig verstandenen Eingriffstatbestandes des § 26 Abs. 1 RStV. Was „vorherrschende Meinungsmacht“ sei, sei im Lichte aller relevanten Umstände unter maßgeblicher Berücksichtigung der Vorgaben des § 26 Abs. 2 RStV zu beurteilen. Daher müsse der Anteil der Axel Springer AG am Gesamtmarkt der Tagespresse, den die KEK auf 26 Prozent veranschlagt, bei der Prüfung der vorherrschenden Meinungsmacht gemäß § 26 Abs. 1 RStV mit berücksichtigt werden. Da Zeitungen aber weniger suggestiv wirkten als das Fernsehen, dürfe der Marktanteil der Axel Springer AG am Markt für die Tagespresse nicht in vollem Umfang, sondern nur zu zwei Drittel, also mit 17 Prozent Berücksichtigung finden.

120. Entsprechend geht die KEK im Bereich der Programmzeitschriften vor, will hier aber nur einen Gewichtungsfaktor von einem Siebtel ansetzen; sie gelangt so für die Axel Springer AG zu einem weiteren Zuschaueranteilsäquivalent von 4 Prozent. Weitere, auf ähnliche Weise gewonnene Zuschaueranteilsäquivalente von 3 Prozent für Online-Angebote und von 1 Prozent für Publikumszeitschriften kommen hinzu. Die Zuschaueräquivalente von 25 Prozent (17+4+1+3) werden sodann dem Zuschaueranteil von ProSiebenSAT.1 von 22 Prozent hinzugerechnet. Nach Auffassung der KEK würde die Axel Springer AG nach dem Zusammenschluss mit der ProSiebenSAT.1 Media AG über Einflusspotentiale und eine Meinungsmacht verfügen, „die diejenigen eines Fernsehveranstalters mit einem Zuschaueranteil von 47 Prozent entspricht“. Zwar wird dieser Wert unter Berücksichtigung einiger vielfaltverstärkender Faktoren wie der Regionalfenster im Fernsehen auf 42 Prozent abgesenkt. Auch damit werde der Schwellenwert von 30 Prozent, der nach der gesetzgeberischen Leitentscheidung des § 26 Abs. 2 RStV als Indikator der vorherrschenden Meinungsmacht anzunehmen sei, noch weit überschritten.

5.5 Würdigung der Entscheidung

121. Die Monopolkommission hält die Entscheidung der KEK wie auch deren Begründung für überaus proble-

matisch. Wenn man der Begründung der KEK folgt, hätte eine Unternehmensgruppe mit einem summierten Zuschaueranteilsäquivalent von 42 Prozent „vorherrschende Meinungsmacht“, obwohl die öffentlich-rechtlichen Fernsehprogramme nach den Feststellungen der KEK einen größeren Zuschaueranteil, nämlich 45,6 Prozent erreichen. Dies ist nach dem Wortsinn von „vorherrschend“ kaum noch nachvollziehbar. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass ein ausgewogenes und vielfältiges Angebot der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten noch nicht genügt, um eventuelle Defizite im privaten Bereich auszugleichen. Dies bedeutet aber nicht, dass der Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht in § 26 RStV allein auf den Bereich der privatrechtlich organisierten Medien zu beziehen sei. Von einer vorherrschenden Meinungsmacht kann nach Auffassung der Monopolkommission nur gesprochen werden, wenn diese Meinungsmacht auch unter Einbeziehung der öffentlich-rechtlichen Programme als vorherrschend anzusehen ist.

122. Eine Anwendung der Berechnungsmethoden der KEK auf andere, hypothetische Fälle zeigt, dass diese Methode letztlich nicht haltbar ist. Da die Axel Springer AG schon in den anderen Medienbereichen auf Zuschaueranteilsäquivalente von 25 Prozent kommt, hätte bereits der Erwerb eines kleinen privaten Anbieters, etwa der Disney-Gruppe mit einem Zuschaueranteil von 6,4 Prozent ausgereicht, um das fusionierte Unternehmen über die Eingriffsschwelle von 30 Prozent zu bringen und ihm damit zu der vermuteten „vorherrschenden Meinungsmacht“ zu verhelfen. Dies würde ungeachtet des Umstandes gelten, dass die Disney-Gruppe nur über Sender mit sehr geringer Reichweite verfügt, die außerdem hauptsächlich Spartenprogramme ausstrahlen. Die Eingriffsschwelle von 25 Prozent würde die Axel Springer AG sogar schon durch den Erwerb irgendeines Kanals mit einem Zuschaueranteil von unter 1 Prozent überschreiten. Mit anderen Worten ist ein kontrollfreier Erwerb von Rundfunk- und Fernsehsendern für die Axel Springer AG danach gar nicht mehr möglich. Hier stellt sich die Frage, ob die Vorschrift von § 26 RStV, die zum Schutz der Meinungsvielfalt im Rundfunk- und Fernsehbereich bestimmt ist, nicht eigentlich zweckentfremdet zur Disziplinierung anderer Mediensektoren verwendet wird, für die der Gesetzgeber gerade keine Rechtsnormen zur Vielfaltsicherung erlassen hat.

123. Wiederum vom Ergebnis her betrachtet wird man den Berechnungsmethoden der KEK auch entgegenhalten müssen, dass sie bei entsprechend hohen Marktanteilen einzelner Zusammenschlussbeteiligter auf mehreren Medienmärkten zu Werten führen können, die bei 100 Prozent oder noch darüber liegen. Wenn für den Rundfunk ein Gewichtungsfaktor von ein halb, für Tageszeitungen von zwei Drittel, für Programmzeitschriften von einem Siebtel, für Publikumszeitschriften von einem Zehntel und für Online-Dienste von ein halb angenommen wird, so lässt sich leicht ausrechnen, zu welchen hohen Werten entsprechende Marktanteile führen können. Damit wird eine Meinungsmacht suggeriert, mit der die tatsächliche Bedeutung vieler Medien weit übertrieben wird. Andere

Medien und insbesondere Bücher, deren meinungsbildende Kraft traditionell sehr bewertet wurde, spielen in der Methode der KEK gar keine Rolle.

124. Die voranstehende, von den Ergebnissen her argumentierende Kritik weist aber letztlich auf die zufälligen, ja arbiträren Elemente der von der KEK verwendeten Methode hin. Wenn die KEK beispielsweise wiederholt auf die größere Suggestivkraft des Fernsehens gegenüber den Printmedien hinweist, so sagt dies doch nichts darüber aus, ob ein Gewichtungsfaktor von drei Viertel, zwei Drittel, ein halb oder einem Drittel angemessen ist. Im Übrigen wird die größere Suggestivkraft möglicherweise durch die Nachhaltigkeit der Information in Printmedien kompensiert, die man wiederholt konsultieren und damit sehr viel leichter zum Gegenstand von meinungsbildenden Diskussionen machen kann; davon ist in der Entscheidung der KEK gar nicht die Rede. Die Bedenken, welche die Monopolkommission in ihrer Stellungnahme geäußert hatte, sind in der Entscheidung auf vielfältige Weise bestätigt worden. Der Versuch, den über verschiedene Medien ausgeübten Einfluss auf die Meinungsbildung nicht nur sichtbar zu machen, sondern zu quantifizieren, muss als gescheitert gelten.

125. Vor diesem Hintergrund hält die Monopolkommission die Berufung auf § 26 Abs. 1 RStV als einen eigenständigen Untersagungstatbestand für höchst problematisch. Wenn die nähere Bestimmung von Meinungsmacht anhand quantifizierbarer Tatbestände eine politische Entscheidung ist, wie dies im Gutachten Hasebrink ausdrücklich eingeräumt wird, so fällt sie in die Zuständigkeit politischer Organe und ist nicht Sache der KEK als einer Verwaltungsbehörde ohne eigene politische Verantwortung und Legitimation. Der Gesetzgeber hat mit den beiden Schwellenwerten von 25 Prozent und 30 Prozent Zuschaueranteil die ihm zufallenden politischen Entscheidungen in abstracto getroffen. Die KEK hat nicht die Kompetenz, vergleichbare, letztlich politische Entscheidungen über Gewichtungsfaktoren zu treffen, die nur gegriffen, nicht aber nach rationalen Kriterien berechnet werden können. Wegen der geschilderten Unwägbarkeiten sollte eine Anwendung von § 26 Abs. 1 RStV unterbleiben, soweit nicht wenigstens die untere Zuschaueranteilsschwelle von 25 Prozent erreicht ist.

6. Der Meisterzwang im Handwerk auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand

6.1 Anlass der Stellungnahme

126. Mit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (3. Kammer des Ersten Senats) vom 5. Dezember 2005¹¹³ ist der bisher letzte Markstein zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Auslegungspraxis der Handwerksordnung (HwO) durch Behörden und Gerichte insbesondere in Bußgeld- und Ordnungswidrigkeitenverfahren gesetzt worden. Hier hat das Bundesverfassungsgericht über den zu entscheidenden Fall hinausgehend grundlegende

Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der bis 2003 geltenden HwO¹¹⁴ zum Großen Befähigungsnachweis (Meisterzwang) nach § 1 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 7 HwO a. F. geäußert.

127. Die Monopolkommission hat sich in der Vergangenheit mehrfach mit der Deregulierung des Handwerks insbesondere im Zusammenhang mit den in der Praxis sehr restriktiv ausgelegten Zulassungsregeln befasst. Anlass waren die Novellierungen der vom Bundestag 1953 verabschiedeten HwO in den Jahren 1994 und 1998¹¹⁵, das EuGH-Urteil vom 3. Oktober 2000 (Rs. C-58/98-Josef Corsten)¹¹⁶ sowie die beiden Ende 2003 verabschiedeten bisher letzten Novellen der HwO zur Reform des Handwerksrechts,¹¹⁷ die zum 1. Januar 2004 in Kraft getreten sind. Die Monopolkommission hat sich in ihren Stellungnahmen stets für die gänzliche Abschaffung des Meisterzwangs als Voraussetzung für den Marktzugang im Handwerk ausgesprochen. Das jüngste Urteil des Bundesverfassungsgerichts weist ebenfalls in diese Richtung. Die bestehende Verwaltungspraxis bei der Zulassung von selbständigen Handwerkern ohne den Großen Befähigungsnachweis läuft seit Jahren unverändert konträr zu den Maßgaben der höchststrichterlichen Rechtsprechung des Bundesverfassungs- und des Bundesverwaltungsgerichts.

6.2 Einschränkung handwerklicher Berufszulassung

128. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem grundlegenden Beschluss vom 17. Juli 1961¹¹⁸ Maßstäbe für die Bewertung und Behandlung des Meisterzwangs im Verhältnis zum Grundrecht der Berufsfreiheit (Artikel 12 Abs. 1 GG) vorgegeben. Nach diesem Urteil ist die in der HwO angelegte Einschränkung der freien Berufswahl vom Einzelnen nur hinzunehmen, wenn und soweit dieses der Schutz wichtiger Gemeinschaftsinteressen erfordert.¹¹⁹ Notwendigkeiten des Gemeinwohls und Freiheitsbeschränkungen des Bürgers müssen in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen.

129. Im Hinblick auf die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Handwerks hat das Bundesverfassungsgericht damals „in der Erhaltung und Pflege eines hohen Leistungsstands des Handwerks ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut“ gesehen.¹²⁰ Das Bundesverfassungsgericht geht zwar davon aus, dass der Gesetzgeber die Wahrung und Förderung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit der Inhaber von Handwerksbetrieben

¹¹³ 1 BVR 1730/02 – abgedruckt in: Wettbewerb in Recht und Praxis, Jg. 52, 2006, S. 463–467.

¹¹⁴ Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) i. d. F. der Bekanntmachung vom 24. September 1998 (BGBl. I S. 3074) – nachfolgend: HwO a. F.

¹¹⁵ Vergleiche Monopolkommission, Marktöffnung umfassend wirklichen, Hauptgutachten 1996/1997, Baden-Baden 1998, Tz. 59 ff.

¹¹⁶ Vergleiche Monopolkommission, Reform der Handwerksordnung, Sondergutachten 31, Baden-Baden 2002, Tz. 11 ff.

¹¹⁷ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 186 ff.

¹¹⁸ BVerfGE 13, 97.

¹¹⁹ Ebenda, 113.

¹²⁰ Ebenda, 110 f, 113.

auch dem freien Spiel der wirtschaftlichen Kräfte hätte überlassen können. Dann hätten im freien Wettbewerb durch „Selbstausslese“ der leistungsfähigen oder weniger leistungsfähigen Kräfte die leistungsfähigsten Persönlichkeiten zur Selbständigkeit gelangen oder sich darin behaupten können. Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber der HwO nicht dafür gerügt, dass ihm diese Möglichkeiten nicht genügend erschienen. Das Gericht hat aber zugleich deutlich gemacht, dass in der Verwaltungspraxis bei der Prüfung von Ausnahmefällen (§ 7 Abs. 2 HwO 1953) zur Erfüllung des Schutzgedankens von Artikel 12 Abs. 1 GG erschwerende Umstände für die Ablegung der Meisterprüfung hinreichend zu berücksichtigen sind und dass „von der Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht engherzig Gebrauch gemacht werden sollte“.¹²¹

130. Die beiden Novellen zur Handwerksordnung aus den Jahren 1994 und 1998¹²² bezweckten, das Handwerk in die Lage zu versetzen, sich einfacher und schneller an wirtschaftliche und technologische Entwicklungen anzupassen. Die Möglichkeiten für handwerksübergreifende Tätigkeiten sowie ein Leistungsangebot „aus einer Hand“ sollten verbessert werden, insbesondere durch Zusammenlegung einzelner Handwerksberufe oder die Erleichterung einer Betätigung in anderen („verwandten“) Handwerken. Eine Öffnung des Marktzugangs im Handwerk war mit den beiden Novellen nicht verbunden und auch nicht beabsichtigt. Das Ergebnis war lediglich eine (begrenzte) Insider-Liberalisierung, von der keine wesentlichen Impulse für die Neugründung von Handwerksunternehmen ausgehen konnten.

131. Der Bund und die Länder haben sich im Einvernehmen mit dem Handwerk am 21. November 2000 in Leipzig – wie früher bereits am 17. Dezember 1987¹²³ – auf gemeinsame Leitlinien für eine möglichst einheitliche und flexiblere Anwendung der Handwerksordnung verständigt. Erklärtes Ziel dieser so genannten „Leipziger Beschlüsse“ war es, bei der Anerkennung von Ausnahmefällen im Rahmen des § 8 HwO (selbständige Handwerksausübung ohne Meisterbrief) in allen Ländern einen möglichst einheitlichen und großzügigen Vollzug der HwO zu gewährleisten und Existenzgründungen zu erleichtern. Im ersten Bestandteil der Beschlüsse erfolgte eine Abgrenzung des „Kernbereichs“ von Handwerken (mit dem Erfordernis der Meisterprüfung) von „einfachen“, in kurzer Zeit erlernbaren Tätigkeiten, die nicht zu diesem Kernbereich gezählt werden und somit keine Eintragung in die Handwerksrolle benötigen. Beabsichtigt war vor allem eine Klarstellung der Verwaltungspraxis im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bun-

desverfassungs- und des Bundesverwaltungsgerichts. Der zweite Bestandteil der „Leipziger Beschlüsse“ enthielt eine Regelliste von speziellen Ausnahmetatbeständen, die die Ablegung einer Meisterprüfung unzumutbar machen, ohne dass eine weitere Einzelfallprüfung erforderlich war. Außerdem wurde eine Generalklausel für sonstige Ausnahmefälle formuliert, die aufgrund der Gesamtbetrachtung aller Umstände eines Einzelfalls zu würdigen sind. Die „Leipziger Beschlüsse“ stellten keine Änderungen der Rechtslage dar, sondern folgten lediglich den höchstrichterlichen Leitlinien aus verschiedenen Urteilen, bei der Erteilung von Ausnahmegewilligungen großzügig zu verfahren. Insofern lassen sich die Beschlüsse auffassen als Aufforderung an die zuständigen Behörden der Länder, der Gemeinden und der Landkreise (sowie die der Rechtsaufsicht der Länder unterliegenden Handwerkskammern), das Verwaltungsverfahren beim Vollzug der Handwerksordnung verfassungskonform durchzuführen und die Ausnahmetatbestände vom Meisterzwang flexibel zu handhaben.¹²⁴

132. Ende 2003 wurden zwei weitere Gesetze zur Reform des Handwerksrechts verabschiedet mit Inkrafttreten zum 1. Januar 2004.¹²⁵ Kernstück der Novellen¹²⁶ war unter anderem die Beschränkung des Meisterzwangs von 94 auf nunmehr 41 Handwerke. Außerdem wurde der Marktzugang im zulassungspflichtigen Handwerk für Altgesellen verbessert, ebenso für Ingenieure, Hochschulabsolventen und staatlich geprüfte Techniker. Die selbständige Ausführung einfacher handwerklicher Tätigkeiten, für die kein Meisterzwang besteht, wurde ebenfalls erleichtert. Für Bürger aus anderen EU-Staaten wurde das Verfahren für den Qualifikationsnachweis erleichtert, eine Eintragung in die Handwerksrolle ist für sie nicht mehr erforderlich.¹²⁷

133. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Novelle als wichtiger Schritt auf dem Weg zu einer umfassenden Reform des Handwerks zu begrüßen. Jedoch kann dieser Schritt nicht als abschließend betrachtet werden. Zunächst ist festzustellen, dass ein großer Teil des Handwerks von der Novelle gar nicht betroffen war. Zwar wurden 53 von früher 94 zulassungspflichtigen Handwerken liberalisiert, doch waren davon nur etwa 10 Prozent der Handwerksbetriebe betroffen; für etwa 90 Prozent der Handwerksbetriebe gilt weiterhin der Meisterzwang. Hier besteht nach Auffassung der Monopolkommission weiterhin ein grundlegender Liberalisierungsbedarf.

¹²¹ Ebenda, 120 f.

¹²² Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung, anderer handwerklicher Vorschriften und des Berufsbildungsgesetzes vom 20. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2256 sowie Zweites Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 25. März 1998 (BGBl. I S. 596).

¹²³ Vergleiche Bundesanzeiger 1987, Nr. 241, S. 16514.

¹²⁴ Vergleiche Monopolkommission, Sondergutachten 31, a. a. O., Tz. 10.

¹²⁵ Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und zur Förderung von Kleinunternehmen vom 24. Dezember 2004, BGBl. I S. 2933 (so genannte „kleine Handwerksnovelle“) sowie Drittes Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 24. Dezember 2004, BGBl. I S. 2934.

¹²⁶ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 188 ff.

¹²⁷ Die Rechtslage wird damit an die Entscheidung des EuGH vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache Josef Corsten (Rs. C-58/98) angepasst; vgl. dazu Monopolkommission, Sondergutachten 31, a. a. O., Tz. 11 ff.

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass der Fortbestand des Meisterzwangs in den verbleibenden 41 Handwerken nach der Novelle von 2003 nicht mehr dem ursprünglichen Gesetzeszweck, dem Erhalt und der Pflege eines hohen Leistungsstands des Handwerks, zu dienen hat. Diesen Gesetzeszweck hatte das Bundesverfassungsgericht in seinem Grundsatzurteil von 1961 als vereinbar mit der Verfassung angesehen. Die Gesetzesbegründung der Novelle von 2003 stellt stattdessen nur noch auf die „Gefahreneigtheit“ und die Ausbildungsleistung des Handwerks als Rechtfertigung der Meisterpflicht ab. Damit steht die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des Meisterzwangs als Grundsatzfrage erneut im Raum, denn zur Gefahreneigtheit und zur Ausbildungsleistung als Begründungen für eine Beschränkung der in Artikel 12 Abs. 1 GG garantierten Freiheit der Berufswahl hat sich das Bundesverfassungsgericht bisher noch nicht geäußert.

134. Nach Auffassung der Monopolkommission sind weder die Gefahreneigtheit noch die Ausbildungsleistung als hinreichende Gründe für die Marktzutrittsbeschränkung durch das Erfordernis des Meisterbriefs in einem Handwerk anzusehen.¹²⁸ Will man der Gefahreneigtheit eines Handwerks sachgerecht Rechnung tragen, so muss man dafür sorgen, dass die Kompetenz der Handwerker dauerhaft sichergestellt wird. Eine einmalige Prüfung, die allenfalls in Teilen der speziellen Gefahreneigtheit des Handwerks gewidmet ist, ist dazu offensichtlich nicht sachdienlich. Vielmehr bedarf es regelmäßig wiederholter Aus- und Weiterbildungsanstrengungen, die gezielt dafür sorgen, dass der Handwerker auch im weiteren Verlauf des Berufslebens auf der Höhe der Entwicklung bleibt und die mit neuen Entwicklungen verbundenen Gefahren genauso beherrscht wie die, die er im Rahmen seiner ersten Ausbildung kennen gelernt hat.

135. Auch die Ausbildungsleistung eines Handwerks ist kein hinreichender Grund für eine Beschränkung der in Artikel 12 Abs. 1 GG garantierten Freiheit der Berufswahl durch das Erfordernis des Meisterbriefs. Zwischen dem Erfordernis des Meisterbriefs und der Ausbildungsleistung besteht kein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang.

Ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang könnte vermutet werden, wenn es darum ginge, dass die Ausbildung zum Meister besondere Qualifikationen zur Ausbildung in dem betreffenden Handwerk vermittelt. Darum geht es hier aber nicht. Das Argument, der Meisterbrief bestätige eine besondere Qualifikation zur Ausbildung, kann allenfalls den so genannten Kleinen Befähigungsnachweis begründen, d. h. das Erfordernis des Meisterbriefs als Voraussetzung für die Zulassung zur Lehrlingsausbildung. Mit dem Großen Befähigungsnachweis, d. h. dem Erfordernis des Meisterbriefs als Voraussetzung für die selbständige Erwerbstätigkeit, hat dieses Argument der Sache

nach nichts zu tun. Im Übrigen sind seit der Novelle von 2003 unter bestimmten Voraussetzungen auch berufserfahrene Altgesellen zur Ausbildung berechtigt; insofern scheint der Gesetzgeber selbst das Erfordernis des Meisterbriefs als Beleg der Befähigung zur Ausbildung im Handwerk nicht übermäßig stark zu gewichten.

136. Der vom Gesetzgeber konstruierte Zusammenhang zwischen dem Erfordernis des Meisterbriefs und der Ausbildungsleistung ist letztlich ein korporatistisch-politischer. Der Gesetzgeber betrachtet die Ausbildung von Jugendlichen als Gemeinschaftsgut und erkennt an, dass bestimmte Handwerke besondere Ausbildungsleistungen erbringen. Dafür räumt er diesen Handwerken mit dem Erfordernis des Meisterbriefs ein Privileg ein. Die in diesen Handwerken tätigen Betriebe werden durch dieses Privileg vor einem allzu intensiven Wettbewerb geschützt. Aufgrund ihrer Mitwirkung bei Meisterausbildung und Meisterprüfungen wie auch bei der Beurteilung von Ausnahmen vom Erfordernis des Meisterzwangs erhalten die betreffenden Handwerke selbst de facto die Kontrolle über den Marktzutritt und damit die Intensität des Wettbewerbs in ihrem Sektor. Die Ausbildungsleistung, die sie im Gegenzug erbringen, ist nicht verpflichtend festgeschrieben. Jedoch mögen informelle korporatistische Übereinkünfte innerhalb der einzelnen Handwerke dafür sorgen, dass solche Leistungen erbracht werden, in Einzelfällen auch über das hinaus, was der einzelne Handwerksbetrieb schon aus einzelwirtschaftlichem Interesse heraus erbringen würde.¹²⁹

137. Korporatistische Übereinkünfte von Politik und Verbänden, wonach die Verbandsmitglieder bestimmte Gemeinschaftsleistungen erbringen und die Politik dafür sorgt, dass der betreffende Wirtschaftszweig vor Wettbewerb geschützt wird, haben für die Politik den Vorteil, dass die betreffenden Gemeinschaftsleistungen erbracht werden, ohne dass es den Staat etwas kostet. Die Kosten werden von Dritten getragen, in diesem Fall die Verbraucher, die höhere Preise für Handwerksleistungen zu gewärtigen haben, und die Gesellen, die daran gehindert werden, sich selbständig zu machen. Diese sind nicht in der Lage, sich zu wehren. Selbst die Zurechnung politischer Verantwortung wird in der Praxis daran scheitern, dass der Zusammenhang zwischen Marktzutrittsbeschränkung und Marktergebnissen für den Einzelnen kaum zu durchschauen ist.

Nach Auffassung der Monopolkommission sind solche korporatistischen Übereinkünfte zu Lasten Dritter abzulehnen. Bei ihnen besteht keine Transparenz über Kosten und Nutzen für das Gemeinwesen. Aufgrund des Mangels an Transparenz besteht kaum die Möglichkeit, dass die politisch Verantwortlichen die Angemessenheit ihrer Entscheidungen überprüfen, geschweige denn, dass die Be-

¹²⁸ Vergleiche dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 199 ff.

¹²⁹ Die Monopolkommission hat in der Vergangenheit mehrfach darauf hingewiesen, dass die Ausbildungsleistungen auch im Eigeninteresse der Handwerksbetriebe stehen. Dem entspricht die Beobachtung, dass in Handwerken ohne Meisterzwang handwerklicher Nachwuchs benötigt und ausgebildet wird, ohne dass ein Defizit ersichtlich wäre.

troffenen die Zuständigen zur Verantwortung ziehen. Damit fehlen wesentliche Voraussetzungen für eine angemessene demokratische Willensbildung.

Vollends abzulehnen ist es, wenn die korporatistische Übereinkunft auf die Beschneidung von Grundrechten Dritter abzielt, ohne dass zwischen der Grundrechtsbeschneidung und dem in Rede stehenden Gemeinschaftsgut ein anderer Zusammenhang bestünde als der, dass der betreffende Verband die Grundrechtsbeschneidung als Gegenleistung für die Erbringung eines Gemeinschaftsguts einfordert. In der Auseinandersetzung mit einem Verband über die Erbringung von Gemeinschaftsgütern – oder über die politische Unterstützung im Vorfeld von Wahlen! – dürfen Grundrechte Dritter nicht einfach als Verhandlungsmasse behandelt werden.

6.3 Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Dezember 2005

138. Das Bundesverfassungsgericht hatte sich mit der Beschwerde eines gelernten Zimmerers mit langjähriger Berufserfahrung auseinanderzusetzen, der wegen unerlaubten Betreibens insbesondere des Zimmerei- und Dachdeckerhandwerks vom Oberlandesgericht Stuttgart zur Zahlung einer Geldbuße verurteilt worden war. Der Beschwerdeführer hatte sich nach erfolgreichem Gesellenabschluss und zehnjähriger beruflicher Tätigkeit in das Verzeichnis nach Anlage B zur HwO (handwerksähnliche Gewerbe) mit dem meisterfreien Gewerbe „Einbau von genormten Baufertigteilen“ eintragen lassen. Die zusätzlich beantragte Eintragung in die Handwerksrolle als Zimmerer (mit einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO) wurde abgelehnt. Gleichwohl erbrachte er ca. drei Jahre lang Zimmerer- und Dachdeckerarbeiten, bis die zuständige Behörde einschritt. Die Rechtsmittel des Beschwerdeführers blieben erfolglos; eine Rechtsbeschwerde wurde vom Oberlandesgericht Stuttgart nicht zugelassen, weil Rechtsfehler zum Nachteil des Beschwerdeführers nicht gegeben seien.

139. Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen den Bußgeldbescheid und gegen die diesen Bescheid bestätigenden gerichtlichen Entscheidungen sowie die zugrunde liegenden Regelungen der HwO. Der Beschwerdeführer rügte eine Verletzung seiner Grundrechte aus Artikel 12 Abs. 1 und Artikel 3 Abs. 1 GG. Überragende Allgemeininteressen, die eine Einschränkung der Berufswahl in Gestalt des Meisterzwangs rechtfertigen könnten, seien nicht erkennbar. In keinem anderen europäischen Land sei die Handwerksausübung an den Erwerb eines Meistertitels geknüpft. In diesen Ländern regelte sich die Qualität der Dienstleistungen über den Markt sowie ein zum Teil schärferes Produkthaftungsrecht. Der Meisterzwang sei daher zur Qualitätssicherung nicht nur ungeeignet, sondern vor allem nicht erforderlich.

Eine Verletzung von Artikel 3 Abs. 1 GG leitete der Beschwerdeführer ab aus den für EU-Ausländer erleichterten Marktzugangsbedingungen bei Berufen mit Meis-

terzwang. Diese Inländerdiskriminierung stelle eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung dar.

140. Die 3. Kammer des Bundesverfassungsgerichts konnte gemäß § 93c Abs. 1 Satz 1 Bundesverfassungsgerichtsgesetz ausnahmsweise abschließend in der Sache entscheiden, statt sie dem Senat als Ganzem zur Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit des Meisterzwangs vorzulegen. Das Bundesverfassungsgericht hatte bereits in seinem Grundsatzurteil von 1961 entschieden, dass nach dem Willen des Gesetzgebers von der Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht engherzig Gebrauch gemacht werden solle und eine großzügige Praxis dem Ziel des Gesetzes entgegenkomme, die Schicht leistungsfähiger selbständiger Handwerkerexistenzen zu vergrößern.¹³⁰

141. In ihrem Beschluss vom 5. Dezember 2005 hob die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts die angegriffenen gerichtlichen Beschlüsse auf, weil sie den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Artikel 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) verletzt sah. Einer zusätzlichen Prüfung am Maßstab des Artikel 3 Abs. 1 GG bedurfte es daher nicht. Dass die Anwendung der Ausnahmeregelung im vorliegenden Fall angezeigt war, wurde nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts bestätigt durch die späteren rechtlichen Änderungen im Zuge der HwO-Novellen von 2004, die den Zugang zur selbständigen Tätigkeit insbesondere für berufserfahrene Gesellen – wie den Beschwerdeführer – erleichtert haben.

142. Die Begründung im Beschluss der 3. Kammer des Bundesverfassungsgerichts ging deutlich über das für den Fall erforderliche Mindestmaß hinaus. Das Gericht äußert mit Blick auf die Veränderung der wirtschaftlichen und rechtlichen Umstände Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Meisterpflicht nach dem bis 2003 geltenden Recht. Wegen dieser Veränderung ist zweifelhaft, ob die Regelung der HwO im maßgeblichen Zeitraum noch verhältnismäßig war. Die wachsende Konkurrenz aus dem EU-Ausland lässt daran zweifeln, ob der Große Befähigungsnachweis zur Qualitätssicherung der in Deutschland angebotenen Handwerkerleistungen noch geeignet sein könnte. Es stellt sich die Frage, ob der hohe zeitliche und finanzielle Aufwand, den die Meisterprüfung erfordert, zumutbar ist, wenn Handwerker aus dem EU-Ausland für die selbständige Handwerksausübung lediglich eine mehrjährige Berufserfahrung mit herausgehobener Verantwortung benötigen, ihre deutschen Konkurrenten dagegen den Meistertitel oder eine entsprechende Qualifikation.

143. Auch im Hinblick auf das gesetzgeberische Ziel der Ausbildungssicherung werden im Beschluss vom 5. Dezember 2004 Zweifel an der Erforderlichkeit des Meisterzwangs – diesmal (auch) nach dem neuen Recht seit 2004 – geäußert. Dass eine Meisterausbildung nicht zwingende Ausbildungsvoraussetzung ist, folge aus der

¹³⁰ BVerfGE 13, 97, 121 f.

Neuregelung des Handwerksrechts. Seit Anfang 2004 seien eben unter bestimmten Voraussetzungen auch berufserfahrene Altgesellen zur Ausbildung berechtigt.

6.4 Schlussfolgerungen

144. Der Beschluss vom 5. Dezember 2005 macht deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht den Meisterzwang eigentlich für verfassungswidrig hält. Die Konsequenz daraus wäre die Abschaffung des Meisterzwangs, wie dies von mehreren Seiten (darunter auch von der Monopolkommission) seit langem gefordert wird. Ansonsten ist ohne rechtliche Änderungen der HwO eine Fortsetzung der bisherigen Praxis zu erwarten, nach welcher Ausnahmegewilligungen restriktiv gehandhabt und Handwerker ohne Meisterbrief unter dem Druck rigider „Schwarzarbeitsverfolgung“ ihrer etablierten Konkurrenten mit Hilfe von Handwerkskammern und Kreishandwerkerschaften vom Marktzutritt ferngehalten werden. Diese Praxis widersprach schon dem Grundsatzurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Juli 1961. Nachdem nachfolgend die höchststrichterliche Rechtsprechung mehrere Entscheidungen aufgehoben hatte, weil sie die verfassungsrechtlich gebotene großzügige Handhabung der Ausnahmeregelung vermissen ließen (was auch im Beschluss vom 5. Dezember 2005 gerügt wird¹³¹), sollten zunächst die Beschlüsse des Bund-/Länderausschusses Handwerk vom 17. Dezember 1987¹³² und dann die „Leipziger Beschlüsse“ der Handwerksrechtsexperten von Bund und Ländern zu einem liberalen Vollzug der HwO führen. Beide Beschlüsse haben nicht zu einer entscheidenden Veränderung geführt. Ohne weitere Konsequenzen aus dem Beschluss vom 5. Dezember 2005 wird sich daran wohl auch in Zukunft nichts ändern.

145. Derzeitige Überlegungen der Hessischen Landesregierung lassen befürchten, dass die Entwicklung in die entgegengesetzte Richtung gehen könnte. In einem Gesetzesantrag des Landes Hessen (Entwurf eines Gesetzes zur Verwaltungsvereinfachung in den Ländern¹³³) soll den Handwerkskammern künftig mit dem geänderten § 124 b HwO auch die Kompetenz zur Durchführung von Gewerbeuntersagungsverfahren nach § 16 Abs. 3 HwO übertragen werden. Die Monopolkommission hat schon in ihrem Sondergutachten 31 – wie die Bundesregierung in der Gesetzesbegründung zur Novelle des Schwarzarbeitsgesetzes – darauf hingewiesen, dass die weit überwiegende Zahl der Mitglieder der Handwerkskammern ein materielles Interesse an einer restriktiven Handhabung bei der Zulassung von Ausnahmen hat; für sie, die selbst als Handwerker im meisterpflichtigen Gewerbe tätig sind, geht es bei Entscheidungen über Ausnahmegewilligungen, Schwarzarbeitsverfolgung, Betretungsrechte (§ 17 HwO) und Gewerbeuntersagungen stets um das Zulassen oder Ausschalten potentieller Konkurrenten. Mit der von der Hessischen Regierung geplanten Gesetzesänderung

bekämen sie die Möglichkeit, eine Konkurrenz durch Nicht-Meister noch effektiver zu unterbinden.

146. Die Monopolkommission spricht sich weiterhin für die gänzliche Abschaffung des Meisterzwangs als Voraussetzung für den Marktzugang im Handwerk aus. Die Verhältnisse im Handwerksgewerbe rechtfertigen keine wirtschaftliche Sonderstellung und damit auch keine rechtlichen Ausnahmen innerhalb der Gewerbeordnung. Mögliche Begründungen für eine Fortsetzung der Regulierung im überwiegenden Teil des Handwerks sind sowohl angesichts ausländischer Erfahrungen als auch im Vergleich von Handwerken mit und ohne Meisterzwang wenig stichhaltig. Der Gefahreneigtheit von Berufen Rechnung zu tragen und Regelungen zur Gefahrenreduzierung vorzusehen, ist ein wichtiges Anliegen des Gesetzgebers. Hierzu ist die Fortgeltung der Meisterpflicht nach Auffassung der Monopolkommission jedoch nicht das richtige Instrument. Die Regulierung handwerklicher Berufe ist insoweit unverhältnismäßig und wegen der hohen Ausbildungskosten für die betroffenen Handwerker auch unzumutbar. Zur Gefahrenreduzierung wurde es völlig ausreichen, wenn der Gesetzgeber ergänzende Vorschriften (z. B. in Form eines zusätzlichen Sachkundennachweises oder einer besonderen berufsspezifischen Gefahrenschutzausbildung, die gegebenenfalls in Abständen wiederholt werden könnte) für die so genannten „Gefahrenhandwerke“ erlassen würde.

147. Die Monopolkommission hält die Meisterqualifikation auch im Hinblick auf die Lehrlingsausbildung für unverhältnismäßig. Zum einen geht die Meisterausbildung wesentlich über das pädagogische Moment hinaus. Zum anderen ist sie zur Lehrlingsausbildung offenbar auch nicht erforderlich, weil in den Handwerken ohne Meisterzwang zur Sicherung ihres Fortbestands ebenfalls handwerklicher Nachwuchs benötigt und ausgebildet wird.

148. Es spricht nach Auffassung der Monopolkommission jedoch nichts dagegen, die Meisterprüfung auf freiwilliger Basis zuzulassen. Damit würde dem Bedürfnis Rechnung getragen, in der Öffentlichkeit und im handwerklichen Wettbewerb ein Qualitätssignal zu setzen. Denkbar wäre auch eine Ausbildung als Ergebnis abgestufter Qualitätsschritte mit eigenständigen Zwischenabschlüssen. Damit böte sich die Chance, den differenzierten Anforderungen einzelner Märkte mit Zwischenqualifikationen Rechnung zu tragen.

7. Anhaltende Defizite bei der Erfassung von Unternehmensgruppen

7.1 Entscheidungs- und Handlungsbedarf der Wirtschaftspolitik

149. Wirtschafts- und wettbewerbspolitische Analysen und Entscheidungen können sich nicht auf die besonderen Umstände von Einzelfällen beschränken. Sie haben auch den allgemeinen strukturellen Rahmen einzubeziehen. Hierzu gehören die Größenstrukturen der Unternehmen in

¹³¹ 1 BvR 1730/02 – Rdnr. 27.

¹³² Vergleiche Bundesanzeiger 1987, Nr. 241, S. 16514.

¹³³ Bundesratsdrucksache 208/06 vom 15. März 2006, Artikel 4.

den relevanten Märkten, die Diversifizierung der Unternehmen in verschiedene Märkte und ihre teils wechselseitigen Verflechtungen zu komplexen wirtschaftlichen Entscheidungseinheiten. Eine fundierte empirische Datenbasis über die zunehmenden und die nationalen Grenzen überschreitenden Verflechtungen der Unternehmen und Märkte ist unverzichtbar. Ohne deren Berücksichtigung würde nicht nur der Zusammenschlusskontrolle im Einzelfall, sondern einer rationalen Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik allgemein der Realitätsbezug fehlen.

In diesem Zusammenhang hat die Monopolkommission nach § 44 Abs. 1 GWB den Auftrag, den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration darzustellen und zu beurteilen. Sie ist zur Erfüllung dieses Auftrags auf die Zuarbeit der amtlichen Statistik angewiesen. Der Gesetzgeber hat in § 47 Abs. 1 GWB das Statistische Bundesamt hierzu besonders verpflichtet. Die Zusammenarbeit zwischen Statistischem Bundesamt und Monopolkommission unterliegt allerdings weiterhin erheblichen – jedoch vermeidbaren – empirischen und rechtlichen Einschränkungen. Zu ihrer Überwindung besteht politischer Entscheidungs- und Handlungsbedarf.

150. Die Verflechtungen von Unternehmen zu komplexen Beteiligungsnetzen und deren teils wechselseitige Verknüpfung zu weitreichenden Netzwerken, sind ein konstitutives strukturelles Element der Wirtschaft. Nach den Erkenntnissen der Monopolkommission sind Ende 2003 rund ein Drittel der über 3,3 Millionen handelsgerichtlich erfassten deutschen Unternehmen Tochtergesellschaften. Ihre überwiegende Mehrheit unterliegt einer beherrschenden Kontrolle, die vielfach über mehrere Beteiligungsstufen und -ketten ausgeübt wird (vgl. Tabelle 1).¹³⁴

Die starke Verflechtung der Wirtschaft über Kapitalbeteiligungen wird durch weitere Formen der Verflechtung und Kontrolle ergänzt: Personelle Verflechtungen in den Aufsichts- und Kontrollorganen der Unternehmen, kooperative und vertragliche Bindungen unter anderem in Gestalt von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen oder Geschäftsführungsverträgen mit juristischen Personen, verschachtelte Beteiligungen, wechselseitige und Ringverflechtungen, Sperrminoritäten, Vereinbarun-

gen über die Präsenz in den Gesellschafter- und Hauptversammlungen, Stimmrechtsübertragungen oder Mehrfachstimmrechte begründen teils eigenständige, teils ergänzende Tatbestände der wirtschaftlichen Verflechtung und Abhängigkeit von Unternehmen.¹³⁵

151. Die Verflechtungen der Wirtschaft sind von weitreichender Bedeutung. Sie betreffen nicht nur die Identität und die Größenstrukturen der tatsächlichen wirtschaftlichen Entscheidungseinheiten und deren Präsenz auf den deutschen und internationalen Märkten, sondern auch die Struktur des internationalen Handels – der sich teilweise auf grenzüberschreitende konzerninterne Transaktionen zu Verrechnungspreisen reduziert –, den Einfluss des Staates als Kapitaleigner privater Unternehmen, die Relation der gesamtwirtschaftlichen Sektoren im Produktions-, Handels- und Dienstleistungsbereich und deren Verflechtungen mit dem Finanzsektor, die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Bereichs unabhängiger mittelständischer Unternehmen und nicht zuletzt aus der Sicht der Nachfrage die Transparenz des Angebots anscheinend unabhängiger Wettbewerber – im Grenzfall – durch letztlich einen einzigen Anbieter.

152. Bereits der allgemeine empirische Befund indiziert unter verschiedenen fachlichen und wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten ein nationales und europäisches öffentliches Interesse an aussagekräftigen Informationen über die Verflechtungen der Wirtschaft. Über den Umfang, die Struktur und die Entwicklung der Beteiligungsnetze und Kontrollbeziehungen der deutschen Wirtschaft besteht ein weitreichendes Informationsdefizit. Damit besteht zum Standort Deutschland – als dem größten Mitgliedstaat der Europäischen Union – zugleich ein entsprechendes Informationsdefizit im internationalen und insbesondere europäischen Kontext.

Die Europäischen Generaldirektionen für Wettbewerb sowie für Binnenhandel und Dienstleistungen, das Statistische Amt der Europäischen Gemeinschaften (Eurostat), die Europäische Zentralbank und die Deutsche Bundesbank, die Ökonomische Kommission der Vereinten Nationen für Europa (UNECE), die OECD oder der weltweite „Roundtable“ der nationalen statistischen Ämter haben mit der Monopolkommission zur Frage der nationalen und internationalen Beteiligungsnetze deutscher Unternehmen Kontakt aufgenommen und um Informationen gebeten.

¹³⁴ Die Begriffsbestimmungen der Monopolkommission folgen dem europäischen Statistikrecht; vgl. Verordnung (EWG) Nr. 696/93 des Rates vom 15. März 1993 betreffend die statistischen Einheiten für die Beobachtung und Analyse der Wirtschaft in der Gemeinschaft (ABl. EG Nr. L 76 vom 30. März 1993, S. 1) – EG-EinheitenVO; Verordnung (EWG) Nr. 2186/93 des Rates vom 22. Juli 1993 über die innergemeinschaftliche Koordinierung des Aufbaus von Unternehmensregistern für statistische Verwendungszwecke (ABl. EG Nr. L 196 vom 5. Mai 1993, S. 1) – EG-UnternehmensregisterVO.

¹³⁵ Zum methodischen Konzept der Monopolkommission vgl. insbesondere Monopolkommission, Hauptgutachten 2000/2001, a. a. O., Tz. 181 ff.; dies., Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 286 ff.

Tabelle 1

**Mengengerüst der Kapitalbeteiligungen, Kontrollbeziehungen, gruppenzugehörigen
deutschen Unternehmen und Unternehmensgruppen**

Datenbasis: Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC)
– Deutschland Ende 2003 –

lit.	Menge	Unternehmen	Anzahl	Anteil (%)
a	b+c	Tochterunternehmen insgesamt	1.248.555	100,0
b		– nicht kontrolliert	334.759	26,8
c	d+e+f	– kontrolliert	913.796	73,2
d		– mehrheitlich ¹	882.795	70,7
e		– qualifizierte Minderheit ²	29.983	2,4
f		– kumuliert ³	1.018	0,1
g	h+i	Unternehmen in Kontrollbeziehungen	950.258	100,0
h	c	– kontrollierte Tochterunternehmen	913.796	96,2
i		– oberste Eigner, die deutsche Unternehmen sind ⁴	36.462	3,8
j	k+l	Unternehmen in kontrollierten Gruppen ⁵	466.029	100,0
k		– kontrollierte Unternehmen	319.932	68,7
l		– kontrollierende Unternehmen	146.097	31,3

Datenquelle:

Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss, Datenlieferung vom 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Aufbereitung im Auftrag der Monopolkommission: Dr. Jens Kammerath, Königswinter

Anmerkungen:

- ¹ Unternehmen, die ggf. über mehrere Stufen einer Beteiligungskette durch einen Anteilseigner kontrolliert werden, der mehr als 50 Prozent des Grund- bzw. Stammkapitals hält.
- ² Unternehmen, die durch einen Anteilseigner kontrolliert werden, der eine qualifizierte Minderheit am Kapital hält, die mehr als 25 Prozent und nicht mehr als 50 Prozent beträgt und nicht vom zweit- und drittgrößten Anteilseigner erreicht wird.
- ³ Unternehmen, die mehrheitlich über indirekte Kapitalbeteiligungen kontrolliert werden, die additiv über mehrere Beteiligungsketten bestehen.
- ⁴ Oberster oder 'ultimativer' Eigner eines Unternehmens ist derjenige kontrollierende Eigner einer Kapitalbeteiligung, der selbst durch keinen anderen Eigner kontrolliert wird. Er gehört einer deutschen Unternehmensgruppe an, wenn er selbst ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland ist.
- ⁵ Eine Unternehmensgruppe besteht aus mindestens zwei Unternehmen, die ggf. über mehrere Einstufungsstufen und -ketten von einem ultimativen Eigner kontrolliert werden, sowie dem ultimativen Eigner selbst, wenn dieser ein Unternehmen ist. Einer 'deutschen' Unternehmensgruppe müssen mindestens zwei Unternehmen mit Sitz in Deutschland angehören. Sie bilden eine deutsche Teilgruppe, wenn sie Mitglied einer multinationalen Unternehmensgruppe sind.

7.2 Konzeptionelle Defizite der amtlichen deutschen Wirtschaftsstatistik

153. Unbeschadet des öffentlichen Informationsbedarfs in Bezug auf Unternehmensverflechtungen, Kontrollbeziehungen und Unternehmensgruppen besteht in der amtlichen deutschen Wirtschaftsstatistik ein anhaltendes Defizit. Dies mag verschiedene methodische, administrative oder technische Gründe haben; sie rechtfertigen es jedoch nicht.

Der traditionelle Unternehmensbegriff der amtlichen Statistik ist auf die jeweils kleinsten rechtlich Einheiten beschränkt. Nach diesem Konzept haben die strukturellen Verbindungen von Unternehmen zu Konzernen, Handelsketten, Verbänden, Unternehmensgruppen oder sonstige Formen komplexer wirtschaftlicher Entscheidungseinheiten

keine Bedeutung. Dementsprechend werden auch rechtlich verselbständigte, wirtschaftlich aber unselbständige Unternehmensteile – Grundstücks-, Beschäftigungs- oder Verwaltungsgesellschaften – als eigenständige Unternehmen behandelt. Für den Aufbau einer Datenbasis über die Verflechtungen der Wirtschaft sah die amtliche Statistik keine Notwendigkeit. Sie hat die hierzu bestehenden allgemein zugänglich Datenquellen bislang nicht genutzt und in Erwartung zwingender Anforderungen der Europäischen Union¹³⁶ erst seit kurzem damit begonnen. Hierbei wurden jedoch bewusst erhebliche Lücken und Inkonsistenzen gegenüber anderen Datenquellen in Kauf genommen.

¹³⁶ Verordnung (EWG) Nr. 2186/93 des Rates vom 22. Juli 1993 (EG-UnternehmensregisterVO), a. a. O.

154. Unter der Verantwortung des Statistischen Bundesamtes wurde in Zusammenarbeit mit Vertretern der statistischen Ämter der Länder und der Monopolkommission eine europaweite Ausschreibung vorbereitet, die vom Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern Anfang 2005 eingeleitet und Mitte 2005 abgeschlossen wurde.

Das Ziel der Ausschreibung wurde jedoch weitgehend verfehlt. Die vom Statistischen Bundesamt lizenzrechtlich erworbene Datenquelle umfasst lediglich 251 540, d. h. nur etwa die Hälfte der gegenwärtig verfügbaren Angaben über 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen (vgl. Abbildung 1).

Der unzureichende Umfang der erworbenen Datenquelle war der Monopolkommission und dem Statistischen Bundesamt aus dem vorangehenden Hauptgutachten und eigenen Vergleichsrechnungen bekannt.¹³⁷ Das Statistische Bundesamt hat jedoch entgegen den Empfehlungen der Monopolkommission bewusst auf eine weitgehende Vollständigkeit oder Repräsentanz der Datenbasis verzichtet. Diese seien als obligatorische Anforderungs- und Entscheidungskriterien vergaberechtlich nicht zwingend.

155. Das Statistische Bundesamt hatte vorgesehen, dass die von ihm auf diese Weise erworbene Datenquelle neben eigenen statistischen Zwecken zugleich den Anforderungen der Monopolkommission aus § 47 Abs. 1 GWB genügen sollte. Eine gemeinsame Nutzung wäre unter Wahrung der fachlichen Anforderungen – bereits aus haushaltsrechtlichen Gründen – auch angezeigt. Aufgrund des begrenzten Umfangs und der nicht hinreichend transparenten Auswahl der Datenbasis genügte diese den Anforderungen jedoch nicht. Dies auch deshalb, weil die Aufbereitung der Verflechtungsdaten nach Unternehmensgruppen zwar nach allgemeinen Vorgaben, aber außerhalb des Statistischen Bundesamtes und der Monopolkommission erfolgen sollte. Die Erfassung komplexer Verflechtungstatbestände ist jedoch selbst auf einer konsistenten und belastbaren Datenbasis nicht trivial.

Die Monopolkommission trägt für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Verpflichtungen aus § 47 Abs. 1 GWB selbst die Verantwortung. Sie hat daher auf die ihr bisher zugängliche umfassendere Datenquelle zurückgegriffen,¹³⁸ diese unter kontrollierten Bedingungen selbst aufbereitet und dem Statistischen Bundesamt den Datenbestand und die Ergebnisse ergänzend zur Verfügung gestellt.

156. Mit den vom Statistischen Bundesamt selbst erworbenen und von der Monopolkommission erheblich ergänz-

ten Datenquellen¹³⁹ stehen der amtlichen Wirtschaftstatistik nahezu lückenlose Angaben für über mehr als eine halbe Million gruppenzugehörige Unternehmen und rund 200 000 Unternehmensgruppen in Deutschland zum Stand Ende 2003 zur Verfügung¹⁴⁰ (vgl. Abbildung 1).

Zur Verknüpfung der statistikexternen Angaben über gruppenzugehörige Unternehmen mit den statistikinternen Angaben ist das seit etwa zehn Jahren im Aufbau begriffene amtliche Unternehmensregister vorgesehen, das Angaben zu über 3 Millionen Einheiten enthält. Die Verknüpfung ist notwendig, um die aus den statistikexternen Datenquellen ermittelten Fallzahlen mit den nur der amtlichen Statistik verfügbaren Einzelangaben der Unternehmen über Umsatz und Beschäftigte zu gewichten.

Die umfassenden statistikexternen und -internen Datenquellen werden von der amtlichen Statistik jedoch nur zu einem geringen Bruchteil für den gesetzlichen Auftrag der Monopolkommission genutzt. Zum vorliegenden Hauptgutachten wurden lediglich rund 24 000, d. h. etwa 4,5 Prozent der insgesamt 535 798 gruppenzugehörigen Unternehmen einbezogen. Von diesen konnten nur rund 7 500 Unternehmen, mithin wenig mehr als ein Hundertstel, konzentrationsstatistisch näher aufbereitet werden.¹⁴¹

157. Ein Grund für das extreme Missverhältnis zwischen den verfügbaren und den tatsächlich genutzten Daten liegt darin, dass das Statistische Bundesamt die Anwendung von § 47 GWB nur auf ausgewählte Abschnitte des Produzierenden Gewerbes¹⁴² und dort auf Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten beschränkt. Weitere im Gesetz vorgesehene Wirtschaftsbereiche sowie der Einsatz des amtlichen Unternehmensregisters bleiben unberücksichtigt, obwohl das Statistische Bundesamt die Fortschritte im Aufbau des Registers und dessen Qualität seit längerem hervorhebt. Warum das bestehende Register im vorliegenden Zusammenhang nicht genutzt wird, wurde der Monopolkommission nicht näher mitgeteilt. Aktuelle Vergleiche der Angaben über Umsatz und Beschäftigte der Unternehmen aus den amtlichen Erhebungen mit den Angaben des aus administrativen Quellen¹⁴³ kontinuierlich aktualisierten Unternehmensregisters stehen – trotz einer ursprünglichen Zusage – noch aus.

¹³⁹ Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss, zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Datenlieferung vom 15. September 2005.

¹⁴⁰ 146 097 Unternehmensgruppen nach dem Datenbestand VVC, 79 621 nach dem Datenbestand BvD, gemeinsame Schnittmenge 8 490 ultimative Eigner.

¹⁴¹ Bezogen auf die 19 287 gruppenzugehörigen Unternehmen in den ausgewählten Abschnitten des Produzierenden Gewerbes ohne die rund 4 500 gruppenzugehörigen Unternehmen des Baugewerbes nach dem integrierten Bestand der Datenquellen VVC und BVD mit der Schnittmenge aus der Quelle VVC.

¹⁴² Ausgewählt wurden nach der Klassifikation der Wirtschaftszweige 2003 die Abschnitte C (Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden), D (Verarbeitendes Gewerbe) und F (Baugewerbe), d. h. ohne Abschnitt E (Energie und Wasserversorgung).

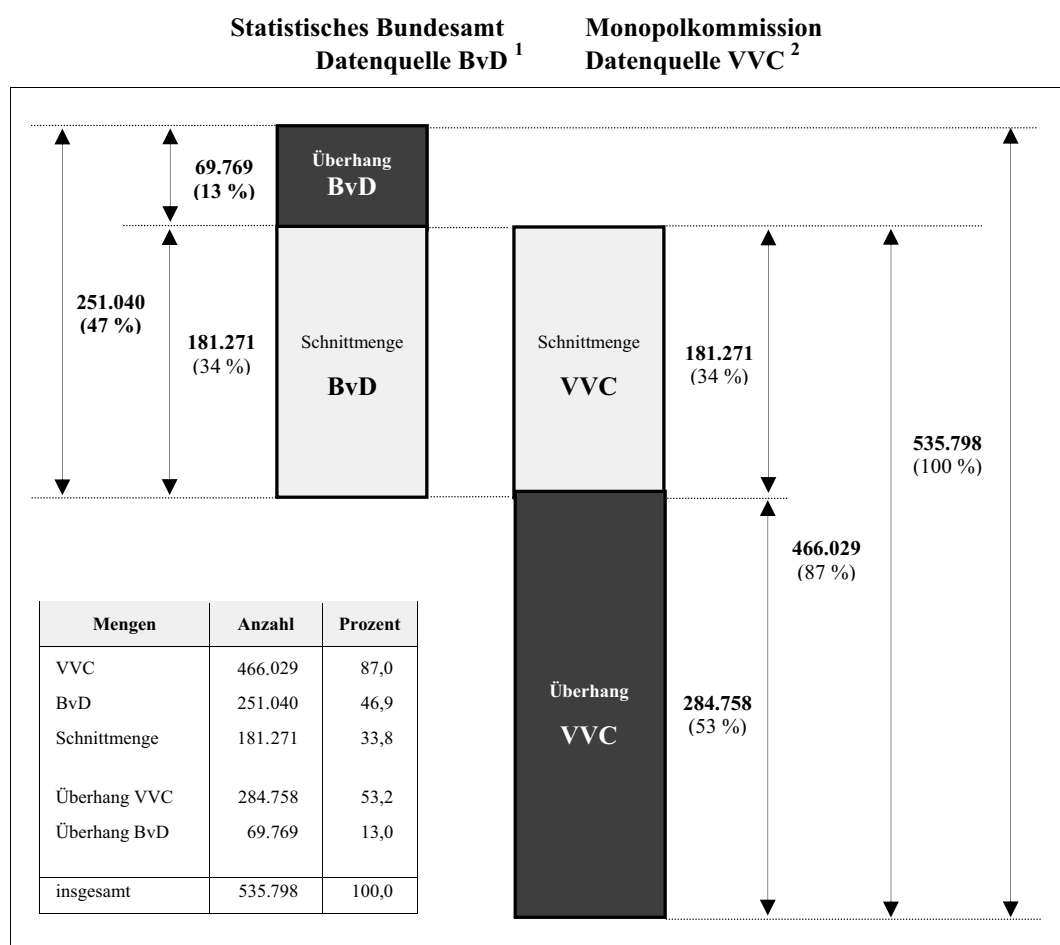
¹⁴³ Vergleiche Artikel 1 des Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 2186/93 des Rates vom 22. Juli 1993 über die innergemeinschaftliche Koordinierung des Aufbaus von Unternehmensregistern für statistische Verwendungszwecke vom 16. Juni 1998 (BGBl. I, S. 1300). Es handelt sich nach §§ 4 bis 6 um Angaben der Finanzverwaltungen, der Arbeitsverwaltung, der Industrie- und Handelskammern, der Handwerkskammern und von Berufsverbänden.

¹³⁷ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 293 ff. Die Datenbasis der Monopolkommission umfasste zum Stand Ende 2001 insgesamt 395 409 gruppenzugehörige Unternehmen in 121 360 Unternehmensgruppen. Vergleichsrechnungen des Statistischen Bundesamtes und der Monopolkommission mit der in Frage kommenden alternativen Datenquelle ergaben – je nach Art des Vergleichsmerkmals – ebenfalls einen Abdeckungsgrad von rund 50 Prozent.

¹³⁸ Aufgrund der auf die Anwendung von § 47 GWB stark eingeschränkten Nutzungsrechte konnte die Monopolkommission eine günstigere Preiskalkulation erzielen als im Falle einer uneingeschränkten Verwendung für allgemeine Zweck der amtlichen Statistik.

Abbildung 1

Datenquellen des Statistischen Bundesamtes und der Monopolkommission zur Erfassung gruppenzugehöriger Unternehmen mit Sitz in Deutschland
– Deutschland Ende 2003 –

**Quellen:**

¹ Datenquelle des Statistischen Bundesamtes: Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH, Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003

² Datenquelle der Monopolkommission: Verband der Vereine Creditreform e.V., Neuss, Stand: 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003

Anmerkungen:

Die Datenquelle BvD verwendet für Angaben über deutsche Unternehmen als wesentliche Quelle einen Auszug aus der Datenquelle VVC, der weiter ergänzt und qualifiziert wird.

Im Zuge der weiteren Bearbeitung der Daten aus beiden Quellen durch das Statistische Bundesamt und die Monopolkommission wurde das Mengengerüst der Daten geringfügig verändert.

158. Die Folge der vom Statistischen Bundesamt vorgenommenen Beschränkungen ist, dass nur ein geringer Bruchteil – rund 4,5 Prozent – der gruppenzugehörigen Unternehmen in die konzentrationsstatistischen Aufbereitungen für die Monopolkommission einbezogen wurde. Der weitaus überwiegende Teil der gruppenzugehörigen Unternehmen bleibt unberücksichtigt. Sie unterschreiten entweder die Erfassungsgrenzen im Produzierenden Gewerbe oder gehören einem anderen Wirtschaftsbereich

an.¹⁴⁴ Infolgedessen werden im Produzierenden Gewerbe rund 60 Prozent der dort präsenten Unternehmensgruppen nur mit einem einzigen Mitglied erfasst. Diese verän-

¹⁴⁴ Zu den Vergleichsrechnungen der Monopolkommission nach verschiedenen Datenquellen vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1998/1999, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Baden-Baden 2000, Tz. 218 ff.; dies., Hauptgutachten 2000/2001, a. a. O., Tz. 191 ff.; dies., Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 292 ff., 305 ff.

dern jedoch die Größenstrukturen und damit den Konzentrationsgrad in einem Wirtschaftsbereich nicht. Im Ergebnis verbleiben lediglich rund 7 500 konzentrationsrelevante Fälle – mit 1,4 Prozent etwas über einem Hundertstel der gesamten verfügbaren Datenbasis mit 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen.

Diese Beschränkungen werden dem in § 47 GWB erteilten Auftrag des Gesetzgebers an das Statistische Bundesamt, umfassende Untersuchungen der Konzentration in der Wirtschaft durch die Monopolkommission zu unterstützen, offenkundig nicht gerecht.

159. Angesichts der relativ geringen Fallzahl von rund 7 500 konzentrationsrelevanten gruppenzugehörigen Unternehmen überrascht, dass diese bereits genügt, um die Größenstrukturen in zahlreichen Wirtschaftszweigen des Produzierenden Gewerbes deutlich zu verändern. In zwanzig Wirtschaftsklassen¹⁴⁵ steigt der absolute Konzentrationsgrad um etwa die Hälfte bis auf das Dreifache seines ursprünglichen Werts.¹⁴⁶

Wenn dieser Effekt bereits durch den geringen Bruchteil von 1,4 Prozent der vollständigen Datenbasis bewirkt wird, ist zu erwarten, dass der tatsächlich Einfluss der Gruppenbildung der Unternehmen auf den Stand und die Entwicklung der Konzentration in der Wirtschaft in zahlreichen Wirtschaftsbereichen um ein Vielfaches höher ist. Dies indizieren bereits die von der Monopolkommission ausgewerteten Fallzahlen über alle Bereiche der Wirtschaft. Danach entfallen mit rund 47,6 Prozent nahezu die Hälfte aller gruppenzugehörigen Unternehmen auf den Dienstleistungsbereich und 22,1 Prozent auf die Bereiche Handel und Verkehr.¹⁴⁷ Umso schwerer wiegt, dass gerade diese Bereiche von der amtlichen Statistik ausgespart werden.

160. Neben der eingeschränkten Breite und Repräsentanz der amtlichen Datenbasis, bestehen Zweifel an der Belastbarkeit der einzelner Angaben. Zu verschiedenen großen und gesamtwirtschaftlich bedeutenden Wirtschaftsbereichen – z. B. dem Ernährungsgewerbe, dem Fahrzeugbau oder der Mineralölverarbeitung – weichen die der Monopolkommission vorliegenden Angaben erheblich von denen des Statistischen Bundesamtes ab. Die Ursachen liegen bereits in einer teils unvollständigen, teils inkonsistenten Erfassung der Verflechtungsnetze von Großunternehmen. Eine Untersuchung der im Deutschen Aktienindex (DAX) erfassten umsatzstärksten deutschen Unternehmen zeigt je nach der verwendeten Datenquelle ein unterschiedliches Bild über Umfang und Struktur der Gruppenbildung. Die Unternehmen des DAX umfassen über 80 Prozent des Grundkapitals der inländischen börsennotierten Gesellschaften. Auf ihre weitreichenden Verflechtungsnetze entfallen über 30 000 Unternehmen. Unzulänglichkeiten der Datenbasis in diesem Bereich müssen daher erheblichen Einfluss auf die Erfassung der Konzentration in der Wirtschaft haben.

161. Es genügt nicht, wenn sich die amtliche Statistik auf den bloßen Ankauf von Angaben über verflochtene Unternehmen und zudem nur auf eine einzelne Datenquelle beschränkt. Dies umso weniger, wenn auch die Aufbereitung der Daten nach kontrollierenden Beziehungen dem gleichen kommerziellen Datenanbieter übertragen wird. Die amtliche Statistik begibt sich damit in ihrem eigenen gesetzlichen Verantwortungsbereich nicht nur in empirischer, sondern auch in methodischer Hinsicht jeder Möglichkeit der näheren Information und Kontrolle. Hierzu gehört insbesondere das „Profiling“ der größten Konzerne und sonstigen Unternehmensgruppen, wie es von anderen nationalen statistischen Ämtern und professionellen kommerziellen Datenanbietern seit langem angewendet wird.¹⁴⁸

162. Darüber hinaus reicht das eigene Instrumentarium der amtlichen Statistik nicht aus, um Angaben aus heterogenen statistikexternen und -internen Datenquellen in allen Fällen eindeutig miteinander zu verbinden. Die hierzu verwendeten Indikatoren sind teilweise mehrdeutig und widersprüchlich oder besitzen einen unklaren oder ungeeigneten zeitlichen Bezug. Maßstäbe zur Abschätzung der Qualität der Ergebnisse fehlen. Das Statistische Bundesamt wird auf dem Gebiet der Erfassung von Unternehmensverflechtungen die ihm übertragenen Aufgaben nicht ohne professionelle Hilfe lösen können und wird sich an den Leistungen und Aufwendungen kommerzieller Anbieter messen lassen müssen. Die mit diesen Fragen im Zusammenhang stehenden Erwägungen und Empfehlungen hatte die Monopolkommission bereits 2000 in ihrem Dreizehnten Hauptgutachten¹⁴⁹ behandelt.

163. Zusammenfassend kann aus Sicht der Monopolkommission von einer zuverlässigen und konsistenten Datenbasis der amtlichen Statistik über die Verflechtungen, Kontrollbeziehungen und Gruppenbildungen deutscher Unternehmen noch nicht gesprochen werden. Dies betrifft den Umfang, den Gegenstand und die Zuverlässigkeit der Angaben. Angesichts der nach wie vor bestehenden Unsicherheiten der empirischen Datenbasis sieht sich die Monopolkommission nicht in der Lage, hieraus eindeutige Schlussfolgerungen und konkrete wettbewerbspolitische Empfehlungen abzuleiten.

Wie eingangs dargelegt, besteht jedoch ein unabweisbarer öffentlicher Bedarf, die vorliegenden Informationslücken zu schließen. Auf hierzu vorhandene Möglichkeiten hat die Monopolkommission in ihren Gutachten mehrfach hingewiesen und diese in ihrer Sphäre exemplarisch angewendet. Die Bereitstellung einer langfristig fortzuschreibenden umfassenden Datenbasis bleibt aber eine genuine Aufgabe der amtlichen Statistik als Teil der informationellen Infrastruktur. Für die amtliche deutsche Statistik und die für sie rechts- und fachaufsichtlich verantwortlichen Stellen besteht weiterhin Handlungsbedarf.

¹⁴⁵ Vierstellige Positionen der amtlichen Klassifikation der Wirtschaftszweige 2003.

¹⁴⁶ Vergleiche Kapitel II, Abschnitt 3 in diesem Gutachten.

¹⁴⁷ Vergleiche Kapitel I, Tabelle I.2.1 in diesem Gutachten.

¹⁴⁸ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 1998/1999, a. a. O., Tz. 197 ff.

¹⁴⁹ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 1998/1999, a. a. O., Tz. 215 ff.; dies., Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 315 ff.

7.3 Notwendigkeit einer verbesserten Zusammenarbeit von Monopolkommission und Statistischem Bundesamt

7.3.1 Differenzen in der Zusammenarbeit von Monopolkommission und Statistischem Bundesamt bei der Anwendung von § 47 GWB

164. Bei der Vorbereitung des Fünfzehnten Hauptgutachtens der Monopolkommission war es über Art und Umfang der gesetzlichen Verpflichtung des Statistischen Bundesamtes nach § 47 GWB zu Differenzen gekommen. Darüber hinaus wurden statistische Aufbereitungen für die Monopolkommission abgelehnt, zu denen bereits nach allgemeinen statistikrechtlichen Vorschriften eine Verpflichtung besteht.¹⁵⁰ Das Bundesamt machte dies von einem uneingeschränkten lizenzrechtlichen Zugang zu den von der Monopolkommission verwendeten Verflechtungsdaten privater Anbieter und damit einer Verletzung ihrer Geschäftsgeheimnisse abhängig.

Die Monopolkommission hat aus diesen Gründen das empirisch und methodisch grundlegende Kapitel I des Fünfzehnten Hauptgutachtens zur wettbewerbspolitischen Bedeutung der Struktur von Beteiligungsnetzen und der Gruppenbildung der Unternehmen nicht erstellen können.¹⁵¹ Die Bundesregierung erwartet von der Monopolkommission jedoch, die Gruppenbildung der Unternehmen für eine aussagekräftige Konzentrationsberichterstattung als empirische Grundlage der Wirtschaftspolitik zu berücksichtigen und nunmehr im vorliegenden Hauptgutachten eine eingehende Untersuchung der Konzentrationsentwicklung zumindest in wichtigen Teilbereichen der Wirtschaft vorzunehmen.¹⁵²

165. Das Statistische Bundesamt beabsichtigte ursprünglich, diese Aufgabe bereits für das vorliegende Hauptgutachten selbst zu übernehmen. Das Gesetz könne entsprechend geändert werden. Es sei wirtschaftlicher, wenn die Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen unter der Federführung des Statistischen Bundesamtes erfolge und mit der Monopolkommission lediglich „abgestimmt“ werde. Nach der zu erwartenden Revision der Europäischen Unternehmensregister-Verordnung¹⁵³ sei die Erfassungspflicht und die Datenbereitstellung der Monopolkommission überflüssig und könne auf die amtliche Statistik übergehen. Das Statistische Bundesamt werde als „Konsortialführer“ den Erwerb der Daten übernehmen. Ausschreibungsinhalte und Vergabekriterien würden mit der Monopolkommission „besprochen“. Das Statistische Bundesamt erhalte die mit dem

Datenerwerb verbundenen Rechte. Das Erfordernis einer Nutzung der Daten durch die Monopolkommission sei nicht nachvollziehbar. Zur Finanzierung könnten die im Haushalt 2005 der Monopolkommission hierfür vorgesehenen Sachmittel herangezogen werden. Inhaltlich sei mit der Monopolkommission bereits vereinbart, die Konzentrationsstatistischen Aufbereitungen für die Monopolkommission auf den Bergbau und das Verarbeitende Gewerbe sowie das Baugewerbe für Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten zu beschränken.

166. Die Monopolkommission hat diesem Konzept aus rechtlichen und fachlichen Gründen entschieden widersprochen. Das Statistische Bundesamt kann nach geltendem Recht mit der Monopolkommission nicht förmlich vereinbaren, die gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen in den §§ 44, 47 GWB zu unterlaufen, den Auftrag der Monopolkommission zur Konzentrationsberichterstattung an sich zu ziehen, das methodische Konzept an allgemeinen statistischen Zwecken zu orientieren, die erforderliche Datenbasis zu reduzieren und den Berichtskreis auf einzelne Wirtschaftsbereiche zu beschränken.

Aber auch bei rechtspolitischer Betrachtung sprechen gewichtige Gründe gegen das Konzept des Statistischen Bundesamtes. Der gesetzliche Auftrag der Monopolkommission nach §§ 44, 47 GWB ergibt sich nicht aus allgemeinen Erwägungen zur Wirtschaftsstatistik, sondern ist auf das Engste mit dem institutionellen Zweck der Monopolkommission, der Beurteilung der Wettbewerbslage in Deutschland, verbunden. Die dafür erheblichen Fragestellungen an die Statistik verändern sich mit dem Wandel des Wettbewerbs auf den Märkten und mit neuen wettbewerbstheoretischen Erkenntnissen. Ihnen Rechnung zu tragen, ist die ureigene Aufgabe der Monopolkommission. Das Statistische Bundesamt ist hierzu nicht imstande. Seine fachliche Kompetenz reicht nicht aus, empirische Analysen unter ordnungs- und wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten durchzuführen, die Ergebnisse zu bewerten und hieraus Empfehlungen an Regierung und Gesetzgeber abzuleiten. Ohne hinreichenden Realitätsbezug und fachwissenschaftliches Konzept kann der empirische Befund zur Konzentration in der Wirtschaft nur lückenhaft und irreführend sein.

167. Um eine Wiederholung früherer Differenzen bei der Vorbereitung des vorliegenden Sechzehnten Hauptgutachtens zu vermeiden, hat die Monopolkommission den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit sowie den Bundesminister des Innern um Unterstützung gebeten.

Beide Minister haben den Grundsatz einer partnerschaftlichen Zusammenarbeit zwischen Monopolkommission und Statistischem Bundesamt unterstrichen und vorgeschlagen, die strittigen Fragen unter Einbezug beider Institutionen in einem Ressortgespräch beizulegen. Das Gespräch fand am 3. Dezember 2004 statt und wurde vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit am 25. Februar 2005 fortgesetzt. Ein wesentliches Ergebnis des Ressortgesprächs war, dass das Statistische Bundesamt und die Monopolkommission – nach dem Vorbild früherer Vereinbarungen – die Grundlagen der konzeptionellen und operativen Zusammenarbeit zur Vorbereitung der

¹⁵⁰ § 3 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b BStatG.

¹⁵¹ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 280.

¹⁵² Vergleiche Stellungnahme der Bundesregierung zum Fünfzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission 2002/2003, Bundestagsdrucksache 15/5819 vom 22. Juni 2005, Tz. 2, 102–105.

¹⁵³ Verordnung (EWG) Nr. 2186/93 des Rates vom 22. Juli 1993 (EG-UnternehmensregisterVO), a. a. O. Vgl. Abschnitt 7.5 in diesem Kapitel.

Konzentrationsberichterstattung nach §§ 44, 47 GWB, insbesondere für das Sechzehnte Hauptgutachten, in einer gemeinsamen Verwaltungsvereinbarung regeln.

168. Die auch gegenüber den zuständigen Ressorts gegebenen Zusagen des Statistischen Bundesamtes wurden jedoch bei der Vorbereitung des Sechzehnten Hauptgutachtens in wesentlichen Punkten nicht eingehalten. Sie betreffen vor allem den Abschluss einer Verwaltungsvereinbarung über das gemeinsame konzeptionelle und operative Vorgehen, den Umfang und die Qualität der vom Statistischen Bundesamt für die Monopolkommission beschafften Angaben zu den Verflechtungsnetzen der Unternehmen sowie die Einhaltung der zur Erstellung des vorliegenden Hauptgutachtens gegebenen Termine.

Mitte 2005 hat der Bundesminister des Innern selbst die Initiative ergriffen und mit dem Vorsitzenden der Monopolkommission ein persönliches Gespräch vereinbart. Der am 24. August 2005 vorgesehene Termin konnte aber wegen der vorgezogenen Neuwahlen des Deutschen Bundestages nicht mehr wahrgenommen werden.

7.3.2 Vorschlag der Monopolkommission zur Konkretisierung von § 47 GWB

169. Nach dem gescheiterten Abschluss einer Verwaltungsvereinbarung zwischen Monopolkommission und Statistischem Bundesamt besteht die Notwendigkeit, die Anwendung von § 47 GWB gesetzlich zu konkretisieren.

Die vom Statistischen Bundesamt angewendeten Ad-hoc-Entscheidungen haben sich nicht bewährt. Sachzwänge wurden nicht rechtzeitig erkannt und notwendige Vorentscheidungen nicht getroffen. Die Beschaffung der Angaben über gruppenzugehörige Unternehmen ist verspätet und nicht im erforderlichen Umfang erfolgt, verbindliche Vereinbarungen zur Sicherheit, Integrität und Zweckbindungen der von der Monopolkommission den statistischen Ämtern des Bundes und der Länder zur Verfügung gestellten Daten fehlen. Die vom Statistischen Bundesamt anzuwendenden Kriterien zur Kalkulation der der Monopolkommission zuzurechnenden Kosten einer effizienten Leistungserstellung sind nicht bekannt. Die Aufgaben der unter Beteiligung der Monopolkommission gebildeten Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Anwendung von § 47 GWB sind nicht näher definiert. Das notwendige Einvernehmen mit der Monopolkommission in methodisch und inhaltlichen Fragen der Konzentrationsberichterstattung wurde nicht immer hergestellt.

170. Der Deutsche Bundestag hatte die Monopolkommission und das Statistische Bundesamt bereits im Jahr 2000 gebeten¹⁵⁴, aufgrund der

„... mit der Auslegung und Anwendung der neuen Regelung des § 47 GWB gewonnenen Erfahrungen und erzielten Ergebnisse ... Vorschläge für eine ggf. erforderliche Verbesserung oder Erweiterung der Regelung ...“

vorzulegen. Hierzu verfügt die Monopolkommission seit Verabschiedung der novellierten Vorschrift über hinreichende Erfahrungen und Ergebnisse aus drei auf dieser Basis erstellten Hauptgutachten.

171. Die Monopolkommission ist der Auffassung,¹⁵⁵ dass die Verknüpfung von Einzelangaben grundsätzlich sensibler amtlicher und privater Datenbestände aus rechtsstaatlichen Gründen eine gesetzliche Regelung verlange. Diese muss dem Gebot nach Normenklarheit über Inhalt, Ausmaß und Zweck der Verknüpfung und Verwendung der Daten genügen. Hierzu gehören Regelungen zur Verantwortlichkeit der beteiligten Stellen insbesondere zur Gewährleistung der Geheimhaltungsbedürftigkeit, Zweckbindung und Integrität der Daten. Darüber hinaus fehlt in § 47 eine Einbindung der statistischen Ämter der Länder. Diese sind im föderativen System der amtlichen deutschen Statistik für die regelmäßigen Erhebungen bei Unternehmen und Betrieben sowie die dezentrale Führung des amtlichen Unternehmensregisters zuständig. Die Mitarbeit der statistischen Ämter der Länder ist aufgrund ihrer größeren Sachnähe und fachlichen Kompetenz bei der Identifizierung der statistikexternen Angaben über gruppenzugehörige Unternehmen in den von ihnen geführten amtlichen Dateien unverzichtbar.

172. Es besteht für die Monopolkommission kein Anlass, den korrekten Umgang der statistischen Ämter des Bundes und der Länder mit den ihnen übermittelten Verflechtungsdaten in Frage zu stellen. Die weitgehend freiwillige Kooperation der statistischen Ämter der Länder bei der Anwendung von § 47 GWB ist ausdrücklich anzuerkennen. Umso notwendiger ist es, die in den letzten Jahren bewährte Kooperation auf eine rechtlich einwandfreie Basis zu stellen. Hierüber bestand mit dem statistischen Ämtern des Bundes und der Länder bereits grundsätzlich Einvernehmen.

173. Die Monopolkommission hat gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, dem Bundesministerium des Innern, dem Statistischen Bundesamt sowie in ihrem letzten Hauptgutachten 2002/2003¹⁵⁶ die Notwendigkeit einer Konkretisierung von § 47 GWB dargelegt. Zusammenfassend sind für eine sachgerechte Auslegung und Anwendung des Gesetzes vier zentrale Arbeitsschritte rechtlich abzusichern:

- Unabhängigkeit der Monopolkommission bei der Bestimmung des Erkenntnisinteresses und der methodischen Vorgaben für die von der amtlichen Statistik durchzuführenden konzentrationsstatistischen Aufbereitungen.

¹⁵⁴ Deutscher Bundestag, Entschließung des Deutschen Bundestages, 131. Sitzung am 10. November 2000, Plenarprotokoll 14/131, Stenographischer Bericht TOP 26, S. 12672 B; Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Bundestagsdrucksache 14/4049 –, Bundestagsdrucksache 14/4459 vom 25. Oktober 2000, Beschlussempfehlung Nr. 2.

¹⁵⁵ So auch das Bundesministerium der Justiz in seiner Stellungnahme an das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit vom 12. Februar 2004 und 27. Oktober 2003, Az. III B 6 – 7023-37-33 247/2003.

¹⁵⁶ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 269 ff.

- Rechtlicher Einbezug der statistischen Ämter der Länder. Sie verfügen im Rahmen des föderativen statistischen Systems über die Zuständigkeit und Kompetenz, die vom Gesetz vorausgesetzte Verknüpfung von Daten der Monopolkommission mit denen der amtlichen Statistik durchzuführen.
- Verpflichtung der amtlichen Statistik zur Wahrung des Datengeheimnisses, der Zweckbindung und der Integrität der ihr von der Monopolkommission übermittelten Angaben über die Kapitalbeteiligungen der Unternehmen. Die von privaten Anbietern der Monopolkommission zur Verfügung gestellten Angaben sind als Geschäftsgeheimnisse regress- und strafrechtlich geschützt. Der amtlichen Statistik ist die Verwendung der Angaben der Monopolkommission für eigene Zwecke lizenzrechtlich versperrt.
- Information der Monopolkommission über diejenigen Unternehmen, die vom Statistischen Bundesamt für die Monopolkommission zur Berücksichtigung der Gruppenzugehörigkeit tatsächlich berücksichtigt werden.

Die Berufung des Statistischen Bundesamtes auf das Statistikgeheimnis ist insoweit missbräuchlich, als die

Monopolkommission nach § 47 Abs. 1 GWB gemeinsam mit dem Statistischen Bundesamt eine Statistik für Bundeszwecke erstellt.¹⁵⁷

174. Der zitierten Empfehlung des Deutschen Bundestages folgend, bekräftigt die Monopolkommission ihren Vorschlag aus dem Fünfzehnten Hauptgutachten¹⁵⁸, die Anwendung von § 47 Abs. 1 GWB in einem zusätzlichen Absatz 1a zu konkretisieren.

Die vorgeschlagene Regelung hat sich inhaltlich und praktisch im Rahmen der bislang weitgehend freiwilligen Zusammenarbeit der beteiligten Institutionen bewährt. Ihr fehlt eine verbindliche Rechtsgrundlage und die notwendige Planungssicherheit. Denkbar wäre auch, die Konkretisierung zur Auslegung und Anwendung von § 47 Abs. 1 GWB im Rahmen einer gesetzlichen Verordnungsermächtigung zu treffen und von dieser auch tatsächlich Gebrauch zu machen.

¹⁵⁷ § 16 Abs. 2 BStatG i. V. m. Artikel 73 Nr. 11 GG. Zu den Grundsätzen der statistischen Geheimhaltung von Wirtschaftsdaten vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1998/1999, a. a. O., Tz. 207 ff.

¹⁵⁸ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 276 ff.

Vorschlag der Monopolkommission zu Ergänzung von § 47 GWB

§ 47 Absatz 1a GWB (neu)

- Satz 1: Zur Erfüllung der gemeinsamen Aufgabe nach Absatz 1 Satz 1 bis 3, Unternehmensgruppen bei der Begutachtung der Unternehmenskonzentration durch die Monopolkommission nach § 44 Abs. 1 zu berücksichtigen, arbeiten die Monopolkommission und die statistischen Ämter des Bundes und der Länder einvernehmlich zusammen.
- Satz 2: Sie schaffen jeweils in ihrem Zuständigkeitsbereich die Voraussetzungen, die insbesondere für die Zuordnung der Einzelangaben der amtlichen Statistik über Unternehmen und der Angaben der Monopolkommission zur Gruppenzugehörigkeit dieser Unternehmen nach Absatz 1 Satz 1 bis 3 erforderlich sind.
- Satz 3: Das Statistische Bundesamt informiert die Monopolkommission über diejenigen Unternehmen, die in die statistischen Aufbereitungen der amtlichen Statistik für die Monopolkommission unter Berücksichtigung der Gruppenbildung einbezogen werden. Hierzu gehören alle Informationen, die für eine sachlich und zeitlich adäquate, technisch zuverlässige und effiziente Zuordnung der Angaben der amtlichen Statistik mit den Angaben der Monopolkommission erforderlich sind.
- Satz 4: Die Monopolkommission und die statistischen Ämter des Bundes und der Länder regeln in einer Verwaltungsvereinbarung Näheres über
- die Aufgabenverteilung,
 - die Aufwands- und Finanzierungsplanung,
 - die Grundsätze einer auftragsbezogenen Kostenkalkulation,
 - den erforderlichen Informationsaustausch für eine zuverlässige Zuordnung der statistikexternen und -internen Datensätze,
 - die Sicherung der Qualität der empirischen Ergebnisse,
 - Maßnahmen zur Wahrung des Datengeheimnisses, der Zweckbindungen und Integrität der Daten sowie
 - eine gegebenenfalls erforderliche Vergabe von Aufträgen an andere Stellen.

Erläuterung der Sätze 1 bis 4

1. Neben dem Statistischen Bundesamt sind die statistischen Ämter der Länder bei der Anwendung des Gesetzes einzubeziehen, soweit diese für die Erhebung der erforderlichen Daten und die Führung des Unternehmensregisters zuständig sind.

Im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrags wird die Unabhängigkeit der beteiligten Institutionen durch das Gebot der Einvernehmlichkeit gewahrt.
2. Auf der Grundlage des Subsidiaritätsprinzips obliegt es den beteiligten Institutionen des Bundes und der Länder, die tatsächlichen Voraussetzungen zur Anwendung des Gesetzes zu schaffen.
3. Der sparsame Einsatz öffentlicher Mittel gebietet es, dass das Statistische Bundesamt der Monopolkommission mitteilt, für welche Unternehmen es Angaben zur Gruppenzugehörigkeit benötigt.

Ohne diese Mitteilung hatte die Monopolkommission bisher die rund zehnfache Anzahl der gruppenzugehörigen Unternehmen zu ermitteln, die von der amtlichen Statistik tatsächlich berücksichtigt wurden.
4. Der Aufgabenbereich und die wesentlichen Gegenstände der Zusammenarbeit zwischen Monopolkommission und Statistischem Bundesamt werden gesetzlich bestimmt. Näheres ist zwischen beiden Institutionen verbindlich zu vereinbaren.

7.4 Forschungsdatenzentrum: Neue Formen der informations- und datentechnischen Zusammenarbeit zwischen Monopolkommission und Statistischem Bundesamt

175. Die administrativen und empirischen Restriktionen im Bereich des Statistischen Bundesamtes haben die Erfüllung des gesetzlichen Auftrags der Monopolkommission konzeptionell eingeschränkt. In diesem Rahmen war jedoch die fachliche Zusammenarbeit mit den Mitarbeitern auf der Arbeitsebene der Fachreferate und des Forschungsdatenzentrums des Statistischen Bundesamtes fachlich kompetent, effizient und engagiert. Entsprechendes gilt für die Vertreter der statistischen Landesämter in der zur Anwendung von §§ 44, 47 GWB gebildeten gemeinsamen Bund-Länder-Arbeitsgruppe.

176. Ein wesentlicher Fortschritt in der Zusammenarbeit von Monopolkommission und Statistischem Bundesamt ist die erstmalige Nutzung des dortigen Forschungsdatenzentrums. Dieses bietet externen Nutzern die Möglichkeit, amtlich erhobene Einzelangaben unter Wahrung der statistischen Geheimhaltung für eigene Untersuchungen zu nutzen. Der Zugang für die Monopolkommission entspricht insoweit allgemeinen statistikrechtlichen Vorschriften. Sie hatte dies bereits seit längerem und zuletzt 2003 zur Vorbereitung des vorangehenden Hauptgutachtens beantragt. Das Statistische Bundesamt hatte dem jedoch nicht entsprochen. Das für die Monopolkommission methodisch und empirisch grundlegende erste Kapitel des vorangehenden Hauptgutachtens über Unternehmensverflechtungen musste daher entfallen.

177. Die für das vorliegende Hauptgutachten erstmalige Zusammenarbeit mit dem Forschungsdatenzentrum hat es der Monopolkommission ermöglicht, wesentliche Teile der konzentrationsstatistischen Teile des vorliegenden Hauptgutachtens zu erstellen. Allerdings hat der erst Anfang des Jahres eröffnete Zugang es nicht mehr erlaubt, die für dieses Hauptgutachten vorbereiteten Daten und

Auswertungsprogramme vollständig zu nutzen. Die der Monopolkommission verbleibende Zeit reicht nur für eine knappe Präsentation der wesentlichen Fakten, nicht aber für eine vertiefte fachliche Interpretation, Bewertung und Formulierung konkreter wettbewerbspolitischer Schlussfolgerungen aus.

Die Erfahrungen der Monopolkommission mit der Arbeit des Forschungsdatenzentrums und dessen Zusammenwirken mit den Fachabteilungen des Statistischen Bundesamtes sind positiv. Sie könnten die zukünftige Zusammenarbeit von Statistischem Bundesamt und Monopolkommission auf eine neue fachliche und organisatorische Grundlage stellen: Die von der Monopolkommission entwickelten konzentrationsstatistischen Analyseprogramme werden vom Forschungsdatenzentrum angewendet und die Ergebnisse der Monopolkommission übermittelt. Damit werden sowohl die Methodenautonomie der Monopolkommission als auch das Statistikgeheimnis amtlicher Einzelangaben gewahrt.¹⁵⁹

Sollte sich dieses Verfahren in der Zukunft bewähren, wären wesentliche Fragen der operativen Zusammenarbeit ausgeräumt. Die bestehenden administrativen und empirischen Einschränkungen sind jedoch noch zu überwinden.

7.5 Erfassung multinationaler Unternehmensgruppen: Fortentwicklung des europäischen Rechts

7.5.1 Methodisches Konzept zur Erfassung multinationaler Unternehmensgruppen

178. Das Statistische Amt der Europäischen Gemeinschaften (Eurostat) bereitet seit längerem eine Novellierung der EU-UnternehmensregisterVO Nr. 2186/93 vom 22. Juli 1993 vor. Im vorliegenden Zusammenhang ist

¹⁵⁹ Die Monopolkommission hatte dies dem Statistischen Bundesamt erstmals 1988 vorgeschlagen.

wesentlich, dass die seit 1993 bestehende fakultative Berücksichtigung von Unternehmensgruppen den nationalen statistischen Ämtern verbindlich vorgeschrieben werden soll.

Mit der Schaffung des Gemeinsamen Marktes sollte der Aufbau eines europäischen Systems der Wirtschaftsstatistik verbunden werden, um für die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft über international vergleichbare und aggregierbare Angaben zu verfügen. Diesem Ziel dienten beginnend mit der Entwicklung einer europäischen Klassifikation der Wirtschaftszweige verschiedene Reformvorhaben. Hierzu gehörten eine Erweiterung der Definitionen der „Statistischen Einheiten der Wirtschaft“ um Unternehmensgruppen¹⁶⁰ sowie die Einrichtung nationaler Unternehmensregister.¹⁶¹ In seinen Erwägungsgründen bezeichnete der Europäische Rat diese als

„... ein unentbehrliches Instrument zur Beobachtung struktureller Veränderungen der Wirtschaft, die auf Maßnahmen wie Vereinigung, Teilhaberschaft, Aufkauf, Fusion und Übernahme zurückzuführen sind.“¹⁶²

Auch die deutsche Bundesregierung begründete ihre Unterstützung dieses europäischen Vorhabens gegenüber dem Bundesrat damit, dass

„... Informationen über die Struktur der Unternehmen und Unternehmensgruppen, insbesondere über Fusions-, Übernahme- oder Verschmelzungsmaßnahmen zur Verfügung stehen müssen.“¹⁶³

Mit der nach europäischem Recht – nicht zuletzt auf Initiative Deutschlands – zunächst fakultativen Regelung sollte den Mitgliedstaaten Gelegenheit gegeben werden, die zwischen Unternehmen bestehenden Kontrollbeziehungen insbesondere in Gestalt von Beteiligungsnetzen für statistische Zwecke zu erfassen und nach Unternehmensgruppen zu strukturieren.

179. Verschiedene europäische Mitgliedstaaten sind bei der Erfassung von Unternehmensgruppen und den damit verbundenen methodischen, organisatorischen, technischen und rechtlichen Fragen weit fortgeschritten. Hierzu gehören unter den größeren Ländern unter anderem Frankreich und das Vereinigte Königreich, unter den kleineren insbesondere die Niederlande. Die Bemühungen dieser Länder waren von der Erkenntnis getragen, dass eine rationale Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik ohne einen Bezug auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Entscheidungseinheiten nicht möglich ist. Darüber hinaus verlangt eine zunehmende weltweite Verflechtung der Unternehmen und Märkte, den Standort des eigenen Landes im internationalen Wettbewerb zu bestimmen.

180. Die deutsche amtliche Statistik hat die auch für den Standort Deutschland bedeutenden Gruppenbildungen

und multinationalen Verflechtungen deutscher Unternehmen¹⁶⁴ lange Zeit nicht erkannt. Es wurde versäumt, das amtliche statistische System rechtzeitig zu modernisieren. Damit war auch die Entwicklung einer möglichst umfassenden und konsistenten europäischen Datenbasis zu den multinationalen Verflechtungen europäischer Unternehmen blockiert.

Deutschland hatte sich gegenüber dem Statistischen Amt der Europäischen Gemeinschaften darauf berufen, dass die empirische Erfassung von Unternehmensgruppen in Deutschland schwierig, wenn nicht unmöglich sei. Amtliche statistische Erhebungen hierzu bestünden nicht. Der Nutzung statistikexterner Datenquellen stehe zwingendes deutsches Statistikrecht entgegen. Die Existenz und Eignung alternativer Datenquellen müsse erst geprüft werden. Hierzu bestehe aber kein den Aufwand rechtfertigender Informationsbedarf. Darüber hinaus sei eine Zentralisierung der europäischen Statistik und damit eine Verletzung des Statistikgeheimnisses zu befürchten.

181. Die Argumentation der deutschen amtlichen Statistik konnte nicht überzeugen. Die Monopolkommission hat im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrags zur Konzentrationsberichterstattung bereits seit Jahren allgemein zugängliche Angaben über die Beteiligungsnetze nahezu aller deutscher Unternehmen verwendet und nach Unternehmensgruppen strukturiert. Die empirischen Ergebnisse, die Datenquellen sowie das informationstheoretische und -technische Verfahren sind unter Berücksichtigung der institutionellen Rahmenbedingungen in Deutschland in einer von der Europäischen Union geförderten Untersuchung eingehend dokumentiert.¹⁶⁵

182. Nachdem die statistische Infrastruktur in den europäischen Mitgliedstaaten dem Einbezug der Verflechtungen und Gruppenbildungen der Unternehmen nicht länger im Wege steht, hat das Statistische Amt der Europäischen Gemeinschaften die Initiative für eine entsprechende Novellierung der EG-UnternehmensregisterVO ergriffen.¹⁶⁶

Wesentlich ist die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die nationalen statistischen Register um Angaben über kontrollierende Beziehungen, Unternehmensgruppen, deren Identifikatoren und Merkmale zu erweitern. Hierzu hat das Statistische Amt der Europäischen Gemeinschaften ein methodisches Konzept entwickelt, die nationalen Angaben zu einem konsistenten und kontinuierlich aktualisierbaren System multinationaler Verflechtungen und

¹⁶⁰ Vergleiche Verordnung (EWG) Nr. 696/93 vom 15. März 1993, a. a. O., Anhang, Abschnitt I, lit. C.

¹⁶¹ Vergleiche Verordnung (EWG) Nr. 2186/93 vom 22. Juli 1993, a. a. O., Anhang II, Nr. 1 lit. h).

¹⁶² Ebenda, Erwägungsgrund Nr. 4.

¹⁶³ Nr. 2 der Begründung der Bundesregierung zur EG-UnternehmensregisterVO, Bundesratsdrucksache Nr. 660/92 vom 29. September 1992.

¹⁶⁴ Vergleiche Deutscher Bundestag, Schlussbericht der Enquête-Kommission des Deutschen Bundestages, Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten, Bundestagsdrucksache 14/9200 vom 12. Juni 2002.

¹⁶⁵ R. Feuerstack, Die Berücksichtigung von Unternehmensgruppen in der deutschen amtlichen Wirtschaftsstatistik, Methodische, empirische und technische Probleme und deren Lösung – Erste empirische Ergebnisse für Deutschland 2001, Untersuchung mit Unterstützung des Statistischen Amtes der Europäischen Gemeinschaften – Eurostat, Grant Agreement no 2000.242.00002 –, Bonn, Januar 2003.

¹⁶⁶ Vergleiche General Secretariat of the Council, DG C 1 – Internal Market, Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council establishing a common framework for business registers for statistical purposes and repealing Council Regulation (EEC) No 2186/93, Brussels, 16. August 2005.

Gruppenbildungen der Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft zu verbinden. Im Rahmen einer internationalen Ausschreibung wurde der Geschäftsstelle der Monopolkommission der Auftrag erteilt, die methodischen, informations- und datentechnischen Voraussetzungen für ein solches System zu entwickeln. Das Gutachten wurde Ende 2004 abgeschlossen.¹⁶⁷

183. Nach diesem Konzept werden die empirischen Angaben über die Beteiligungsnetze, denen die europäischen Unternehmen angehören, aus nationalen und internationalen, allgemein zugänglichen kommerzieller Datenquellen sowie den nationalen Angaben aus amtlichen Erhebungen gewonnen, in einem mehrstufigen Prozess miteinander abgestimmt und zu einer weitgehend konsistenten, belastbaren und aktuellen Datenbasis konsolidiert. Sie bildet die Grundlage für die Ermittlung der Gruppenbildung der europäischen Unternehmen unter Berücksichtigung ihrer multinationalen Verflechtungen. Das entwickelte Konzept ist auf das deutsche föderale statistische System entsprechend übertragbar (vgl. Abbildung 2).

184. Durch die ausdrückliche Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips bei der Erfassung und Nutzung der multinationalen Verflechtungsdaten erscheinen die ursprünglichen Bedenken der deutschen amtlichen Statistik gegen die europäischen Initiativen überwunden.

7.5.2 Novellierung der europäischen Unternehmensregister-Verordnung von 1993

185. Unter der österreichischen Präsidentschaft wurden die Beratungen über den Vorschlag der Europäischen Kommission zur Novellierung der EG-UnternehmensregisterVO im Europäischen Rat abgeschlossen und der Entwurf dem Europäischen Parlament zur Beschlussfassung vorgelegt. Die Vorlage wurde Ende April 2006

einggebracht, seit Anfang Mai in den zuständigen Ausschüssen diskutiert und soll im Sommer 2006 in der Plenarsitzung des Europäischen Parlaments beraten werden.

Wesentliches Merkmal der Novellierung ist neben der obligatorischen Erfassung von Unternehmensgruppen ein intensiver Datenaustausch zwischen dem Statistischen Amt der Europäischen Gemeinschaften und den nationalen statistischen Ämtern einschließlich der Europäischen Zentralbank, die strikte Wahrung der statistischen Geheimhaltung durch die Bindung der Angaben an statistische Zwecke und die Trennung vom Verwaltungsvollzug.

186. Die Praktikabilität des neuen statistischen Systems zur Erfassung multinationaler Unternehmensgruppen wird im Verlauf des Jahres 2006 im Rahmen einer Pilotstudie erprobt. Das Projekt wurde europaweit international ausgeschrieben. Den Zuschlag erhielt das Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS). An dieser Studie beteiligen sich Deutschland, Großbritannien, die Niederlande und Ungarn.¹⁶⁸ Die Beteiligung Deutschlands ist ausdrücklich zu begrüßen und kann dazu beitragen, auf diesem Gebiet die frühere Stagnation der amtlichen deutschen Statistik zu überwinden. Der Rückstand dürfte nicht leicht aufzuholen sein. Doch tut Eile Not, um mit der sich rasch globalisierenden Wirtschaft Schritt zu halten.

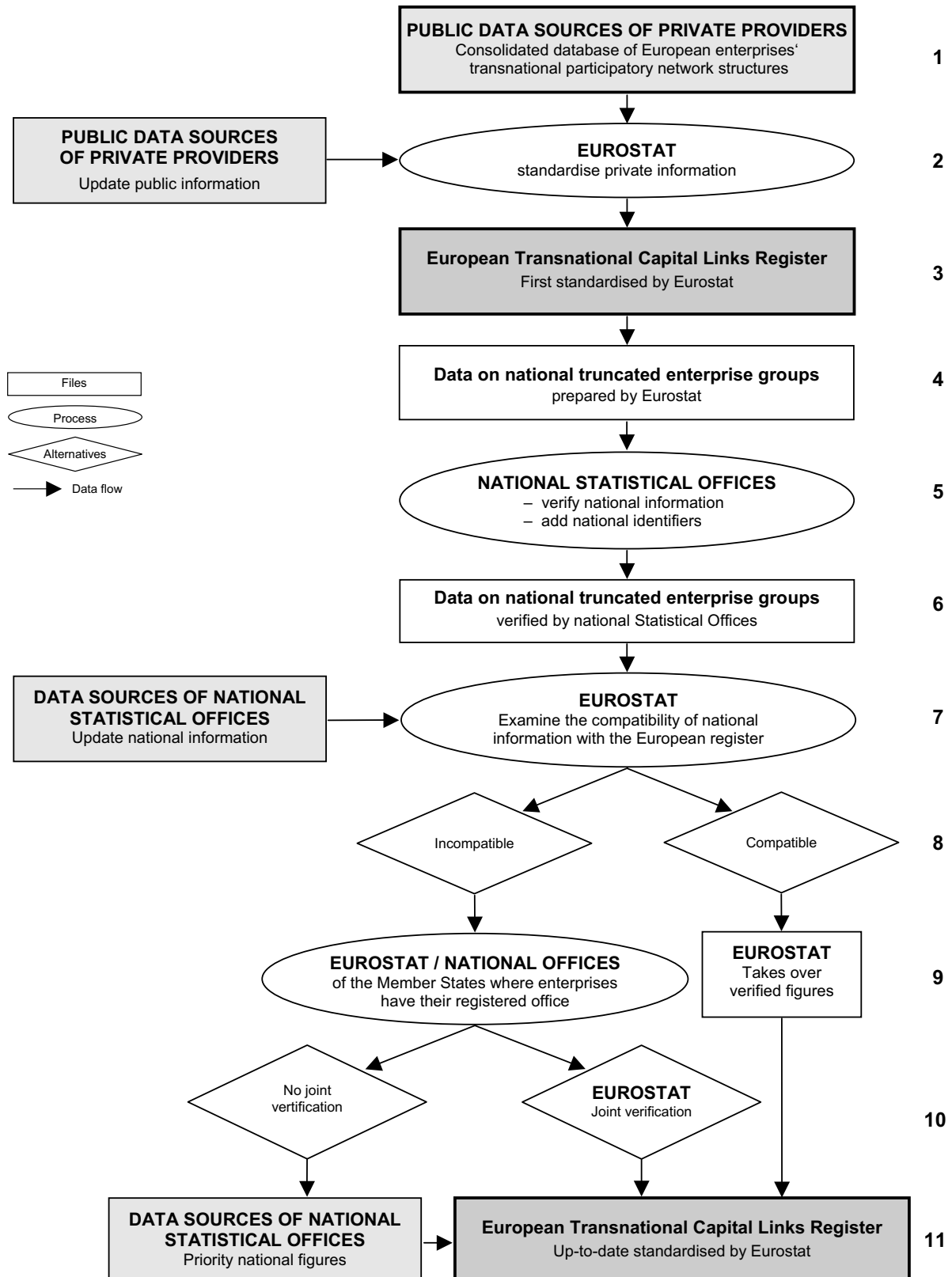
187. Für die gesetzliche Aufgabenstellung der Monopolkommission bietet die beabsichtigte Novellierung des europäischen Rechts den Vorteil, dass das deutsche Statistikrecht auf dem Gebiet der Erfassung der Verflechtungsnetze und der Gruppenbildungen der Unternehmen einen verbindlichen rechtlichen Rahmen erhält, der Aufgabenbereich der amtlichen deutschen Statistik entsprechend erweitert wird und die Ergebnisse der Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission in einen multinationalen Kontext gestellt werden können.

¹⁶⁷ R. Feuerstack, Investigating ways of identifying and recording, multinational enterprise group links, – Restricted call for tenders No PR5C/01/2003/ESTAT/01/EN –, Tender Specifications of 14 February 2003, Service Contract Number 2004 51100 001, Final version for the Statistical Office of the European Communities, Bonn 2004.

¹⁶⁸ Frankreich steht trotz eines weit entwickelten Berichtssystems einem Einbezug der Beteiligungsnetze französischer Unternehmen skeptisch gegenüber. Ein Grund dürfte in der starken Verflechtung staatlich kontrollierter Unternehmen mit der privaten Wirtschaft liegen.

Abbildung 2

**Interactive establishment and development of a „European Transnational Capital Links Register“
for European and national statistical purposes**



Explanatory notes on figure 2

**Interactive establishment and development of a „European Transnational Capital Links Register“
for European and national statistical purposes**

Public data sources of private providers: Original database to establish a „European Transnational Capital Links Register“ comprising generally-accessible commercial data sources with largely reliable, global and complete figures. Eurostat: Preparation of an excerpt from the private data sources with information on the transnational global shareholdings of enterprises which have their registered office in a European Union Member State. Each data file contains two pieces of information – an owner’s relative shareholding in an enterprise and the shareholding’s identification criteria.		1
Public data sources of private providers: Regular communication of updated figures to Eurostat . Eurostat: Formatting and standardisation of the figures from private data sources in accordance with the European register’s standards.		2
Eurostat: Integration of individual figures on enterprises’ shareholdings in participatory network structures and structuring of them according to enterprise groups or the ultimate owner that has majority control (head of the group).		3
Eurostat: Structuring of members of multinational enterprise groups according to their registered office in one of the European Member States. Identification according to their membership of a national or a truncated enterprise group. The national data files contain units arranged in pairs, as well as their links with a national or truncated enterprise group, and any direct transnational interlocking capital. Eurostat: Information of the national Statistical Offices on the national figures.		4
National Statistical Offices: Verification of the data files transferred by Eurostat and supplementation of any missing national identifiers of the individual units: <ul style="list-style-type: none"> – enterprises: unambiguous and generally-accessible national identifiers; – enterprises in the national business registers and also registration number; – shareholders which are not enterprises: authentic names and addresses. 		5
National Statistical Offices: Notification of the verified national figures to Eurostat .		6
Data sources of national Statistical Offices: regular transfer of updated figures to Eurostat . Eurostat: Examination of the compatibility of the national figures from the national Statistical Offices’ files with the national information in the European register: <ul style="list-style-type: none"> – earlier information concerning which there are already entries in the European register, – updated information on which there are not yet any entries in the European register. 		7
Compatibility: Examination of the compatibility of the national information in the files of the national Statistical Offices and in the European register with positive or negative result.		8
Positive compatibility: Eurostat finally includes national information from the national Statistical Offices that is compatible with national information in the European register.	Negative compatibility: Eurostat and the competent national Statistical Office jointly examine the reasons for the incompatibility and verify the applicable information. The competent office is the National Office of the Member State where the owner of the shareholding to be examined in any particular case has its registered office.	9
	Verification: Examination of the incompatible information and verification of the correct information with a positive or negative result.	10
	Positive verification: Eurostat includes the verified national information in the European register. Negative verification: Eurostat gives priority to including the national information of the national Statistical Offices in the European register.	11

Kapitel I

Kontrollierte Unternehmensgruppen in den Beteiligungsnetzen deutscher Unternehmen

1. Konzeptionelle Grundlagen

1.1 Methodische und empirische Grundlagen

188. Die Monopolkommission präsentiert mit dem vorliegenden Hauptgutachten erstmals eine umfassende Datenbasis, die für das Berichtsjahr 2003 sämtliche verfügbaren Angaben zur Kapitalverflechtung deutscher Unternehmen umfasst. Der Datenbasis liegen zwei Quellen zugrunde: die von der Monopolkommission ermittelten Angaben des Anbieters VVC – Verband der Vereine Creditreform e.V. – sowie die vom Statistischen Bundesamt in erster Linie für eigene Zwecke erworbenen Angaben des Anbieters BvD – Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH.¹ Allerdings reichen die vom Bundesamt erworbenen Daten nach Umfang und Struktur für die gesetzliche Aufgabenstellung der Monopolkommission nicht aus.

Auf der auf den Berichtszeitpunkt Ende 2003 bezogenen Datenbasis hat die Monopolkommission 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen ermittelt, die – je nach der Art der Aufbereitung der Verflechtungsangaben – zwischen rund 166 000 und 174 000² ultimativen Eignern bzw. Unternehmensgruppen zugeordnet sind (vgl. Tabelle I.1.2).

189. Die Datenbasis erlaubt es, diejenigen Unternehmen zu einer Gruppe zusammenzufassen, die gegebenenfalls über mehrere Beteiligungsstufen und -ketten von einem ultimativen, d. h. obersten Eigner kontrolliert werden. Dies dient dem Erkenntnisziel, die tatsächlichen wirtschaftlichen Entscheidungseinheiten zu identifizieren. Sie bestimmen die Größenstrukturen und die Konzentration in der Wirtschaft. Die Monopolkommission ist seit langem damit befasst, diesen Sachverhalt im Rahmen ihrer gesetzlichen Konzentrationsberichterstattung zu berücksichtigen. Die konzeptionellen, methodischen und empirischen Grundlagen dieses Erkenntnisinteresses hat die Monopolkommission nochmals eingehend im Einleitungskapitel zu diesem Gutachten dargelegt.³

190. Beide Datenquellen wurden alternativ zu einer umfassenden Datenbasis verbunden. Die Quellen weisen be-

zogen auf 181 271 gruppenzugehörige Unternehmen eine gemeinsame Schnittmenge auf. Da die dort enthaltenen Unternehmen jedoch in einer Vielzahl von Fällen jeweils unterschiedlichen Unternehmensgruppen zugeordnet sind, wurden beide Quellen insoweit alternativ verwendet. Die übrigen 284 758 (69 769) Unternehmen, die in der Datenquelle VVC (BvD) jeweils zusätzlich enthalten sind, wurden integriert.⁴ Die Anzahl der Kapitalbeteiligungen, Kontrollbeziehungen, gruppenzugehörigen Unternehmen und Unternehmensgruppen nach der Datenquelle VVC sind in Tabelle I.1.1 wiedergegeben.

Auf der Basis der Datenquelle VVC bestehen 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen in 146 074 Gruppen, nach der Datenquelle BvD 251 042 Unternehmen in 79 621 Gruppen. Die gemeinsame Schnittmenge der Unternehmensgruppen bzw. der ultimativen Eigner beträgt 8 490. Das bedeutet, dass beide Datenquellen nicht ohne weiteres zu einer einheitlichen Datenbasis konsistent zu verbinden sind. Das Mengengerüst der gruppenzugehörigen Unternehmen nach den alternativ verfügbaren Datenquellen enthält Tabelle I.1.2.

191. Die unterschiedlichen, d. h. lückenhaften und teilweise widersprüchlichen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen nach den Datenquellen VVC und BvD können nur in jedem Einzelfall geklärt und korrigiert werden. Dies war der Monopolkommission angesichts der großen Anzahl der Fälle jedoch bereits aus zeitlichen Gründen nicht möglich.

Stichprobenweise wurden die im Deutschen Aktienindex (DAX) erfassten umsatzstärksten deutschen Unternehmen untersucht. Die Unternehmen des DAX umfassen über 80 Prozent des Grundkapitals der inländischen börsennotierten Gesellschaften. Auf ihre weitreichenden Verflechtungsnetze entfallen Ende 2003 insgesamt 33 833 Unternehmen mit 39 510 Beteiligungen. Angesichts dieser Größenordnungen allein für die Unternehmen des DAX müssen Lücken und Inkonsistenzen einer möglichst alle deutschen Unternehmen umfassenden Datenbasis erheblichen Einfluss auf die Erfassung der Konzentration in der Wirtschaft haben. Das Ergebnis der Untersuchung zeigt für die DAX-30-Unternehmen je nach der verwendeten Datenquelle ein unterschiedliches Bild (vgl. Tabelle I.1.3).

Zusammenfassend kann gegenwärtig von einer einheitlichen, umfassenden und gesicherten Datenbasis der amtlichen Statistik über die kontrollierenden Verflechtungen deutscher Unternehmen noch nicht gesprochen werden. Allerdings sind die bereits bekannten Beteiligungsnetze so umfassend und weitreichend, dass deren systematische

¹ Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Erfassung der Beteiligungsnetze für 466 029 Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter; Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit für 251 040 Unternehmen.

² 173 645 (165 662) Unternehmensgruppen nach einer integrierten Datenbasis der Datenquellen BvD und VVC jeweils unter alternativer Berücksichtigung einer gemeinsamen Schnittmenge aus der Quelle BvD (VVC).

³ Vgl. Abschnitt 7 des Einleitungskapitels.

⁴ Vgl. Abbildung II.1 in Kapitel II.

Berücksichtigung im Interesse einer rationalen und empirisch fundierten Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik nicht vernachlässigt werden kann und weiterer Aufklärung bedarf.

192. Die Monopolkommission hat die den verfügbaren Datenquellen entnommenen Einzelangaben über die Kapitalbeteiligungen der Unternehmen zu Beteiligungsnetzen verbunden, diese nach kontrollierenden Beteiligungen strukturiert, zu jedem kontrollierten Unternehmen den ultimativen Eigner ermittelt und dementsprechend die einzelnen Unternehmen zu Gruppen zusammengefasst.

Komplexe Verflechtungsrechnungen können in Analogie zur Input-Output-Analyse durchgeführt werden. Sie basiert auf einem System von Matrizengleichungen und der Modellierung von Verflechtungen innerhalb der mathematischen Graphentheorie. Dieser spezifische methodische Zugang und Lösungsweg eröffnet die Möglichkeit, auch umfangreiche und komplexe Verflechtungsstrukturen rechnergestützt exakt zu bearbeiten. Das Verfahren zur Analyse der Kapitalverflechtungen zielt zunächst darauf ab, die manifesten Beteiligungen in definitive Anteilswerte umzurechnen. Das geschieht für Unternehmen und deren ultimative Eigner. Da die Anteilseigner auf jeder Stufe selbst abhängige Einheiten sein können, deren Kapital von Dritten gehalten wird, ist ein Durchrechnen der Beteiligungsquoten gegebenenfalls über eine Vielzahl von Beteiligungsstufen und -ketten auch unter Beachtung möglicher Rückverflechtungen notwendig.⁵

1.2 Wirtschafts- und wettbewerbspolitische Bedeutung von Unternehmensgruppen

193. Das genuine Erkenntnisinteresse der Monopolkommission an der Berücksichtigung von Unternehmensgruppen ist darauf gerichtet, die Konzentrationsberichterstattung auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Entscheidungseinheiten unabhängig von deren Rechtsform oder sonstigen formalen Merkmalen zu stützen. Dies bedeutet, den Einfluss der Gruppenbildung der Unternehmen in den Wirtschaftsbereichen empirisch zu erfassen und bei der Ermittlung der Größenstrukturen und der Bestimmung des Konzentrationsgrades zu berücksichtigen. Hierfür reicht die Ermittlung des Mengengerüsts der gruppenzugehörigen Unternehmen und deren Gruppen allein nicht aus. Die jeweiligen Fallzahlen sind mit dem Umsatz oder der Anzahl der Beschäftigten ökonomisch zu gewichten.

Weitgehend zuverlässige und präzise Angaben zum Umsatz nach Art und Höhe, der daraus abgeleiteten Zuord-

nung zu einem Wirtschaftsbereich, der Anzahl der Beschäftigten oder sonstige Angaben über einzelne Unternehmen liegen nur im Rahmen der amtlichen Unternehmensstatistik vor. Die Monopolkommission ist daher – wie es der Gesetzgeber aus diesem Grund vorgesehen hat – auf die Zusammenarbeit mit den statistischen Ämtern des Bundes und der Länder angewiesen. Auf die hierbei noch immer nicht vollständig ausgeräumten Probleme wird in Abschnitt 7 des Einleitungskapitels zu diesem Gutachten nachdrücklich hingewiesen.

194. Das wesentliche konzeptionelle Problem, in Zusammenarbeit mit der amtlichen Statistik Unternehmensgruppen konzentrationsstatistisch zu berücksichtigen, besteht darin, dass die notwendigen Angaben über Umsatz und Beschäftigte auf der Grundlage amtlicher Erhebungen nur für das Produzierende Gewerbe vorliegen. Das seit Ende der neunziger Jahre im Aufbau begriffene amtliche Unternehmensregister, das über 3 Millionen Einheiten in allen Wirtschaftsbereichen erfassen soll, ist insoweit noch nicht einsatzfähig.

195. Die Monopolkommission ist aufgrund der Restriktionen der amtlichen Statistik auf die Berücksichtigung von Unternehmensgruppen in ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes beschränkt. Dies hat zur Konsequenz, dass es nur für einen Bruchteil der Grundgesamtheit – 7 556 (1,4 Prozent) von insgesamt 535 798 gruppenzugehörigen Unternehmen⁶ – möglich ist, zumindest zwei und mehr Mitglieder der tatsächlich bestehenden Unternehmensgruppen als eine ökonomische Einheit zu erfassen. In den Fällen, in denen Unternehmensgruppen über den Bereich des Produzierenden Gewerbes hinaus diversifizieren, sind dort nur Teilgruppen nachweisbar, die zudem in der Mehrzahl der Fälle nur aus einem einzigen Mitglied bestehen. Darüber hinaus bleiben gruppenzugehörige Unternehmen mit weniger als 20 Beschäftigten unberücksichtigt, weil sie die Erfassungsgrenze amtlicher Erhebungen bei den Unternehmen des Produzierenden Gewerbes nicht erreichen.

Eine ausführliche Darstellung der konzentrationsstatistischen Ergebnisse unter Berücksichtigung der Gruppenbildung der Unternehmen in ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes enthält Kapitel II dieses Gutachtens.

2. Die Struktur gruppenzugehöriger deutscher Unternehmen nach Wirtschaftsbereichen und Bundesländern, nach der Kontrolle durch staatliche Stellen und ausländische ultimative Eigner

196. Im Folgenden wird das Mengengerüst der gruppenzugehörigen Unternehmen nach verschiedenen grundlegenden Merkmalen strukturiert; die Ergebnisse werden in den Tabellen I.1.1 bis I.2.6 zusammengefasst. Eine nähere Begründung zu deren wirtschafts- und konzentra-

⁵ Zu den analytisch-theoretischen Grundlagen der angewendeten Verfahren vgl. Grund, Friedrich, Ryll, Stefan, Empirische Kapitalverflechtungsrechnungen und -analysen, in: Ryll, Stefan, Yenai, Alparslan (Hrsg.): Politik und Ökonomie, Festschrift für Gerhard Huber, Marburg 2000, S. 189–209; Huber, Gerhard, Ryll, Stefan, Kapitalbeteiligungen von Bund und Ländern, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Bd. 12, 1989, S. 287–305; vgl. Stankov, D., Die Kapitalverflechtungen hinter den Dax 30, Diss. Freie Universität Berlin 2006, erscheint demnächst.

⁶ Datenbasis: Integration der Bestände der Datenquellen VVC und BvD, Schnittmenge aus der Quelle VVC.

tionsstatistischer Relevanz findet sich zu den entsprechenden Tabellen für das Produzierende Gewerbe in Kapitel II.

Abbildung I.1 zeigt die besondere Position der neuen Bundesländer, die sie deutlich von den alten Bundesländern unterscheidet: Die gruppenzugehörigen Unternehmen in den neuen Bundesländern werden zum größten Teil durch ultimative Eigner kontrolliert, die ihren Sitz in den alten Bundesländern haben. Umgekehrt überschreiten die gruppenzugehörigen Unternehmen von ultimativen Eignern in den neuen Bundesländer nur in wenigen Fällen die jeweilige Landesgrenze.

197. Der von der Monopolkommission ermittelte empirische Befund enthält zusammenfassend einige bemerkenswerte Fakten:

- Die überwiegende Mehrheit der Tochtergesellschaften (70,2 Prozent) wird mehrheitlich kontrolliert. Das spricht dafür, dass die Kapitelbeteiligungen an Unternehmen überwiegend strukturelle Bedeutung haben. Nahezu die Hälfte (49,0 Prozent) aller kontrollierten Tochtergesellschaften gehören einer Unternehmensgruppe mit zwei und mehr Mitgliedern an. In etwa einem Viertel der Fälle ist der ultimative Eigner selbst ein Unternehmen. Die mittlere Gruppengröße beträgt zwei bis drei Mitglieder, variiert aber innerhalb eines weiten Bereichs, in einzelnen Fällen bis zu über 1 000 Mitglieder (vgl. Tabelle I.1.1).
- Die Integration der beiden verfügbaren Datenbestände VVC und BvD führt bei alternativer Verwendung der gemeinsamen Schnittmenge in zusammengefasster Form zu vergleichbaren Ergebnissen (vgl. Tabelle I.1.2). Ein unmittelbarer Vergleich der Datenbestände deckt jedoch verschiedene und teilweise erhebliche Widersprüche auf. Dies zeigt insbesondere ein Vergleich der Ergebnisse für die DAX-30-Unternehmen. Die Einordnung der Unternehmen als ultimativer Eigner und die ihnen zugeordneten Unternehmensgruppen sind nach Größe, Zusammensetzung und Struktur nicht kongruent (vgl. Tabelle I.1.3).
- Die Anzahl gruppenzugehöriger Unternehmen, die nur mit einem Mitglied einem Wirtschaftsbereich zugeordnet werden können, ist – im Unterschied zu den Ergebnissen für die von der amtlichen Statistik ausgewählten Bereiche des Produzierenden Gewerbes – bei einer alle Wirtschaftsbereiche und Größenklassen umfassenden Datenbasis sehr gering. Der Schwerpunkt der Gruppenbildung liegt gemessen an der Anzahl der Unternehmen im Dienstleistungsbereich (42,9 Prozent), gefolgt von den Bereichen Handel und Verkehr (19,4 Prozent) und vom Produzierenden Gewerbe (17,2 Prozent). Die ausschließliche Beschränkung der

amtlichen Statistik auf diesen Bereich ist daher wenig repräsentativ (vgl. Tabelle I.2.1).

- Unter den Bundesländern konzentrieren sich die gruppenzugehörigen Unternehmen etwa zur Hälfte auf Nordrhein-Westfalen, Bayern und Baden-Württemberg (vgl. Tabelle I.2.2). Dies gilt weitgehend für alle Wirtschaftsbereiche (vgl. Tabelle I.2.3).

Besonders bemerkenswert ist, dass der Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen in den neuen Bundesländern, deren jeweiliger ultimativer Eigner im gleichen Bundesland seinen Sitz hat, sehr gering ist, d. h. die Mehrheit der kontrollierenden Eigner hat seinen Sitz in den alten Bundesländern (vgl. Tabelle I.2.4, Abbildung I.1). Diese Tendenz ist auch im Produzierenden Gewerbe deutlich ausgeprägt.⁷

- 8 018 Unternehmen werden durch Gebietskörperschaften auf der Ebene des Bundes, der Länder oder der Gemeinden sowie durch sonstige staatliche Stellen kontrolliert. Auf der Ebene des Bundes befinden sich viele Unternehmen aus dem Bereich der ehemaligen Treuhandanstalt. Die Hälfte (49,8 Prozent) der staatlich kontrollierten Unternehmen entfällt auf den Dienstleistungsbereich, nicht unerhebliche Teile auf Handel und Verkehr (15,6 Prozent), aber mit 897 oder 11,2 Prozent auch auf das Verarbeitende Gewerbe. In diesem Bereich hat die amtliche Statistik keine gruppenzugehörigen Unternehmen festgestellt (vgl. Tabelle I.2.5).
- 30 097 oder 5,65 Prozent der gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen werden von ausländischen ultimativen Eignern kontrolliert. Höhe und Entwicklung des Anteils indizieren den internationalen Wirtschaftsstandort Deutschlands. Der Anteil der aus dem Ausland kontrollierten Unternehmen konzentriert sich etwa zur Hälfte (48,6 Prozent) auf die USA, die Niederlande und die Schweiz. Die mittlere Gruppengröße beträgt 3,8 Unternehmen. Sie liegt damit über dem mittleren Wert von drei Unternehmen der Gruppen mit deutschen ultimativen Eignern (vgl. Tabelle I.2.6).

Das nach verschiedenen Gesichtspunkten aufzubereitende Mengengerüst der Unternehmensgruppen erhält erst dann sein besonderes ökonomisches Gewicht, wenn die Fallzahlen mit dem Umsatz oder der Anzahl der Beschäftigten gewichtet werden können. Dies war aber aus den dargestellten Restriktionen des amtlichen statistischen Systems nur für wenige Wirtschaftsbereiche möglich.

⁷ Vgl. die Tabellen II.8 und II.9 sowie die Abbildungen II.7 und II.8 in Kapitel II.

Tabelle I.1.1

**Mengengerüst der Kapitalbeteiligungen, Kontrollbeziehungen, gruppenzugehörigen
deutschen Unternehmen und Unternehmensgruppen**

Datenbasis: Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC)

– Deutschland Ende 2003 –

lit.	Menge	Unternehmen	Anzahl	Anteil (%)
a	b+c	Tochterunternehmen insgesamt	1.248.555	100,0
b		– nicht kontrolliert	334.759	26,8
c	d+e+f	– kontrolliert	913.796	73,2
d		– mehrheitlich ¹	882.795	70,7
e		– qualifizierte Minderheit ²	29.983	2,4
f		– kumuliert ³	1.018	0,1
g	h+i	Unternehmen in Kontrollbeziehungen	950.258	100,0
h	c	– kontrollierte Tochterunternehmen	913.796	96,2
i		– oberste Eigner, die deutsche Unternehmen sind ⁴	36.462	3,8
j	k+l	Unternehmen in kontrollierten Gruppen ⁵	466.029	100,0
k		– kontrollierte Unternehmen	319.932	68,7
l		– kontrollierende Unternehmen	146.097	31,3

Datenquelle:

Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss, Datenlieferung vom 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Aufbereitung im Auftrag der Monopolkommission: Dr. Jens Kammerath, Königswinter

Anmerkungen:

- ¹ Unternehmen, die ggf. über mehrere Stufen einer Beteiligungskette durch einen Anteilseigner kontrolliert werden, der mehr als 50 Prozent des Grund- bzw. Stammkapitals hält.
- ² Unternehmen, die durch einen Anteilseigner kontrolliert werden, der eine qualifizierte Minderheit am Kapital hält, die mehr als 25 Prozent und nicht mehr als 50 Prozent beträgt und nicht vom zweit- und drittgrößten Anteilseigner erreicht wird.
- ³ Unternehmen, die mehrheitlich über indirekte Kapitalbeteiligungen kontrolliert werden, die additiv über mehrere Beteiligungsketten bestehen.
- ⁴ Oberster oder 'ultimativer' Eigner eines Unternehmens ist derjenige kontrollierende Eigner einer Kapitalbeteiligung, der selbst durch keinen anderen Eigner kontrolliert wird. Er gehört einer deutschen Unternehmensgruppe an, wenn er selbst ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland ist.
- ⁵ Eine Unternehmensgruppe besteht aus mindestens zwei Unternehmen, die ggf. über mehrere Beteiligungsstufen und -ketten von einem ultimativen Eigner kontrolliert werden, sowie dem ultimativen Eigner selbst, wenn dieser ein Unternehmen ist. Einer 'deutschen' Unternehmensgruppe müssen mindestens zwei Unternehmen mit Sitz in Deutschland angehören. Sie bilden eine deutsche Teilgruppe, wenn sie Mitglied einer multinationalen Unternehmensgruppe sind.

Tabelle I.1.2

Mengengerüst der gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen
 Datenbasis: Integration der Bestände der Datenquellen BvD und VVC
 – Deutschland Ende 2003 –

Anzahl der Unternehmen	Einzelne Bestände			Integrierte Gesamtbestände			
	BvD	VVC	Schnittmenge BvD und VVC	Schnittmenge aus BvD	Integrierter Bestand	Überhang aus VVC	Überhang aus BvD
(a)	(b)	(b)	(c)	(d)	(e)	(d) + (a)	(e) + (b)
Kontrollierte Unternehmen sowie deutsche Firmen als Ultimates (vor Bereinigung)	251.041	466.029	181.271	535.799	535.799	284.758	69.770
Namens- /Adressdubletten	541	1.644	541	1.644	1.644	1.103	
ausländische Tochterunternehmen		1.140		1.140	1.140	1.140	
nicht valide Namensfelder	2	266		268	268	266	2
Kontrollierte Unternehmen und deutsche Unternehmen als Ultimates (nach Bereinigung)	250.498	462.979	180.730	532.747	532.747	282.249	69.768
davon aus BvD	250.498		180.730	250.498	69.768		69.768
Anteil am Gesamtbestand (%)	47,0		33,9	47,0	13,1		
davon aus VVC		462.979	180.730	282.249	462.979	282.249	
Anteil am Gesamtbestand (%)		86,9	33,9	53,0	86,9		
Anzahl der Unternehmensgruppen	79.620	146.074		191.938	181.297	112.318	35.223
Gruppen mit zwei und mehr Unternehmen	79.520	144.323		173.645	165.662	94.125	21.339
Gruppen mit nur einem Unternehmen	100	1.751		18.293	15.635	18.193	13.884
Unternehmen in Gruppen mit zwei und mehr Unternehmen	250.398	461.228		514.454	517.112	264.056	55.884

Datenquellen:

¹ Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze nach 466 029 gruppenzugehörigen Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Erfassung der Beteiligungsnetze nach 251 041 gruppenzugehörigen Unternehmen

Tabelle I.1.3

DAX 30 – Anzahl der gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen und Unternehmensgruppen

Datenbasis: Vergleich der Bestände der Datenquellen VVC und BvD

– Deutschland Ende 2003 –

Ifd. Nr.	Name des Unternehmens	abweichende ultimative Eigner ^a			Gruppenzugehörige Unternehmen									
					VVC ^b	Datenquelle BvD			Vergleich der Datenquellen VVC/BvD					
		VVC	BvD	n. vgl. ^c		(c)	(d)	(e)	(f)	nach BvD	nach MK ^d	Differenz	Differenz	(j=g–f)
(a)	(b)								(g)	(h)	(i=h–g)	(k)	(l)	(m)
DAX 30 – Unternehmen (vergleichbare Einheiten)		6	3	2	4.542	4.344	3.773	– 571	– 198	15				13
1	adidas-Salomon Aktiengesellschaft				4	5	5		+ 1					x
2	Allianz Aktiengesellschaft				289	267	234	– 33	– 22	x				
3	ALTANA Aktiengesellschaft	x	x		36	33	33		– 3	x				
4	BASF Aktiengesellschaft				80	84	84		+ 4					x
5	Bayer Aktiengesellschaft				68	67	66	– 1	– 1	x				
6	Bayerische Motoren Werke Aktien- gesellschaft BMW-Haus				32	33	31	– 2	+ 1					x
7	COMMERZBANK Aktiengesell- schaft				79	171	144	– 27	+ 92					x
8	Continental Aktiengesellschaft				39	53	53		+ 14					x
9	DaimlerChrysler Aktiengesell- schaft				195	301	299	– 2	+ 106					x
10	DEUTSCHE BANK Aktiengesellschaft				479	264	263	– 1	– 215	x				
11	Deutsche Börse Aktiengesellschaft				15	18	18		+ 3					x
12	Deutsche Lufthansa Aktiengesell- schaft				96	69	67	– 2	– 27	x				
13	Deutsche Post Aktiengesellschaft	x		x	468	88	88		– 380					

noch Tabelle I.1.3

Ifd. Nr.	Name des Unternehmens	abweichende ultimative Eigner ^a			Gruppenzugehörige Unternehmen							
		VVC	BvD	n. vgl. ^c	VVC ^b	Datenquelle BvD			Vergleich der Datenquellen VVC/BvD			
						nach BvD	nach MK ^d	Differenz	Differenz	Differenz	VVC>BvD	VVC=BvD
(a)	(b)	(c)	(d)	(e)	(f)	(g)	(h)	(i=h-g)	(j=g-f)	(k)	(l)	(m)
14	Deutsche Telekom Aktiengesellschaft				146	97	97		- 49	x		
15	E.ON Aktiengesellschaft				402	305	239	- 66	- 97	x		
16	Fresenius Medical Care Aktiengesellschaft	x			41	10	10		- 31	x		
17	Henkel Kommanditgesellschaft auf Aktien	x	x	x	67	36	36		- 31			
18	Hypo Real Estate Holding Aktiengesellschaft				12	20	20		+ 8			x
19	INFINEON TECHNOLOGIES Aktiengesellschaft				20	28	26	- 2	+ 8			x
20	Linde Aktiengesellschaft				49	43	35	- 8	- 6	x		
21	MAN Aktiengesellschaft	x			174	119	119		- 55	x		
22	METRO Aktiengesellschaft	x	x		569	833	834	+ 1	+ 264			x
23	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG in München				201	553	154	- 399	+ 352			x
24	RWE Aktiengesellschaft				526	310	301	- 9	- 216	x		
25	SAP Aktiengesellschaft				22	27	27		+ 5			x
26	Schering Aktiengesellschaft				30	25	24	- 1	- 5	x		
27	Siemens Aktiengesellschaft Berlin und München				229	306	303	- 3	+ 77			x
28	ThyssenKrupp Aktiengesellschaft				486	145	140	- 5	- 341	x		
29	TUI Aktiengesellschaft				144	87	81	- 6	- 57	x		
30	VOLKSWAGEN Aktiengesellschaft				79	71	66	- 5	- 8	x		

noch Tabelle I.1.3

Ifd. Nr.	Name des Unternehmens	abweichende ultimative Eigner ^a			Gruppenzugehörige Unternehmen							
		VVC	BvD	n. vgl. ^c	VVC ^b	Datenquelle BvD			Vergleich der Datenquellen VVC/BvD			
						nach BvD	nach MIK ^d	Differenz	Differenz	Differenz	VVC>BvD	VVC=BvD
(a)	(b)	(c)	(d)	(e)	(f)	(g)	(h)	(i=h-g)	(j=g-f)	(k)	(l)	(m)
Ausgewählte weitere Unternehmensgruppen												
1	Celanese Aktiengesellschaft				8	15	12	- 3	+ 7			x
2	PROCTER & GAMBLE CO				29	25	24	- 1	- 4	x		
3	Vivantes – Netzwerk für Gesundheit GmbH	x	x	x	172	48	48		- 124			

Zeichenerklärung:

- ^a Konzernobergesellschaft nicht als Ultimate identifiziert
- ^b einschl. qualifizierte Minderheiten
- ^c Unternehmensgruppen nicht vergleichbar
- ^d eigene Berechnungen im Auftrag der Monopolkommission, ohne kumulative Kontrolle

Datenquellen:

- ¹ Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Erfassung der Beteiligungsnetze nach 466 029 gruppenzugehörigen Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter
- ² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Erfassung der Beteiligungsnetze nach 251 040 gruppenzugehörigen Unternehmen

Tabelle I.2.1

Anzahl der gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen nach Wirtschaftsbereichen
 Datenbasis: Vergleich und Integration der Bestände der Datenquellen VVC und BvD
 – Deutschland Ende 2003 –

Wirtschaftsbereich (WZ 2003)		Datenbestände		Einzelne Bestände		integrierter Gesamtbestand		
Bezeichnung	WZ	BvD	VVC	mit Schnittmenge aus BvD	in Gruppen ≥ 2	insgesamt	mit Schnittmenge aus VVC	in Gruppen ≥ 2
Insgesamt	A-O	251.041	466.029	532.747	514.454	532.747	517.112	
Land- und Forstwirtschaft, Fischerei	A, B	1.823	3.801	4.152	4.006	4.189	4.101	
Produzierendes Gewerbe	C-F	47.923	95.032	103.336	100.324	105.146	103.187	
Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden	C	934	1.563	1.683	1.636	1.714	1.676	
Verarbeitendes Gewerbe	D	32.933	58.540	64.116	62.106	65.299	63.960	
Ernährungsgewerbe und Tabakverarbeitung	DA	2.551	4.637	5.044	4.905	5.143	5.050	
Textil- und Bekleidungsgewerbe	DB	1.273	3.005	3.173	3.069	3.233	3.184	
Ledergewerbe	DC	159	432	460	446	463	449	
Holzgewerbe (ohne Herstellung von Möbeln)	DD	969	2.079	2.278	2.212	2.304	2.248	
Papier-, Verlags- und Druckgewerbe	DE	5.219	8.928	9.807	9.455	10.002	9.782	
Kokerei, Mineralölverarbeitung, Herst. u. Verarb. v. Spalt- und Brutstoffen	DF	97	187	198	195	201	198	
Herstellung von chemischen Erzeugnissen	DG	1.739	2.760	3.003	2.909	3.070	3.016	
Herstellung von Gummi- und Kunststoffwaren	DH	1.956	3.176	3.523	3.425	3.578	3.485	
Glasgewerbe, Herstellung v. Keramik, Verarbeitung v. Steinen u. Erden	DI	2.016	3.653	3.927	3.805	4.014	3.963	
Metallherzeugung u. -bearbeitung, Herstellung v. Metallherzeugnissen	DJ	5.232	8.932	9.877	9.577	10.030	9.830	
Maschinenbau	DK	4.706	8.601	9.356	9.032	9.533	9.324	

noch Tabelle I.2.1

Datenbestände		Einzelne Bestände		integrierter Gesamtbestand	
Wirtschaftsbereich (WZ 2003)		BvD	VVC	mit Schnittmenge aus BvD	mit Schnittmenge aus VVC
Bezeichnung	WZ			insgesamt	insgesamt
H. v. Büromaschinen, DV-Geräten; Elektrotechnik, Feinmechan. u. Optik	DL	4.215	7.064	7.883	8.027
Fahrzeugbau	DM	1.017	1.754	1.926	1.966
Herst. v. Möbeln u. Schmuck, Musikinstr., Sportger. u. a., Recycling	DN	1.784	3.332	3.661	3.735
Energie- und Wasserversorgung	E	1.457	2.332	2.575	2.608
Baugewerbe	F	12.599	32.597	34.962	35.525
Handel und Verkehr	G-I	52.679	103.275	115.963	117.949
Handel; Instandhaltung u. Reparatur von Kraftfahrzeugen u. Gebrauchsgütern	G, H	43.746	86.901	97.692	99.395
Verkehr und Nachrichtenübermittlung	I	8.933	16.374	18.271	18.554
Dienstleistungen	J-O	121.226	228.794	249.371	253.652
Kredit-, Versicherungsgewerbe	J	4.225	7.831	8.745	8.882
Grundst.- u. Wohnungswesen, Verm. bewegl. Sachen, wirtschaftl. Dienstlsg.	K				
Öffentl. Verwaltung, Erziehung u. Unterricht, Sozialwesen, sonst. Dienstlsg.	L-O	102.275	194.000	210.671	214.388
Private Haushalte, Extraterritoriale Organisationen u. Körperschaften	P-Q	23	30	40	40
ohne Angabe zum Wirtschaftsbereich	o. A.	27.367	35.097	59.885	51.771

Datenquellen:

¹ Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze nach 466 029 gruppenzugehörigen Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Erfassung der Beteiligungsnetze nach 251 040 gruppenzugehörigen Unternehmen.

Tabelle I.2.2

Anzahl der gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen nach Bundesländern
 Datenbasis: Vergleich und Integration der Bestände der Datenquellen VVC und BvD
 – Deutschland Ende 2003 –

Datenbestände	Einzelne Bestände		integrierter Gesamtbestand					
	BVD	VVC	mit Schnittmenge aus BVD			mit Schnittmenge aus VVC		
			insgesamt	ohne Ultimates ^a	in Gruppen ≥ 2	ohne Ultimates ^a	in Gruppen ≥ 2	ohne Ultimates ^a
Bundesländer								
Unternehmen insgesamt	251.041	466.029	532.747	512.435	514.454	494.154	532.747	513.045
1 Schleswig-Holstein	8.539	17.454	19.309	18.909	18.575	18.175	19.602	19.129
2 Hamburg	12.217	19.556	22.219	21.551	21.514	20.846	22.612	22.098
3 Niedersachsen	19.628	39.233	42.820	41.875	41.309	40.364	43.547	42.569
4 Bremen	3.330	5.086	5.525	5.338	5.282	5.096	5.639	5.490
5 Nordrhein-Westfalen	55.899	117.922	127.105	124.315	122.628	119.840	129.341	126.617
6 Hessen	17.289	34.154	38.064	37.137	36.625	35.699	38.701	37.723
7 Rheinland-Pfalz	8.268	17.886	19.347	18.928	18.631	18.213	19.656	19.231
8 Baden-Württemberg	28.492	53.963	59.088	57.356	56.962	55.230	59.999	58.662
9 Bayern	35.667	68.435	76.051	74.136	73.387	71.472	77.290	75.411
10 Saarland	1.876	4.454	4.726	4.616	4.508	4.398	4.780	4.661
11 Berlin	9.510	23.293	24.820	24.348	23.968	23.496	25.396	24.912
12 Brandenburg	5.006	11.489	12.375	12.112	11.944	11.683	12.597	12.349
13 Mecklenburg-Vorpommern	3.752	9.103	9.776	9.566	9.437	9.227	9.906	9.695
14 Sachsen	7.626	18.892	20.371	19.977	19.634	19.241	20.700	20.277
15 Sachsen-Anhalt	3.941	10.020	10.646	10.453	10.268	10.076	10.838	10.639
16 Thüringen	4.078	10.231	10.960	10.766	10.554	10.360	11.112	10.902
o. A. zum Bundesland	25.923	4.858	29.545	21.052	29.228	20.738	21.031	12.680
Ultimative Eigner	79.621	146.074		20.312		20.300		4.067

Anmerkungen:

^a Ohne deutsche Unternehmen, die als ultimative Eigner einer Unternehmensgruppe angehören.

Datenquellen:

¹ Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Teilungszugehörigen Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Erfassung der Teilungszugehörigen Unternehmen.

Tabelle I.2.3

Anzahl der gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen nach Wirtschaftsbereichen und Bundesländern
 Datenbasis: Integration der Bestände der Datenquellen VVC und BvD, Schnittmenge aus der Quelle VVC
 – Deutschland Ende 2003 –

Wirtschaftsbereiche (WZ 2003)	WZ	SH	HH	Nds	HB	NRW	H	RP	BW	BY	SL	B	BB	MV	S	SA	T	o. A.	Insges.
Insgesamt	A-O	19.602	22.612	43.547	5.639	129.341	38.701	19.656	59.999	77.290	4.780	25.396	12.597	9.906	20.700	10.838	11.112	21.031	532.747
Land- und Forstwirtschaft, Fischerei	A,B	153	52	351	7	427	143	148	206	242	19	87	628	513	486	332	392	3	4.189
Produzierendes Gewerbe	C-F	3.677	2.097	9.018	758	25.472	6.926	4.226	14.220	13.681	985	4.429	3.564	2.407	6.387	3.591	3.612	96	105.146
Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden	C	60	21	214	5	299	108	113	211	276	15	17	51	47	108	93	70	6	1.714
Verarbeitendes Gewerbe	D	2.048	1.328	5.261	472	16.932	4.556	2.763	10.456	9.209	558	2.155	1.521	913	3.371	1.622	2.078	56	65.299
Ernährungs- und Lebensmittelverarbeitung	DA	232	109	584	80	1.093	258	311	530	763	56	160	177	137	263	189	196	5	5.143
Textil- und Bekleidungsgewerbe	DB	51	33	223	21	956	132	69	621	613	14	85	43	11	261	29	69	2	3.233
Ledergewerbe	DC	2	6	15		86	63	62	74	67	5	6	6	4	34	9	23	1	463
Holzgewerbe (ohne Herst. v. Möbel)	DD	45	12	198	14	588	143	127	384	319	12	42	79	56	101	76	108		2.304
Papier-, Verlags- und Druckgewerbe	DE	383	515	727	58	2.358	935	408	1.494	1.739	57	606	117	66	316	89	122	12	10.002
Kokerei, Mineralölverarb., H. u. Verarb. v. Brutt.	DF	3	27	21	2	68	11	2	20	9	3	6	5	2	6	11	3	2	201
Herst. von chemischen Erzeugnissen	DG	105	86	267	14	845	288	182	451	394	19	99	35	26	99	95	60	5	3.070
Herst. von Gummi- und Kunststoffwaren	DH	116	25	314	16	1.049	251	187	526	498	26	71	76	38	140	80	162	3	3.578
Glasgewerbe, H. v. Keramik, V. v. St. u. Erden	DI	118	35	407	19	771	262	266	435	662	41	97	159	85	292	154	209	2	4.014
Metallerz. u. -bearbeitg., Herst. v. Metallerzeugn.	DJ	236	88	735	60	3.463	558	349	1.497	969	123	259	313	146	533	347	350	4	10.030

noch Tabelle I.2.3

Wirtschaftsbereiche (WZ 2003)	WZ	SH	HH	Nds	HB	NRW	H	RP	BW	BY	SL	B	BB	MV	S	SA	T	o. A.	Insges.
Maschinenbau	DK	309	135	721	57	2.691	668	344	1.935	1.129	87	201	148	88	530	237	244	9	9.533
H. v. Büromasch., DV-Geräten u. a., Optik	DL	267	135	556	59	1.729	693	235	1.609	1.206	64	367	159	91	427	132	290	8	8.027
Fahrzeugbau	DM	89	54	200	44	380	100	86	327	276	18	48	55	60	107	59	62	1	1.966
Möbel u. Schmuck, Musikinstr. u. a., Recycling	DN	92	68	293	28	855	194	135	553	565	33	108	149	103	262	115	180	2	3.735
Energie- und Was- serversorgung	E	222	57	418	30	402	113	97	213	260	55	37	163	118	176	141	102	4	2.608
Baugewerbe	F	1.347	691	3.125	251	7.839	2.149	1.253	3.340	3.936	357	2.220	1.829	1.329	2.732	1.735	1.362	30	35.525
Handel und Verkehr	G-I	5.295	5.596	11.752	1.539	30.802	9.049	5.061	12.593	16.484	1.296	4.558	2.646	2.198	4.192	2.402	2.312	174	117.949
Handel: Instandh. u. Rep. v. Kfz. u. Gebr. güttern	G,H	4.378	4.057	9.235	1.082	26.685	7.660	4.341	10.906	14.200	1.111	3.966	2.230	1.784	3.621	2.016	1.993	130	99.395
Verkehr, Nachrich- tenübermittlung	I	917	1.539	2.517	457	4.117	1.389	720	1.687	2.284	185	592	416	414	571	386	319	44	18.554
Dienstleistungen	J-O	9.195	12.560	20.015	2.961	65.115	20.286	9.031	29.351	41.494	2.165	15.171	5.152	3.848	8.773	3.980	4.051	504	253.652
Kreditinstitute, Ver- sicherungsunterneh- men	J	283	561	577	123	2.029	996	344	1.024	1.879	107	396	85	79	203	89	91	16	8.882
Grundst.-, Woh- nungsw., Verm. bew. Sachen u. a.	K	7.792	10.399	17.141	2.554	55.713	17.152	7.624	25.642	36.223	1.641	12.123	3.802	3.043	6.999	2.938	3.180	422	214.388
Sonstige Dienstleis- tungen	L-O	1.120	1.600	2.297	284	7.373	2.138	1.063	2.685	3.392	417	2.652	1.265	726	1.571	953	780	66	30.382
Private Haushalte, Exterrior: Organisa- tionen u. a.	P-Q	2					5	3	8	7		2	2	3		1	1		40
o. A. zum Wirtschafts- bereich	o.A.	1.280	2.307	2.411	374	7.520	2.294	1.187	3.621	5.382	315	1.149	605	937	859	532	744	20.254	51.771

Datenquellen:

¹ Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze nach 466 029 gruppenzugehörigen Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Beteiligungsnetze nach 251 040 gruppenzugehörigen Unter-
nehmen.

Tabelle I.2.4

Anzahl und Sitz der gruppzugehörigen deutschen Unternehmen und ultimativen deutschen Eigner nach Bundesländern

Datenbasis: Integration der Bestände der Datenquellen VVC und BvD, Schnittmenge aus der Quelle VVC

– Deutschland Ende 2003 –

Sitz der gruppzugehörigen Unternehmen		Sitz der ultimativen deutschen Eigner nach Bundesländern																ohne Angabe	insgesamt
Sitz der Ultimates	SH	HH	Nds	HB	NRW	H	RP	BW	BY	SL	B	BB	MV	S	SA	Th	16	ohne Angabe	insgesamt
Insgesamt	17.530	19.755	39.694	5.156	116.508	33.320	17.792	53.754	69.068	4.423	23.218	11.553	9.235	18.992	10.053	10.327		15.763	476.141
1 Schleswig-Holstein	12.998	1.899	355	30	360	94	64	103	135	7	274	224	952	154	107	57		69	17.882
2 Hamburg	1.612	13.656	768	139	879	353	81	262	356	16	399	190	582	202	145	70		267	19.977
3 Niedersachsen	472	933	31.680	969	1.545	343	134	302	374	16	425	501	663	590	1.267	339		199	40.752
4 Bremen	63	142	636	3.378	173	38	22	47	78	3	55	31	112	80	47	28		54	4.987
5 Nordrhein-Westfalen	503	523	2.013	128	98.975	1.568	1.128	1.334	2.112	288	1.403	1.065	527	1.832	1.248	1.035		871	116.553
6 Hessen	147	273	461	31	2.051	25.103	651	869	1.123	63	508	211	96	695	251	816		537	33.886
7 Rheinland-Pfalz	44	25	125	14	846	547	13.536	493	223	145	107	92	43	366	123	228		90	17.047
8 Baden-Württemberg	123	192	424	52	1.314	779	517	45.079	1.697	107	557	448	128	1.330	363	468		460	54.038
9 Bayern	173	387	454	60	1.743	1.020	322	1.570	58.367	92	983	403	157	1.938	422	1.096		543	69.730
10 Saarland	6	19	28	1	113	58	166	99	96	3.395	30	27	6	77	31	32		15	4.199
11 Berlin	174	345	462	29	983	470	111	347	746	39	15.941	1.970	563	1.196	781	504		238	24.899
12 Brandenburg	34	39	103	10	253	76	29	71	102	12	1.110	5.635	143	193	133	49		12	8.004
13 Mecklenburg-Vorpommern	111	102	93	10	128	39	9	19	50	0	101	111	4.429	59	46	22		8	5.337
14 Sachsen	12	27	49	3	202	74	45	132	212	1	110	103	58	9.188	172	113		44	10.545
15 Sachsen-Anhalt	12	13	150	1	155	26	19	31	55	3	53	64	23	141	4.493	45		9	5.293
16 Thüringen	12	4	28	2	127	53	41	58	76	2	50	38	19	157	77	4.958		21	5.723
ohne Angaben	1.034	1.176	1.865	299	6.661	2.679	917	2.938	3.266	234	1.112	440	734	794	347	467		12.326	37.289
Ultimates im selben Bundesland (%)	74,1	69,1	79,8	65,5	85,0	75,3	76,1	83,9	84,5	76,8	68,7	48,8	48,0	48,4	44,7	48,0		78,2	76,3
Unternehmen im selben Bundesland (%)	72,7	68,4	77,7	67,7	85,0	74,1	79,4	83,4	83,7	80,8	64,0	70,4	83,0	87,1	84,9	86,6		33,0	–

Anmerkungen:

Einschließlich deutscher Unternehmen, die als ultimative Eigner Mitglied einer Unternehmensgruppe sind.

Datenquellen:

¹ Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze nach 466 029 gruppzugehörigen Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

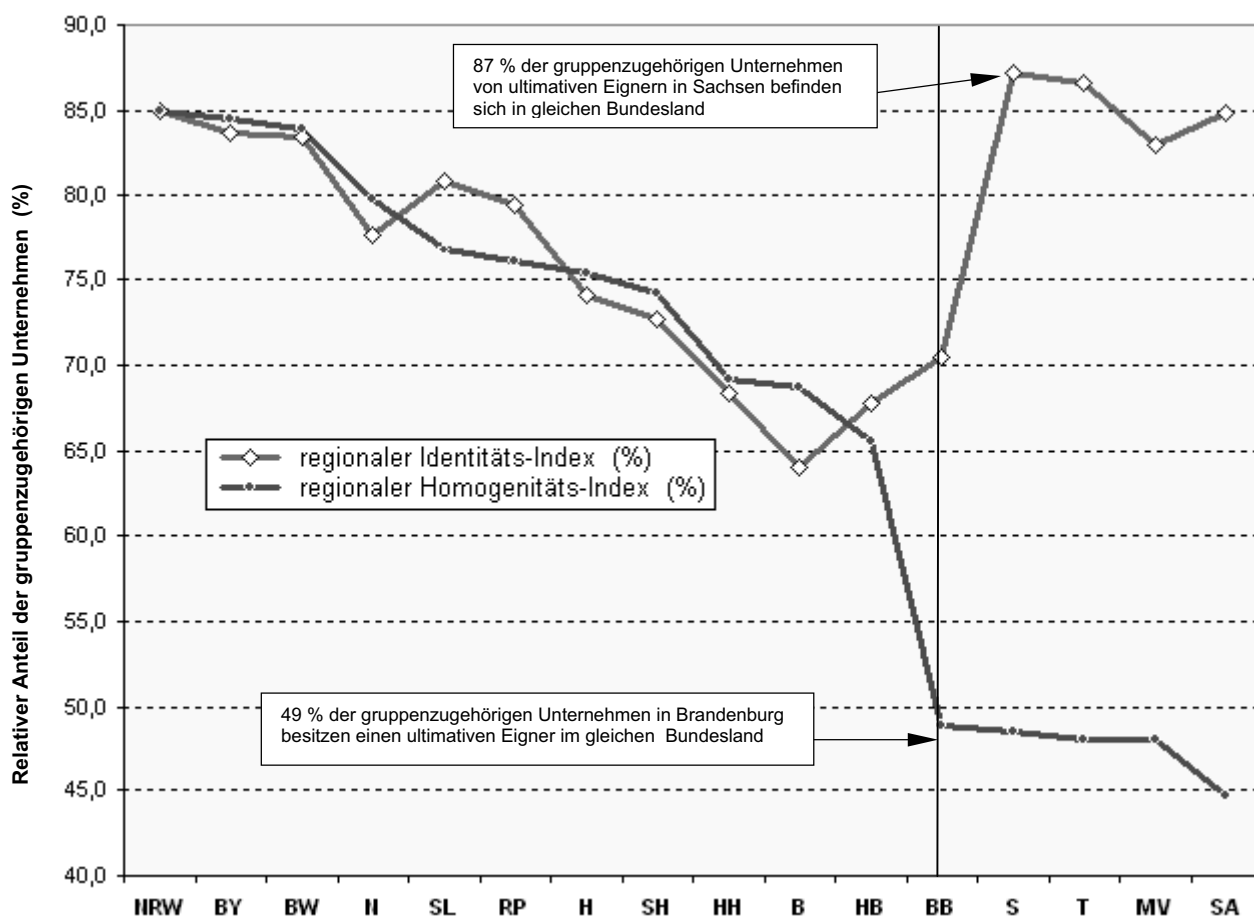
² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Erfassung der Beteiligungsnetze nach 251 040 gruppzugehörigen Unternehmen.

Abbildung I.1

Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen in einem Bundesland, deren ultimative Eigner ihren Sitz im gleichen Bundesland haben, bezogen auf alle gruppenzugehörigen Unternehmen

- in dem jeweiligen Bundesland
(regionale Homogenität der gruppenzugehörigen Unternehmen)
- der ultimativen Eigner auch in anderen Bundesländern
(regionale Identität der ultimativen Eigner)

– Deutschland Ende 2003 –



Bundesländer mit Sitz der gruppenzugehörigen Unternehmen und ihrer ultimativen Eigner

Anmerkungen:

Index der regionalen Homogenität (Prozent): Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen in einem Bundesland, deren ultimativer Eigner ihren Sitz im gleichen Bundesland haben, an allen gruppenzugehörigen Unternehmen in diesem Bundesland.

Index der regionalen Identität (Prozent): Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen in einem Bundesland, deren ultimativer Eigner ihren Sitz im gleichen Bundesland haben, an allen gruppenzugehörigen Unternehmen dieser Eigner auch in anderen Bundesländern.

Datenquellen:

Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der des Sitzes von 476 141 gruppenzugehörigen Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

Tabelle I.2.5

Anzahl der staatlich kontrollierten deutschen Unternehmen nach Wirtschaftsbereichen und Verwaltungsebenen

Datenbasis: Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC)

– Deutschland Ende 2003 –

Wirtschaftsbereich (WZ 2003)	WZ	gruppenzu- gehörige Unternehmen insg.	davon staatlich kontrolliert								
			insgesamt		Bund		Länder		Kommunen		
			Anzahl	Anteil (%)	direkt	Behör- den	direkt	Behör- den	Kreise	Städte	Ge- mein- den
			(d)	(e)	(f)	(g)	(h)	(i)	(j)	(k)	(l)
Insgesamt	A–O	466.029	8.018	1,7	13	2.599	403	295	871	3.503	334
Anzahl Ultimates (Gruppen)		146.074	1.098	0,8	4	18	20	12	222	674	148
Land- und Forstwirtschaft, Fischerei	A, B	3.801	234	6,2		211	2	6		14	1
Produzierendes Gewerbe	C–F	95.032	1.770	1,9	1	967	40	10	31	676	45
Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden	C	1.563	8	0,5		7				1	
Verarbeitendes Gewerbe	D	58.540	897	1,5		808	29	6	7	44	3
Ernährungsgewerbe und Tabakverarbeitung	DA	4.637	108	2,3		93	1		1	13	
Textil- und Bekleidungsgewerbe	DB	3.005	120	4,0		118	1		1		
Ledergewerbe	DC	432	36	8,3		36					
Holzgewerbe (ohne Herstellung von Möbeln)	DD	2.079	38	1,8		38					
Papier-, Verlags- und Druckgewerbe	DE	8.928	66	0,7		63	1	1		1	
Kokerei, Mineralölverarbeitung, Herstellung von Bruttoffenen	DF	187	4	2,1		4					
Chemische Industrie	DG	2.760	31	1,1		29	1			1	
Herstellung von Gummi- und Kunststoffwaren	DH	3.176	21	0,7		21					
Glasgewerbe, Keramik, Verarbeitung von Steinen und Erden	DI	3.653	37	1,0		36		1			
Metallerzeugung und -bearbeitung, Herstellung von Metallerzeugnissen	DJ	8.932	126	1,4		100	22	3		1	

noch Tabelle I.2.5

Wirtschaftsbereich (W/Z 2003)	WZ	gruppenzu- gehörige Unternehmen insg.	davon staatlich kontrolliert								
			insgesamt		Bund		Länder		Kommunen		
			Anzahl	Anteil (%)	direkt	Behör- den	direkt	Behör- den	Kreise	Städte	Ge- mein- den
(a)	(b)	(c)	(d)	(e)	(f)	(g)	(h)	(i)	(j)	(k)	(l)
Maschinenbau Herstellung von Büromaschinen, DV-Geräten, Elektrotechnik, Fein- mechanik und Optik Fahrzeugbau Möbel und Schmuck, Musikinstrumente usw., Recycling Energie- und Wasserversorgung Baugewerbe	DK	8.601	124	1,4		114	1	1		7	1
	DL	7.064	81	1,1		63	1			16	1
	DM	1.754	27	1,5		27					
	DN	3.332	78	2,3		66	1		5	5	1
	E	2.332	629	27,0		24	1	2	13	557	32
	F	32.597	236	0,7	1	128	10	2	11	74	10
	G-I	103.275	1.248	1,2		666	55	23	156	328	20
	G,H	86.901	666	0,8		539	28	7	13	64	15
	I	16.374	582	3,6		127	27	16	143	264	5
	J-O	228.794	3.991	1,7	7	502	280	238	588	2.195	181
Kredit- und Versicherungsgewerbe Grundstücks-, Wohnungswesen, Vermietung beweglicher Sachen u. a. Sonstige Dienstleistungsunternehmen	J	7.831	33	0,4		7	7	11		8	
	K	194.000	2.380	1,2	4	382	180	172	191	1.348	103
	L-O	26.963	1.578	5,9	3	113	93	55	397	839	78
	Staat, private Haushalte		30	3	10,0				1	2	
ohne Wirtschaftszweignuordnung	o. A.	35.097	772	2,2	5	253	26	18	95	288	87

Anmerkungen:

Gruppenzugehörige Unternehmen mit zwei und mehr Unternehmen einschließlich deutscher Unternehmen als ultimative Eigner.

Datenquellen:

Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze nach 466 029 gruppenzugehörigen Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

Tabelle I.2.6

Anzahl der gruppenzugehörigen deutschen Unternehmen unter ausländischer Kontrolle nach Ländern
 Datenbasis: Integration der Bestände der Datenquellen VVC und BvD, Schnittmenge aus der Quelle VVC
 – Deutschland Ende 2003 –

Länder			integrierter Datenbestand: VVC und BvD				davon: Datenbestand VVC			davon: Überhang Datenbestand BvD		
Nr.	ISO	Bezeichnung	Unter- nehmen	Gruppen	Anteil	Unter- nehmen je Gruppe	Unter- nehmen	Gruppen	Anteil	Unter- nehmen	Gruppen	Anteil
(a)	(b)	(c)	(d)	(e)	(f)	(g)	(h)	(i)	(j)	(k)	(l)	(m)
	alle Länder		532.747	181.297	100,0	2,94	462.979	146.074	100,0	69.768	35.223	100,0
	Deutschland		476.141	159.055	89,4	2,99	441.202	140.656	95,3	34.939	18.399	50,1
	Ausland		30.097	7.956	5,6	3,78	21.728	5.409	4,7	8.369	2.547	12,0
	o. A.		26.509	14.286	5,0	1,86	49	9	0,0	26.460	14.277	37,9
1	NL	Niederlande	5.633	1.404	1,1	4,01	4.352	1.012	0,9	1.281	392	1,8
2	CH	Schweiz	5.179	1.263	1,0	4,10	3.783	952	0,8	1.396	311	2,0
3	US	USA	3.820	1.040	0,7	3,67	2.609	649	0,6	1.211	391	1,7
4	FR	Frankreich	2.575	560	0,5	4,60	1.735	348	0,4	840	212	1,2
5	GB	Großbritan- nien	2.430	679	0,5	3,58	1.735	437	0,4	695	242	1,0
6	AT	Österreich	2.004	548	0,4	3,66	1.595	404	0,3	409	144	0,6
7	BE	Belgien	1.240	281	0,2	4,41	771	133	0,2	469	148	0,7
8	LU	Luxemburg	1.011	278	0,2	3,64	819	214	0,2	192	64	0,3
9	SE	Schweden	980	239	0,2	4,10	643	131	0,1	337	108	0,5
10	DK	Dänemark	919	297	0,2	3,09	581	168	0,1	338	129	0,5
11	IT	Italien	555	164	0,1	3,38	303	97	0,1	252	67	0,4
12	ES	Spanien	537	174	0,1	3,09	432	130	0,1	105	44	0,2
13	LI	Liechtenstein	456	116	0,1	3,93	410	97	0,1	46	19	0,1

noch Tabelle I.2.6

Länder			integrierter Datenbestand: VVC und BvD				davon: Datenbestand VVC			davon: Überhang Datenbestand BvD		
Nr.	ISO	Bezeichnung	Unter- nehmen	Gruppen	Anteil	Unter- nehmen je Gruppe	Unter- nehmen	Gruppen	Anteil	Unter- nehmen	Gruppen	Anteil
(a)	(b)	(c)	(d)	(e)	(f)	(g)	(h)	(i)	(j)	(k)	(l)	(m)
14	JP	Japan	376	147	0,1	2,56	247	85	0,1	129	62	0,2
15	FI	Finnland	284	71	0,1	4,00	131	37	0,0	153	34	0,2
16	CA	Kanada	134	45	0,0	2,98	110	34	0,0	24	11	0,0
17	ZA	Südafrika	130	16	0,0	8,13	69	9	0,0	61	7	0,1
18	NO	Norwegen	127	43	0,0	2,95	94	28	0,0	33	15	0,0
19	IE	Irland	121	35	0,0	3,46	86	25	0,0	35	10	0,1
20	PL	Polen	101	33	0,0	3,06	93	29	0,0	8	4	0,0
sonstige 81 Länder < 100 Unternehmen			1.485	523	0,3	2,84	1.130	390	0,2	355	133	0,5

Anmerkungen:

Einschließlich deutscher Unternehmen, die als ultimative Eigner Mitglied einer Unternehmensgruppe sind.

Datenquellen:

- ¹ Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Teilungszugehörigen Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.
- ² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Erfassung der Teilungszugehörigen Unternehmen.

Kapitel II

Einfluss der Gruppenbildung der Unternehmen auf den Konzentrationsgrad im Produzierenden Gewerbe 2003

1. Konzeptionelle, methodische und empirische Grundlagen

1.1 Konzeptionelle und methodische Grundlagen

198. Schwerpunkt des vorliegenden Kapitels ist eine Untersuchung des Einflusses der Gruppenbildung der Unternehmen auf den Konzentrationsgrad der Wirtschaft im Produzierenden Gewerbe. Dadurch soll der Einfluss des externen Unternehmenswachstums auf den Konzentrationsgrad der Wirtschaft empirisch näher bestimmt werden. Nach den Ergebnissen der Untersuchungen zu Kapitel I dieses Gutachtens nimmt die wirtschaftliche Konzentration durch die Gruppenbildung von Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen zu.

Rund die Hälfte (47,6 Prozent) aller gruppenzugehörigen Unternehmen haben ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt im Dienstleistungsbereich, ein Fünftel (22,4 Prozent) in den Bereichen Handel und Verkehr und ein weiteres Fünftel (19,7 Prozent) im Produzierenden Gewerbe.¹ Dies entspricht weitgehend den Ergebnissen für das Berichtsjahr 2001.²

1.1.1 Methodische Restriktionen der amtlichen Unternehmensstatistik

199. Das methodische Konzept der amtlichen Unternehmensstatistik basiert auf den jeweils kleinsten rechtlichen Einheiten, d. h. die Gruppenbildung der Unternehmen wird vernachlässigt. Dementsprechend werden auch rechtlich selbstständige Teile, in die ein Unternehmen als wirtschaftliche Einheit aufgeteilt sein kann, nicht zusammengeführt.

200. Die Untersuchung ist auf zentrale Bereiche des Produzierenden Gewerbes beschränkt.³ Nur für diesen Bereich liegen vergleichbare Angaben über einzelne Unternehmen aus den amtlichen Erhebungen vor. Für andere Wirtschaftsbereiche, wie das Handels- und Gaststättengewerbe und ausgewählte Teile des Dienstleistungsbereichs, sind lediglich Ergebnisse aus amtlichen Stichprobenerhebungen verfügbar. Diese sind in Bezug auf die Gruppenbildung der Unternehmen nicht repräsentativ.

Für andere Bereiche liegen keine amtlichen statistischen Ergebnisse vor.

201. Auch für das Produzierende Gewerbe ist die Repräsentativität der amtlichen Ergebnisse insoweit eingeschränkt, als in die Erhebungen nur Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten einbezogen werden. Dies führt zu einer systematischen Verzerrung der Größenstrukturen.⁴ Darüber hinaus besteht zwischen der Anzahl der Beschäftigten und der Höhe der Umsätze der Unternehmen zwar ein tendenzieller, infolge unterschiedlicher Arbeitsproduktivität aber nicht in allen Fällen eindeutiger Zusammenhang.

202. Die Berichtsperiode 2003 wurde gewählt, weil aktuellere Ergebnisse der amtlichen Statistik nicht verfügbar sind. Der zeitliche Rückstand von über zwei Jahren mag für die Beobachtung langfristiger Zeitreihen weniger von Bedeutung sein. Die teilweise bruchartige und folgenreiche Bildung, Restrukturierung oder Auflösung von Unternehmensgruppen verlangt jedoch eine zeitnähere Erfassung, um der Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik rechtzeitig Aufgreifkriterien zu liefern.

Die Beschränkung auf bestimmte Wirtschaftsbereiche, Erfassungsgrenzen und weniger aktuelle Berichtsperioden wäre weitgehend vermeidbar, wenn das seit Ende der neunziger Jahre im Aufbau begriffene amtliche Unternehmensregister uneingeschränkt funktionstüchtig wäre.

1.1.2 Methodisches Konzept der Monopolkommission

203. Die Monopolkommission stellt die konzentrationsstatistischen Ergebnisse mit und ohne Einbezug der Gruppenbildung der Unternehmen einander gegenüber. Der relative Anstieg des Konzentrationsgrades ist ein Maß für den Einfluss, den die Gruppenbildung der Unternehmen auf die Konzentration in der Wirtschaft empirisch ausübt.

Das methodische Konzept zur Erfassung von Unternehmensgruppen wurde in den vorangehenden Hauptgutachten der Monopolkommission wiederholt und eingehend beschrieben.⁵ Es steht mit dem vom Statistischen Amt der Europäischen Gemeinschaften entwickelten Konzept der „Unternehmensgruppe als statistische Einheit der

¹ Vergleiche Tabelle I.2.1 in Kapitel I.

² Vergleiche die entsprechenden Werte zum Berichtsjahr 2001 in Monopolkommission, Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2003, Tz. 176 ff., Tab. I.13.

³ Nach der Klassifikation der Wirtschaftszweige 2003 die Abschnitte C (Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden), D (Verarbeitendes Gewerbe) und F (Baugewerbe), d. h. ohne Abschnitt E (Energie und Wasserversorgung).

⁴ Die Monopolkommission hat versucht den Grad der Verzerrung für den absoluten Konzentrationsgrad abzuschätzen; vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Hauptgutachten 1998/1999, Baden-Baden 2000, Tab. I.10 bis I.19; dies., Hauptgutachten 2000/2001, a. a. O., Tz. 222 ff.; dies., Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden 2005, Tz. 297 ff., Tab. II.3.

⁵ Vergleiche zuletzt Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 281 ff.

Wirtschaft“ in Einklang.⁶ Die Monopolkommission beschränkt sich zur Operationalisierung des Begriffs der Unternehmensgruppe auf Kontrollbeziehungen zwischen Unternehmen aufgrund von Kapitalbeteiligungen. Hierbei werden kontrollierende direkte, indirekte und kumulative Mehrheits- und Minderheitsbeteiligungen über eine oder mehrere Beteiligungsstufen und -ketten einbezogen.

204. Da die amtliche deutsche Statistik keine Angaben zur Kapitalverflechtung erhebt, stehen als Datenquellen zu den Kapitalbeteiligungen der Unternehmen nur kommerzielle private Datenanbieter zur Verfügung. Diese stützen sich weitgehend auf das amtliche Handelsregister, einschließlich des Genossenschafts-, Vereins- und Partnerschaftsregisters, auf Veröffentlichungen im Bundesanzeiger, Geschäftsberichte, Jahres- und Konzernberichte der Unternehmen, Fachveröffentlichungen, die Wirtschaftspresse und direkte Kontakte mit den größten Unternehmen. Die Monopolkommission hat die in diesem Bereich verfügbaren Datenquellen eingehend untersucht, bewertet und die Ergebnisse in ihren Hauptgutachten veröffentlicht.⁷

205. Das vorliegende Kapitel enthält die wesentlichen Ergebnisse zum Einfluss der Gruppenbildung der Unternehmen für die vom Statistischen Bundesamt ausgewählten Bereiche des Produzierenden Gewerbes. Die Ergebnisse beziehen sich auf die allgemeinen strukturellen Effekte auf der Ebene vierstelliger Positionen der amtlichen Wirtschafts- und Güterklassifikation. Die konzentrationstatistischen Ergebnisse der regulären amtlichen Statistik ohne Berücksichtigung der Gruppenbildung sowie die Ergebnisse der im Auftrag der Monopolkommission durchgeführten Berechnungen unter Berücksichtigung der Gruppenbildung finden sich in tiefer systematischer Gliederung im statistischen Anlagenband zu diesem Gutachten.

Dort finden sich auch die Ergebnisse einer Fortschreibung der konzentrationstatistischen Ergebnisse für das Handels- und Gaststättengewerbe. Da diese die besonders im Einzelhandel bestehenden Gruppen, Ketten, Einkaufskooperationen und Vertriebssysteme nicht berücksichtigen, werden sie in diesem Kapitel nicht näher behandelt. Aus Kapazitätsgründen hat die amtliche Statistik sich auf eine institutionelle Aufbereitung der Ergebnisse nach Unternehmen beschränkt und auf eine funktionale Aufbereitung nach Warengruppen verzichtet.⁸

⁶ Vergleiche Verordnung (EWG) Nr. 696/93 des Rates vom 15. März 1993 betreffend die statistischen Einheiten für die Beobachtung und Analyse der Wirtschaft in der Gemeinschaft (ABl. EG Nr. L 76 vom 30. März 1993, S. 1) – EG-EinheitenVO; Verordnung (EWG) Nr. 2186/93 des Rates vom 22. Juli 1993 über die innergemeinschaftliche Koordinierung des Aufbaus von Unternehmensregistern für statistische Verwendungszwecke (ABl. EG Nr. L 196 vom 5. Mai 1993, S. 1) – EG-UnternehmensregisterVO.

⁷ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 292; dies., Hauptgutachten 2000/2001, a. a. O., Tz. 196 ff. mit weiteren Verweisen.

⁸ Zur Gruppenbildung und den Verflechtungen der Unternehmen im Lebensmitteleinzelhandel vgl. insbesondere die jährliche Veröffentlichung der TradeDimensions GmbH, Frankfurt am Main, TOP-Firmen, Der Lebensmittelhandel in Deutschland Food/Nonfood, zuletzt 2006.

1.2 Datenbasis zur Berücksichtigung von Unternehmensgruppen im Produzierenden Gewerbe 2003

206. In den einbezogenen Bereichen des Produzierenden Gewerbes hatten Ende 2003 insgesamt 51 917 Unternehmen – im Sinne kleinster jeweils unverbundener rechtlicher Einheiten – ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt. Zu diesen Unternehmen liegen aus der von den statistischen Ämtern der Länder durchgeführten jährlichen Investitionserhebung Angaben zum Umsatz und zur Anzahl der Beschäftigten sowie weitere charakteristische Merkmale, insbesondere zum genaueren wirtschaftlichen Schwerpunkt, zur Rechtsform und zur Lokation, vor. Diese Angaben waren mit den außerhalb der amtlichen Statistik verfügbaren Angaben zur Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen zu verknüpfen.

207. Zur Verknüpfung der statistikinternen und -externen Angaben dienen als Identifizierungsmerkmale der Unternehmen vor allem die Angaben zum Namen und der Firmierung, zur Lokation und zu den handelsregisterlichen Einträgen. Hilfsweise werden – soweit verfügbar – Angaben zur Rechtsform und zum Wirtschaftszweig herangezogen. Die Identifizierung der Unternehmen und Verknüpfung der Angaben ist jedoch mit speziellen Fehlerisiken behaftet und nicht immer eindeutig und zuverlässig möglich. Die Gründe liegen auf beiden Seiten der Datenquellen in unpräzisen oder mehrdeutigen Angaben, unterschiedlichen Bezugszeitpunkten oder dem Fehlen vollständiger, präziser und aktueller allgemeiner Identifikatoren, insbesondere der Handelsregisternummer. Die amtliche Statistik hat die Implementierung der handelsregisterlichen Einträge in das amtliche Unternehmensregister erst seit kurzem in Angriff genommen.

Unter den gegebenen Umständen ist nicht davon auszugehen, dass die von den statistischen Ämtern der Länder vorgenommenen Zuordnungen der Unternehmen in den statistikinternen Dateien mit den gruppenzugehörigen Unternehmen in den statistikexternen Dateien der kommerziellen Anbieter in allen Fällen vollständig, eindeutig und zuverlässig gelungen ist. Die statistischen Ämter haben verschiedene Kontrollmöglichkeiten berücksichtigt. Die Monopolkommission hätte sich jedoch gewünscht, die Gelegenheit für zusätzliche Validierungs- und Qualifizierungsmöglichkeiten zu erhalten.

208. Zum Aufbau einer Datenbasis über die Kapitalbeteiligungen, Verflechtungsnetze und Gruppenbildungen der deutschen Unternehmen hat die Monopolkommission zwei kommerzielle Datenquellen herangezogen:

- Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC), Neuss,
- Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main.

Die Nutzungsrechte an den Angaben der Datenquelle VVC hat die Monopolkommission selbst erworben. Die Nutzungsrechte an der Quelle BvD wurden vom Statistischen Bundesamt für eigene statistische Zwecke erworben und vom Anbieter auch der Monopolkommission gewährt. Nach den Vorstellungen des Statistischen

Bundesamtes sollten die Angaben dieser Quelle gleichzeitig zwei Zielen dienen: der Vorbereitung der amtlichen Statistik auf eine zu erwartende obligatorische Erfassung von Unternehmensgruppen in den amtlichen Registern sowie der Anwendung von § 47 GWB zum Einbezug von Unternehmensgruppen in die Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission.

209. Die Quelle VVC umfasst Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen, die Quelle BvD über 251 040 Unternehmen. Für 181 271 Unternehmen besteht eine gemeinsame Schnittmenge (vgl. Tabelle II.1). Die von den Quellen VVC und BvD jeweils ermittelten 146 097 bzw. 79 631 ultimativen Eigner weisen jedoch nur eine relativ geringe Schnittmenge von 8 490 Eignern auf. Das deutet auf erhebliche Abweichungen bei der Erfassung der Unternehmensgruppen und der Zuordnung von ultimativen Eignern und kontrollierten Unternehmen hin. Die Monopolkommission hat Zweifel, ob die wesentlich geringere Datenbasis der Quelle BvD für die Konzentrationsberichterstattung nach § 47 GWB ausreicht. Darüber hinaus sind die strukturellen Unterschiede und möglichen Inkonsistenzen im Vergleich der Datenbestände aufzuklären. Entsprechende Zweifel dürften auch für die allgemeinen statistischen Zwecke des Bundesamtes – insbesondere in Hinblick auf die Anforderungen der Europäischen Union – gelten.

Aus diesen Gründen hat die Monopolkommission dem Statistischen Bundesamt vorgeschlagen, die kommerziellen Quellen VVC und BvD beide in die Untersuchung einzubeziehen. Damit sollten die verfügbaren Informationsquellen ausgeschöpft und zugleich ein Vergleich der Eignung beider Quellen für die Zwecke der Monopolkommission bzw. der amtlichen Statistik ermöglicht werden. Das Statistische Bundesamt hat dem zugestimmt.

1.3 Verfahren und Ergebnisse der Verknüpfung statistikexterner und -interner Angaben über gruppenzugehörige Unternehmen

210. Zur Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen sind die Angaben zur Kapitalverflechtung der Unternehmen zu Beteiligungsnetzen zu verbinden und nach kontrollierenden Ketten zu strukturieren, um für jedes Unternehmen dessen ultimativen Eigner zu ermitteln. Die Aufbereitung des Datenbestandes der Quelle VVC hat die Monopolkommission in eigener Verantwortung mittels Auftragsvergabe durchführen lassen.⁹ Die Aufbereitung des Datenbestandes der Quelle BvD hat der Anbieter für das Statistische Bundesamt erledigt.

Die Statistischen Ämter der Länder haben unter den 51 917 Unternehmen aus dem Produzierenden Gewerbe, die in die amtlichen Erhebungen für das Berichtsjahr 2003 einbezogen waren, in einem aus beiden Datenquel-

len integrierten Gesamtbestand mit den jeweils vollständigen Angaben der Quelle VVC (BvD) zuzüglich des Überhangs aus BvD (VVC) 23 728 (23 912) oder 45,7 Prozent (46,1 Prozent) als gruppenzugehörige Unternehmen identifiziert.

Darunter umfasst das in die späteren Untersuchungen nicht weiter einbezogene Baugewerbe 14 203 Unternehmen. In diesem Bereich enthält der integrierte Gesamtbestand unter Berücksichtigung der Schnittmenge VVC (BvD) 4 441 (4 477) bzw. 31,3 Prozent (31,5 Prozent) gruppenzugehörige Unternehmen. Ohne das Baugewerbe umfassen die ausgewählten Bereiche des Produzierenden Gewerbes 37 714 Unternehmen, die ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt im Bergbau und der Gewinnung von Steinen und Erden (Abschnitt C) sowie im Verarbeitenden Gewerbe (Abschnitt D) haben.¹⁰ Unter diesen Unternehmen wurden in den Datenbeständen der Quellen VVC (BvD) 17 295 (16 301) bzw. 45,9 Prozent (43,2 Prozent) Unternehmen als Mitglied einer Unternehmensgruppe identifiziert (vgl. Tabelle II.1).

211. Angesichts des sehr unterschiedlichen Umfangs der privaten Datenbestände VVC und BvD ist der weitgehend gleich hohe Anteil der identifizierten gruppenzugehörigen Unternehmen überraschend. Auch weitere globale konzentrationsstatistische Strukturmerkmale, wie die Höhe der Umsätze, die Anzahl der Beschäftigten sowie deren Mittelwerte, Streuungs- und Konzentrationsgrade, sind vergleichbar. Dies mag prima facie seinen Grund darin haben, dass die Datenquelle VVC zusätzlich eine größere Anzahl von Unternehmen berücksichtigt, die die Erfassungsgrenze der amtlichen Statistik von 20 und mehr Beschäftigten nicht erreichen. Dies würde bedeuten, dass mögliche Lücken im Datenbestand BvD für kleinere Unternehmen durch die Erfassungsgrenzen der amtlichen Erhebungen lediglich verdeckt werden.

Unter konzentrations- und wettbewerbstheoretischen Gesichtspunkten bedeutet eine zunächst nicht offensichtliche, aber tatsächliche Vernachlässigung kleinerer Unternehmen eine nicht unerhebliche Informationslücke. Der Konzentrationsgrad wird systematisch verzerrt: Für axiomatisch fundierte, gleichmäßig normierte absolute Konzentrationsmaße gilt, dass der absolute Konzentrationsgrad ceteris paribus umgekehrt proportional mit der Anzahl der Unternehmen variiert. Für den Grad der relativen Konzentration gilt, dass durch den Einbezug kleinerer Unternehmen deren Ungleichverteilung steigt.¹¹ Beide

⁹ Erfassung der Beteiligungsnetze, Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen und Identifizierung der ultimativen Eigner auf der Grundlage kommerzieller Angaben zur Kapitalverflechtung von Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

¹⁰ Statistisches Bundesamt, Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003, Wiesbaden.

¹¹ Die Klassen der absoluten und der relativen Konzentrationsmaße unterscheiden sich dadurch, dass im ersten Fall die Ungleichverteilung oder Konzentration der Merkmalssumme (z. B. Umsatz) auf die jeweilige Anzahl der Merkmalsträger (z. B. Unternehmen) bezogen wird. Im zweiten Fall wird die Anzahl der Merkmalsträger normiert und mithin allein die Ungleichverteilung ihrer Größe gemessen. Zu den methodischen Grundlagen der Messung der horizontalen Konzentration vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Hauptgutachten 1994/1995, Baden-Baden 1996, Anlagenband, Tz. 1 ff.

Effekte kompensieren sich jedoch nur in einem theoretischen Grenzfall.¹²

Lücken im Datenbestand in Bezug auf kleinere Unternehmen würden weitgehend vermieden, wenn die amtliche Statistik – wie seit langem beabsichtigt – nicht länger nur Angaben aus amtlichen Erhebungen, sondern auch aus dem Unternehmensregister verwendet. Dieses geht, vor allem aufgrund der umsatzsteuerlichen Angaben der Finanzverwaltungen, von sehr niedrigen Erfassungsgrenzen aus.

212. Die Monopolkommission hat die ihr verfügbaren Angaben zur Gruppenbildung der Unternehmen ausge-

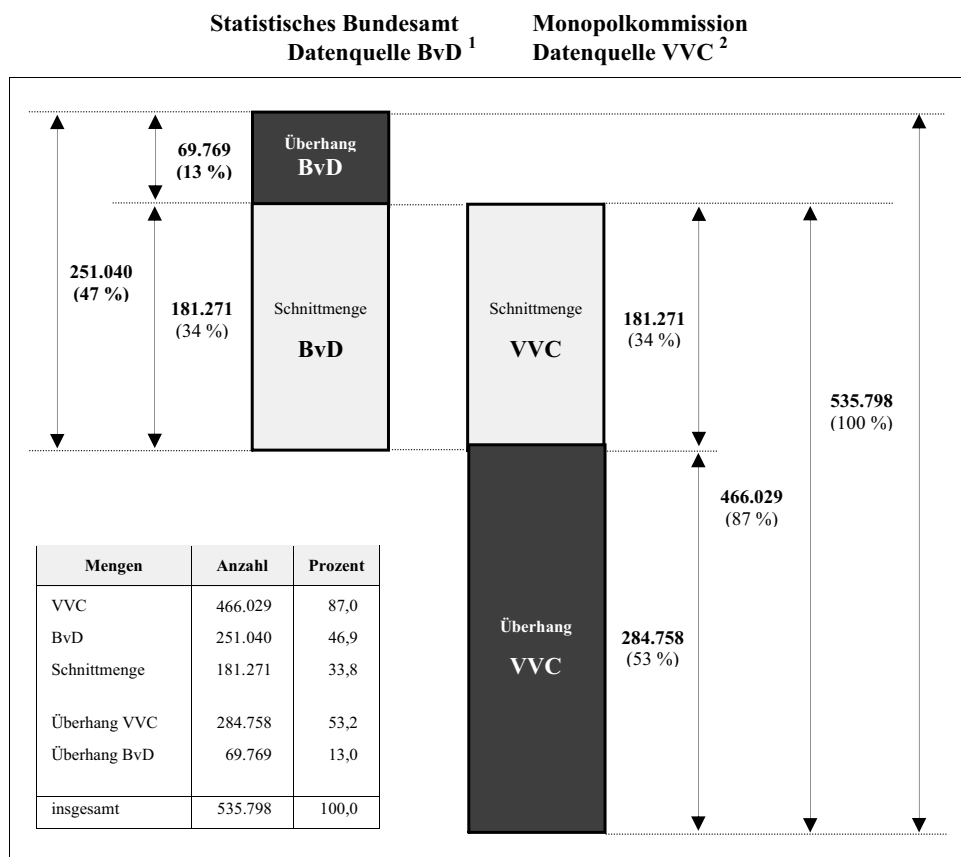
schöpft. Die Schnittmenge der gruppenzugehörigen Unternehmen aus beiden Datenquellen wurde alternativ einbezogen, indem der Datenbestand der einen Quelle mit dem Überhang der jeweils anderen Quelle verbunden wurde. Auf diese Weise stehen Angaben über die Gruppenzugehörigkeit von insgesamt 535 798 Unternehmen zur Verfügung. Sie bilden unter alternativem Einbezug der Schnittmenge für 181 271 gruppenzugehörige Unternehmen die Datenbasis zur Verknüpfung mit den amtlichen Angaben über 37 714 Unternehmen im Produzierenden Gewerbe. Aus arbeitsökonomischen Gründen beschränkt sich die Konzentrationsstatistische Analyse zunächst auf den Einbezug der Schnittmenge aus dem umfassenderen Datenbestand der Quelle VVC mit 466 029 Angaben zuzüglich des kleineren Überhangs aus der Quelle BvD mit 69 769 Angaben (vgl. Abbildung II.1).

¹² Der absolute Konzentrationsgrad ändert sich nicht durch zusätzliche Merkmalsträger mit dem Betrag Null.

Abbildung II.1

Datenquellen des Statistischen Bundesamtes und der Monopolkommission zur Erfassung gruppenzugehöriger Unternehmen mit Sitz in Deutschland

– Deutschland Ende 2003 –



Quellen:

¹ Datenquelle des Statistischen Bundesamtes: Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH, Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003

² Datenquelle der Monopolkommission: Verband der Vereine Creditreform e. V., Neuss, Stand: 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003

Anmerkungen:

Die Datenquelle BvD verwendet für Angaben über deutsche Unternehmen als wesentliche Quelle einen Auszug aus der Datenquelle VVC, der weiter ergänzt und qualifiziert wird.

Im Zuge der weiteren Bearbeitung der Daten aus beiden Quellen durch das Statistische Bundesamt und die Monopolkommission wurde das Mengengerüst der Daten geringfügig verändert.

Tabelle II.1

**Konzentrationsstatistische Eckwerte gruppenzugehöriger Unternehmen
auf der Basis alternativer Datenquellen^{1, 2}**

– Produzierendes Gewerbe (Abschnitte C und D), Deutschland 2003³ –

Umsatz (1.000 €)		Beschäftigte	Bezeichnung
Statistisches Bundesamt: Unternehmen ohne Berücksichtigung der Gruppenbildung			
1	37.714	37.714	Anzahl der Datensätze
2	1.378.207.734	6.231.185	Merkmalssumme
3	36.551,4	165	Mittelwert
4	1446,87	855,73	Variationskoeffizient (%)
5	5,577	1,968	Herfindahl-Index (‰)
6	10,13	6,04	Konzentrationsrate CR-3 (%)
7	15,45	9,03	Konzentrationsrate CR-6 (%)
8	19,41	11,35	Konzentrationsrate CR-10 (%)
9	26,88	14,94	Konzentrationsrate CR-25 (%)
10	31,72	18,06	Konzentrationsrate CR-50 (%)
11	37,22	22,10	Konzentrationsrate CR-100 (%)
Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC): gruppenzugehörige Unternehmen			
1	17.295	17.295	Anzahl der Datensätze
2	1.067.859.874,0	4.470.910	Merkmalssumme
3	61.743,8	259	Mittelwert
4	1211,15	800,63	Variationskoeffizient (%)
5	8,539	3,764	Herfindahl-Index (‰)
6	13,07	8,41	Konzentrationsrate CR-3 (%)
7	18,99	12,59	Konzentrationsrate CR-6 (%)
8	23,63	15,82	Konzentrationsrate CR-10 (%)
9	32,11	20,82	Konzentrationsrate CR-25 (%)
10	37,61	25,08	Konzentrationsrate CR-50 (%)
11	43,59	30,14	Konzentrationsrate CR-100 (%)
Bureau van Dijk Publishing (BvD): gruppenzugehörige Unternehmen			
1	16.301	16.301	Anzahl der Datensätze
2	1.064.208.927	4.407.986	Merkmalssumme
3	65.296,9	270	Mittelwert

noch Tabelle II.1

	Umsatz (1.000 €)	Beschäftigte	Bezeichnung
4	1190,94	780,79	Variationskoeffizient (%)
5	8,762	3,801	Herfindahl-Index (‰)
6	13,11	8,54	Konzentrationsrate CR-3 (%)
7	20,01	12,77	Konzentrationsrate CR-6 (%)
8	24,26	15,82	Konzentrationsrate CR-10 (%)
9	31,97	20,34	Konzentrationsrate CR-25 (%)
10	37,04	24,58	Konzentrationsrate CR-50 (%)
11	43,26	29,86	Konzentrationsrate CR-100 (%)

Anmerkungen:

Von insgesamt 535 798 gruppenzugehörigen Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen gehören nach der Quelle VVC (BvD) 12 691 (11 324) von insgesamt 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes an. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 007 (7 391) Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 403 (2 414) Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 (5 184) auf 32 745 (32 530) Einheiten.

Datenquellen:

- ¹ Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze für 466 029 Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter
- ² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit für 251 040 Unternehmen
- ³ Statistische Ämter des Bundes und der Länder: Verknüpfung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit mit den statistikinternen Einzelangaben über Umsatz, Beschäftigte und den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmen in den Abschnitten C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003), Dr. Mathias Krenzer (Bearb.)

Aufbereitung der Daten:

Forschungsdatenzentrum des Statistischen Bundesamtes, Alexander Vogel (Bearb.): Anwendung der von der Monopolkommission entwickelten Analysesoftware

213. Die Zusammenführung der statistikexternen und -internen Angaben und deren Gewichtung mit dem Umsatz und der Anzahl der Beschäftigten der Unternehmen führt zu dem Ergebnis, dass über die Hälfte (51,1 Prozent) aller einbezogenen 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten im Produzierenden Gewerbe einer Unternehmensgruppe angehören. Auf die gruppenzugehörigen Unternehmen entfallen 84,9 Prozent der Umsätze und 77,8 Prozent der Beschäftigten. Dieser Befund entspricht den Ergebnissen der Monopolkommission und des Statistischen Bundesamtes für das Berichtsjahr 2001¹³ (vgl. Abbildung II.2).

214. Nach der Quelle VVC gehören 17 295 gruppenzugehörige Unternehmen 12 691 verschiedenen Unternehmensgruppen an. Nach der Quelle BvD entspricht dies 16 301 Unternehmen in 11 324 Gruppen. Die durchschnittliche Gruppengröße von 1,36 (VVC) und 1,44 (BvD) indiziert, dass es sich hierbei nicht in allen Fällen um vollständige Unternehmensgruppen mit mindestens zwei Unternehmen handeln kann. Die Mitglieder von Unternehmensgruppen im Produzierenden Gewerbe diversi-

fizieren auch in andere Wirtschaftsbereiche. Darüber hinaus dürfte auch innerhalb des Produzierenden Gewerbes ein Teil der gruppenzugehörigen Unternehmen weniger als 20 Beschäftigte besitzen, die in die amtlichen Erhebungen nicht einbezogen werden.

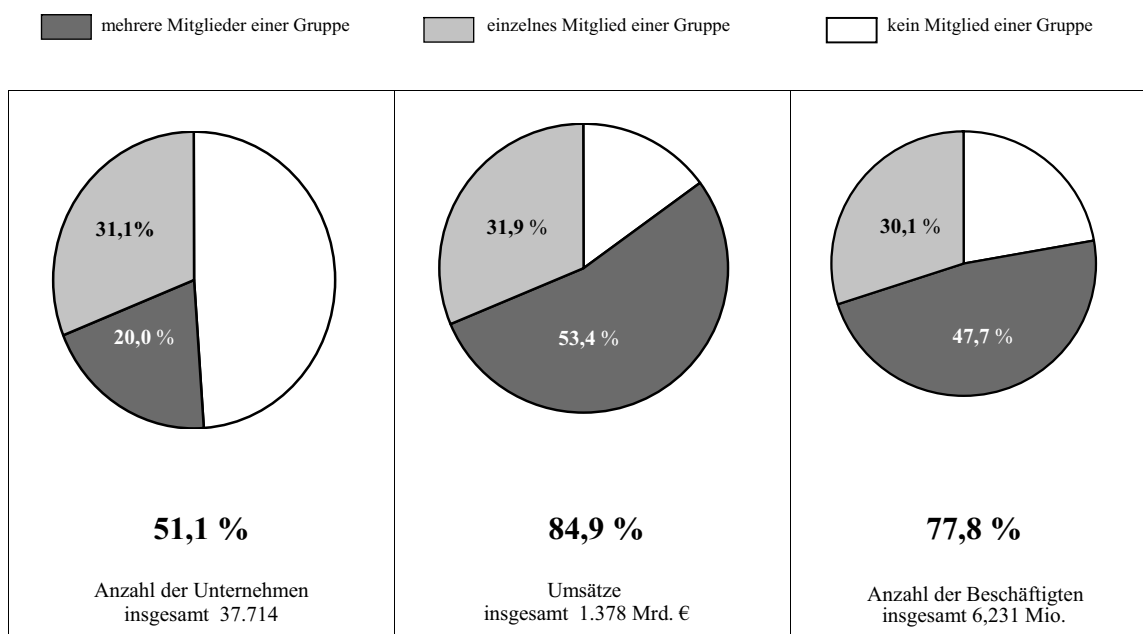
215. Infolge der amtlichen Erfassungsgrenzen werden nicht nur die Größenstrukturen der einzelnen Unternehmen verzerrt, sondern auch mit kleineren Unternehmen bestehende Unternehmensgruppen zerschnitten bzw. vernachlässigt, wenn diese nur aus Mitgliedern mit weniger als 20 Beschäftigten bestehen. Diese können jedoch aufgrund ihrer Arbeitsproduktivität überproportional hohe Umsätze oder eine größere Anzahl kleinerer Mitglieder aufweisen und von erheblichem ökonomischem Gewicht sein. Die Monopolkommission hatte bereits für das Berichtsjahr 2001 zahlreiche Unternehmensgruppen mit mehreren hundert Mitgliedern ermittelt. Verschiedene Unternehmensgruppen kontrollierten mehr als 1 000 Mitglieder, das Maximum lag bei 2 638 Mitgliedern.¹⁴ Die größten Unternehmensgruppen gehörten jedoch den Bereichen Handel, Dienstleistungen und Energieversorgung

¹³ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 362 ff., Abb. II.4.

¹⁴ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2000/2001, a. a. O., Tz. 219 ff., Tab. I.5 und I.6.

Abbildung II.2

Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen im Produzierenden Gewerbe – Deutschland Ende 2003 –



Anmerkungen:

Insgesamt wurden 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen erfasst. Davon wurden unter den 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten in den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes 19 287 Unternehmen in 14 318 Gruppen identifiziert. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 556 Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 587 Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 auf 32 745 Einheiten (Schnittmenge nach der Quelle VVC).

Datenquellen:

Aufbereitung der Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC und 251 040 Angaben der Quelle BvD. Die Angaben der gemeinsamen Schnittmenge über 181 271 gruppenzugehörige Unternehmen basieren auf der Quelle VVC.

- ¹ Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.
- ² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.
- ³ Statistisches Bundesamt und Statistische Ämter der Länder: Zuordnung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen zu den statistikinternen Angaben zum Umsatz der Unternehmen nach 249 vierstelligen Wirtschaftsklassen der Abschnitte C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige 2003, Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

an. Es ist nicht auszuschließen, dass infolge der Erfassungsgrenzen in der amtlichen Statistik auch größere Unternehmensgruppen im Produzierenden Gewerbe nur in Teilen erfasst werden oder gänzlich unberücksichtigt bleiben.

1.4 Größe und Vollständigkeit von Unternehmensgruppen

216. Der Datenbestand VVC ist mit 17 295 Unternehmen gegenüber BvD mit 16 301 Unternehmen um knapp 1 000 umfangreicher. Die Höhe der Umsätze von 1 068 Mrd. (VVC) bzw. 1 064 Mrd. Euro (BvD) unterscheidet sich jedoch nur relativ geringfügig. Entsprechendes gilt mit 4,471 Mio. (VVC) bzw. 4,408 Mio. (BvD) für die Anzahl der Beschäftigten. Danach werden in der Quelle VVC tendenziell zusätzlich kleinere Unternehmen erfasst. Inwieweit dies auch im Detail gilt, bleibt zu prüfen.

217. Der Anteil der Unternehmensgruppen, die nur mit einem Mitglied in den amtlichen Dateien identifiziert wurden, beträgt nach der Datenquelle VVC (BvD) 81,1 Prozent (78,7 Prozent), gemessen an der Anzahl der Unternehmen 51,9 Prozent (54,7 Prozent), am Umsatz 35,9 Prozent (26,0 Prozent) und an der Anzahl der Beschäftigten 37,9 Prozent (30,9 Prozent). Die Anteile, gemessen an den jeweiligen Anzahlen, sind sehr hoch. Die geringeren Anteilswerte am Umsatz und an der Anzahl der Beschäftigten von rund einem Drittel sind jedoch nicht unbeachtlich.

218. Gruppenzugehörige Unternehmen, die als einziges Mitglied einer Gruppe unter den Unternehmen des Produzierenden Gewerbes identifiziert wurden, beeinflussen die quantifizierbaren Konzentrationsstatistischen Ergebnisse nicht unmittelbar. Der Konzentrationsgrad ändert sich nicht. Unbeschadet der Frage, ob die Erfassung der

Unternehmensgruppen zutreffend erfolgt ist, bleibt ökonomisch zu berücksichtigen, dass die wettbewerbliche Position eines Unternehmens in einem Markt nicht nur von seinem aktuellen Marktanteil, sondern neben anderen Faktoren auch durch die Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe bestimmt wird – sei es als kontrolliertes Mitglied, sei als ultimativer Eigner –, auch wenn die übrigen Mitglieder der Gruppe ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt in anderen Bereichen haben.

Die empirischen Implikationen einer vollständigen und verzerrungsfreien Erfassung von Unternehmensgruppen und eine zutreffende ökonomische Interpretation der Tatsache, dass die Mitglieder von Unternehmensgruppen verschiedenen Größenklassen angehören und in mehrere Wirtschaftsbereiche diversifizieren können, verlangt eine sorgfältige Aufbereitung der Daten und Auswertung des empirischen Befundes. Die empirische und Konzentrationsstatistische Bedeutung, die die Größe und Struktur der Unternehmensgruppen, die vollständige Erfassung ihrer Mitglieder und deren zutreffende Zuordnung zu den Wirtschaftsbereichen besitzt, wird mit Hilfe einer Folge von Tabellen und Abbildungen demonstriert.

219. Abbildung II.3 zeigt, welche Anteile, jeweils gemessen an der Anzahl der Mitglieder, am Umsatz und an der Anzahl der Beschäftigten, auf Unternehmensgruppen unterschiedlicher Größe entfällt. Neben der hohen Anzahl von Unternehmensgruppen, die in den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes nur mit einem Mitglied erfasst sind, umfasst die Mehrheit der Gruppen zwei bis drei Mitglieder. Hierbei kann es sich auch um Teilgruppen handeln. Die durchschnittliche Anzahl beträgt über alle verfügbaren Angaben rund 2,6 Mitglieder, nach den beiden herangezogenen Datenquellen jeweils 2,4 Mitglieder.

Es zeigt sich, dass mehrere Unternehmensgruppen mit einer größeren Mitgliederzahl ein überproportionales Gewicht, gemessen am Umsatz und der Anzahl der Beschäftigten, besitzen. So weisen z. B. zwei Unternehmensgruppen mit 23 Mitgliedern zusammen höhere Umsätze und Beschäftigtenzahlen auf als 31 Gruppen mit jeweils sieben Mitgliedern. Diese Fälle lassen erwarten, dass der Einfluss der Gruppenbildung auf den Konzentrationsgrad nicht nur von der relativ großen Anzahl kleiner Gruppen, sondern maßgeblich auch von wenigen großen und umsatzstarken Gruppen bestimmt wird.

Abbildung II.4 enthält die Abweichungen der alternativen Datenquellen VVC und BvD in Bezug auf die Größe der Unternehmensgruppen. Die Anzahl der Unternehmensgruppen, die, gemessen an der Anzahl der Mitglieder, eine bestimmte Größe besitzen, ist in beiden Datenquellen – wenn auch mit Abweichungen in unterschiedlicher Richtung – größenordnungsmäßig vergleichbar. Demgegenüber weicht das Gewicht der Unternehmensgruppen, gemessen am Umsatz und an der Anzahl der Beschäftigten, deutlich voneinander ab. Von den Datenquellen VVC und BvD werden mehrere relativ große Unternehmensgruppen mit jeweils rund 30 kontrollierten Unternehmen erfasst, die erheblich voneinander abweichende Umsatz- und Beschäftigtenanteile aufweisen.

Dieser Sachverhalt kann auf den Konzentrationsgrad nicht ohne Einfluss sein.

Die pauschal anscheinende Vergleichbarkeit beider Datenquellen ist bei näherer Betrachtung nicht gegeben. Zu den Abweichungen beider Quellen besteht Klärungsbedarf.

220. Tabelle II.2 gibt die in Abbildung II.4 für beide Datenquellen getrennt dargestellten Ergebnisse für einen integrierten Datenbestand unter Einbezug der Schnittmenge mit der Quelle BvD wieder. Die Gesamtzahl der 37 714 Unternehmen im Produzierenden Gewerbe wird nach der Größe der Gruppen, gemessen an der Anzahl der Mitglieder, gegliedert und die auf sie jeweils entfallenden Umsätze und Beschäftigtenzahlen ausgewiesen. Daneben wird die Anzahl der gruppenzugehörigen Unternehmen danach unterschieden, ob nur ein einzelnes oder mehrere Mitglieder einer Unternehmensgruppe erfasst wurden.

2. Struktur der Unternehmensgruppen und Diversität ihrer Mitglieder

221. Die ökonomische Bedeutung von Unternehmensgruppen wird maßgeblich durch die charakteristischen Strukturmerkmale der gruppenzugehörigen Unternehmen bestimmt. Hierzu liegen zu den insgesamt 51 917 gruppenzugehörigen Unternehmen im Produzierenden Gewerbe (einschließlich Baugewerbe) mehrere Merkmale vor:

- Art der Kontrolle,
- Rechtsform,
- wirtschaftlicher Schwerpunkt nach Wirtschaftszweigen bzw. Art der Güterproduktion,
- Umsatz,
- Anzahl der Beschäftigten,
- Angaben zur Lokation und damit zu Wirtschaftsräumen.

Zu den ultimativen Eignern stehen, soweit sie deutsche Unternehmen sind, die entsprechenden Angaben zu Verfügung. Für nicht deutsche Unternehmen – z. B. inländische natürliche Personen, Stiftungen oder Gebietskörperschaften oder ausländische ultimative Eigner – sind die Angaben nicht immer besetzt oder präzise. Wesentliche Merkmale sind:

- Größe der Unternehmensgruppen nach der Anzahl der Mitglieder, der Beschäftigten und nach dem Umsatz,
- Rechtsform,
- staatliche ultimative Anteilseigner,
- Bundesland des Sitzes inländischer ultimativer Eigner,
- Land des Sitzes ausländischer ultimativer Eigner.

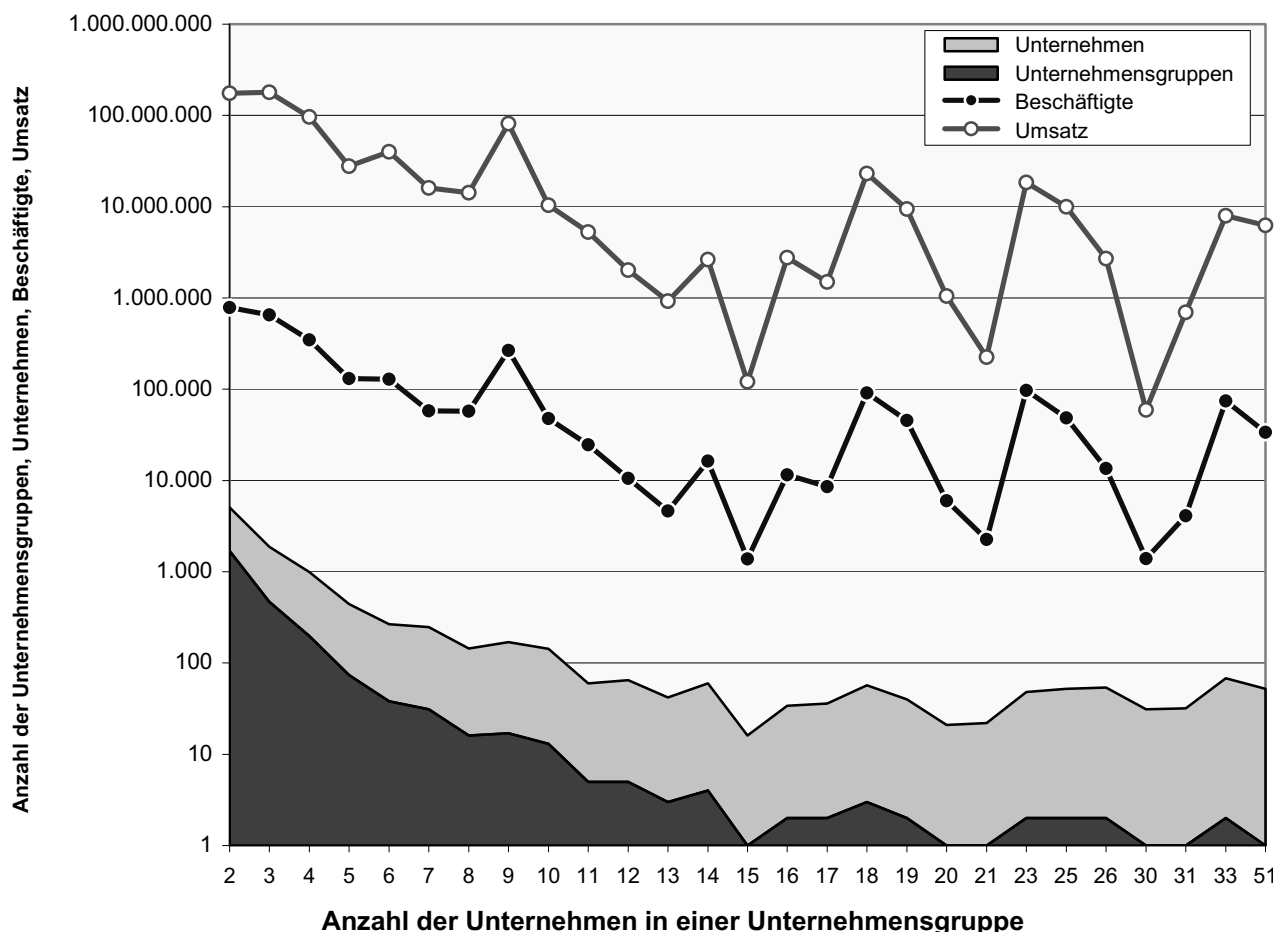
Aus inhaltlichen und zeitlichen Gründen ist die vorliegende Analyse auf die genannten Merkmale beschränkt. Zukünftigen Auswertungen bleibt es vorbehalten, auch die Kombination dieser Merkmale sowie zusätzliche

Abbildung II.3

Unternehmensgruppen, zugehörige Unternehmen, Umsatz und Beschäftigte nach der Größe der Gruppen

Datenbasis: Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC),¹ Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD),²
Schnittmenge aus der Quelle VVC

– Produzierendes Gewerbe (Abschnitte C und D), Deutschland 2003³ –

**Anmerkungen:**

Insgesamt wurden 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen erfasst. Davon wurden unter den 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten in den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes 19 287 Unternehmen in 14 318 Gruppen identifiziert. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 556 Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 587 Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 auf 32 745 Einheiten (Schnittmenge nach der Quelle VVC).

Datenquellen:

Aufbereitung der Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC und 251 040 Angaben der Quelle BvD. Die Angaben der gemeinsamen Schnittmenge für 181 271 Unternehmen basieren auf der Quelle VVC.

¹ Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

³ Statistische Ämter des Bundes und der Länder: Verknüpfung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit mit den statistikinternen Einzelangaben über Umsatz, Beschäftigte und den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmen in den Abschnitten C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003), Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

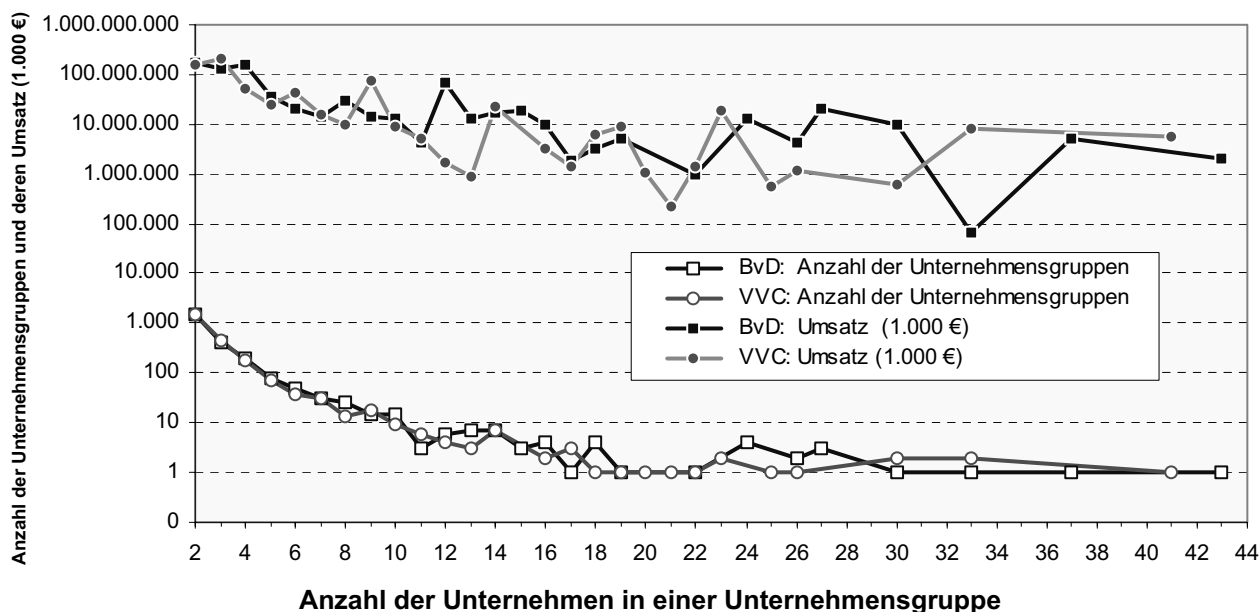
Aufbereitung der Daten:

Forschungsdatenzentrum des Statistischen Bundesamtes, Alexander Vogel (Bearb.): Anwendung der von der Monopolkommission entwickelten Analysesoftware

Abbildung II.4

Anzahl und Umsatz der Unternehmensgruppen nach der Anzahl der Unternehmen in einer Gruppe auf der Basis alternativer Datenquellen^{1,2}

– Produzierendes Gewerbe (Abschnitte C und D), Deutschland 2003³ –



Anmerkungen:

Von insgesamt 535 798 gruppenzugehörigen Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen gehören nach der Quelle VVC (BvD) 12 691 (11 324) von insgesamt 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes an. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 007 (7 391) Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 403 (2 414) Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 (5 184) auf 32 745 (32 530) Einheiten.

Datenquellen:

¹ Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze für 466 029 Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit für 251 040 Unternehmen.

³ Statistische Ämter des Bundes und der Länder: Verknüpfung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit mit den statistikinternen Einzelangaben über Umsatz, Beschäftigte und den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmen in den Abschnitten C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003), Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

Aufbereitung der Daten:

¹ Verknüpfung der Datenquellen: Statistisches Bundesamt und Statistische Ämter der Länder: Zuordnung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen zu den statistikinternen Angaben zum Umsatz, der Anzahl der Beschäftigte und der Zuordnung zu einem Wirtschaftsbereich nach der Klassifikation der Wirtschaftszweige WZ 2003.

² Forschungsdatenzentrum des Statistischen Bundesamtes, Alexander Vogel (Bearb.): Anwendung der von der Monopolkommission entwickelten Analysesoftware.

Tabelle II.2

Unternehmensgruppen, zugehörige Unternehmen, Umsatz und Beschäftigte nach der Größe der Gruppen

Datenbasis: Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC),¹ Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD),²
Schnittmenge aus der Quelle VVC

– Produzierendes Gewerbe (Abschnitte C und D), Deutschland Ende 2003³ –

lfd. Nr.	Unternehmen in einer Gruppe.	Unternehmens- gruppen	Unternehmen	Umsatz	Beschäftigte
	Anzahl	Anzahl	Anzahl	1.000 Euro	Anzahl
1	1	11.731	11.731	434.125.210	1.876.292
2	2	1.692	3.384	175.154.606	786.426
3	3	468	1.404	179.488.781	651.342
4	4	198	792	96.661.651	348.376
5	5	74	370	27.750.033	130.460
6	6	38	228	40.026.564	128.997
7	7	31	217	16.030.837	57.842
8	8	16	128	14.239.719	57.437
9	9	17	153	81.396.614	266.446
10	10	13	130	10.373.920	47.633
11	11	5	55	5.260.563	24.632
12	12	5	60	2.020.848	10.549
13	13	3	39	922.116	4.618
14	14	4	56	2.631.001	16.356
15	15	1	15	121.039	1.376
16	16	2	32	2.772.382	11.551
17	17	2	34	1.501.663	8.566
18	18	3	54	23.175.581	91.069
19	19	2	38	9.453.117	45.625
20	20	1	20	1.051.327	5.993
21	21	1	21	225.282	2.251
22	23	2	46	18.474.152	96.709
23	25	2	50	9.962.618	48.511
24	26	2	52	2.690.635	13.573
25	30	1	30	59.531	1.388
26	31	1	31	694.292	4.089
27	33	2	66	7.963.556	74.408
28	51	1	51	6.246.687	33.634
gruppenzugehörige Unternehmen insgesamt		14.318	19.287	1.170.474.325	4.846.149
mehrere Unternehmen einer Gruppe		2.587	7.556	736.349.115	2.969.857
einzelnes Unternehmen einer Gruppe		11.731	11.731	434.125.210	1.876.292
gruppenunabhängige Unternehmen			18.427	207.733.409	1.385.036
Unternehmen insgesamt			37.714	1.378.207.734	6.231.185

Anmerkungen:

Insgesamt wurden 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen erfasst. Davon wurden unter den 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten in den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes 19 287 Unternehmen in 14 318 Gruppen identifiziert. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 556 Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 587 Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 auf 32 745 Einheiten (Schnittmenge nach der Quelle VVC).

Datenquellen:

Aufbereitung der Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC und 251 040 Angaben der Quelle BvD. Die Angaben der gemeinsamen Schnittmenge für 181 271 Unternehmen basieren auf der Quelle VVC.

¹ Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

³ Statistische Ämter des Bundes und der Länder: Verknüpfung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit mit den statistikinternen Einzelangaben über Umsatz, Beschäftigte und den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmen in den Abschnitten C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003), Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

Aufbereitung der Daten:

Forschungsdatenzentrum des Statistischen Bundesamtes, Alexander Vogel (Bearb.): Anwendung der von der Monopolkommission entwickelten Analysesoftware

Merkmale einzubeziehen und deren Entwicklung im Zeitablauf zu verfolgen.

2.1 Art der Kontrolle der gruppenzugehörigen Unternehmen

222. Es ist zu vermuten, dass sich die Stringenz und die Organisationsform der Kontrolle innerhalb einer Unternehmensgruppe in der Rechtsform und der Art der Kontrolle der gruppenzugehörigen Unternehmen widerspiegeln. Die Monopolkommission hat diese Zusammenhänge nicht konkret untersucht, sondern stellt den empirischen Befund zunächst dar.

Für die Zusammenfassung von Unternehmen zu einer Gruppe ist die Art der zu berücksichtigten Kontrollbeziehungen von konstitutiver Bedeutung. Die Monopolkommission hat in der empirischen Analyse fünf Kategorien unterschieden:

- Direkte Mehrheitskontrolle: Unternehmen, die über eine Stufe einer Beteiligungskette durch einen Anteilseigner kontrolliert werden, der mehr als 50 Prozent des Grund- bzw. Stammkapitals hält.
- Indirekte Mehrheitskontrolle: Unternehmen, die von einem ultimativen Eigner über mehrere Stufen einer Beteiligungskette auf jeder Stufe durch einen Anteilseigner kontrolliert werden, der mehr als 50 Prozent des Grund- bzw. Stammkapitals hält.
- Direkte Minderheitskontrolle: Unternehmen, die über eine Stufe durch einen Anteilseigner kontrolliert werden, der eine qualifizierte Minderheit am Kapital hält, die mehr als 25 Prozent und nicht mehr als 50 Prozent beträgt und nicht vom zweit- und drittgrößten Anteilseigner erreicht wird.
- Indirekte Minderheitskontrolle: Unternehmen, die von einem ultimativen Eigner über mehrere Stufen einer Beteiligungskette auf jeder Stufe durch einen Anteilseigner kontrolliert werden, der eine qualifizierte Minderheit am Kapital hält, die mehr als 25 Prozent und nicht mehr als 50 Prozent beträgt und nicht vom zweit- und drittgrößten Anteilseigner erreicht wird.
- Kumulative Kontrolle: Unternehmen, die über eine indirekte Kapitalbeteiligung kontrolliert werden, die additiv über mehrere Beteiligungsketten erreicht wird.

223. Ultimativer Eigner einer Unternehmensgruppe ist derjenige kontrollierende Eigner einer Kapitalbeteiligung, der selbst durch keinen anderen Eigner kontrolliert wird. Er gehört einer deutschen Unternehmensgruppe an, wenn er selbst ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland ist.

Eine Unternehmensgruppe besteht aus mindestens zwei Unternehmen, die gegebenenfalls über mehrere Beteiligungsstufen und -ketten von dem gleichen ultimativen Eigner kontrolliert werden. Der ultimative Eigner gehört der Unternehmensgruppe selbst an, wenn er ein Unternehmen ist. Einer „deutschen“ Unternehmensgruppe müssen mindestens zwei Unternehmen mit Sitz in

Deutschland angehören. Sie bilden eine deutsche Teilgruppe, wenn sie Mitglied einer multinationalen Unternehmensgruppe sind.

224. Die Ergebnisse in Tabelle II.3 zeigen, dass nach der Datenquelle VVC (BvD) 65,7 Prozent (72,2 Prozent) der gruppenzugehörigen Unternehmen direkt mehrheitlich kontrolliert werden. Auf diese entfallen 54,6 Prozent (58,3 Prozent) der Umsätze und 48,2 Prozent (50,2 Prozent) der Anzahl der Beschäftigten. Die übrigen Anteile entfallen auf indirekte Kontrollbeziehungen über mehrere Stufen. Kontrollbeziehungen über mehrere Ketten oder aufgrund von dominierenden Minderheitsbeteiligungen sind quantitativ nicht erheblich.

Dieser empirische Befund nach der Art der kontrollierenden Beziehungen belegt, dass Unternehmensgruppen in fast allen Fällen keine latenten Agglomerate sind, sondern langfristig angelegte Strukturen wirtschaftlicher Entscheidungseinheiten repräsentieren.

2.2 Rechtsformen der gruppenzugehörigen Unternehmen

225. Die Art der Kontrolle der gruppenzugehörigen Unternehmen korrespondiert mit Rechtsformen, die – wie in der Mehrheit der Fälle – eine stringente direkte Kontrolle erlauben (vgl. Tabelle II.4).

Unter den gruppenzugehörigen Unternehmen dominieren die Rechtsformen der GmbH sowie der GmbH & Co. KG. Beide Datenquellen kommen zu weitgehend identischen Ergebnissen. Bei der Rechtsform der GmbH & Co. KG handelt es sich vielfach um verschachtelte Beteiligungen zwischen Kommanditisten und Komplementären. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen eine juristische Person als geschäftsführender Komplementär bestellt ist, an der einer der Kommanditisten mehrheitlich beteiligt ist. Die Monopolkommission und das Statistische Bundesamt behandeln diese gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen, auch wenn sie aus mehreren rechtlichen Einheiten bestehen, wie ein Unternehmen und nicht als Unternehmensgruppe.

226. Die unter allen gruppenzugehörigen Unternehmen dominierenden Rechtsformen der GmbH und der GmbH & Co. KG herrschen auch innerhalb der einzelnen Unternehmensgruppen als alleinige Rechts- und Kontrollform vor (vgl. Tabelle II.5).

Unternehmensgruppen, deren Mitglieder die gleiche Rechtsform besitzen, haben durchschnittlich 2,5 Mitglieder, Gruppen mit einer dualen Struktur 3,1 Mitglieder. Das Maximum beträgt vier Rechtsformen für durchschnittlich 17,9 Mitglieder. Gemessen am Umsatz und an der Anzahl der Beschäftigten, nimmt die Diversität der Rechtsformen mit der Größe der Unternehmensgruppen zu. Dies deutet darauf hin, dass in größeren Unternehmensgruppen den unterschiedlichen Rechtsformen der Mitglieder unterschiedliche Organisationsformen der Kontrolle – z. B. die vielfältigen Strukturen einer GmbH & Co. KG – durch den ultimativen Eigner entsprechen.

Tabelle II.3

Art der Kontrolle der gruppenzugehörigen Unternehmen auf der Basis alternativen Datenquellen^{1,2}– Produzierendes Gewerbe (Abschnitte C und D), Deutschland Ende 2003³ –

lfd. Nr.	Art der Kontrolle	Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC)			Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD)		
		Anzahl	Beschäftigte	Umsatz (1.000 €)	Anzahl	Beschäftigte	Umsatz (1.000 €)
absolute Werte							
1	keine Kontrolle	20.125	2.726.741	633.381.971	22.807	2.967.477	635.651.996
2	direkte Mehrheitskontrolle	11.558	1.913.502	358.822.261	10.758	1.902.226	373.291.190
3	indirekte Mehrheitskontrolle	5.281	1.428.634	354.169.915	4.149	1.361.482	369.264.546
4	direkte Minderheitskontrolle	610	112.714	20.114.908	-	-	-
5	indirekte Minderheitskontrolle	104	42.409	9.995.082	-	-	-
6	kumulative Kontrolle	36	7.185	1.723.597	*	*	*
insgesamt		37.714	6.231.185	1.378.207.734	37.714	6.231.185	1.378.207.734
relative Werte (%)							
1	keine Kontrolle	53,362	43,760	45,957	60,474	47,623	46,122
2	direkte Mehrheitskontrolle	30,646	30,708	26,035	28,525	30,528	27,085
3	indirekte Mehrheitskontrolle	14,003	22,927	25,698	11,001	21,849	26,793
4	direkte Minderheitskontrolle	1,617	1,809	1,459	-	-	-
5	indirekte Minderheitskontrolle	0,276	0,681	0,725	-	-	-
6	kumulative Kontrolle	0,095	0,115	0,125	*	*	*
insgesamt		100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000

Zeichenerklärung:

- * in indirekter Kontrolle enthalten.
- nicht erfasst.

Arten der Kontrolle:

- ¹ **keine Kontrolle:** Das Unternehmen unterliegt keiner der im Folgenden unterschiedenen Arten der Kontrolle.
- ² **direkte Mehrheitskontrolle:** Unternehmen, die über eine Stufe einer Beteiligungskette durch einen Anteilseigner kontrolliert werden, der mehr als 50 Prozent des Grund- bzw. Stammkapitals hält.
- ³ **indirekte Mehrheitskontrolle:** Unternehmen, die über mehrere Stufen einer Beteiligungskette auf jeder Stufe durch einen Anteilseigner kontrolliert werden, der mehr als 50 Prozent des Grund- bzw. Stammkapitals hält.
- ⁴ **direkte Minderheitskontrolle:** Unternehmen, die über eine Stufe durch einen Anteilseigner kontrolliert werden, der eine qualifizierte Minderheit am Kapital hält, die mehr als 25 Prozent und nicht mehr als 50 Prozent beträgt, und nicht vom zweit- und drittgrößten Anteilseigner erreicht wird.
- ⁵ **indirekte Minderheitskontrolle:** Unternehmen, die über mehrere Stufen einer Beteiligungskette auf jeder Stufe durch einen Anteilseigner kontrolliert werden, der eine qualifizierte Minderheit am Kapital hält, die mehr als 25 Prozent und nicht mehr als 50 Prozent beträgt, und nicht vom zweit- und drittgrößten Anteilseigner erreicht wird.
- ⁶ **kumulative Kontrolle:** Unternehmen, die mehrheitlich über indirekte Kapitalbeteiligungen kontrolliert werden, die additiv über mehrere Beteiligungsketten bestehen.

„ultimativer“ Eigner: Kontrollierender Eigner einer Kapitalbeteiligung, der selbst durch keinen anderen Eigner kontrolliert wird. Er gehört einer deutschen Unternehmensgruppe an, wenn er selbst ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland ist.

Unternehmensgruppe: mindestens zwei Unternehmen, die ggf. über mehrere Einstufungsstufen und -ketten von dem gleichen ultimativen Eigner kontrolliert werden. Der ultimative Eigner gehört der Unternehmensgruppe selbst an, wenn er ein Unternehmen ist. Einer „deutschen“ Unternehmensgruppe müssen mindestens zwei Unternehmen mit Sitz in Deutschland angehören. Sie bilden eine deutsche Teilgruppe, wenn sie Mitglied einer multinationalen Unternehmensgruppe sind.

Anmerkungen:

Von insgesamt 535 798 gruppenzugehörigen Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen gehören nach der Quelle VVC (BvD) 12 691 (11 324) von insgesamt 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes an. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 007 (7.391) Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 403 (2 414) Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 (5 184) auf 32 745 (32 530) Einheiten.

Datenquellen:

- ¹ Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze für 466 029 Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.
- ² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit für 251 040 Unternehmen.
- ³ Statistische Ämter des Bundes und der Länder: Verknüpfung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit mit den statistikinternen Einzelangaben über Umsatz, Beschäftigte und den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmen in den Abschnitten C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003), Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

Tabelle II.4

**Rechtsform der gruppenzugehörigen Unternehmen
auf der Basis alternativer Datenquellen^{1, 2}**

– Produzierendes Gewerbe (Abschnitte C und D), Deutschland Ende 2003³ –

lfd. Nr.	Rechtsform	Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC)			Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD)		
		Anzahl	Beschäftigte	Umsatz (1.000 €)	Anzahl	Beschäftigte	Umsatz (1.000 €)
Absolute Werte							
1	GmbH	9.935	2.027.587	465.673.771	9.391	2.010.477	482.195.313
2	GmbH & Co KG	6.449	1.116.812	202.483.562	5.726	1.045.605	194.876.706
3	AG	501	1.158.448	363.989.338	460	1.105.977	327.157.642
4	KG	325	126.601	25.633.494	303	110.270	23.973.293
5	OHG	42	21.155	3.768.859	52	40.838	9.814.712
6	sonstige	43	20.307	6.310.850	369	94.819	26.191.261
	insgesamt	17.295	4.470.910	1.067.859.874	16.301	4.407.986	1.064.208.927
Relative Werte (%)							
1	GmbH	57,444	45,351	43,608	57,610	45,610	45,310
2	GmbH & Co KG	37,288	24,980	18,962	35,127	23,721	18,312
3	AG	2,897	25,911	34,086	2,822	25,090	30,742
4	KG	1,879	2,832	2,400	1,859	2,502	2,253
5	OHG	0,243	0,473	0,353	0,319	0,926	0,922
6	sonstige	0,249	0,454	0,591	2,264	2,151	2,461
	insgesamt	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000

Anmerkungen:

Von insgesamt 535 798 gruppenzugehörigen Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen gehören nach der Quelle VVC (BvD) 12 691 (11 324) von insgesamt 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes an. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 007 (7 391) Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 403 (2 414) Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 (5 184) auf 32 745 (32 530) Einheiten.

Datenquellen:

¹ Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze für 466.029 Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit für 251 040 Unternehmen.

³ Statistische Ämter des Bundes und der Länder: Verknüpfung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit mit den statistikinternen Einzelangaben über Umsatz, Beschäftigte und den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmen in den Abschnitten C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003), Dr. Mathias Krenzer (Bearb.)

2.3 Staatlich kontrollierte Unternehmen

227. Das Statistische Bundesamt hat unter den amtlichen Erhebungsdaten für das Produzierende Gewerbe – überraschenderweise – keine gruppenzugehörigen Unternehmen unter mehrheitlicher staatlicher Kontrolle festgestellt.

228. Unter den von der Monopolkommission für das Berichtsjahr 2001¹⁵ untersuchten 447 832 gruppenzugehörigen Unternehmen befanden sich 6 844 Unternehmen,

¹⁵ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2000/2001, a. a. O., Tz. 211 ff., Tab. 1.4.

die auf den verschiedenen Ebenen der Gebietskörperschaften und öffentlich-rechtlichen Einrichtungen (Bund, Bundesländer, Kreise, Gemeinden, Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts) der staatlichen Kontrolle über eine mehrheitliche Kapitalbeteiligung unterlagen. Für das Berichtsjahr 2003 hat die Monopolkommission mit einer auf 466 029 Unternehmen erweiterten Datenbasis 8 018 staatlich kontrollierte Unternehmen identifiziert. Von diesen gehören 905 oder 11,3 Prozent dem Produzierenden Gewerbe an. Das entspricht einem Anteil von 1,5 Prozent staatlich kontrollierten Unternehmen an allen 60 103 Unternehmen in den ausgewählten Abschnitten des Produzierenden Gewerbes.¹⁶

Rechnet man diese Anteilswerte auf die insgesamt 37 714 der im Produzierenden Gewerbe amtlich erfassten Unternehmen hoch, ergäbe sich eine vermutete Anzahl von rund 570 staatlich kontrollierten Unternehmen.

Der überwiegende Anteil von rund 87,4 Prozent aller gruppenzugehörigen Unternehmen gehört nicht den ausgewählten Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes an. Die Mehrzahl der staatlichen Beteiligungen im Berichtsjahr 2003 konzentrieren sich auf die Bereiche Dienstleistungen (Telekommunikation, Post) und Verkehr (Bahn-, Flughafen-, Hafengesellschaften) u. ä.¹⁷ Der verbleibende Anteil von 12,6 Prozent entspricht dem von der Monopolkommission ermittelten Anteil von 11,3 Pro-

¹⁶ Vergleiche Tabelle I.2.5 in Kapitel I.

¹⁷ Vergleiche Bundesministerium der Finanzen, Beteiligungsbericht 2004, Bonn 2004.

Tabelle II.5

Diversität der Unternehmensgruppen nach Rechtsformen auf der Basis alternativer Datenquellen^{1, 2}

– Produzierendes Gewerbe (Abschnitte C und D), Deutschland Ende 2003³ –

Ifd. Nr.	Anzahl der Rechtsformen	Unternehmensgruppen	Unternehmen	Beschäftigte	Umsatz (1.000 Euro)
Relative Anteile an der jeweiligen Merkmalssumme (%)					
1	1	58,098	46,308	30,470	27,475
2	2	38,307	40,776	43,317	46,815
3	3	3,324	11,263	23,164	23,190
4	4	0,271	1,654	3,049	2,520
	insgesamt	100	100	100	100
Merkmalssummen in absoluten Einheiten					
1	1	1.503	3.769	910.995	202.196.101
2	2	991	3.081	1.295.103	344.721.672
3	3	86	851	692.584	170.758.808
4	4	7	125	91.175	18.556.534
Unternehmen in Gruppen mit mehr als einem erfassten Mitglied		2.587	7.556	2.989.857	736.349.115

Anmerkungen:

Von insgesamt 535 798 gruppenzugehörigen Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen gehören nach der Quelle VVC (BvD) 12 691 (11 324) von insgesamt 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes an. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 007 (7 391) Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 403 (2 414) Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 (5 184) auf 32 745 (32 530) Einheiten.

Quellen:

¹ Verband der Vereine Creditreform e. V., Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze der Unternehmen. Dr. Jens Kammerath, Königswinter: Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH, Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

³ Statistische Ämter des Bundes und der Länder: Verknüpfung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit mit den statistikinternen Einzelangaben über Umsatz, Beschäftigte und den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmen in den Abschnitten C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003), Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

zent staatlich kontrollierten Unternehmen im Produzierenden Gewerbe. Dass dort von der amtlichen Statistik keine staatlich kontrollierten Unternehmen ermittelt wurden, könnte nur dann zutreffend sein, wenn diese ausnahmslos weniger als 20 Beschäftigte besitzen. Das erscheint unwahrscheinlich. Allerdings ist die systematische Erfassung der in unterschiedlichen Rechtsformen geführten Einrichtungen und Beteiligungen insbesondere im kommunalen Bereich faktisch schwierig.

2.4 Wirtschaftlicher Schwerpunkt der gruppenzugehörigen Unternehmen und Unternehmensgruppen

229. Die Häufigkeit und das Gewicht der Gruppenbildungen von Unternehmen ist in den einzelnen Wirtschaftsbereichen unterschiedlich. Allerdings lassen die Angaben für ein einzelnes Berichtsjahr nicht erkennen, inwieweit es sich möglicherweise auch um verschiedene Stadien mittel- und langfristiger Entwicklungen von Gruppenbildungen, Zusammenschlüssen und Verschmelzungen handelt.

In Tabelle II.6 wird die Anzahl der konzentrationsstatistisch relevanten gruppenzugehörigen Unternehmen mit zwei und mehr Mitgliedern in einer Gruppe bzw. Teilgruppe nach Wirtschaftsbereichen gegliedert. Hierbei ist zu beachten, dass die Anzahl der relevanten Unternehmen mit zunehmender Tiefe der systematischen Gliederung abnimmt, da sich die Mitglieder einer Gruppe auf eine größere Menge von Wirtschaftsbereichen verteilen. So beträgt die Anzahl der gruppenzugehörigen Unternehmen in Gruppen mit zwei und mehr Mitgliedern auf der obersten Ebene der ausgewählten Wirtschaftsabschnitte C und D des Produzierenden Gewerbes 7 556, auf der Ebene zweistelliger Wirtschaftsabteilungen 5 659 und auf der Ebene vierstelligen Wirtschaftsklassen 4 168 Unternehmen.¹⁸

230. Die alternativen Datenquellen VVC und BvD enthalten auf der Ebene zweistelliger Wirtschaftsabteilungen in der Mehrzahl der Fälle nahe beieinander liegende Angaben. Eine Ausnahme besteht für die zwei Abteilungen Kokerei, Mineralölverarbeitung u. a. (WZ 23) sowie Herstellung von Geräten der Elektrizitätserzeugung, -verteilung u. ä. (WZ 31). In diesen Abteilungen beträgt der Umsatzanteil der gruppenzugehörigen Unternehmen nach der Datenquelle VVC (BvD) 1,8 Prozent (5,9 Prozent) bzw. 9,0 Prozent (4,5 Prozent). Zu diesen Divergenzen besteht Aufklärungsbedarf.

Nach der integrierten Datenquelle mit der Schnittmenge VVC besteht die größte Anzahl gruppenzugehöriger Unternehmen in den Wirtschaftsbereichen Maschinenbau (WZ 29), Herstellung von Metallerzeugnissen (WZ 28), Verlags- und Druckgewerbe u. a. (WZ 33) und Ernährungsgewerbe (WZ 15) mit jeweils über 500 Unternehmen. Auf diese vier von 26 Abteilungen entfallen 2 790 oder 49,3 Prozent aller gruppenzugehörigen Unterneh-

men. Das Maximum liegt im Maschinenbau mit 969 Unternehmen (17,1 Prozent).

Die geringsten Anteile finden sich in der Tabakverarbeitung (WZ 16), bei der Herstellung von Büromaschinen u. a. (WZ 30) sowie der Gewinnung von Erdöl und Erdgas u. a. (WZ 11) mit jeweils sechs und weniger gruppenzugehörigen Unternehmen. In diesen Bereichen dominieren wenige große Unternehmen anstelle von Gruppen.

231. Das ökonomische Gewicht der gruppenzugehörigen Unternehmen in den einzelnen Bereichen der Wirtschaft wird nicht allein durch ihre Anzahl, sondern vor allem durch die Höhe der Umsätze und die Anzahl der Beschäftigten bestimmt. Zwischen der Anzahl und dem Umsatz bzw. der Beschäftigtenzahl der Unternehmen besteht kein allgemeiner Zusammenhang. Auf die vier Wirtschaftsabteilungen mit den umsatzstärksten gruppenzugehörigen Unternehmen entfallen folgende Besetzungszahlen und Umsatzanteile an allen gruppenzugehörigen Unternehmen:

– WZ 34	Herstellung von Kraftfahrzeugen u. a.,	207 Unternehmen,	30,5 Prozent Umsatzanteil,
– WZ 24	Chemischen Industrie,	283 Unternehmen,	11,0 Prozent Umsatzanteil,
– WZ 29	Maschinenbau,	969 Unternehmen,	10,7 Prozent Umsatzanteil,
– WZ 15	Ernährungsgewerbe,	528 Unternehmen,	7,9 Prozent Umsatzanteil.

In den genannten vier Abteilungen mit den umsatzstärksten gruppenzugehörigen Unternehmen vereinigen die 1 987 (35,1 Prozent) Unternehmen 381 316 Mrd. Euro (60,2 Prozent) Umsätze auf sich.

Die Umsatzanteile in den Bereichen Herstellung von Büromaschinen (WZ 30), Recycling (WZ 37) und Ledergerber (WZ 19) sind am geringsten und liegen jeweils unter rund 0,1 Prozent.

232. Eine Untersuchung des wirtschaftlichen Schwerpunkts der einzelnen Mitglieder einer Unternehmensgruppe kann Aufschluss über den horizontalen oder vertikalen wirtschaftlichen Zusammenhang der Unternehmensgruppen geben. In verschiedenen Fällen handelt es sich nicht um Unternehmensgruppen im eigentlichen Sinne, sondern um komplexe Unternehmen. Diese sind ökonomisch als ein Unternehmen zu betrachten, wenn einzelne wirtschaftlich unselbstständige Abteilungen, Betriebe oder Niederlassungen – z. B. in den Bereichen Produktion, Beschaffung oder Vertrieb – rechtlich ausgliedert werden.¹⁹ Auf der übergeordneten Ebene der Unternehmen wird sichtbar, dass der Kapitalverbund zwischen Zulieferer-, Produktions- und gegebenenfalls Handelsunternehmen im Produzierenden Gewerbe vor-

¹⁸ Integrierter Bestand der Datenquellen VVC und BvD mit der Schnittmenge der Quelle VVC.

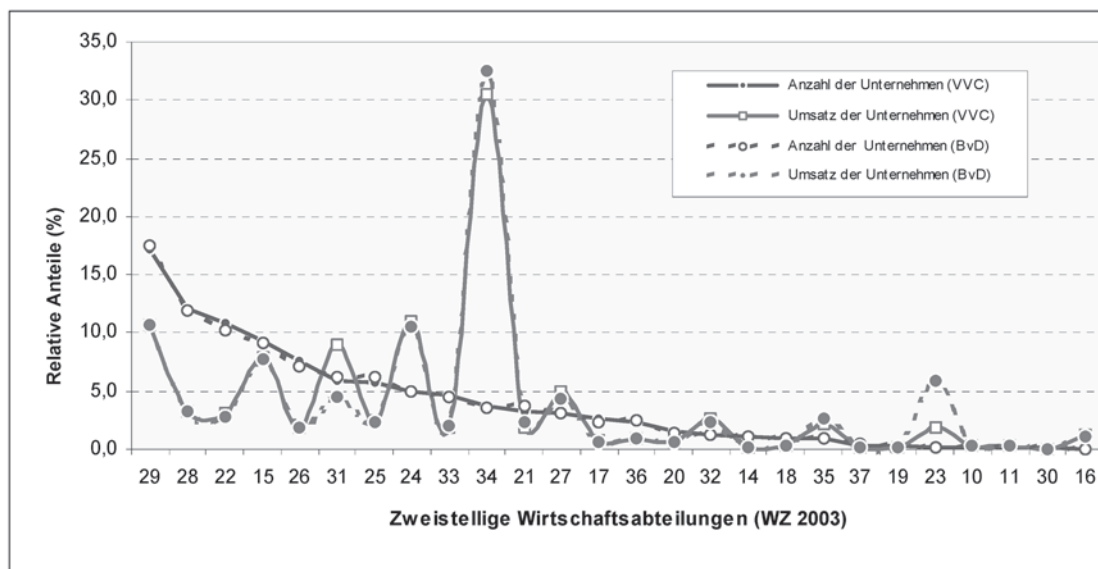
¹⁹ Das europäische Statistikrecht schreibt den nationalen statistischen Ämtern die Erfassung von komplexen Unternehmen verbindlich vor. Die deutsche amtliche Statistik hat dies bisher nicht umgesetzt. Vergleiche Verordnung (EWG) Nr. 2186/93 vom 22. Juli 1993, a. a. O., Anhang II, Nr. 3 lit. b).

Tabelle II.6

Anzahl und Umsatz der gruppenzugehörigen Unternehmen nach Wirtschaftsabteilungen auf der Basis alternativer Datenquellen^{1,2}

– Produzierendes Gewerbe (Abschnitte C und D), Deutschland 2003³ –

Nr.	WZ	Zweistellige Wirtschaftsklassen (WZ 2003)	Datenquelle VVC		Datenquelle BvD	
			Anzahl	Umsatz (1.000 €)	Anzahl	Umsatz (1.000 €)
1	10	Kohlenbergbau, Torfgewinnung	8	2.012.519.059	6	1.992.299.603
2	11	Gew. v. Erdöl u. Erdgas, Erbrg. Verb. Dienstleistg.	6	1.682.717.103	6	1.682.717.103
3	14	Gew. v. Steinen u. Erden, sonst. Bergbau	59	1.127.640.884	63	1.083.027.063
4	15	Ernährungsgewerbe	528	50.044.230.319	530	52.164.194.499
5	16	Tabakverarbeitung	4	7.784.256.842	4	7.784.256.842
6	17	Textilgewerbe	145	4.460.300.088	137	3.991.416.715
7	18	Bekleidungsgewerbe	51	1.850.697.191	53	1.917.957.023
8	19	Ledergewerbe	16	661.569.880	14	643.324.043
9	20	Holzgewerbe (oh. H. v. Möbeln)	85	3.900.668.878	83	3.895.188.046
10	21	Papiergewerbe	185	12.055.675.133	219	15.143.799.334
11	22	Verlags-, Druckgewerbe, Vervielfältigung	611	19.521.567.193	591	18.772.267.106
12	23	Kokerei, Mineralölverarb. H. v. Brustoffen	12	11.698.902.490	12	39.439.757.383
13	24	Chemische Industrie	283	69.873.780.147	286	71.085.879.237
14	25	H. v. Gummi- u. Kunststoffwaren	325	15.324.523.891	358	15.778.579.178
15	26	Glasgew., Keramik, Verarb. v. Steinen u. Erden	431	12.251.412.355	417	12.595.056.852
16	27	Metallerzeugung u. -Bearbeitung	178	31.780.846.243	184	28.756.876.711
17	28	H. v. Metallerzeugnissen	682	20.888.970.565	692	21.405.547.058
18	29	Maschinenbau	969	67.984.050.542	1022	71.436.547.991
19	30	H. v. Büromasch., DV-Gerät. u. -Einr.	6	124.344.696	10	385.280.145
20	31	H. v. Geräten d. Elektriz. Erzg., -verteilung u. ä.	331	56.778.910.177	359	30.070.913.713
21	32	Rundfunk-, Fernseh- u. Nachrichtentechnik	72	16.710.879.278	71	15.528.548.407
22	33	Medizin-, Mess-, Steuer- u. Regelungstechnik, Optik	261	11.913.691.695	262	13.184.929.848
23	34	H. v. Kraftwagen u. Kraftwagenteilen	207	193.414.179.426	207	217.923.750.607
24	35	Sonst. Fahrzeugbau	51	13.334.344.481	58	17.504.561.191
25	36	H. v. Möbeln, Schmuck, Musikinstr., Sportger. usw	135	5.581.582.983	148	5.834.405.665
26	37	Recycling	18	599.958.407	24	701.275.085
insgesamt			5.659	633.362.219.946	5.816	670.702.356.448



Anmerkungen:

Von insgesamt 535 798 gruppenzugehörigen Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen gehören nach der Quelle VVC (BvD) 12 691 (11 324) von insgesamt 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes an. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 007 (7 391) Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 403 (2 414) Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 (5 184) auf 32 745 (32 530) Einheiten.

Quellen:

- ¹ Verband der Vereine Creditreform e. V., Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze der Unternehmen. Dr. Jens Kammerath, Königswinter: Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.
- ² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH, Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.
- ³ Statistische Ämter des Bundes und der Länder: Verknüpfung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit mit den statistikinternen Einzelangaben über Umsatz, Beschäftigte und den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmen in den Abschnitten C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003), Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

herrscht, während insbesondere im Handel und Gaststättengewerbe, aber auch im Verkehrs- und Dienstleistungsbereich horizontale Strukturen, z. B. in Form von Ketten, von größerer Bedeutung sind.

233. Zur Diversität der Unternehmensgruppen nach Wirtschaftsbereichen hat die Monopolkommission keine näheren Auswertungen durchgeführt, obwohl diese von wettbewerblichem Interesse sind. Der jeweilige wirtschaftliche Schwerpunkt der einzelnen Gruppenmitglieder liefert erste Anhaltspunkte über die Existenz und Art der ökonomischen Beziehungen zwischen den verbundenen Unternehmen. Konkrete Informationen über die ökonomischen Binnenstruktur der Unternehmensgruppen setzen jedoch zusätzliche Erhebungen mit nicht unerheblichem Aufwand voraus. Von Interesse wären Angaben über Art, Umfang und Bewertung der Transaktionen.

Die gruppenzugehörigen Unternehmen, die ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt im gleichen Wirtschaftsbereich haben, müssen nicht in einer wettbewerblich relevanten horizontalen Beziehung stehen. Unter den Wirtschaftsabschnitten ist insbesondere die zweistellige Position im Unterabschnitt Herstellung von chemischen Erzeugnissen (WZ 24) so umfangreich und heterogen, dass sie auch eine Vielzahl vertikaler Beziehungen einschließt. Würde sich dies auch in der Diversität des wirtschaftlichen Schwerpunkts der Mitglieder einer Unternehmensgruppe widerspiegeln, wäre eine Aggregation der Umsätze der Gruppenmitglieder für eine revidierte Marktanteilsberechnung der Unternehmensgruppe verfehlt.

Innerhalb der Unternehmensgruppen werden die erstellten Güter, Waren oder Dienstleistungen vielfach nicht zu Marktpreisen, sondern zu (konzern)internen Verrechnungspreisen bewertet. Ihre – mangels zusätzlicher Informationen hilfsweise – Gleichsetzung mit den Außenumständen der Unternehmen führt zu systematischen Verzerrungen. Die Monopolkommission verwendet daher zur Ermittlung der Größe der Unternehmensgruppen neben der Summe der Umsätze zusätzlich die Anzahl der Beschäftigten der Gruppenmitglieder.

2.5 Struktur der gruppenzugehörigen Unternehmen nach Wirtschaftsräumen (Bundesländern)

234. Die wettbewerbliche Relevanz von Unternehmensgruppen wird auch durch die regionale Verteilung der gruppenzugehörigen Unternehmen bestimmt. Ein operationales Kriterium ist die räumliche Verteilung des Sitzes der ultimativen Eigner und der von ihnen jeweils kontrollierten Unternehmen.

In Verbindung mit Angaben über den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmen bzw. die Art der produzierten Güter sind Anhaltspunkte für eine räumliche Marktabgrenzung möglich. Bei der Zusammenfassung der Konzentrationsstatistischen Daten zu bundesweiten Ergebnissen geht dieser Bezug verloren. Daneben besteht unter verschiedenen Gesichtspunkten ein landes- und regionalpolitisches Interesse der Bundesländer zu wissen, in welchem Umfang die Unternehmen im eigenen Bundesland von ultimativen Eignern kontrolliert werden und in welchem Bundesland innerhalb Deutschlands oder in

welchem Land außerhalb Deutschlands diese Eigner ihren Sitz haben.²⁰

2.5.1 Anzahl der gruppenzugehörigen Unternehmen nach Bundesländern

235. Die Anzahl der gruppenzugehörigen Unternehmen ist nach der umfangreicheren Datenquelle VVC gegenüber BvD insgesamt um rund 1 000 Unternehmen höher. Die relative Verteilung der gruppenzugehörigen Unternehmen nach Bundesländern besitzt jedoch nach beiden Quellen eine nahezu identische Struktur. Eine Ausnahme bildet das Land Rheinland-Pfalz, für das die Quelle VVC etwas höhere Besetzungszahlen und Anteilwerte nach Umsatz und Beschäftigten enthält.

Zwei Drittel aller gruppenzugehörigen Unternehmen, auf die nahezu drei Viertel der Umsätze und der Anzahl der Beschäftigten entfallen, konzentrieren sich auf die vier Bundesländer Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Bayern und Niedersachsen.

Die Verknüpfung der statistikexternen Angaben über die Verflechtungen der Unternehmen mit den statistikinternen Einzelangaben über Umsatz und Beschäftigte erfolgt durch diejenigen statistischen Landesämter, in denen die gruppenzugehörigen Unternehmen jeweils ihren Sitz haben. Die regionale Verteilung der Unternehmen ist daher nicht nur inhaltlich, sondern auch datentechnisch für die Validität der Angaben von Bedeutung.

2.5.2 Regionale und bundesweite Unternehmensgruppen

236. Die Verteilung der einzelnen gruppenzugehörigen Unternehmen innerhalb Deutschlands gewinnt eine zusätzliche Dimension durch die Frage, welche Unternehmensgruppen sich über mehrere Bundesländer erstrecken. Die Beantwortung setzt voraus, unter den insgesamt 37 714 Unternehmen nur die 19 287 einzubeziehen, die einer Gruppe angehören, und unter jenen nur diejenigen 7 556 Mitglieder von Unternehmensgruppen, für die mindestens zwei Mitglieder im Produzierenden Gewerbe erfasst wurden.²¹

Danach ist nahezu die Hälfte (46,3 Prozent) der Unternehmensgruppen in zwei Bundesländern aktiv. Auf sie entfällt zugleich der jeweils größere Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen (38,5 Prozent), der Umsätze (35,6 Prozent) und der Anzahl der Beschäftigten (37,3 Prozent). Daneben bestehen, wenn auch insgesamt mit geringerem Gewicht, Unternehmensgruppen, deren Mitglieder in nahezu allen Bundesländern vertreten sind. Vier Unternehmensgruppen mit 137 produzierenden Unternehmen umfassen mehr als zehn Bundesländer (vgl. Abbildung II.6 mit Tabelle).

²⁰ Vergleiche Statistisches Landesamt Baden-Württemberg, Kössler, Richard, Braun, Ralph (Bearb.), Unternehmen und Unternehmensgruppen – eine Studie der regionalen Strukturen und Beziehungen, Statistische Analysen Nr. 10/2004, Stuttgart 2004.

²¹ Die Angaben beziehen sich auf die Angaben der Datenquelle VVC einschließlich des Überhangs der Angaben aus der Quelle BvD.

Tabelle II.7

Sitz der gruppenzugehörigen Unternehmen nach Bundesländern auf der Basis alternativer Datenquellen^{1, 2}– Produzierendes Gewerbe (Abschnitte C und D), Deutschland Ende 2003³ –

lfd. Nr.	Bundesland	Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC)			Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD)		
		Anzahl	Beschäftigte	Umsatz (1.000 €)	Anzahl	Beschäftigte	Umsatz (1.000 €)
1	Nordrhein-Westfalen	4.385	993.781	215.214.941	4.021	981.370	213.478.405
2	Baden-Württemberg	3.186	990.658	221.005.259	2.983	981.715	223.154.518
3	Bayern	2.524	923.107	232.665.693	2.502	911.538	226.848.692
4	Niedersachsen	1.521	405.515	115.424.172	1.468	420.126	119.729.749
5	Hessen	1.104	338.507	78.575.212	1.058	346.697	80.082.544
6	Sachsen	904	108.350	21.209.895	852	108.329	22.363.660
7	Rheinland-Pfalz	724	166.352	39.295.820	644	118.654	23.812.764
8	Thüringen	613	72.048	11.456.236	584	71.050	11.593.341
9	Schleswig-Holstein	492	86.582	17.682.655	460	85.462	18.108.790
10	Sachsen-Anhalt	440	54.863	14.610.802	408	51.631	14.371.042
11	Berlin	344	83.725	18.392.849	333	87.280	19.176.051
12	Brandenburg	331	47.734	10.641.745	297	45.868	10.367.214
13	Hamburg	242	105.677	52.628.504	239	105.812	63.126.707
14	Mecklenburg-Vorpommern	213	24.254	4.619.670	204	23.836	4.731.539
15	Bremen	151	32.834	8.102.518	147	32.465	7.079.294
16	Saarland	121	36.923	6.333.903	101	36.153	6.184.617
	insgesamt	17.295	4.470.910	1.067.859.874	16.301	4.407.986	1.064.208.927
Relative Werte (Prozent)							
1	Nordrhein-Westfalen	25,354	22,228	20,154	24,667	22,263	20,060
2	Baden-Württemberg	18,422	22,158	20,696	18,299	22,271	20,969
3	Bayern	14,594	20,647	21,788	15,349	20,679	21,316
4	Niedersachsen	8,794	9,070	10,809	9,006	9,531	11,251
5	Hessen	6,383	7,571	7,358	6,490	7,865	7,525
6	Sachsen	5,227	2,423	1,986	5,227	2,458	2,101
7	Rheinland-Pfalz	4,186	3,721	3,680	3,951	2,692	2,238
8	Thüringen	3,544	1,611	1,073	3,583	1,612	1,089
9	Schleswig-Holstein	2,845	1,937	1,656	2,822	1,939	1,702
10	Sachsen-Anhalt	2,544	1,227	1,368	2,503	1,171	1,350
11	Berlin	1,989	1,873	1,722	2,043	1,980	1,802
12	Brandenburg	1,914	1,068	0,997	1,822	1,041	0,974
13	Hamburg	1,399	2,364	4,928	1,466	2,400	5,932
14	Mecklenburg-Vorpommern	1,232	0,542	0,433	1,251	0,541	0,445
15	Bremen	0,873	0,734	0,759	0,902	0,737	0,665
16	Saarland	0,700	0,826	0,593	0,620	0,820	0,581
	insgesamt	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000

Anmerkungen:

Von insgesamt 535 798 gruppenzugehörigen Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen gehören nach der Quelle VVC (BvD) 12 691 (11 324) von insgesamt 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes an. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 007 (7 391) Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 403 (2 414) Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 (5 184) auf 32 745 (32 530) Einheiten.

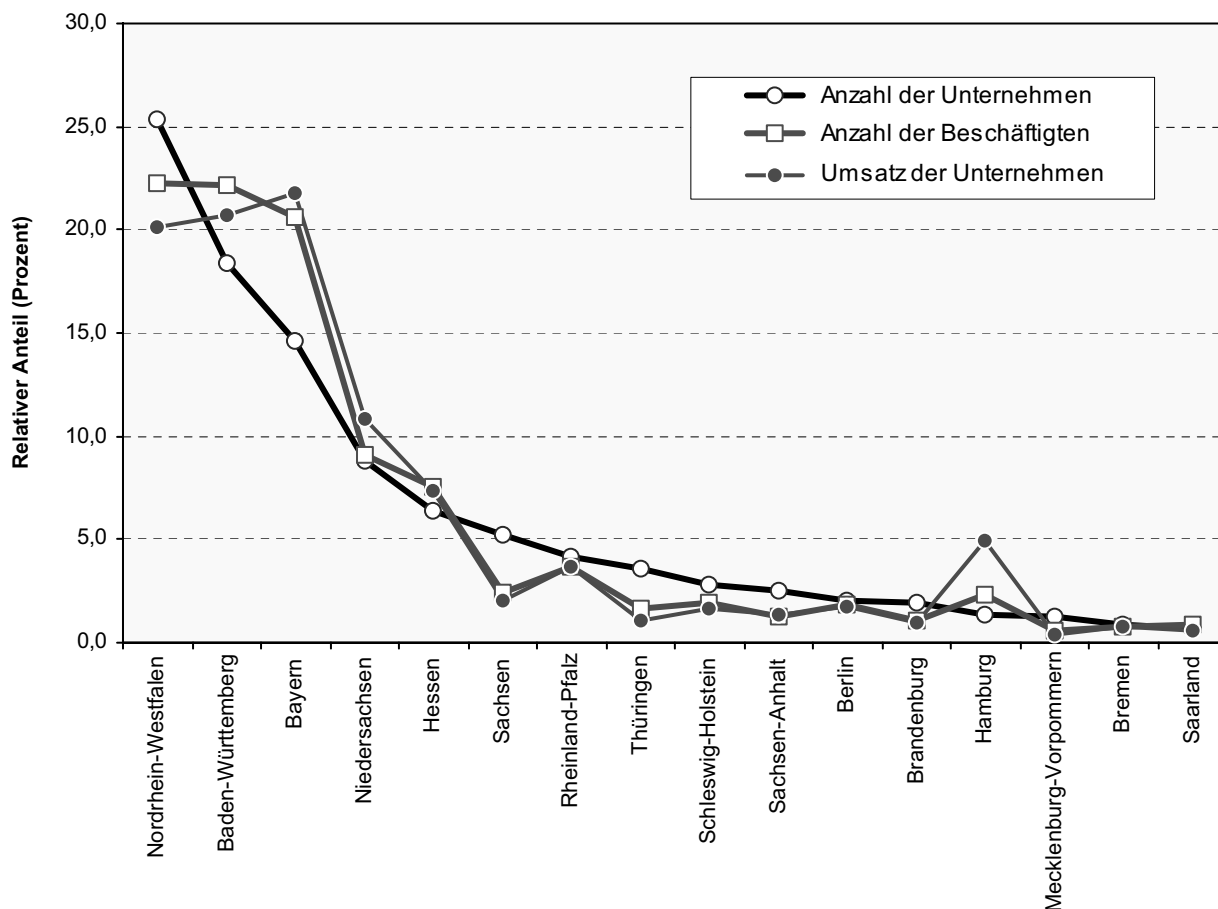
Quellen:

¹ Verband der Vereine Creditreform e. V., Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze der Unternehmen. Dr. Jens Kammerath, Königswinter: Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH, Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

³ Statistische Ämter des Bundes und der Länder: Verknüpfung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit mit den statistikinternen Einzelangaben über Umsatz, Beschäftigte und den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmen in den Abschnitten C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003), Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

Abbildung II.5

Sitz der gruppenzugehörigen Unternehmen nach Bundesländern auf der Basis der Datenquelle VVC^{1,2}– Produzierendes Gewerbe (Abschnitte C und D), Deutschland Ende 2003³ –**Bundesländer mit Sitz der gruppenzugehörigen Unternehmen****Anmerkungen:**

Von insgesamt 535 798 gruppenzugehörigen Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen gehören nach der Quelle VVC (BvD) 12 691 (11 324) von insgesamt 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes an. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 007 (7 391) Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 403 (2 414) Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 (5 184) auf 32 745 (32 530) Einheiten.

Datenquellen:

¹ Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze für 466 029 Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

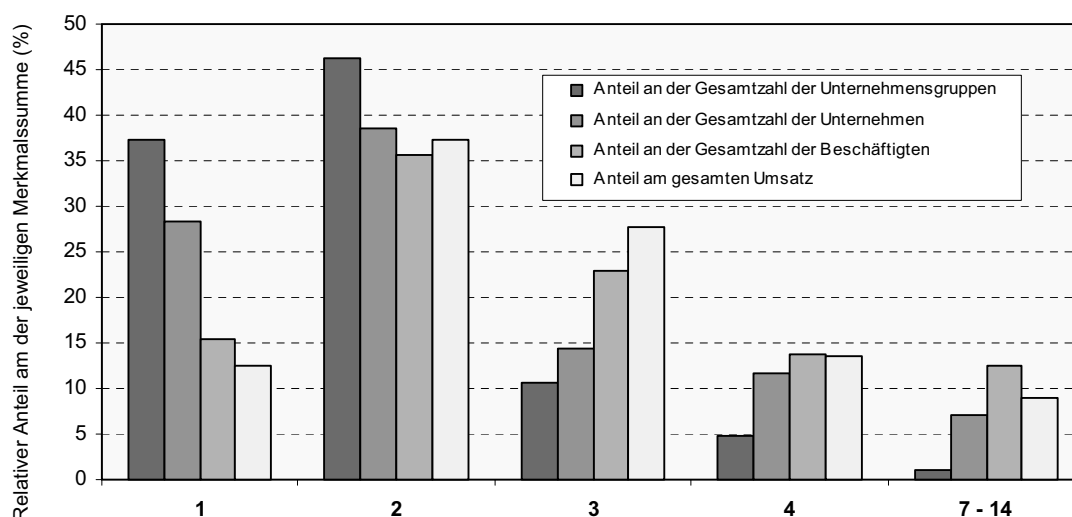
² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit für 251 040 Unternehmen.

³ Statistische Ämter des Bundes und der Länder: Verknüpfung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit mit den statistikinternen Einzelangaben über Umsatz, Beschäftigte und den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmen in den Abschnitten C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003), Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

Abbildung II.6

Diversität der Unternehmen in Unternehmensgruppen mit zwei und mehr Mitgliedern nach Bundesländern auf der Basis eines integrierten Datenbestandes^{1, 2}

– Produzierendes Gewerbe (Abschnitte C und D), Deutschland 2003³ –



Anzahl der Bundesländer, in denen die Mitglieder einer Unternehmensgruppe ihren Sitz haben

lfd. Nr.	Anzahl der Bundesländer	Unternehmensgruppen	Unternehmen	Beschäftigte	Umsatz (1.000 Euro)
Relative Anteile an der jeweiligen Merkmalssumme (%)					
1	1	37,263	28,309	15,403	12,539
2	2	46,308	38,499	35,600	37,302
3	3	10,591	14,426	22,858	27,680
4	4 – 6	4,832	11,752	13,694	13,539
5	7 – 14	1,005	7,014	12,445	8,941
insgesamt		100,000	100,000	100,000	100,000
Merkmalssummen in absoluten Einheiten					
1	1	964	2.139	457.450	92.329.304
2	2	1.198	2.909	1.057.270	274.670.466
3	3	274	1.090	678.852	203.821.879
4	4	85	496	165.490	41.734.195
5	7 – 14	66	922	610.795	123.793.271
Unternehmen in Gruppen mit mehr als einem erfassten Mitglied		2.587	7.556	2.989.857	736.349.115

Anmerkungen:

Insgesamt wurden 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen erfasst. Davon wurden unter den 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten in den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes 19 287 Unternehmen in 14 318 Gruppen identifiziert. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 556 Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 587 Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 auf 32 745 Einheiten (Schnittmenge nach der Quelle VVC).

Datenquellen:

Aufbereitung der Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC und 251 040 Angaben der Quelle BvD. Die Angaben der gemeinsamen Schnittmenge über 181 271 gruppenzugehörige Unternehmen basieren auf der Quelle VVC.

¹ Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze für 466 029 Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit für 251 040 Unternehmen.

³ Statistische Ämter des Bundes und der Länder: Verknüpfung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit mit den statistikinternen Einzelangaben über Umsatz, Beschäftigte und den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmen in den Abschnitten C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003), Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

2.5.3 Verteilung der gruppenzugehörigen Unternehmen und deren ultimativen Eignern nach Bundesländern

237. Die interregionale Verknüpfung der Unternehmensgruppen nach Bundesländern enthält zwei Perspektiven der Analyse. Diese Perspektiven betreffen jeweils den Anteil der gruppenzugehörigen Unternehmen in einem Bundesland, deren ultimativer Eigner ihren Sitz im gleichen Bundesland haben, bezogen auf

- alle gruppenzugehörigen Unternehmen in diesem Bundesland; der Anteil ist ein Maß für die regionale Homogenität der gruppenzugehörigen Unternehmen in einem Bundesland in Bezug auf ihre Kontrolle durch einen ultimativen Eigner im gleichen Bundesland (regionaler Homogenitätsindex);
- alle gruppenzugehörigen Unternehmen dieser Eigner auch außerhalb des eigenen Bundeslandes. Der Index ist ein Maß für die regionale Identität der Eigner in einem Bundesland.²² Der Anteil ist umso niedriger, je stärker die ultimativen Eigner eines Bundeslandes auch Unternehmen außerhalb dieses Bundeslandes kontrollieren (regionaler Identitätsindex).

238. In die Analyse der regionalen Verflechtungen wurden alle gruppenzugehörigen Unternehmen einbezogen, für die valide Angaben zu ihrer Lokation vorlagen einschließlich derjenigen ultimativen Eigner, die ihren Sitz in Deutschland haben. Datenbasis war der Datenbestand aus der Quelle VVC zuzüglich des Überhangs aus der Quelle BvD. Danach waren 15 773 von insgesamt 19 287 gruppenzugehörigen Unternehmen zu berücksichtigen.²³

239. Die Angaben der gruppenzugehörigen Unternehmen sind zweckmäßigerweise als Matrix zeilen- und spaltenweise nach den Bundesländern gegliedert, in denen die gruppenzugehörigen Unternehmen und deren ultimative Eigner jeweils ihren Sitz haben.

Die Diagonale der Matrix enthält die Angaben der gruppenzugehörigen Unternehmen in einem Bundesland, deren ultimative Eigner im gleichen Bundesland ihren Sitz haben. Die Spaltensummen enthalten die Angaben aller gruppenzugehörigen Unternehmen, die – unabhängig vom Sitz des ultimativen Eigners – im gleichen Bundesland ihren Sitz haben. Die Zeilensummen enthalten die

Angaben aller gruppenzugehörigen Unternehmen, die – unabhängig von ihrem eigenen Sitz – den ultimativen Eignern in einem bestimmten Bundesland zugeordnet sind. Der Quotient der diagonalen Angaben mit den Spaltensummen entspricht dem regionalen Homogenitätsindex, der entsprechende Quotient mit den Zeilensummen dem Identitätsindex.

Als Merkmale der gruppenzugehörigen Unternehmen stehen deren Anzahl, der Umsatz und die Anzahl der Beschäftigten zur Verfügung.

240. Tabelle II.8 enthält die Matrix der Verteilung der einbezogenen 15 733 Unternehmen nach der Anzahl, Tabelle II.9 die entsprechende Verteilung der Summe der Umsätze dieser Unternehmen in Höhe von 876 656 Mrd. Euro. Die Abbildungen II.7 und II.8 veranschaulichen die Ergebnisse aus beiden Matrizen jeweils für den regionalen Homogenitäts- und den Identitätsindex.

Die tabellarischen und die graphischen Darstellungen machen jeweils nach der Anzahl und dem Umsatz der gruppenzugehörigen Unternehmen die besondere Stellung der neuen gegenüber den alten Bundesländern – ohne die Stadtstaaten – in Bezug auf das Verhältnis von ultimativen Eignern und deren gruppenzugehörige Unternehmen sichtbar:

- Der Anteil der Unternehmen, der auf die gruppenzugehörigen Unternehmen eines Bundeslandes entfällt, deren ultimativer Eigner dem gleichen Bundesland angehört, ist mit durchschnittlich 35 Prozent in den neuen Bundesländern erheblich geringer als in den alten Bundesländern mit 80 Prozent (regionaler Homogenitätsindex).
- Dem entspricht, dass der Anteil derjenigen gruppenzugehörigen Unternehmen, die ein ultimativer Eigner im eigenen Bundesland besitzt, in den neuen Bundesländern mit durchschnittlich 83 Prozent gegenüber den alten Bundesländern mit 76 Prozent deutlich höher ist (regionaler Identitätsindex).

Nach der Bewertung der Fallzahlen mit den Umsätzen oder der Anzahl der Beschäftigten treten die Unterschiede zwischen den alten und den neuen Bundesländern noch schärfer hervor. Das bedeutet, dass die ultimativen Eigner ostdeutscher Unternehmen – nach wie vor – überwiegend ihren Sitz in Westdeutschland haben, während die gruppenzugehörigen Unternehmen ultimativer Eigner in Ostdeutschland sich überwiegend auf das eigene Bundesland beschränken. Die Tendenz dieser Ergebnisse für das produzierende Gewerbe zum Berichtsjahr 2003 stimmt mit den allgemeinen Ergebnissen für die Berichtsjahre 2001²⁴ und 2003²⁵ überein. Die besonderen Ergebnisse für die Stadtstaaten erklären sich selbst.

²² Werden alle gruppenzugehörigen Unternehmen in einem Bundesland von Eignern kontrolliert, die im gleichen Bundesland ihren Sitz haben, ist der Wert des Homogenitätsindex gleich eins. Kontrollieren diese Eigner auch Unternehmen außerhalb des eigenen Bundeslandes, ist der Wert des Identitätsindex kleiner als eins, aber stets größer als null.

²³ Aus methodischen Gründen war zu erwägen, diejenigen ultimativen Eigner nicht zu berücksichtigen, die im Produzierende Gewerbe nur als einziges Mitglied einer Unternehmensgruppe erfasst wurden. Daneben könnten die gruppenzugehörigen Unternehmen nach ultimativen Eignern und deren kontrollierte Tochtergesellschaften getrennt werden. Die Verfolgung dieser Ansätze war aus zeitlichen Gründen nicht mehr möglich. Die Abweichungen der relativen Ergebnisse sind vermutlich begrenzt.

²⁴ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2000/2001, a. a. O., Tz. 212 ff., Abb. I.2.1 und I.2.2.

²⁵ Vergleiche Tabelle I.2.4, Abbildung I.1 in Kapitel I.

Tabelle II.8

Anzahl der gruppenzugehörigen Unternehmen und deren ultimativen Eignern nach Bundesländern auf der Basis eines integrierten Datenbestandes^{1,2}

– Produzierendes Gewerbe, Deutschland Ende 2003³ –

Tochtergesellsch. / ultimative Eigner		Sitz der Tochtergesellschaften nach Bundesländern															
		SH	HH	Nds	HB	NRW	Hess	RPf	BW	Bay	SL	B	BB	MV	S	SA	Thür
Sitz der ultimativen Eigner nach Bundesländern		411	24	13		11	4	1	3	5	1	1	8	13	7	6	5
SH	309	42	142	34	1	49	13	4	19	14	1	11	11	16	20	8	4
HH	14	8	1.103	33	74	20	4	4	30	23		5	28	27	46	60	22
Nds	4	3	24	75	3			1	3	2		2	1	5	2	3	2
HB	130	4	3	24													
NRW	4.501	30	8	107	10	3.566	79	55	120	102	8	33	35	20	147	80	101
Hess	1.090	8	4	33	1	63	735	21	53	46	2	10	11	3	40	16	44
RPf	681																
BW	3.158	13	7	43	6	108	49	24	2.477	136	3	17	31	9	132	38	65
Bay	2.499	7	9	24	3	68	32	15	97	1.969	5	18	17	3	103	23	106
SL	112			3		2	3	5	3	2	87	1	1	1	2	2	1
B	400	9	6	10	3	27	16	2	18	27		193	42	2	16	17	12
BB	123					2	1	1	5	3		15	88		5	2	1
MV	108	1		1		3	1		1	1			8	90		2	
S	323			2		5	1	5	4	4		1	3		287	4	7
SA	134			1		3	1				1	1	3		6	116	1
Thür	217	1		2		4	3	1	4	3			1	1	6	3	188
regionale Homogenität		438	211	1.409	134	4.014	967	664	2.866	2.359	112	308	295	191	836	397	572
regionale Identität		70,55	67,30	78,28	55,97	88,84	76,01	79,07	86,43	83,47	77,68	62,66	29,83	47,12	34,33	29,22	32,87
		75,18	36,50	73,68	57,69	79,23	67,43	77,09	78,44	78,79	77,68	48,25	71,55	83,33	88,85	86,57	86,64

Zeichenerklärung: Feld unbesetzt: kein Unternehmen in dem betreffenden Bundesland.

Anmerkungen:

Index der regionalen Homogenität (%): Anteil der Tochterunternehmen, deren ultimativer Eigner seinen Sitz im gleichen Bundesland hat.
Index der regionalen Identität (%): Anteil der Tochterunternehmen, die ein ultimativer Eigner im gleichen Bundesland besitzt. Insgesamt wurden 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen erfasst. Davon wurden unter den 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten in den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes 19 287 Unternehmen in 14 318 Gruppen identifiziert. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 556 Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 587 Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 auf 32 745 Einheiten (Schnittmenge nach der Quelle VVC).

Datenquellen:

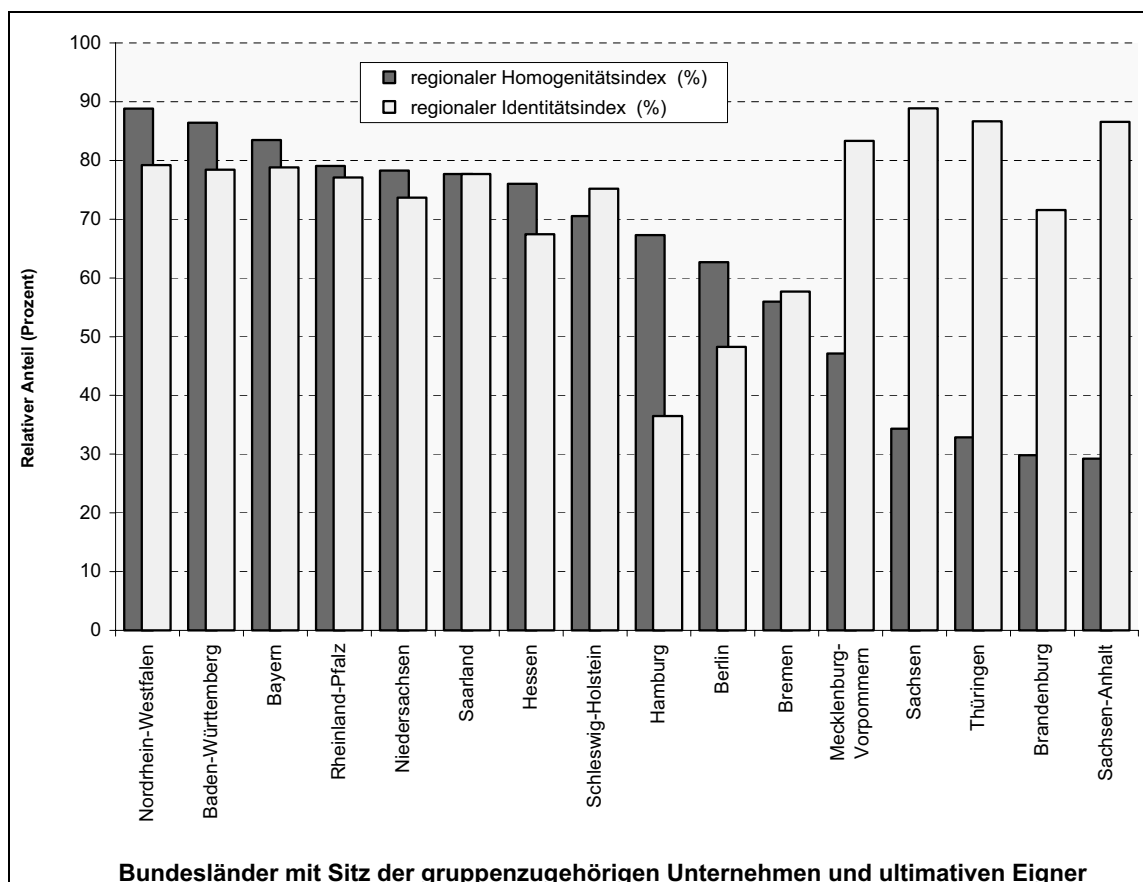
- Aufbereitung der Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC und 251 040 Angaben der Quelle BvD. Die Angaben der gemeinsamen Schnittmenge über 181 271 gruppenzugehörige Unternehmen basieren auf der Quelle VVC.
- Verband der Vereine Creditreform e. V., Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Teilnehmernetze der Unternehmen. Dr. Jens Kammerath, Königswinter: Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.
 - Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH, Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Teilnehmernetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.
 - Statistische Ämter des Bundes und der Länder: Verknüpfung der statistischen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit mit den statistischen Einzelangaben über Umsatz, Beschäftigte und den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmen in den Abschnitten C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003), Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

Abbildung II.7

Anteil der Anzahl der gruppenzugehörigen Tochterunternehmen in einem Bundesland, deren ultimative Eigner ihren Sitz im gleichen Bundesland haben, bezogen auf

- alle Tochterunternehmen in dem jeweiligen Bundesland (regionale Homogenität der Tochterunternehmen)
- alle Tochterunternehmen der Eigner auch in anderen Bundesländern (regionale Identität der ultimativen Eigner) auf der Basis eines integrierten Datenbestandes^{1, 2}

– Produzierendes Gewerbe, Deutschland Ende 2003³ –



Anmerkungen:

Index der regionalen Homogenität (%): Anteil der Tochterunternehmen, deren ultimativer Eigner seinen Sitz im gleichen Bundesland hat.

Index der regionalen Identität (%): Anteil der Tochterunternehmen, die ein ultimativer Eigner im gleichen Bundesland besitzt.

Insgesamt wurden 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen erfasst. Davon wurden unter den 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten in den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes 19 287 Unternehmen in 14 318 Gruppen identifiziert. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 556 Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 587 Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 auf 32 745 Einheiten.

Datenquellen:

Aufbereitung der Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC und 251 040 Angaben der Quelle BvD. Die Angaben der gemeinsamen Schnittmenge über 181 271 gruppenzugehörige Unternehmen basieren auf der Quelle VVC.

Datenquellen:

Aufbereitung der Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC und 251 040 Angaben der Quelle BvD. Die Angaben der gemeinsamen Schnittmenge über 181 271 gruppenzugehörige Unternehmen basieren auf der Quelle VVC.

¹ Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze für 466 029 Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit für 251 040 Unternehmen.

³ Statistische Ämter des Bundes und der Länder: Verknüpfung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit mit den statistikinternen Einzelangaben über Umsatz, Beschäftigte und den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmen in den Abschnitten C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003), Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

Tabelle II.9

Umsatz der gruppenzugehörigen Unternehmen und deren ultimativen Eignern nach Bundesländern auf der Basis eines integrierten Datenbestandes^{1,2}– Produzierendes Gewerbe, Deutschland Ende 2003³ –

Tochtergesellschaften / ultimative Eigner		Sitz der Tochtergesellschaften nach Bundesländern																
		SH	HH	Nds	HB	NRW	Hess	RPf	BW	Bay	SL	S	BB	MV	S	SA	Thür	
Sitz der ultimativen Eigner nach Bundesländern	SH	9,886	1,151	0,358		0,209	0,055	*	0,128	0,303	*	*	0,101	0,112	0,277	0,074	0,183	
	HH	0,933	24,558	1,919	*	2,600	0,243	0,274	0,618	0,312	*	0,384	0,165	0,245	0,627	0,230	0,223	
	Nds	0,236	0,133	87,723	0,671	2,708	1,252	0,100	0,867	0,953	0,053	0,053	0,438	0,494	4,795	1,254	0,205	
	HB	0,198	0,033	0,487	3,818	0,127	*	*	0,032	*	*	*	*	0,338	*	0,386	*	
	NRW	1,315	2,767	3,363	0,705	156,049	3,785	2,122	6,411	4,794	0,154	0,795	0,414	0,529	3,519	1,901	1,907	
	Hess	0,503	0,677	1,089	*	2,318	49,633	0,508	3,018	1,715	0,238	0,238	0,224	0,087	0,587	0,148	1,838	
	RPf			2,144	*	1,535	0,235	15,190	1,034	0,727	0,047	0,047	0,833	*	0,299	0,287	0,449	
	BW	0,555	0,295	3,336	0,268	3,568	2,711	1,099	161,887	9,016	1,483	0,816	0,598	0,091	1,915	1,057	1,155	
	Bay	0,414	4,801	2,227	0,095	3,933	2,222	0,592	10,465	180,933	0,105	0,491	0,751	0,066	2,538	0,831	1,590	
	SL			0,090			0,047	0,195	0,055	*	3,915	*	*	*	*	*	*	*
	B	0,124	0,102	0,169	0,034	1,062	0,580	*	*	1,050	8,346		11,999	1,002	0,016	0,199	0,402	0,351
	BB						*	*	0,192	0,137	0,137		0,132	2,195		0,031	*	*
	MV			*		0,020	*	*	*	*	*			0,047	1,225		*	
	S				*	0,077	*	0,192	0,164	0,021	0,021		*	0,029		2,978	0,032	0,061
SA					0,063	*	*	*	*	*	*	*	0,027		0,053	1,930	*	
Thür		*		*		0,149	0,753	*	0,811	0,304	*	*	*	*	0,024	0,062	2,187	
		14,349	34,517	103,060	5,931	174,505	61,617	20,457	186,837	207,693	5,954	15,047	6,974	3,219	17,925	8,659	10,184	
regionale Homogenität		89,42	87,12	86,65	85,12	80,55	79,74	74,25	71,15	68,89	65,76	64,38	38,05	31,47	22,29	21,48	16,61	
regionale Identität		81,90	85,32	85,27	86,10	79,23	47,06	66,48	73,00	75,97	86,18	67,90	81,95	79,48	90,91	48,88	81,06	

Zeichenerklärung: * Wert unter statistischer Geheimhaltung; Feld unbesetzt: kein Unternehmen in dem betreffenden Bundesland.

Anmerkungen:

Index der regionalen Homogenität (%): Anteil der Tochterunternehmen, deren ultimativer Eigner seinen Sitz im gleichen Bundesland hat.

Index der regionalen Identität (%): Anteil der Tochterunternehmen, die ein ultimativer Eigner im gleichen Bundesland besitzt.

Insgesamt wurden 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen erfasst. Davon wurden unter den 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten in den Abschnitten C und D des

Produzierenden Gewerbes 19 287 Unternehmen in 14 318 Gruppen identifiziert. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen

oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 556 Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 587 Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppen-

zugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 auf 32 745 Einheiten (Schnittmenge nach der Quelle VVC).

Datenquellen:

Aufbereitung der Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC und 251 040 Angaben der Quelle BvD. Die Angaben der gemeinsamen Schnittmenge über 181 271 gruppenzugehörige

Unternehmen basieren auf der Quelle VVC.

¹ Verband der Vereine Creditreform e. V., Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Teilnehmernetze der Unternehmen. Dr. Jens Kammerath, Königswinter: Ermittlung

der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH, Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Teilnehmernetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der

Unternehmen.

³ Statistische Ämter des Bundes und der Länder: Verknüpfung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit mit den statistikinternen Einzelangaben über Umsatz, Beschäftigte und den wirtschaftli-

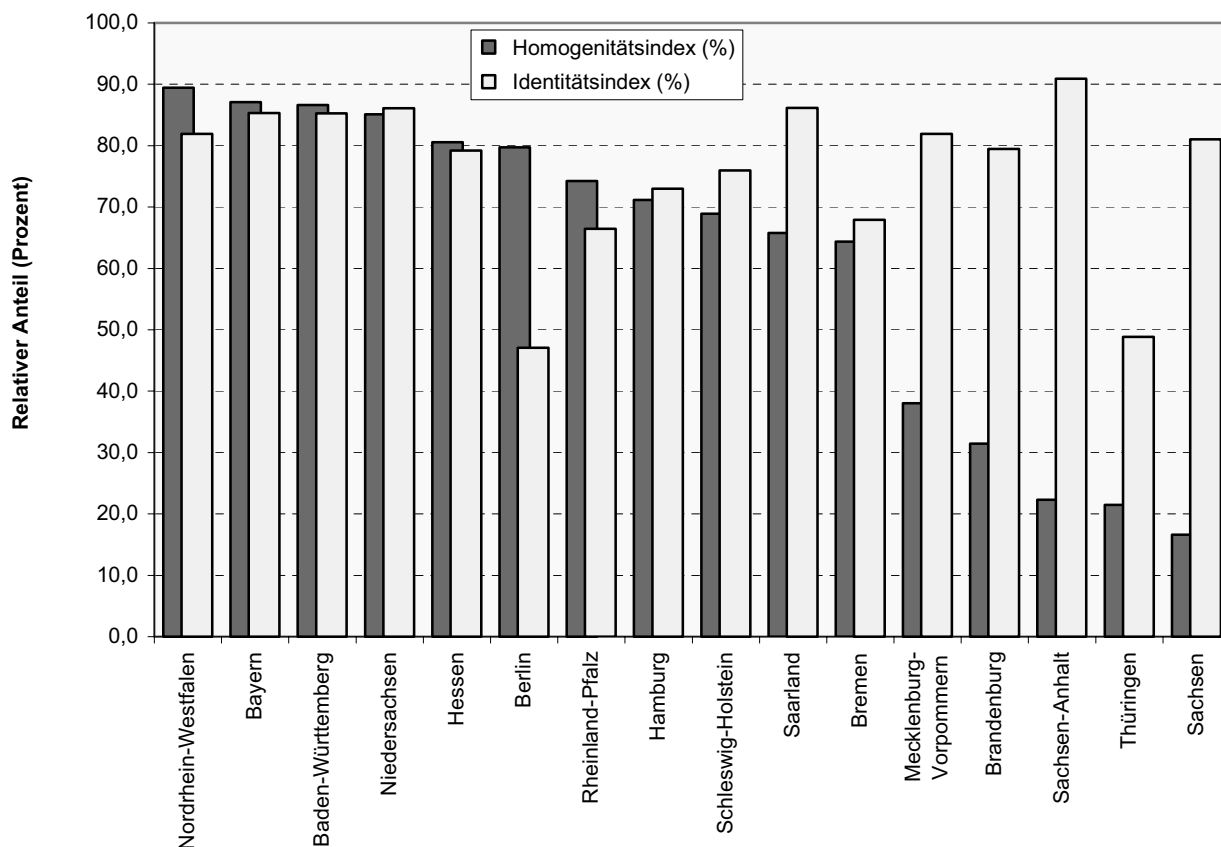
chen Schwerpunkt der Unternehmen in den Abschnitten C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003), Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

Abbildung II.8

Anteil des Umsatzes der gruppenzugehörigen Tochterunternehmen in einem Bundesland, deren ultimative Eigner ihren Sitz im gleichen Bundesland haben, bezogen auf

- alle Tochterunternehmen in dem jeweiligen Bundesland (regionale Homogenität der Tochterunternehmen)
- alle Tochterunternehmen der Eigner auch in anderen Bundesländern (regionale Identität der ultimativen Eigner) auf der Basis eines integrierten Datenbestandes^{1, 2}

– Produzierendes Gewerbe, Deutschland Ende 2003³ –



Anmerkungen:

Index der regionalen Homogenität (%): Anteil der Tochterunternehmen, deren ultimativer Eigner seinen Sitz im gleichen Bundesland hat.

Index der regionalen Identität (%): Anteil der Tochterunternehmen, die ein ultimativer Eigner im gleichen Bundesland besitzt.

Insgesamt wurden 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen erfasst. Davon wurden unter den 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten in den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes 19 287 Unternehmen in 14 318 Gruppen identifiziert. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 556 Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 587 Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 auf 32 745 Einheiten (Schnittmenge nach der Quelle VVC).

Datenquellen:

Aufbereitung der Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC und 251 040 Angaben der Quelle BvD. Die Angaben der gemeinsamen Schnittmenge über 181 271 gruppenzugehörige Unternehmen basieren auf der Quelle VVC.

¹ Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze für 466 029 Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003, Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit für 251 040 Unternehmen.

³ Statistische Ämter des Bundes und der Länder: Verknüpfung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit mit den statistikinternen Einzelangaben über Umsatz, Beschäftigte und den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmen in den Abschnitten C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003), Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

2.6 Gruppenzugehörige Unternehmen in Deutschland unter ausländischer Kontrolle

241. Von den 37 714 Unternehmen, die in den untersuchten Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt haben, gehören nach der Datenquelle VVC (BvD) 17 295 (16 301) einer Unternehmensgruppe an. Da die Mitglieder von Unternehmensgruppen des Produzierenden Gewerbes auch weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt außerhalb dieses Bereichs haben können, handelt es sich im Produzierenden Gewerbe – wie dargelegt – in vielen Fällen lediglich um so genannte Teilgruppen, im Grenzfall nur mit einem Mitglied.

242. Von den gruppenzugehörigen Unternehmen im Produzierenden Gewerbe besitzen nach der Quelle VVC (BvD) 1 403 (2 229) Unternehmen einen ultimativen Eigner im Ausland. Der Anteilswert beträgt 8,1 Prozent (13,7 Prozent). Die entsprechenden Anteile an der Anzahl der Beschäftigten und am Umsatz betragen 12,0 Prozent (21,7 Prozent) sowie 14,4 Prozent (28,6 Prozent). Diese Anteile sind deutlich höher als in Bezug auf die Anzahl der Unternehmen. Das bedeutet, dass die vom Ausland kontrollierten Unternehmen überdurchschnittlich groß sind (vgl. Tabelle II.10 und Abbildung II.9).

243. Im Vergleich der Datenquellen weist BvD gegenüber VVC, trotz des insgesamt geringeren Umfangs, den stärkeren internationalen Bezug auf und wird im Folgenden verwendet.

Nach der Datenquelle BvD dominieren unter den Ländern, in denen die ultimativen Eigner ihren Sitz haben, die Vereinigten Staaten. Sie umfassen 22 Prozent der vom Ausland kontrollierten gruppenzugehörigen deutschen

Unternehmen, 31 Prozent der Umsätze und 30,6 Prozent der Beschäftigten. Es folgen die Schweiz, die Niederlande und Großbritannien mit etwa der Hälfte der Unternehmen (vgl. Tabelle II.10, Abbildung II.9.1). Während die ultimativen Eigner aus den Vereinigten Staaten und den Niederlanden überdurchschnittlich große Unternehmen kontrollieren, ist die Größe der von der Schweiz, Großbritannien und Österreich kontrollierten Unternehmen unterdurchschnittlich (vgl. Abbildung II.9.2).

244. Für eine vollständige Analyse der multinationalen Verflechtungen deutscher Unternehmen wären die Beteiligungsnetze der ausländischen ultimativen Eigner durch ihre Beteiligungen außerhalb Deutschlands zu ergänzen. Danach ließe sich feststellen, ob die in Deutschland kontrollierten Unternehmen gegebenenfalls Teil einer multinationalen Gruppe sind. Dies gilt auch für die ultimativen Eigner in Deutschland. Da sich die Aufbereitung der deutschen amtlichen Statistik auf deutsche Unternehmen beschränkt, sind ihre grenzüberschreitenden kontrollierenden Beziehungen der deutschen ultimativen Eigner nicht zu erkennen.

Die Erfassung der multinationalen Verflechtungen von Unternehmen ist nur im Verbund der nationalen statistischen Ämter, unter der Koordination einer zentralen Stelle – wie dem Statistischen Amt der Europäischen Gemeinschaften – sowie mit Hilfe internationaler privater kommerzieller Datenanbieter möglich. Die Schaffung verbindlicher statistikrechtlicher Regelungen ist Gegenstand der gegenwärtigen Initiativen der Europäischen Kommission zur Novellierung der europäischen Unternehmensregister-Verordnung von 1993. Die methodischen Grundlagen und der Stand des legislatorischen Prozesses sind Gegenstand in Abschnitt 7.5 des Einleitungskapitels.

Tabelle II.10

**Deutsche gruppenzugehörige Unternehmen unter ausländischer Kontrolle nach Ländern
auf der Basis alternativer Datenquellen^{1, 2}**

– Produzierendes Gewerbe (Abschnitte C und D), Deutschland Ende 2003³ –

Nr.	ISO	Land	Bureau van Dijk Electronic Publishing (BvD)			Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC)		
			Unternehmen	Beschäftigte	Umsatz (1.000 €)	Unternehmen	Beschäftigte	Umsatz (1.000 €)
1	US	Vereinigte Staaten	494	297.748	93.143.689	246	142.304	42.935.036
2	CH	Schweiz	302	124.071	27.163.766	204	80.891	18.978.262
3	NL	Niederlande	273	126.615	63.819.832	292	111.735	31.390.021
4	GB	Großbritannien	223	80.982	31.058.094	105	41.357	16.416.589
5	FR	Frankreich	194	95.964	27.399.953	120	55.358	15.450.354
6	AT	Österreich	126	24.919	7.069.197	105	20.371	4.705.577
7	BE	Belgien	104	30.393	11.642.077	54	19.263	6.913.436
8	SE	Schweden	101	39.118	8.453.800	40	9.031	1.849.366
9	LU	Luxemburg	55	33.064	8.552.795	52	11.305	3.413.438
10	DK	Dänemark	55	10.590	2.753.554	43	6.944	1.537.949
11	FI	Finland	45	17.256	4.634.270	11	1.319	278.455
12	IT	Italien	40	14.903	4.430.572	24	7.219	2.820.984
13	JP	Japan	37	11.233	3.154.384	13	4.091	1.008.206
14	CA	Kanada	33	17.089	3.504.156	14	2.702	462.941
15	BM	Bermudas	27	10.201	2.277.303	-	-	-
16	ES	Spanien	18	3.944	896.705	14	4.402	873.213
17	IE	Irland	15	3.118	480.530	4	2.109	214.364
18	NO	Norwegen	13	4.748	1.407.470	6	2.546	735.301
19	LI	Lichtenstein	10	1.929	288.751	5	1.288	143.864
20	IL	Israel	8	531	153.035	9	2.843	590.322
21	AU	Australien	7	1.168	200.328	4	1.146	145.523
22	ZA	Südafrika	5	2.630	900.125	4	3.325	1.465.722
23	AN	Niederl. Antillen	5	1.257	197.599	1	*	*
24	SG	Singapur	4	988	218.240	3	264	38.355
25	GR	Griechenland	4	678	137.035	1	*	*
26	GI	Gibraltar	4	581	158.201	4	581	158.201
27	KW	Kuwait	3	256	26.731	-	-	-
Unternehmen mit ausld. Ultimate			2.229	955.974	304.122.192	1.403	536.920	153.447.749
... an Unternehmen insgesamt (%)			5,910	15,355	22,081	3,720	8,625	11,150
... an Unternehmen in Gruppen (%)			13,674	21,713	28,601	8,112	12,027	14,397
Unternehmen insgesamt			37.714	6.231.185	1.378.207.734	37.714	6.231.185	1.378.207.734
davon kontrolliert			16.301	4.402.798	1.063.319.732	17.295	4.464.179	1.065.806.936

Anmerkungen:

Von insgesamt 535 798 gruppenzugehörigen Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen gehören nach der Quelle VVC (BvD) 12 691 (11 324) von insgesamt 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes an. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 007 (7 391) Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 403 (2 414) Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 (5 184) auf 32 745 (32 530) Einheiten.

Datenquellen:

¹ Verband der Vereine Creditreform e. V., Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze der Unternehmen. Dr. Jens Kammerath, Königswinter: Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH, Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

³ Statistische Ämter des Bundes und der Länder: Verknüpfung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit mit den statistikinternen Einzelangaben über Umsatz, Beschäftigte und den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmen in den Abschnitten C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003), Dr. Mathias Krenzer (Bearb.). Anmerkungen:

Zeichenerklärung:

* Angabe unter statistischer Geheimhaltung.

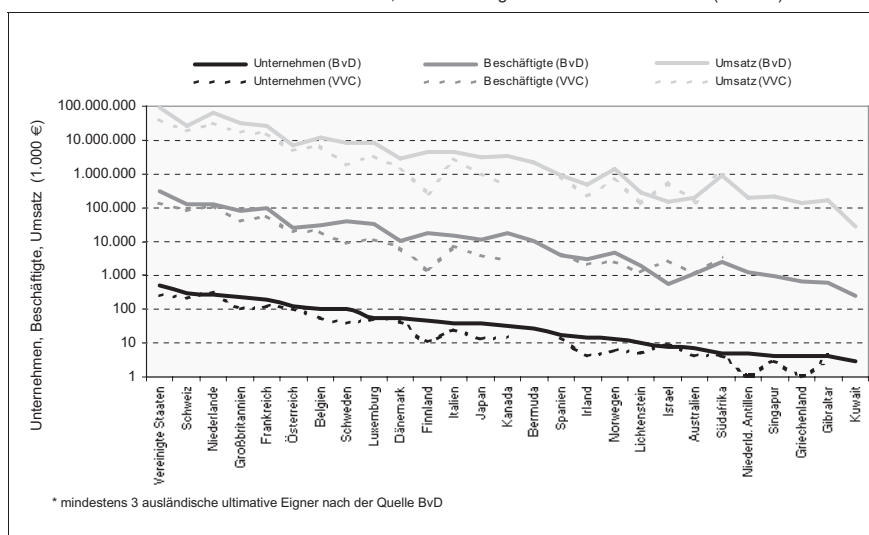
- Angabe liegt nicht vor.

Abbildung II.9

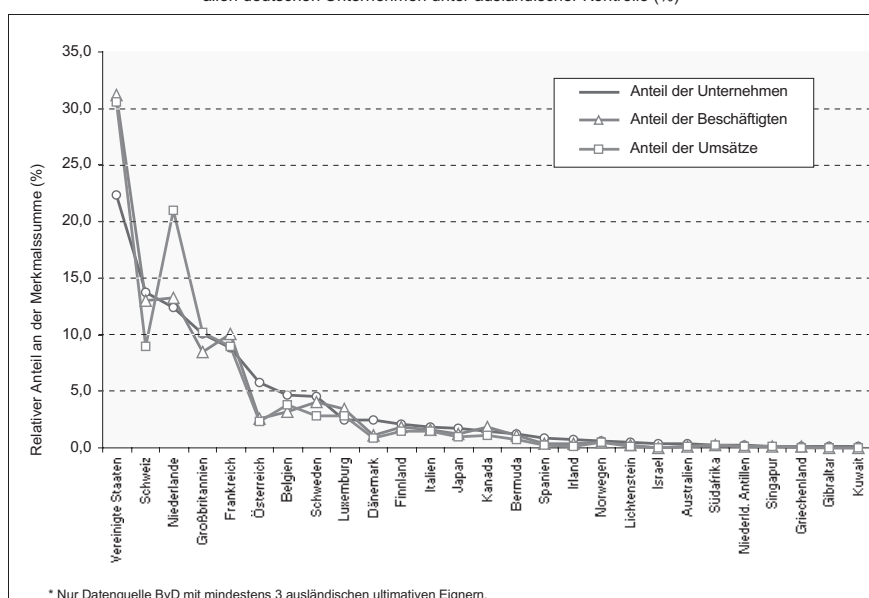
Gruppenzugehörige Unternehmen in Deutschland unter ausländischer Kontrolle nach Ländern auf der Basis alternativer Datenquellen^{1, 2}

– Produzierendes Gewerbe, Deutschland Ende 2003³ –

1. Absolute Anzahl der Unternehmen*, der Beschäftigten und Höhe der Umsätze (1.000 €)



2. Relativer Anteil der Unternehmen, der Beschäftigten und der Umsätze an allen deutschen Unternehmen unter ausländischer Kontrolle (%)*



Anmerkungen:

Von insgesamt 535 798 gruppenzugehörigen Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen gehören nach der Quelle VVC (BvD) 12 691 (11 324) von insgesamt 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes an. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 007 (7 391) Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 403 (2 414) Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 (5 184) auf 32 745 (32 530) Einheiten.

Datenquellen:

¹ Verband der Vereine Creditreform e. V., Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze der Unternehmen. Dr. Jens Kammerath, Königswinter: Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH, Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

³ Statistische Ämter des Bundes und der Länder: Verknüpfung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit mit den statistikinternen Einzelangaben über Umsatz, Beschäftigte und den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Unternehmen in den Abschnitten C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003), Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

3. Der Einfluss der Gruppenbildung der Unternehmen auf den Konzentrationsgrad

3.1 Empirische und methodische Grundlagen

245. Gegenstand der folgenden sieben tabellarischen und graphischen Darstellungen (vgl. Abbildungen II.10 bis II.16) ist der Einfluss der Gruppenbildung der Unternehmen auf den Konzentrationsgrad in den ausgewählten Abschnitten des Produzierenden Gewerbes²⁶, hier ohne das Baugewerbe. Die Beschränkung auf das Produzierende Gewerbe begründet sich daraus, dass nur für diesen Bereich Einzelangaben der amtlichen Statistik über den Umsatz und die Anzahl der Beschäftigten der Unternehmen zur Verfügung stehen. Die Darstellung der Fallzahlen über alle Bereiche der Wirtschaft sind Gegenstand von Kapitel I.

246. Datenbasis der Analyse sind die Angaben zu den insgesamt 535 798 gruppenzugehörigen Unternehmen aus den Datenquellen VVC und BvD. Angaben über 466 029 gruppenzugehörigen Unternehmen entstammen der Datenquelle VVC, über 251 040 Unternehmen der Quelle BvD. Darunter gehören 181 271 gruppenzugehörige Unternehmen einer gemeinsamen Schnittmenge an (vgl. Abbildung II.1).

Die gruppenzugehörigen Unternehmen in der Schnittmenge beider Datenquellen sind in der Mehrzahl verschiedenen ultimativen Eignern zugeordnet. Dies zeigt sich bereits daran, dass die Schnittmenge der ultimativen Eigner lediglich 8 890 von insgesamt 146 097 Eignern im Datenbestand VVC sowie von 79 621 im Bestand BvD umfasst. Um die aus beiden Datenquellen verfügbaren Informationen auszuschöpfen, hat die Monopolkommission aus beiden Quellen einen integrierten Datenbestand über alle 535 798 gruppenzugehörigen Unternehmen gebildet, der die beiden Schnittmengen der gruppenzugehörigen Unternehmen alternativ enthält.

Werden die von der amtlichen Statistik erhobenen Angaben über 37 714 Unternehmen des Produzierenden Gewerbes (ohne Baugewerbe) diesen alternativ integrierten Datenbeständen zugeordnet, reduziert sich die Anzahl der wirtschaftlichen Einheiten (Unternehmen und Unternehmensgruppen) auf 32 745 (VVC) und 32 530 (BvD) Einheiten. Trotz dieser relativ geringen Reduzierung um 4 969 bzw. 5 184 Einheiten, ist der Einfluss der Gruppenbildung der Unternehmen auf den Konzentrationsgrad in vielen Wirtschaftsbereichen nicht nur signifikant, sondern erheblich und nach beiden Datenquellen unterschiedlich.

247. Die wirtschaftssystematische Gliederung der konzentrationsstatistisch untersuchten Wirtschaftsbereiche erfolgt auf der Ebene von 192 vierstelligen Positionen (Wirtschaftsklassen) der amtlichen Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003). Damit soll vermieden

werden, dass sich auf der höheren Ebene der teilweise erheblich umfangreicheren drei- und zweistelligen systematischen Positionen die Effekte der Gruppenbildung und der alternativen Datenquellen gegebenenfalls teilweise aufheben.

248. Die konzentrationsstatistischen Analyseeinheiten beziehen sich auf ganze Unternehmen, die im Sinne der institutionellen Statistik nach Wirtschaftszweigen nach dem Schwerpunkt der Wertschöpfung vollständig – d. h. auch mit ihrem gesamten Umsatz – einem Wirtschaftsbe- reich zugeordnet werden. Der ergänzende Einbezug von fachlichen Unternehmensteilen, Betrieben oder Anbietern im Sinne der Produktionsstatistik konnte im vorliegenden Gutachten aus zeitlichen Gründen nicht weiterverfolgt werden. Funktionale Angaben der Produktionsstatistik zur Konzentration der Anbieter finden sich mit und ohne Berücksichtigung der Gruppenbildung im statistischen Anlagenband zu diesem Gutachten.

Als Konzentrationsmerkmal hat die Monopolkommission wegen des größeren Marktbezuges den Umsatz gewählt. Möglich und aufschlussreich wäre es, zusätzlich die Anzahl der Beschäftigten zu berücksichtigen. Beide Ansätze sind nicht völlig verzerrungsfrei. Während innerhalb eines Wirtschaftsbereiches in den Umsatz auch unterschiedliche Preisniveaus für identische Güter eingehen können, ist die Anzahl der Beschäftigten unter anderem eine Funktion der Arbeitsproduktivität bzw. des Standes der Produktionstechnik.

249. Einen alternativen methodischen Ansatz bieten auch die der Monopolkommission vorliegenden Ergebnisse der Produktionsstatistik. Während die Umsätze im Rahmen der institutionellen Statistik nach Wirtschaftszweigen auch branchenfremde Teile diversifizierender Unternehmen enthalten können, führt die funktionale Produktionsstatistik alle Güter der gleichen Art²⁷ zusammen. Dieses Konzept stellt insoweit eine größere Nähe zu den aktuellen Märkten dar. Die aus den Statistiken nach Wirtschaftszweigen neben dem Umsatz verfügbaren Begleitmerkmale – Anzahl der Beschäftigten, Höhe der Investitionen, Census-Value-Added (CVA), Anzahl der Betriebe – liegen aus der Produktionsstatistik nicht vor. Zudem wird anstelle des Umsatzes der Wert der Absatzproduktion der Anbieter verwendet. Dieser ist vor allem aufgrund eines besonderen Bewertungssystems und den Einbezug von Lagerbestandsveränderungen nicht mit den zu Marktpreisen bewerteten Außenumsätzen der Unternehmen identisch. Dennoch liefert ein Vergleich der Ergebnisse gewisse Aufschlüsse über den Zusammenhang zwischen der Diversifizierung und der Konzentration der Unternehmen.

250. Zur Messung der absoluten und der relativen Konzentration stehen verschiedene statistische Maßzahlen zur Verfügung. Die Monopolkommission zieht summarische Maßzahlen vor, weil sie – anders als z. B. Konzentrati-

²⁶ Vergleiche Statistisches Bundesamt, Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003 (WZ 2003). Einbezogen wurden die Abschnitte C (Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden), D (Verarbeitendes Gewerbe) und F (Baugewerbe), d. h. ohne Abschnitt E (Energie und Wasserversorgung).

²⁷ Vergleiche Statistisches Bundesamt, Güterverzeichnis für Produktionsstatistiken, Ausgabe 2002 (GP 2002). Die Klassifikation der Güter ist auf der Ebene zweistelliger Positionen mit denen der Klassifikation der Wirtschaftszweige identisch.

onsraten – nicht nur die jeweils größten, sondern alle relevanten Einheiten einbeziehen. Dem Herfindahl-Index wird unter den absoluten Konzentrationsmaßen der Vorzug gegeben, weil er besonders sensitiv auf Änderungen der Größenverteilung reagiert. Schließlich genügt es, sich auf empirische Angaben zur Anzahl der Merkmalsträger und deren absolute Konzentration zu beschränken, weil sich die relative Konzentration als Maß der Ungleichverteilung aus beiden Angaben berechnen lässt.

251. Zur Berechnung des Herfindahl-Index dient in üblicher Schreibweise die Funktion:

$$(1) \quad H = \sum_{i=1}^n p_i^2 \quad \frac{1}{n} \leq H \leq 1$$

Es bezeichnen H den Betrag des Herfindahl-Index, n die Anzahl der wirtschaftlichen Einheiten (Unternehmen, Unternehmensgruppen u. a.) und p_i den relativen Anteil des Merkmalsbetrages (z. B. Umsatz, Anzahl der Beschäftigten u. a.) einer Einheit i an der Summe aller Merkmalswerte (Merkmalssumme). Der Wertebereich des Herfindahl-Index entspricht der Klasse aller so genannten gleichmäßig normierten absoluten Konzentrationsmaße.

Eine Umformung des Ausdrucks (1) stellt den Herfindahl-Index als Funktion von zwei Komponenten dar: der Anzahl der Merkmalsträger und der Disparität ihrer Merkmalswerte, gemessen durch den allgemeinen statistischen Variationskoeffizienten (V):²⁸

$$(2) \quad H = \frac{1}{n} \cdot (1 + V^2) \quad 0 \leq V \leq \sqrt{n-1}$$

252. Der Ausdruck (2) lässt erkennen, dass der Herfindahl-Index mit abnehmender Anzahl der Einheiten und mit zunehmender Disparität ceteris paribus steigt. Bei der Zusammenfassung einzelner Unternehmen zu einer Gruppe geht die Anzahl der Einheiten stets zurück, der Betrag des Herfindahl-Index nimmt zu. Die Änderungsrichtung der Disparität ist dagegen nicht eindeutig. Sind überdurchschnittlich große Einheiten an der Gruppenbildung beteiligt, nimmt die Ungleichverteilung der Merkmalswerte ceteris paribus zu. Bilden kleinere Unternehmen eine Gruppe, nimmt die Ungleichverteilung ab. Beide Effekte können gegeneinander wirken. Sie können sich jedoch – wie der Wertebereich des Variationskoeffizienten zeigt – nicht aufheben. Im Ergebnis nimmt der Herfindahl-Index infolge der Gruppenbildung stets zu.

253. Eine anschauliche Maßzahl der absoluten Konzentration ist der Kehrwert des Herfindahl-Index (number equivalence). Der Wert gibt an, wie vielen gleich großen Einheiten der aktuelle Wert des Herfindahl-Index entsprechen würde. Steigt der Betrag des Herfindahl-Index z. B.

von 0,05 auf 0,071 Punkte, entspräche dies einem Rückgang der Anzahl von 20 auf 14 gleich große Einheiten. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es zweckmäßig, Änderungen des Herfindahl-Index als relative Änderungen zu messen. Eine Erhöhung des Herfindahl-Index auf den doppelten Betrag, entspräche – unabhängig vom jeweiligen Niveau – ceteris paribus einer Halbierung der Anzahl der Einheiten.

254. Die Schreibweise (2) des Herfindahl-Index als Funktion von zwei Komponenten – der Anzahl und der Größenverteilung der Unternehmen – erlaubt es, ihren Einfluss auf den absoluten Konzentrationsgrad infolge der Gruppenbildung zu unterscheiden, zu gewichten und zu interpretieren: der stets gegebene Rückgang der Anzahl der Einheiten und die gegebenenfalls in unterschiedlicher Richtung veränderte Disparität ihrer Größenmerkmale. Aus deren Änderungsrichtung lässt sich schließen, ob an der Gruppenbildung relativ größere oder kleinere Unternehmen beteiligt sind.

3.2 Empirische Ergebnisse

255. Dem beschriebenen empirischen und methodischen Konzept entsprechen die folgenden sechs tabellari-schen und graphischen Darstellungen zum Einfluss der Gruppenbildung der Unternehmen auf den Konzentrationsgrad nach den beiden alternativen Datenquellen VVC und BvD (vgl. Abbildungen II.10 bis II.15). Abbildung II.16 enthält eine Synopse. Die Änderung des Herfindahl-Index infolge der Gruppenbildung wird zu der sich simultan ändernden Anzahl der Einheiten und der Disparität als analytischen Bestimmungsfaktoren in Beziehung gesetzt und das Ergebnis nach beiden Datenquellen verglichen.

3.2.1 Absoluter Konzentrationsgrad

256. Abbildung II.10 enthält mit den tabellierten Extremwerten das Niveau des Herfindahl-Index vor Einzug der Gruppenbildung für vierstellige Wirtschaftsklassen geordnet nach der Größe. Die Spannweite der Werte reicht von 691,2²⁹ im Fahrzeugbau bis 4,1 im Bereich Mechanik. Dies entspräche einer number equivalence von rund zwei bis 250 Einheiten. Die Differenz zu der tatsächlichen Anzahl von zehn bzw. 848 Unternehmen indiziert den in diesen Bereichen herrschenden Konzentrationsgrad.

Dem Konzentrationsgrad ohne Berücksichtigung der Gruppenbildung wird dessen Anstieg infolge der Gruppenbildung gegenübergestellt. Datenbasis ist der integrierte Datenbestand der Quellen VVC und BvD mit der Schnittmenge aus VVC. Die Gliederung der Wirtschaftsklassen zeigt ein sehr differenziertes Bild: In 54 (21,7 Prozent) der 249 Wirtschaftsklassen findet keine Änderung statt, während in den übrigen 195 (78,3 Prozent) Bereichen der absolute Konzentrationsgrad bis auf das nahezu Dreifache seines ursprünglichen Betrages steigt. Zu den Wirtschaftsklassen, in denen die Gruppenbildung der

²⁸ Gleichmäßig normierte absolute Konzentrationsmaße, denen neben dem Herfindahl-Index unter anderem auch der Rang-Index und der Exponential-Index angehören, unterscheiden sich lediglich durch ein adäquat definiertes Disparitätsmaß. Der funktionale Zusammenhang mit der Anzahl der Einheiten ist gleich.

²⁹ Angabe des Herfindahl-Index in 1 000 Indexpunkten.

Unternehmen zu mehr als einer Verdoppelung des Konzentrationsgrades führt, zählen mit einem Anstieg auf 266,4 Prozent die Herstellung von Backwaren (WZ 1581), auf 261,7 Prozent die Herstellung von Transportbeton (WZ 2663), auf 213,8 Prozent der Steinkohlebergbau u. a. (WZ 1010) sowie auf 209,1 Prozent die Verarbeitung und Veredlung von Flachglas (WZ 2612).

Die Heterogenität der Wirtschaftsbereiche zeigt, dass die Gruppenbildung von Unternehmen kein branchenspezifischer Vorgang und der Anstieg der Konzentration in einzelnen Wirtschaftsbereichen teilweise erheblich ist.

257. In der folgenden Abbildung II.11 werden die Ergebnisse der Datenquellen VVC und BvD verglichen. Obwohl die Reduzierung der Anzahl der gruppenzugehörigen Unternehmen in den ausgewählten Abschnitten des Produzierenden Gewerbe mit 17 295 (VVC) und 16 301 (BvD) sowie die Reduktion der Anzahl der wirtschaftlichen Einheiten um 4 969 (VVC) und 5 184 (BvD) relativ gering voneinander abweichen, sind die strukturellen Unterschiede beider Datenquellen offenbar erheblich. In 185 der 249 Wirtschaftsklassen – mit 74,3 Prozent mithin in der überwiegenden Anzahl der Fälle – weicht der Anstieg des Konzentrationsgrades nach den alternativen Datenquellen in beiden Richtungen mehr oder weniger erheblich voneinander ab. Zur Ermittlung einer empirisch belastbaren Datenbasis sind diese Unterschiede aufzuklären.

3.2.2 Anzahl der Unternehmen

258. Nach der Methode der Komponentenzerlegung des Herfindahl-Index wird zunächst der Einfluss der Anzahl der Einheiten untersucht, deren Rückgang mit der Gruppenbildung der Unternehmen verbunden ist. Anschließend ist das Ergebnis nach den alternativen Datenquellen VVC und BvD zu vergleichen.

Abbildung II.12 enthält die Anzahl der Unternehmen vor Einbezug der Gruppenbildung sowie – ausgehend von 100 Prozent der ursprünglichen Anzahl – den Rückgang der Einheiten infolge der Gruppenbildung auf der Datenbasis VVC. Der maximale Rückgang auf 62,5 Prozent findet im Steinkohlenbergbau (WZ 1010) statt. Die Rückgänge betragen in vielen Fällen mehr als 20 Prozent, streuen über alle Bereiche und lassen keinen Zusammenhang mit der Größe der Wirtschaftsklassen, gemessen an ihrer Besetzung, erkennen.

In Abbildung II.13 wird der nach beiden Datenquellen ermittelte Rückgang der wirtschaftlichen Einheiten verglichen. Die ursprüngliche Anzahl der Unternehmen wird gleich 100 Prozent gesetzt und der relative Rückgang der Anzahl der wirtschaftlichen Einheiten infolge der Gruppenbildung dargestellt. Wie bereits der Vergleich der absoluten Konzentrationsgrade nahe legt, sind beide Datenquellen auch in Bezug auf die Anzahl der gruppenzugehörigen Unternehmen in den meisten Fällen nicht kompatibel. Die Differenz der Quellen zeigt, dass die Anzahl der jeweils zu einer Gruppe zusammengefassten Unternehmen erheblich divergiert oder in einigen Fällen von

einer der beiden Quellen überhaupt nicht berücksichtigt wird.

3.2.3 Variationskoeffizient

259. Nimmt die Ungleichverteilung der wirtschaftlichen Einheiten infolge der Gruppenbildung zu, bedeutet dies, dass daran überdurchschnittlich große Unternehmen beteiligt sind. Die Zusammenfassung relativ kleiner Unternehmen führt – im Sinne eines Aufholeffekts – zu einem Rückgang der Größenunterschiede und damit der Disparität, hier gemessen durch den Variationskoeffizienten.

Das Ergebnis der Analyse in Abbildung II.14 zeigt, dass die Mehrzahl der Gruppenbildungen zu einer signifikanten Erhöhung der Ungleichverteilung der wirtschaftlichen Einheiten führt. Der mit dem Rückgang der Einheiten bewirkte Anstieg des absoluten Konzentrationsgrades wird verstärkt. Ein Rückgang der Ungleichverteilung tritt nur in relativ wenigen Fällen und nur mit einem relativ geringen Nivellierungseffekt auf.

Abbildung II.15 zeigt, dass die Ergebnisse nach beiden Datenquellen auch in Bezug auf die Änderung des Variationskoeffizienten stark abweichen. Nicht in allen, aber in der Mehrzahl der Fälle werden nach der Datenquelle BvD offenbar größere Unternehmen zu einer Gruppe zusammengefasst. Die Gruppenbildungen kleiner Unternehmen mit einem stärkeren Nivellierungseffekt sind die Ausnahme. Hierzu gehören z. B. die Wollaufbereitung (WZ 1713) und die Herstellung von Holz- und Zellstoff (WZ 2111).

3.2.4 Synopse der Komponenten des absoluten Konzentrationsgrades

260. In Abbildung II.16 werden die Abweichungen der der Monopolkommission verfügbaren beiden Datenquellen VVC und BvD für beide Komponenten gemeinsam dargestellt, die durch die Gruppenbildung der Unternehmen auf den absoluten Konzentrationsgrad einwirken. Die Darstellung beschränkt sich auf diejenigen 117 (47 Prozent) von 192 Wirtschaftsklassen, in denen beide Datenquellen zu abweichenden Ergebnissen führen.

261. Nach Berücksichtigung der Gruppenbildung der Unternehmen ist der resultierende Wert des Herfindahl-Index nach der Datenquelle VVC in 43 Wirtschaftsklassen bis zu rund 25 Prozent höher als nach der Quelle BvD. In 74 Wirtschaftsklassen besteht unter den Quellen das umgekehrte Verhältnis mit einer Abweichung bis zu rund 30 Prozent. Das bedeutet, dass infolge der Gruppenbildungen der Unternehmen der Konzentrationsgrad nach der Datenquelle BvD in einer größeren Anzahl der Wirtschaftsklassen ansteigt als nach der Quelle VVC.

Der unterschiedliche empirische Befund ist nach den graphischen Darstellungen und den ergänzenden tabellari-schen Angaben analytisch nachvollziehbar: In den Wirtschaftsklassen, in denen nach Berücksichtigung der Gruppenbildung ein höherer Konzentrationsgrad ausgewiesen wird, ist die Anzahl der verbleibenden Einheiten tendenziell geringer, d. h. die Anzahl der erfassten grup-

penzugehörigen Unternehmen höher. Dieser Effekt wird in verschiedenen Fällen verstärkt, in denen damit auch ein höherer Variationskoeffizient verbunden ist. Die Unterschiede zwischen beiden Datenquellen treten noch deutlicher zu Tage, wenn diese jeweils ausschließlich – und nicht im Rahmen eines integrierten Datenbestandes mit jeweils alternativen Schnittmengen aus einer der beiden Quellen – verwendet werden. Weitere und detaillierte Ergebnisse finden sich im statistischen Anlagenband zu diesem Gutachten.

262. Zusammenfassend werden nach der Datenbasis BvD in einer größeren Anzahl von Wirtschaftsklassen größere und mehr Unternehmen zu Gruppen zusammengefasst als nach der Datenquelle VVC. Dazu mag der stärkere internationale Bezug der Beteiligungsketten beitragen, der in der Datenquelle BvD gegenüber VVC enthalten ist. Durch die zusätzliche Berücksichtigung ausländischer ultimativer Eigner können weitere deutsche Unternehmen als gruppenzugehörig erkannt oder bereits bestehende, aber unverbunden nebeneinander stehende Teilgruppen zusammengeführt werden. Dass ausländische Eigner vor allem größere deutsche Unternehmen kontrollieren, war ein Ergebnis der Untersuchung in Abschnitt 2.6 in diesem Kapitel (vgl. Tabelle II.10). Der multinationale Zusammenhang allein reicht jedoch zur Erklärung der abweichenden empirischen Ergebnisse nach beiden Datenquellen nicht aus. Die Abweichungen sind aufzuklären, um über eine belastbare einheitliche Datenbasis zur Gruppenbildung der Unternehmen in Deutschland zu verfügen. Dieses Ziel wurde noch nicht erreicht.

263. Im Ergebnis ist bemerkenswert, dass bereits die relativ geringe Anzahl von 7 556 (1,4 Prozent) der insgesamt 535 798³⁰ gruppenzugehörigen Unternehmen in 195 (78,3 Prozent) der 249 einbezogenen Wirtschaftsklassen des Produzierenden Gewerbes einen signifikanten und vielfach erheblichen Anstieg des absoluten Konzentrationsgrades bewirkt.

Dieses Ergebnis wird – selbst unter den Restriktionen der amtlichen Statistik – bereits durch das Mengengerüst der Kapitalverflechtung der Unternehmen indiziert. Danach gehören in den ausgewählten Anschnitten des Produzierenden Gewerbes mehr als die Hälfte aller Unternehmen einer kontrollierten Unternehmensgruppe an, deren Mitglieder vielfach über den Bereich des Produzierenden Gewerbes diversifizieren und dort über 80 Prozent aller Umsätze und mehr als drei Viertel der Anzahl der Beschäftigten umfassen (vgl. Abbildung II.2).

Wenn dieses Ergebnis bereits durch einen geringen Bruchteil der tatsächlich bestehenden kontrollierenden Verflechtungen zwischen den Unternehmen bewirkt wird, lässt sich die empirische Tragweite ermessen, wenn die hierzu vorliegenden Informationen vollständig ausgeschöpft würden. Eine Vernachlässigung dieser Zusammenhänge kann zu keiner empirischen Basis für eine aussagekräftige Konzentrationsberichterstattung führen. Sie ist aber eine der Voraussetzungen für eine rationale, empirisch fundierte Wettbewerbspolitik. Auf diesem empirischen Gebiet besteht Handlungsbedarf.

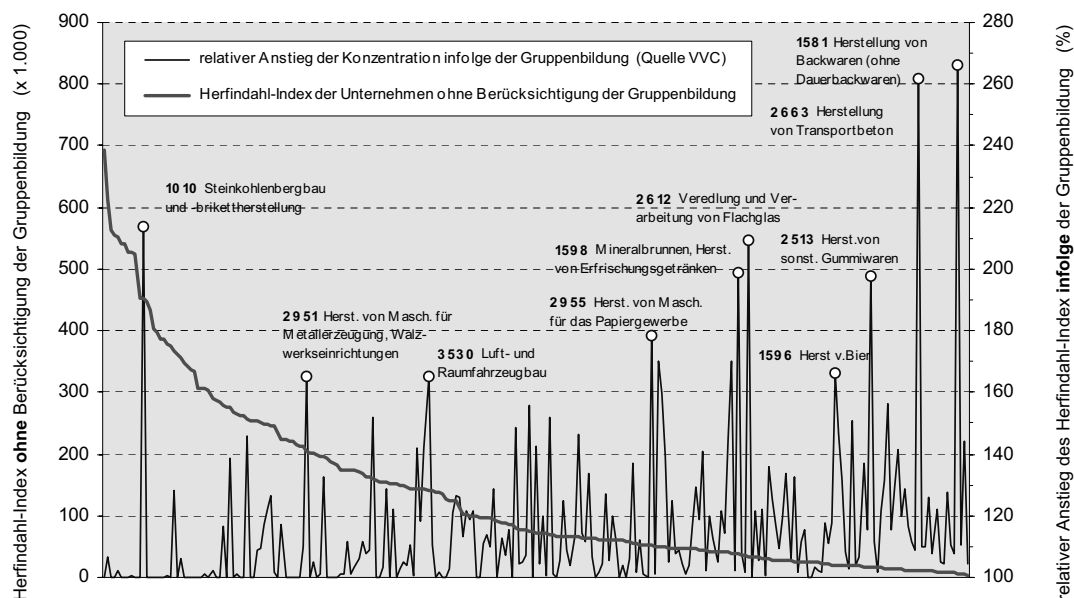
³⁰ Integrierter Datenbestand der Quellen VVC und BvD unter Berücksichtigung der Schnittmenge aus der Quelle VVC.

Abbildung II.10

Absoluter Konzentrationsgrad der Unternehmen gemessen am Herfindahl-Index und dessen relativer Anstieg infolge der Gruppenbildung der Unternehmen^{1,2}

Vierstellige Wirtschaftsklassen im Produzierenden Gewerbe (Abschnitte C und D)³

– Deutschland 2003 –



Vierstellige Klassen der Statistik der Wirtschaftszweige (WZ 2003)

Wirtschaftsklassen mit dem höchsten Konzentrationsgrad (691,9 – 524,1)¹

3550	Fahrzeugbau a.n.g.	691,58
2214	Verlag von bespielten Tonträgern	612,83
1715	Zwirnen und Texturieren von Filamentgarnen	564,17
2652	Herstellung von Kalk	554,59
2741	Erzeugung und erste Bearbeitung von Edelmetallen	553,04
1543	Herstellung von Margarine u. ä. Nahrungsfetten	542,40
1020	Braunkohlenbergbau und -brikettherstellung	541,88
2233	Vervielfältigung von bespielten Datenträgern	527,82
2464	Herstellung von fotochemischen Erzeugnissen	527,09
2232	Vervielfältigung von bespielten Bildträgern	524,10

Wirtschaftsklassen mit dem niedrigsten Konzentrationsgrad (9,5 – 4,14)¹

2862	Herstellung von Werkzeugen	9,50
2224	Satzherstellung und Reproduktion	9,37
2524	Herstellung von sonstigen Kunststoffwaren	8,80
3614	Herstellung von sonstigen Möbeln	8,12
1513	Fleischverarbeitung	7,91
2840	Herstellung von Schmiede-, Press-, Zieh-, Stanzteilen u. ä.	7,52
1581	Herstellung von Backwaren (ohne Dauerbackwaren)	6,49
2811	Herstellung von Stahl- und Leichtmetallkonstruktionen	5,44
2222	Druckerei (ohne Zeitungsdruckerei)	4,95
2852	Mechanik a.n.g.	4,14

Anmerkungen:

Insgesamt wurden 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen erfasst. Davon wurden unter den 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten in den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes 19 287 Unternehmen in 14 318 Gruppen identifiziert. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 556 Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 587 Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 auf 32 745 Einheiten (Schnittmenge nach der Quelle VVC).

Datenquellen:

Aufbereitung der Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC und 251 040 Angaben der Quelle BvD. Die Angaben der gemeinsamen Schnittmenge über 181 271 gruppenzugehörige Unternehmen basieren auf der Quelle VVC.

¹ Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

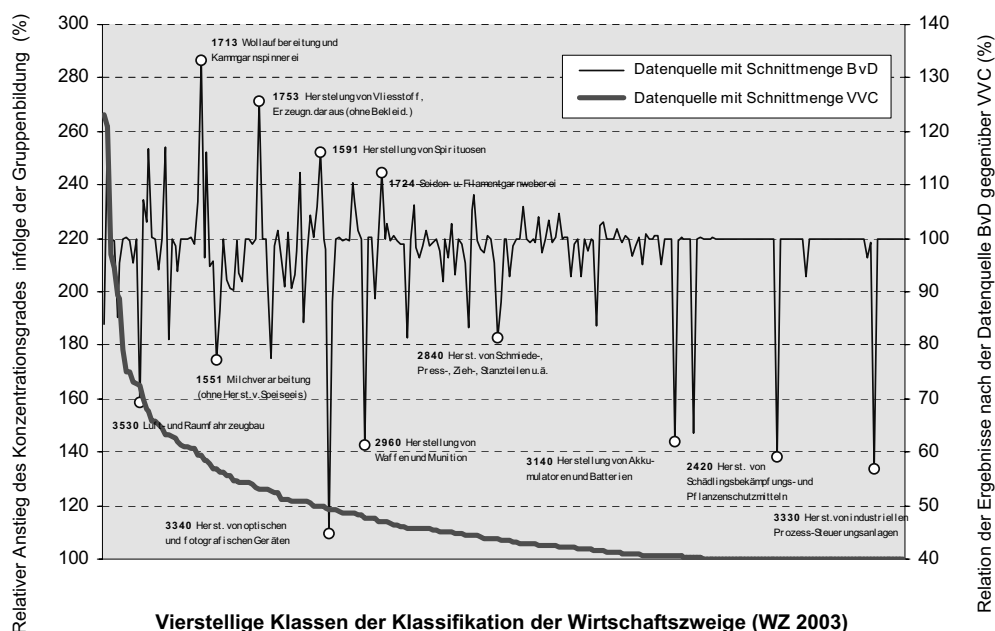
³ Statistisches Bundesamt und Statistische Ämter der Länder: Zuordnung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen zu den statistikinternen Angaben zum Umsatz der Unternehmen nach 249 vierstelligen Wirtschaftsklassen der Abschnitte C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige 2003, Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

Abbildung II.11

Relativer Anstieg des absoluten Konzentrationsgrades der wirtschaftlichen Einheiten infolge der Gruppenbildung der Unternehmen nach alternativen Datenquellen^{1, 2}

Vierstellige Wirtschaftsklassen im Produzierenden Gewerbe (Abschnitte C und D)³

– Deutschland 2003 –



Anmerkungen:

Insgesamt wurden 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen erfasst. Davon wurden unter den 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten in den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes 19 287 Unternehmen in 14 318 Gruppen identifiziert. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 556 Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 587 Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 auf 32 745 Einheiten (Schnittmenge nach der Quelle VVC).

Datenquellen:

Aufbereitung der Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC und 251 040 Angaben der Quelle BvD. Die Angaben der gemeinsamen Schnittmenge über 181 271 gruppenzugehörige Unternehmen basieren auf der Quelle VVC.

¹ Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

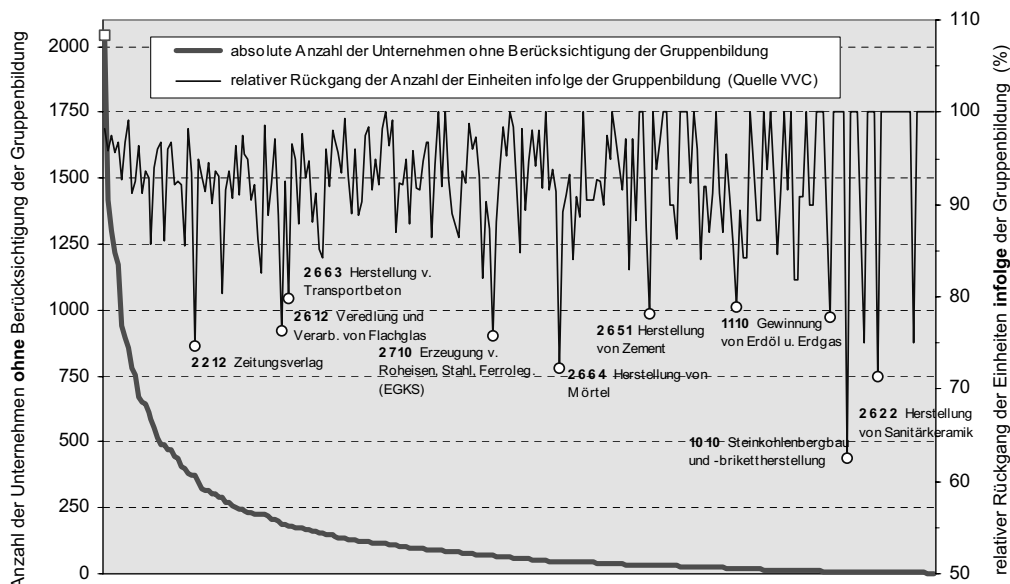
³ Statistisches Bundesamt und Statistische Ämter der Länder: Zuordnung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen zu den statistikinternen Angaben zum Umsatz der Unternehmen nach 249 vierstelligen Wirtschaftsklassen der Abschnitte C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige 2003, Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

Abbildung II.12

Anzahl der Unternehmen und der relative Rückgang der wirtschaftlichen Einheiten infolge der Gruppenbildung der Unternehmen^{1,2}

Vierstellige Wirtschaftsklassen im Produzierenden Gewerbe (Abschnitte C und D)³

– Deutschland 2003 –



Vierstellige Klassen der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003)

Wirtschaftsklassen mit der höchsten Anzahl an Unternehmen (2042 – 756)¹

1581	Herstellung von Backwaren (ohne Dauerbackwaren)	2042
2956	Herstellung von Maschinen für bestimmte Wirtschaftszweige a.n.g.	1419
2811	Herstellung von Stahl- und Leichtmetallkonstruktionen	1300
2222	Druckerei (ohne Zeitungsdruckerei)	1216
2524	Herstellung von sonst. Kunststoffwaren	1174
3310	Herstellung von medizinischen Geräten und orthopädischen Vorrichtungen	940
1513	Fleischverarbeitung	897
2852	Mechanik a.n.g.	856
3120	Herstellung von Elektrizitätsverteilung- und -schalteinrichtungen	777
3320	Herstellung von Mess-, Kontroll-, Navigations- u.ä. Instrumenten und Vorrichtungen	756

Wirtschaftsklassen mit der geringsten Anzahl an Unternehmen (5 – 3)¹

1450	Gewinnung von Steinen und Erden a.n.g., sonstiger Bergbau	5
1830	Zurichtung und Färben von Fellen, Herstellung von Pelzwaren	5
1715	Zwirnen und Texturieren von Filamentgarnen	4
1440	Gewinnung von Salz	4
2052	Herstellung von Kork-, Flecht- und Korbwaren	4
3621	Prägen von Münzen und Medaillen	4
1722	Streichgarnweberei	4
1020	Braunkohlenbergbau und -brikettherstellung	3
1714	Flachsaufbereitung und -spinnerei	3
1717	Sonstige Spinnstoffaufbereitung und Spinnerei	3

Anmerkungen:

Insgesamt wurden 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen erfasst. Davon wurden unter den 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten in den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes 19 287 Unternehmen in 14 318 Gruppen identifiziert. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 556 Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 587 Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 auf 32 745 Einheiten (Schnittmenge nach der Quelle VVC).

Datenquellen:

Aufbereitung der Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC und 251 040 Angaben der Quelle BvD. Die Angaben der gemeinsamen Schnittmenge über 181 271 gruppenzugehörige Unternehmen basieren auf der Quelle VVC.

¹ Verband der Vereine Creditreform e.V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

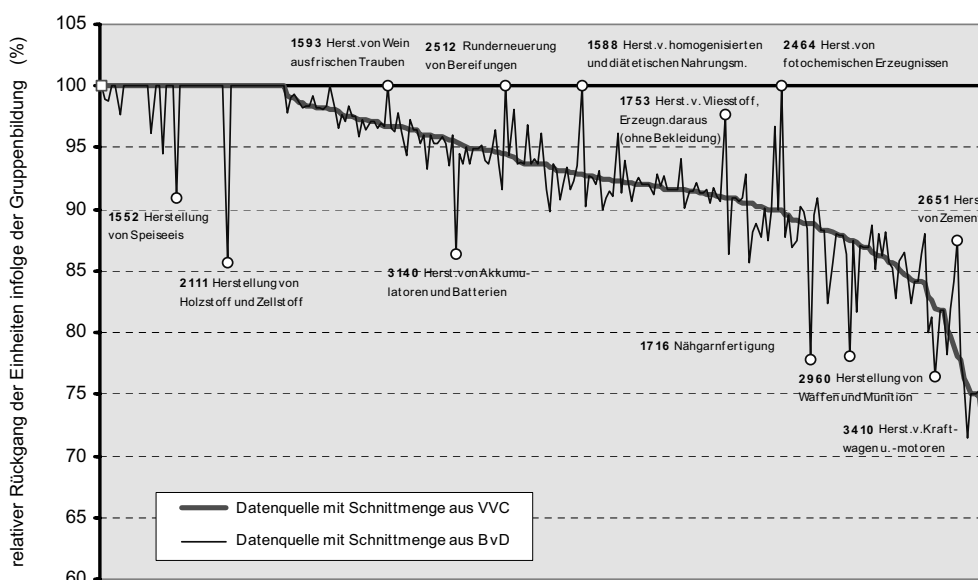
³ Statistisches Bundesamt und Statistische Ämter der Länder: Zuordnung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen zu den statistikinternen Angaben zum Umsatz der Unternehmen nach 249 vierstelligen Wirtschaftsklassen der Abschnitte C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige 2003, Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

Abbildung II.13

Relativer Rückgang der Anzahl der wirtschaftlichen Einheiten infolge der Gruppenbildung der Unternehmen nach alternativen Datenquellen^{1, 2}

Vierstellige Wirtschaftsklassen im Produzierenden Gewerbe (Abschnitte C und D)³

– Deutschland 2003 –



Vierstellige Klassen der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003)

52 Wirtschaftsklassen ohne Rückgang der wirtschaftlichen Einheiten¹

Wirtschaftsklassen mit dem stärksten Rückgang der wirtschaftlichen Einheiten (84,1 – 62,5 %)²

2320	Mineralölverarbeitung	84,1 %
1771	Herstellung von Strumpfwaren	84,0 %
1586	Verarbeitung von Kaffee und Tee, Herstellung von Kaffee-Ersatz	82,9 %
2211	Buchverlag und Musikverlag	82,6 %
3410	Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenmotoren	81,9 %
1541	Herstellung von rohen Ölen und Fetten	81,8 %
2611	Herstellung von Flachglas	81,8 %
2213	Zeitschriftenverlag	80,4 %
2663	Herstellung von Transportbeton	79,8 %
2461	Herstellung von pyrotechnischen Erzeugnissen	79,0 %
2651	Herstellung von Zement	78,1 %
1110	Gewinnung von Erdöl und Erdgas	77,8 %
2612	Veredlung und Verarbeitung von Flachglas	76,3 %
2710	Erzeugung von Roheisen, Stahl, Ferrolegerungen (EGKS)	75,7 %
1583	Zuckerindustrie	75,0 %
1440	Gewinnung von Salz	75,0 %
2212	Zeitungsverlag	74,7 %
2664	Herstellung von Mörtel	72,3 %
2622	Herstellung von Sanitärkeramik	71,4 %
1010	Steinkohlenbergbau und -brikett Herstellung	62,5 %

Anmerkungen:

Insgesamt wurden 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen erfasst. Davon wurden unter den 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten in den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes 19 287 Unternehmen in 14 318 Gruppen identifiziert. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 556 Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 587 Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 auf 32 745 Einheiten (Schnittmenge nach der Quelle VVC).

Datenquellen:

Aufbereitung der Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC und 251 040 Angaben der Quelle BvD. Die Angaben der gemeinsamen Schnittmenge über 181 271 gruppenzugehörige Unternehmen basieren auf der Quelle VVC.

¹ Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

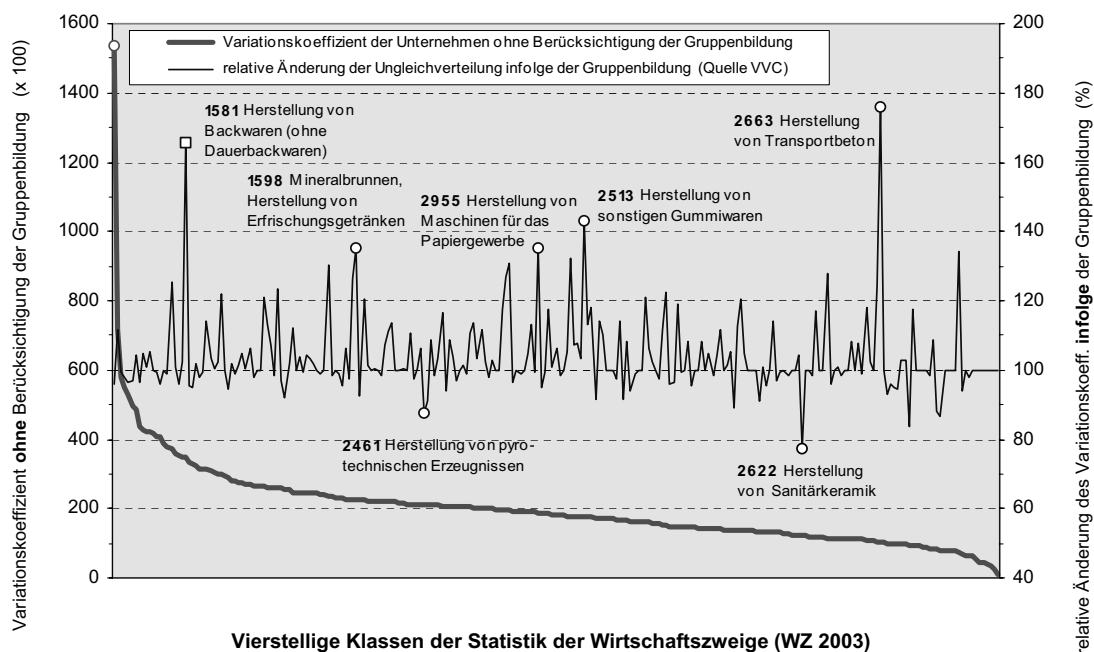
³ Statistisches Bundesamt und Statistische Ämter der Länder: Zuordnung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen zu den statistikinternen Angaben zum Umsatz der Unternehmen nach 249 vierstelligen Wirtschaftsklassen der Abschnitte C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige 2003, Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

Abbildung II.14

Ungleichverteilung der wirtschaftlichen Einheiten gemessen am Variationskoeffizienten und dessen relative Änderung infolge der Gruppenbildung der Unternehmen^{1, 2}

Vierstellige Wirtschaftsklassen im Produzierenden Gewerbe (Abschnitte C und D)³

– Deutschland 2003 –



Vierstellige Klassen der Statistik der Wirtschaftszweige (WZ 2003)

Wirtschaftsklassen mit dem höchsten Grad der Ungleichverteilung (1.538,1 – 424,2 %)³

3120	Herstellung von Elektrizitätsverteilungs- und -schalteneinrichtungen	1.538,08 %
3210	Herstellung von elektronischen Bauelementen	717,55 %
3002	Herstellung von DV-Gerät- und -einrichtungen	580,46 %
3430	Herstellung von Teilen u.ä. für Kraftwagen und deren Motoren	549,75 %
2416	Herstellung von Kunststoff in Primärformen	530,58 %
2923	Herstellung von kälte- und lufttechnischen Erzeugnissen für gewerbliche Zwecke	498,01 %
3150	Herstellung von elektrischen Lampen und Leuchten	484,35 %
3220	Herstellung von nachrichtentechnischen Geräten und Einrichtungen	438,96 %
3310	Herstellung von med. Geräten und orthopädischen Vorrichtungen	429,41 %
2451	Herstellung von Seifen, Wasch-, Reinigungs- und Poliermitteln	424,19 %

Wirtschaftsklassen mit dem niedrigsten Grad der Ungleichverteilung (63,9 – 9,8 %)³

2653	Herstellung von gebranntem Gips	63,90 %
2512	Runderneuerung von Bereifungen	63,43 %
1450	Gewinnung von Steinen und Erden a.n.g., sonst. Bergbau	61,81 %
1430	Bergbau auf chemische und Düngemittelminerale	54,74 %
2052	Herstellung von Kork-, Flecht- und Korbwaren	46,26 %
1714	Flachsaufbereitung und -spinnerei	46,19 %
3621	Prägen von Münzen und Medaillen	38,35 %
1830	Zurichtung und Färben von Fellen, Herstellung von Pelzwaren	33,39 %
1722	Streichgarnweberei	22,69 %
1717	Sonstige Spinnstoffaufbereitung und Spinnerei	9,85 %

Anmerkungen:

Insgesamt wurden 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen erfasst. Davon wurden unter den 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten in den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes 19 287 Unternehmen in 14 318 Gruppen identifiziert. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 556 Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 587 Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 auf 32 745 Einheiten (Schnittmenge nach Quelle VVC).

Datenquellen:

Aufbereitung der Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC und 251 040 Angaben der Quelle BvD. Die Angaben der gemeinsamen Schnittmenge über 181 271 gruppenzugehörige Unternehmen basieren auf der Quelle VVC.

¹ Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

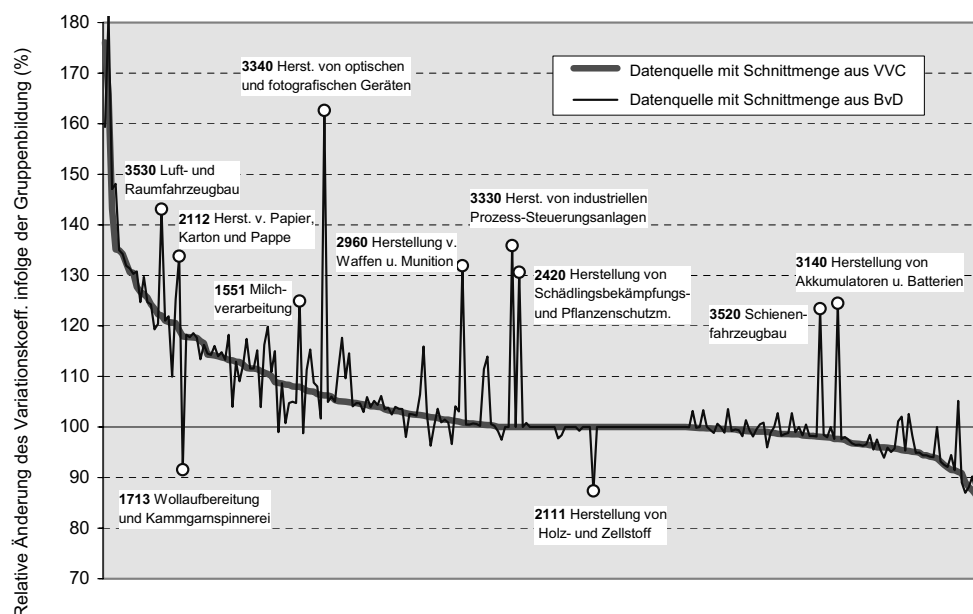
³ Statistisches Bundesamt und Statistische Ämter der Länder: Zuordnung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen zu den statistikinternen Angaben zum Umsatz der Unternehmen nach 249 vierstelligen Wirtschaftsklassen der Abschnitte C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige 2003, Dr. Mathias Krenzer (Bearb.)

Abbildung II.15

Änderung der Ungleichverteilung der wirtschaftlichen Einheiten gemessen am Variationskoeffizienten infolge der Gruppenbildung der Unternehmen nach alternativen Datenquellen^{1,2}

Vierstellige Wirtschaftsklassen im Produzierenden Gewerbe (Abschnitte C und D)³

– Deutschland 2003 –



Vierstellige Klassen der Klassifikation der Wirtschaftszweige (WZ 2003)

Wirtschaftsklassen mit dem stärksten Anstieg der Ungleichverteilung (176,0 – 127,7 %)³

2663	Herstellung von Transportbeton	176,07
1581	Herstellung von Backwaren (ohne Dauerbackwaren)	165,80
2513	Herstellung von sonstigen Gummiwaren	143,13
1598	Mineralbrunnen, Herstellung von Erfrischungsgetränken	135,15
2955	Herstellung von Maschinen für das Papiergewerbe	135,00
1120	Erbringung von Dienstleistungen bei der Gewinnung von Erdöl und -gas	134,24
3720	Recycling von nichtmetallischen Altmaterialien und Reststoffe	132,37
3613	Herstellung von Küchenmöbeln	130,61
2612	Veredlung und Verarbeitung von Flachglas	130,51
2873	Herstellung von Drahtwaren	127,72

Wirtschaftsklassen mit dem stärksten Rückgang der Ungleichverteilung (91,6 – 77,1 %)³

1771	Herstellung von Strumpfwaren	91,51
1910	Ledererzeugung	91,47
1541	Herstellung von rohen Ölen und Fetten	91,15
1586	Verarbeitung von Kaffee und Tee, Herstellung von Kaffee-Ersatz	90,85
2664	Herstellung von Mörtel	89,09
2124	Herstellung von Tapeten	88,14
2461	Herstellung von pyrotechnischen Erzeugnissen	87,49
2731	Herstellung von Blankstahl	86,61
1110	Gewinnung von Erdöl und Erdgas	83,59
2622	Herstellung von Sanitärkeramik	77,11

Anmerkungen:

Insgesamt wurden 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen erfasst. Davon wurden unter den 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten in den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes 19 287 Unternehmen in 14 318 Gruppen identifiziert. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 556 Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 587 Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 auf 32 745 Einheiten (Schnittmenge nach der Quelle VVC).

Datenquellen:

Aufbereitung der Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC und 251 040 Angaben der Quelle BvD. Die Angaben der gemeinsamen Schnittmenge über 181 271 gruppenzugehörige Unternehmen basieren auf der Quelle VVC.

¹ Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

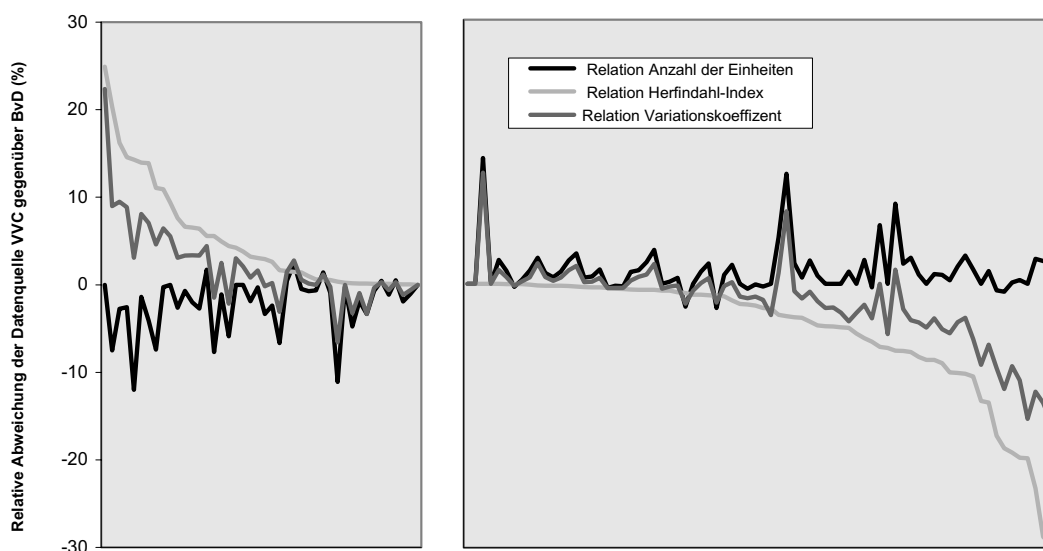
³ Statistisches Bundesamt und Statistische Ämter der Länder: Zuordnung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen zu den statistikinternen Angaben zum Umsatz der Unternehmen nach 249 vierstelligen Wirtschaftsklassen der Abschnitte C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige 2003, Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

Abbildung II.16

Relative Abweichung der Ergebnisse nach der Datenquelle VVC¹ gegenüber der von BvD² für den Herfindahl-Index, die Anzahl der wirtschaftlichen Einheiten und den Variationskoeffizienten infolge der Gruppenbildung der Unternehmen

Vierstellige Wirtschaftsklassen im Produzierenden Gewerbe (Abschnitte C und D)³

– Deutschland 2003 –



Vierstellige Wirtschaftsklassen der Statistik der Wirtschaftszweige (WZ 2003)

Wirtschaftsklassen mit der stärksten positiven Abweichung des Herfindahl-Index		HHI	Anzahl	Var.-K.
1713	Wollgarnaufbereitung und Kammgarnspinnerei	24,92	0	22,37
1753	Herstellung von Vliesstoff und Erzeugnissen daraus (ohne Bekleidung)	20,36	-7,50	8,98
2663	Herstellung von Frischbeton (Transportbeton)	16,26	-2,74	9,50
1512	Schlachten von Geflügel	14,58	-2,5604	8,85
2651	Herstellung von Zement	14,30	-12,00	3,10
1582	Herstellung von Dauerbackwaren	13,95	-1,37	8,10
1591	Herstellung von Spirituosen	13,89	-4,08	7,06
1724	Seiden- und Filamentgarnweberei	11,07	-7,41	4,62
2812	Herstellung von Ausbauelementen aus Metall	10,93	-0,27	6,45
2822	Herstellung von Heizkörpern und -kesseln für Zentralheizungen	9,40	0,00	5,54
Wirtschaftsklassen mit stärksten negativen Abweichung des Herfindahl-Index				
1585	Herstellung von Teigwaren	-13,33	0,00	-9,23
3511	Schiffbau (ohne Boots- und Yachtbau)	-13,50	1,43	-6,94
1598	Gewinnung natürlicher Mineralwässer, Herstellung von Erfrischungsgetränken	-17,28	-0,76	-9,60
2751	Eisengießerei	-18,71	-0,90	-11,97
1581	Herstellung von Backwaren (ohne Dauerbackwaren)	-19,20	0,15	-9,36
3162	Herstellung von sonstigen elektrischen Ausrüstungen, anderw. nicht genannt	-19,77	0,42	-10,98
1541	Herstellung von rohen Ölen und Fetten	-19,84	0,00	-15,37
2112	Herstellung von Papier, Karton und Pappe	-23,26	2,84	-12,28
2213	Verlegen von Zeitschriften	-28,77	2,58	-13,53
1551	Milchverarbeitung	-29,60	2,33	-15,73

Anmerkungen:

Insgesamt wurden 535 798 gruppenzugehörige Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen erfasst. Davon wurden unter den 37 714 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten in den Abschnitten C und D des Produzierenden Gewerbes 19 287 Unternehmen in 14 318 Gruppen identifiziert. Diese sind vielfach Teilgruppen mit im Grenzfall nur einem Mitglied, deren übrige Mitglieder weniger als 20 Beschäftigte besitzen oder nicht den ausgewählten Bereichen des Produzierenden Gewerbes angehören. 7 556 Unternehmen gehören mit zwei und mehr Mitgliedern einer von 2 587 Gruppen an. Nach Zusammenfassung der gruppenzugehörigen Unternehmen reduziert sich die Anzahl der 37 714 Unternehmen um 4 696 auf 32 745 Einheiten (Schnittmenge nach der Quelle VVC).

Datenquellen:

Aufbereitung der Angaben über 466 029 gruppenzugehörige Unternehmen der Quelle VVC und 251 040 Angaben der Quelle BvD. Die Angaben der gemeinsamen Schnittmenge über 181 271 gruppenzugehörige Unternehmen basieren auf der Quelle VVC.

¹ Verband der Vereine Creditreform e. V. (VVC), Neuss, Stand 15. September 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen, Dr. Jens Kammerath, Königswinter.

² Bureau van Dijk Electronic Publishing GmbH (BvD), Frankfurt am Main, Stand 22. November 2005 zum Berichtszeitpunkt Ende 2003. Erfassung der Beteiligungsnetze und Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen.

³ Statistisches Bundesamt und Statistische Ämter der Länder: Zuordnung der statistikexternen Angaben zur Gruppenzugehörigkeit der Unternehmen zu den statistikinternen Angaben zum Umsatz der Unternehmen nach 249 vierstelligen Wirtschaftsklassen der Abschnitte C und D der Klassifikation der Wirtschaftszweige 2003, Dr. Mathias Krenzer (Bearb.).

Kapitel III

Stand und Entwicklung der Konzentration von Großunternehmen (aggregierte Konzentration)

1. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

263. Die nachfolgende Untersuchung beleuchtet den Stand und die Entwicklung der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung und des Verflechtungsgrades der hundert größten Unternehmen der Bundesrepublik Deutschland.

Anhand der Höhe ihrer inländischen Wertschöpfung werden die hundert größten Unternehmen Deutschlands ermittelt. Die Unternehmen werden im Hinblick auf die Merkmale Umsatz, Beschäftigte, Rechtsform, Sachanlagevermögen und Cashflow untersucht. Zur Beurteilung der Konzentrationsentwicklung wird die Veränderung des Anteils der Großunternehmen an den jeweiligen gesamtwirtschaftlichen Größen ermittelt. Außerdem legt die Monopolkommission einen Schwerpunkt auf die Verflechtungen zwischen den Unternehmen. Neben Kapitalbeteiligungen werden personelle Verflechtungen und Kooperationen über Gemeinschaftsunternehmen berücksichtigt. Die Berichterstattung endet mit der Ermittlung der Beteiligung der „100 Größten“ an den dem Bundeskartellamt 2004/2005 nach § 39 Abs. 6 GWB angezeigten Unternehmenszusammenschlüssen. Hiermit wird sichergestellt, dass die wettbewerblich relevanten Sachverhalte weitgehend erfasst werden.

Der Beurteilung der Bedeutung von Großunternehmen in einzelnen Branchen dient die Untersuchung der nach den Geschäftsvolumenmerkmalen Umsatz, Bilanzsumme und Beitragseinnahmen größten Industrie¹, Handels- und Dienstleistungsunternehmen, Kreditinstitute² und Versicherungen sowie die Ermittlung ihres Anteils am gesamten Geschäftsvolumen des jeweiligen Wirtschaftszweigs.

264. Als Unternehmen werden hier alle inländischen Konzerne verstanden. Diese Konzerne können gegebenenfalls eine Vielzahl rechtlich selbständiger Einheiten umfassen. Praktisch wird das Unternehmen durch den Konsolidierungskreis im Sinne der Vorschriften des Handelsgesetzbuchs (HGB) über die Rechnungslegung im Konzern dargestellt, mit dem Unterschied, dass der hier betrachtete Konsolidierungskreis auf die inländischen Konzerngesellschaften beschränkt ist. Zu dem untersuchungsrelevanten Konsolidierungskreis zählen somit zum einen die unter einheitlicher Leitung stehenden inländischen Unternehmen, zum anderen werden gemäß § 290 Abs. 2 HGB auch die Unternehmen einbezogen, bei denen die Muttergesellschaft über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des Verwal-

tungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans bestellen bzw. abberufen oder aufgrund der Satzung bzw. eines Beherrschungsvertrags einen beherrschenden Einfluss ausüben kann (Control-Konzept). Gemeinschaftsunternehmen, die nicht zu 100 Prozent bei den übergeordneten Unternehmen konsolidiert werden, jedoch die jeweiligen Größenkriterien erfüllen, werden in den Ranglisten gesondert erfasst.³

Ergänzend zum handelsrechtlichen Konzernbegriff strebt die Monopolkommission auch die Erfassung von Gleichordnungskonzernen an. Hierbei handelt es sich um Unternehmensgruppen, deren Leitungsfunktionen nicht durch eine, sondern durch mehrere Konzernobergesellschaften ausgeübt werden.⁴

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

266. Die Beurteilung der Unternehmensgröße und damit die Abgrenzung des Untersuchungskreises erfolgt anhand der Wertschöpfung der Unternehmen. Die Wertschöpfung einer Unternehmung lässt sich auf zweierlei Weise sinnvoll interpretieren. Einerseits stellt sie bei einer realgüterwirtschaftlichen Betrachtung den Wert dar, der den von anderen Unternehmen bezogenen Realgütern (inkl. Dienstleistungen) durch den in der Unternehmung abgelaufenen Leistungserstellungsprozess insgesamt hinzugefügt wurde. Andererseits entspricht die Wertschöpfung aus nominalgüterwirtschaftlicher Perspektive der Summe der (Eigen- und Fremd-)Kapital- und Arbeitseinkommen vor Steuern. Anders als die in der Wirtschaftspresse häufig als Größenkriterien herangezogenen Jahresabschlussgrößen Umsatzerlöse und Bilanzsumme erlaubt die Wertschöpfung den Vergleich von Unternehmen mit unterschiedlicher Branchenzugehörigkeit (Produzierendes Gewerbe, Handel, Dienstleistungen, Verkehr, Kreditwirtschaft, Versicherungsgewerbe). Sie ist außerdem unabhängig von der Rechtsform der betrachteten Unternehmen ermittelbar. Handelt es sich bei dem betrachteten Unternehmen weder um ein Versicherungsunternehmen

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

² Im Folgenden bezeichnet der Begriff „Kreditinstitute“ das Kreditgewerbe (WZ 65).

³ Ein im Rahmen der vorliegenden Untersuchung gesondert erfasstes Gemeinschaftsunternehmen ist zum Beispiel die Bosch-Siemens Hausgeräte GmbH. An dieser sind die Robert Bosch GmbH und die Siemens AG mit jeweils 50 Prozent beteiligt.

⁴ Konzerne mit Gleichordnungsstruktur im aktuellen Untersuchungskreis sind die Debeka-Versicherungsgruppe sowie die Signal-Iduna Gruppe.

noch um ein Kreditinstitut, so hat die Finanzstruktur ebenfalls keinen Einfluß auf die Wertschöpfung.⁵ Auch ist die Wertschöpfung besser geeignet als der Umsatz, die Leistung der einzelnen Unternehmen zu erfassen. Je nach Grad der vertikalen Integration kann das Verhältnis von Umsatz zu Wertschöpfung und damit der Anteil des Unternehmens an der Gesamtleistung unterschiedlich ausfallen. So ist z. B. bei Handelsunternehmen, die nicht oder nur in unbedeutendem Umfang vertikal integriert sind, das Verhältnis Wertschöpfung zu Umsatz regelmäßig geringer als bei Unternehmen anderer Branchen.⁶ Die Schemata zur Berechnung der Wertschöpfung werden in Abschnitt 2.1 Methodik der Ermittlung der „100 Größten“ dargestellt.

267. Mit der Berichterstattung über die aggregierte Konzentration folgt die Monopolkommission ihrem gesetzlichen Auftrag, die Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland regelmäßig zu begutachten (§ 44 Abs. 1 Satz 1 GWB). In der Vergangenheit hat sie diesen Auftrag auf den nach der inländischen Wertschöpfung 100 größten Unternehmen in Deutschland bezogen. Aus diesem Grund hat die Monopolkommission das Inlandskonzept ihrer Berichterstattung zugrunde gelegt. Allerdings kann man sich fragen, ob im Zeitalter der Globalisierung und der Ausgliederung des Geschäftes ins Ausland ein Inlandskonzept noch ausreicht, das wirtschaftliche Gewicht der für diese Unternehmen zuständigen Entscheidungszentralen angemessen zu erfassen. Deswegen analysiert die Monopolkommission im Sechzehnten Hauptgutachten zusätzlich die weltweite Wertschöpfung der Großunternehmen.⁷

268. Für die Untersuchung wurden vorrangig die Geschäftsberichte, die Ergebnisse der Befragungen sowie die im Bundesanzeiger veröffentlichten und bei den Registergerichten hinterlegten Jahresabschlüsse der in Frage kommenden Unternehmen als Datenquellen verwendet. Darüber hinaus wurden überwiegend die folgenden öffentlich zugänglichen Quellen herangezogen:

- Hoppenstedt Verlag
 - „Companies and Sectors“, verschiedene Jahrgänge,
 - „Konzern-Struktur-Grafik“ (CD-Rom), Ausgabe 2/2005,
 - „Konzernstrukturdatenbank“ (CD-Rom), Ausgabe 2/2005,
 - „Leitende Männer und Frauen der Wirtschaft“, Ausgabe 2005,
- TradeDimensions, „Top-Firmen – Der Lebensmittelhandel in Deutschland – Food/Nonfood“, verschiedene Jahrgänge.

⁵ Zum Einfluss der Kapitalrelationen auf die Wertschöpfung der Versicherungsunternehmen vgl. Tz. 276. Zum Einfluss der Finanzstruktur auf die Wertschöpfung der Kreditinstitute vgl. Tz. 275.

⁶ Vergleiche Monopolkommission, Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, Hauptgutachten 1980/1981, Baden-Baden 1982, Tz. 345 ff.

⁷ Vergleiche Tz. 299 f.

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

Für die Untersuchung der Kapitalverflechtungen der „100 Größten“ wird zusätzlich eine Netzwerkanalyse durchgeführt. Die Grafiken, die das Netzwerk aus den gegenseitigen Beteiligungen der „100 Größten“ darstellen, sind in Kooperation mit dem Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln, erstellt worden. Das Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung benutzt die Daten der Monopolkommission zur inländischen Wertschöpfung sowie zu den Kapitalverflechtungen der „100 Größten“, um die Tendenz zur Kapitalentflechtung zu veranschaulichen.

Die Untersuchung über die Beteiligung der „100 Größten“ an den dem Bundeskartellamt angezeigten Unternehmenszusammenschlüssen basiert auf den der Monopolkommission von der Wettbewerbsbehörde mitgeteilten Angaben über der dem Bundeskartellamt angezeigten vollzogenen Zusammenschlüsse nach § 39 Abs. 6 GWB in 2004 und 2005.

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

2. Die hundert größten Unternehmen 2002 und 2004

2.1 Methodik der Ermittlung der „100 Größten“

2.1.1 Auswertung veröffentlichter Jahresabschlüsse

269. Der Kreis der „100 Größten“ wird in mehreren Schritten abgegrenzt. Da als Größenkriterium die inländische Wertschöpfung verwandt wird, diese aber in der Regel nicht anhand veröffentlichter Unternehmensdaten zu bestimmen ist, wird zunächst anhand veröffentlichter Jahresabschlüsse die Gruppe von Unternehmen bestimmt, deren inländische Wertschöpfung zu erheben ist. Diese Abgrenzung des Untersuchungskreises erfolgt durch eine systematische Auswertung der im Bundesanzeiger veröffentlichten Jahresabschlüsse sowie von in der Wirtschaftspresse veröffentlichten Unternehmens-Ranglisten.

270. Erschwerend für die Arbeit der Monopolkommission wirkt sich hierbei die großzügige Bemessung der Veröffentlichungsfrist für die publizitätspflichtigen Unternehmen aus. § 325 HGB bestimmt, dass die Jahresabschlussunterlagen spätestens nach Ablauf von zwölf Monaten zum Handelsregister einzureichen und im Bundesanzeiger zu veröffentlichen sind. Da im Rahmen der hier vorgenommenen Untersuchung solche Jahresabschlüsse zu berücksichtigen sind, welche den 30. Juni 2004 einschließen, besteht die Möglichkeit, dass Unter-

nehmen trotz pflichtgemäßer Veröffentlichung nicht anhand ihrer Jahresabschlussdaten erfasst werden können, da sie z. B. zum Stichtag 31. Mai 2005 bilanzieren und erst im Mai 2006 ihren Jahresabschluss veröffentlichen.

271. Regelmäßig ist festzustellen, dass zahlreiche Unternehmen, die aufgrund ihrer Rechtsform und ihrer mutmaßlichen Größe zu einer Veröffentlichung ihres Jahresabschlusses verpflichtet sind, dieser Verpflichtung nicht nachkommen. Anhand von in der Presse und in Unternehmenspublikationen veröffentlichten Einzelangaben ist zu vermuten, dass bezogen auf das Geschäftsjahr 2004 unter anderem die INA-Holding Schaeffler KG, die Rewe Zentralfinanz EG sowie die Unternehmen der Schwarz-Gruppe dem Kreis der „100 Größten“ angehören würden. Soweit anhand des verfügbaren Datenmaterials möglich, wird die inländische Wertschöpfung dieser Unternehmen durch Schätzverfahren ermittelt.

272. Der Grund für die Nichtveröffentlichung der Informationen ist eine derzeit bestehende mangelhafte Durchsetzung der Veröffentlichungspflichten. Die Unternehmen, die aufgrund ihrer Rechtsform und ihrer mutmaßlichen Größe zu einer Veröffentlichung ihres Jahresabschlusses im Bundesanzeiger verpflichtet sind, müssen die Unterlagen beim zuständigen Handelsregister einreichen. Das Gericht muss dann gemäß § 329 HGB prüfen, ob alle bei dem Handelsregister eingereichten Unterlagen vollzählig und bekannt gemacht worden sind. Wenn eine vorlagepflichtige Kapitalgesellschaft die publizitätspflichtigen Daten nicht veröffentlicht, kann das Gericht lediglich auf Antrag eines Dritten hin ein Offenlegungsverfahren einleiten. Nur wenn das Unternehmen nach Einleitung des Verfahrens die Angaben nicht offen legt, droht dem gesetzlichen Vertreter dieser Gesellschaft ein Ordnungsgeld in Höhe von 2 500 Euro bis 25 000 Euro.

273. Eine wesentliche Verbesserung der Durchsetzung von Publizitätsverpflichtungen kann für die Periode beginnend am 31. Januar 2005 erwartet werden. In einem Gesetzentwurf vom 14. Dezember 2005⁸, der zwei EU-Richtlinien⁹ in das deutsche Recht umsetzt, will die Bundesregierung dem Betreiber eines elektronischen Bundesanzeigers die Führung eines zentralen Unternehmensregisters sowie die Überprüfung der Einhaltung der Fristen und der Vollzähligkeit der zur Veröffentlichung bestimmten Unterlagen überlassen. Die Nichtveröffentlichung der Unterlagen soll als eine Ordnungswidrigkeit behandelt werden, die (ohne Antrag eines Dritten auf Einleitung ei-

nes Offenlegungsverfahrens) mit einer Geldbuße von bis zu 50 000 Euro bestraft werden kann.

2.1.2 Ermittlung der Wertschöpfung

274. Für die Berechnung der Wertschöpfung verwendet die Monopolkommission die „direkte Wertschöpfungsstaffel“.¹⁰ Hierbei wird ausgehend von dem handelsrechtlichen Jahresergebnis um nicht mit einer Wertschöpfung verbundene Erträge korrigiert. Umgekehrt werden Aufwendungen, die Bestandteil der Wertschöpfung sind, z. B. der Personalaufwand, hinzuaddiert. Die Wertschöpfung umfasst für Unternehmen, die nicht dem Kredit- oder Versicherungsgewerbe angehören, die folgenden Positionen:¹¹

Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag

- ./ außerordentliches Ergebnis
- ./ Erträge aus Gewinngemeinschaften, Gewinnabführungs- und Teilgewinnabführungsverträgen
- ./ Erträge aus Beteiligungen (einschließlich Ergebnis aus Beteiligungen an assoziierten Unternehmen)
- ./ Erträge aus anderen Wertpapieren und Ausleihungen des Finanzanlagevermögens
- ./ sonstige Zinsen und ähnliche Erträge
- ./ Erträge aus Verlustübernahme
- ./ Erträge aus der Auflösung von Sonderposten mit Rücklagenanteil
- + aufgrund einer Gewinngemeinschaft, eines Gewinnabführungs- und Teilgewinnabführungsvertrags abgeführte Gewinne
- + Abschreibungen auf Finanzanlagen und auf Wertpapiere des Umlaufvermögens
- + Zinsen und ähnliche Aufwendungen
- + Aufwendungen aus Verlustübernahme
- + Einstellungen in Sonderposten mit Rücklagenanteil
- + Personalaufwand
- + Vergütungen für die Mitglieder des Aufsichtsrats und vergleichbarer Gremien
- + Steuern vom Einkommen und vom Ertrag
- + unkonsolidiertes Zinsergebnis von in den Konsolidierungskreis einbezogenen Kreditinstituten

= Nettowertschöpfung zu Faktorkosten.

⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister vom 14. Dezember 2005.

⁹ Richtlinie 2003/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2003 zur Änderung der Richtlinie 68/151/EWG des Rates in Bezug auf die Offenlegungspflichten von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, ABl. EU Nr. L 221 vom 4. September 2003, S. 13 sowie Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf dem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. EU Nr. L 390 vom 31. Dezember 2004, S. 38.

¹⁰ Die indirekte Wertschöpfungsstaffel führt zu den gleichen Ergebnissen. Zu der Gesamtleistung des Unternehmens werden im Wesentlichen sonstige Erträge addiert, Aufwendungen für Vorleistungen, sonstige Aufwendungen, Abschreibungen auf Sachanlagen und Finanzanlagen und sonstige Steuern subtrahiert. Diese Methode ist rechnerisch aufwendiger und wird aus diesem Grund hier nicht verwendet.

¹¹ Die Abgrenzung der Unternehmen, die dem Kredit- oder Versicherungsgewerbe angehören, basiert auf der unterschiedlichen Zusammensetzung ihrer Wertschöpfung (vergleiche Tz. 275 f.).

Die in der dargestellten Wertschöpfungsstaffel genannten Erfolgspositionen sind der als Bestandteil des handelsrechtlichen Jahresabschlusses auszuweisenden Gewinn- und Verlustrechnung oder den Pflichtangaben im Anhang des Jahresabschlusses zu entnehmen.

Die Korrektur um Erträge und Aufwendungen aus Beteiligungen erfolgt, um bei der Aggregation der Wertschöpfung aller betrachteten Unternehmen Doppelzahlungen zu vermeiden und somit eine geeignete Größe für den Vergleich mit der Nettowertschöpfung aller Unternehmen zu erhalten.

Das Zinsergebnis wird im Rahmen der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung bei der Berechnung der Nettowertschöpfung aller Unternehmen unterschiedlich erfasst, abhängig davon, ob es sich bei dem betrachteten Unternehmen um ein Kreditinstitut oder ein Nichtkreditinstitut handelt. Während das Zinsergebnis von Kreditinstituten in der Abgrenzung der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung Bestandteil ihrer Wertschöpfung ist, wird es bei der Berechnung der Wertschöpfung von Nichtkreditinstituten nicht berücksichtigt und daher bei der Anwendung des direkten Ermittlungsverfahrens vom Jahresergebnis subtrahiert. Da es sich bei den in der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung betrachteten Erhebungseinheiten um die Einzelunternehmungen handelt, muss die Behandlung des Zinsergebnisses zur Ermittlung der Wertschöpfung der Großkonzerne von der Branchenzugehörigkeit der einzelnen Tochterunternehmung abhängig gemacht werden, um eine Größe zu erhalten, die der Nettowertschöpfung aller Unternehmen vergleichbar ist. Deswegen wird bei der Ermittlung der Wertschöpfung eine Korrektur des Wertes um das unkonsolidierte Zinsergebnis der im Konsolidierungskreis einbezogenen Kreditinstitute vorgenommen.

275. In Übereinstimmung mit der Methodik der Wertschöpfungsermittlung im Rahmen der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung und abweichend von den Unternehmen anderer Wirtschaftszweige wird in der Wertschöpfungsstaffel der Kreditinstitute keine pauschale Korrektur um Zinserträge und -aufwendungen vorgenommen, weil das Zins- und Provisionsergebnis Bestandteil der Wertschöpfung der Kreditinstitute ist. Allerdings wird analog zum Vorgehen bei Nichtkreditinstituten das unkonsolidierte Zinsergebnis konsolidierter Nichtkreditinstitute subtrahiert. Die Wertschöpfung umfasst für Kreditinstitute die folgenden Positionen:

Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag

- ./.. außerordentliches Ergebnis
- ./.. laufende Erträge aus Beteiligungen
- ./.. Ergebnis aus Beteiligungen an assoziierten Unternehmen
- ./.. Erträge aus Gewinngemeinschaften, Gewinnabführungs- und Teilgewinnabführungsverträgen
- ./.. Erträge aus Zuschreibungen zu Beteiligungen, Anteilen an verbundenen Unternehmen und wie Anlagevermögen behandelten Wertpapieren

- ./.. Erträge aus Verlustübernahme
- ./.. Erträge aus der Auflösung des Sonderpostens mit Rücklageanteil
- + Personalaufwand
- + aufgrund einer Gewinngemeinschaft, eines Gewinnabführungs- und Teilgewinnabführungsvertrags abgeführte Gewinne
- + Abschreibungen und Wertberichtigungen auf Beteiligungen, Anteile an verbundenen Unternehmen und wie Anlagevermögen behandelte Wertpapiere
- + Aufwendungen aus Verlustübernahme
- + Einstellungen in den Sonderposten mit Rücklageanteil
- + Steuern vom Einkommen und vom Ertrag
- + Vergütungen für die Mitarbeiter des Aufsichtsrats und vergleichbarer Gremien
- ./.. unkonsolidiertes Zinsergebnis der konsolidierten Nichtkreditinstitute

= Nettowertschöpfung zu Faktorkosten.

276. Die Staffel für die Berechnung der Wertschöpfung bei den Versicherungsunternehmen entspricht in wesentlichen Positionen der für Industrie- und Handelsunternehmen. Durch Besonderheiten des Versicherungsgeschäfts können der Gewinn- und Verlustrechnung allerdings nicht alle für die Ermittlung der Wertschöpfung erforderlichen Angaben entnommen werden. Der überwiegende Teil der Passiva einer Versicherung – bei Lebensversicherungen bis zu 95 Prozent – besteht aus versicherungstechnischen Rückstellungen, deren Zweck die Abdeckung erwarteter Schadensfälle ist. Entsprechend den Sparanteilen der Versicherten in den Beiträgen handelt es sich bei einem Teil dieser Rückstellungen um Kapital der Versicherten, das diesen gegenüber verzinst werden muss. Der den Versicherten zustehende Zinsbetrag geht aus der Gewinn- und Verlustrechnung nicht hervor. Vereinfacht dargestellt wird er geschätzt, indem der Anteil der versicherungstechnischen Rückstellungen an der Summe der Passiva mit dem Saldo der Erträge und Aufwendungen aus Kapitalanlagen multipliziert wird. Das Schema zur Berechnung der Wertschöpfung von Versicherungsunternehmen umfasst folgende Positionen:

Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag

- ./.. außerordentliches Ergebnis
- + Personalaufwand
- + Vergütung für Mitglieder der Beiräte, der Aufsichtsräte und vergleichbarer Organe
- + Steuern vom Einkommen und vom Ertrag
- + technischer Zinsertrag
- ./.. technischer Zinsertrag für eigene Rechnung
- ./.. Erträge aus Verlustübernahme

- ./ Erträge aus Kapitalanlagen ohne Erträge aus Grundstücken, grundstücksgleichen Rechten und Bauten einschließlich der Bauten auf fremden Grundstücken
- + Aufwendungen aus Kapitalanlagen ohne hierin enthaltenen Personalaufwand
- + aufgrund einer Gewinngemeinschaft, eines Gewinnabführungs- und Teilgewinnabführungsvertrags abgeführte Gewinne
- + unkonsolidiertes Zinsergebnis von in den Konsolidierungskreis einbezogenen Kreditinstituten
- + Verzinsung gegenüber den Versicherten

= Nettowertschöpfung zu Faktorkosten.

Die Verzinsung gegenüber den Versicherten wird nach dem folgenden Schema ermittelt:

- + (versicherungstechnische Rückstellungen⁺
- + Verbindlichkeiten aus dem selbst abgeschlossenen Versicherungsgeschäft⁺
- ./ Ansprüche für geleistete Abschlusskosten⁺)
- / (Bilanzsumme⁺
- ./ ausstehende Einlagen auf das gezeichnete Kapital⁺
- ./ eigene Anteile⁺
- ./ Ansprüche für geleistete Abschlusskosten⁺
- ./ Bilanzverlust⁺)
- * (Erträge aus Kapitalanlagen ohne Erträge aus Grundstücken, grundstücksgleichen Rechten und Bauten einschließlich der Bauten auf fremden Grundstücken
- ./ Aufwendungen aus Kapitalanlagen ohne hierin enthaltenen Personalaufwand)

Bei den mit (+) markierten Werten handelt es sich um einen Zweijahresdurchschnitt.

277. Bei Bauunternehmen spiegelt die Wertschöpfung die Größe der Inlandskonzerne nur unzureichend wider. Viele Projekte werden in Zusammenarbeit mit anderen Bauunternehmen abgewickelt. Zu diesem Zweck werden im Allgemeinen Gesellschaften bürgerlichen Rechts gebildet, deren Aufgabe einzig die Durchführung des entsprechenden Vorhabens ist. Der Umsatz eines Bauunternehmens setzt sich also aus folgenden wesentlichen Teilen zusammen: aus den Umsatzerlösen aus Leistungen auf Eigenbaustellen (die aus der Anwendung der Percentage-of-Completion-Methode resultieren), aus den Umsatzerlösen aus Lieferungen und Leistungen an Arbeitsgemeinschaften, aus den (anteilig) übernommenen Ergebnissen der Arbeitsgemeinschaften sowie aus anderen Leistungen. In die Jahresabschlüsse der Obergesellschaften gehen lediglich die Erträge der Arbeitsgemeinschaften ein, ohne dass ihre Wertschöpfung ermittelt werden kann. Eine exakte Berechnung der inländischen Wertschöpfung eines Baukonzerns ist aus den genannten Gründen nicht möglich.

Eine Untersuchung der Umsatzquellen der Bilfinger Berger AG, der HOCHTIEF AG und der STRABAG AG hat jedoch gezeigt, dass nur ein Bruchteil der Umsätze aus den übernommenen Ergebnissen der Arbeitsgemeinschaften stammt. Bei den oben genannten Unternehmen entfallen im Durchschnitt 88 Prozent der Umsatzerlöse auf die Leistungen auf Eigenbaustellen. Zu welchen Teilen die restlichen 12 Prozent auf die Lieferungen und Leistungen an Arbeitsgemeinschaften, auf die übernommenen Ergebnisse der Arbeitsgemeinschaften und sonstige Leistungen entfallen, konnte leider nicht anhand der veröffentlichten Informationen ermittelt werden. Es ist jedoch zu vermuten, dass die übernommenen Ergebnisse der Arbeitsgemeinschaften durchschnittlich viel weniger als 10 Prozent der Umsatzerlöse ausmachen. Deswegen benutzt die Monopolkommission im Sechzehnten Hauptgutachten zur Schätzung der Wertschöpfung von Bauunternehmen, abweichend vom bisherigen Vorgehen¹², das Schema für die Ermittlung der Wertschöpfung der Unternehmen, die nicht dem Kredit- oder Versicherungsgewerbe angehören.¹³

278. Handelt es sich bei der Konzernobergesellschaft um ein Großunternehmen in den Rechtsformen Personenhandels-gesellschaft mit vollhaftendem Gesellschafter oder Einzelkaufmann, so muss die Gewinn- und Verlustrechnung nicht offen gelegt werden (§ 9 Abs. 2 PublG), wenn in einer Anlage zur Bilanz bestimmte Erfolgspositionen – unter anderem die Umsatzerlöse, der Personalaufwand sowie die Zahl der Beschäftigten – genannt werden (§ 5 Abs. 5 PublG).

Die auf der Basis des Publizitätsgesetzes gegebene Möglichkeit der Veröffentlichung einer verkürzten Gewinn- und Verlustrechnung wurde von der Tengelmann Warenhandels-gesellschaft wahrgenommen. Die Wertschöpfung der Tengelmann Warenhandels-gesellschaft wurde geschätzt.¹⁴

279. Sofern die auszuwertenden Konzernabschlüsse auf der Basis internationaler Rechnungslegungsnormen erstellt wurden, wird in einigen Fällen nicht der zur Ermittlung der Wertschöpfung erforderliche getrennte Ausweis von Personal- und Materialaufwand vorgenommen.¹⁵ In diesen Fällen wird auf die verfügbaren Jahresabschlüsse der inländischen Tochterunternehmen mit wertschöpfungsorientierter Gliederung der Erfolgsrechnung zurückgegriffen.¹⁶

¹² In den letzten Hauptgutachten hat die Monopolkommission für die Schätzung der inländischen Wertschöpfung der Bauunternehmen die jeweilige Bauleistung der betroffenen Unternehmen mit der geschätzten Wertschöpfung/Bauleistung-Relation multipliziert. Die benutzte Wertschöpfung/Bauleistung-Relation wurde als Durchschnitt der Wertschöpfung/Bauleistung-Relationen entsprechend der Gewinn- und Verlustrechnung aller betrachteten Bauunternehmen berechnet.

¹³ Vergleiche Tz. 274.

¹⁴ Vergleiche Tz. 286.

¹⁵ Eine Pflicht zum gesonderten Ausweis des Personalaufwands besteht gemäß § 275 Abs. 2 Nr. 6, § 285 Nr. 8b, § 314 Abs. 1 Nr. 4 HGB sowie gemäß IAS 1.91 und 1.93, nicht jedoch gemäß US-GAAP.

¹⁶ Vergleiche Tz. 280, 288 f.

2.1.3 Begrenzung der Wertschöpfung auf den inländischen Konsolidierungskreis

280. Die Erhebung der zur Ermittlung der inländischen Wertschöpfung notwendigen Daten erfolgt in Abhängigkeit von der inländischen Konzernstruktur und dem verfügbaren veröffentlichten Datenmaterial.

Sofern keine Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses besteht und die Wertschöpfung des inländischen Konzerns zum weit überwiegenden Teil durch eine einzige Gesellschaft erzielt wird, wird die Wertschöpfung anhand der Daten des Einzelabschlusses ermittelt. Derartige Fälle sind in Tabelle III.1 mit der Erläuterung „E“ gekennzeichnet. Hierzu gehören Unternehmen, die aufgrund der befreienden Wirkung ausländischer Konzernabschlüsse keine eigenen Konzerndaten veröffentlichen sowie gemäß den Vorschriften des § 296 HGB von der Pflicht zur Einbeziehung von Tochterunternehmen in den Konzernabschluss befreite Unternehmen.

281. In der weit überwiegenden Zahl der Fälle ist allerdings die Berücksichtigung mehrerer inländischer Konzerngesellschaften bei der Wertschöpfungsermittlung erforderlich. Sofern in den jeweiligen Konsolidierungskreis ausschließlich inländische Unternehmen einbezogen wurden oder die konsolidierten ausländischen Tochterunternehmen von insgesamt untergeordneter Bedeutung sind, geschieht dies durch die Auswertung veröffentlichter Konzernabschlüsse. Anhand des veröffentlichten Konzernabschlusses wurde unter anderem die Wertschöpfung des Geschäftsjahres 2004 der Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsverwaltung, der KPMG Deutsche-Treuhand Gesellschaft AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, der PwC Deutsche Revision AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sowie der Vattenfall-Gruppe Deutschland ermittelt.

282. Sowohl die nationalen als auch internationale Rechnungslegungsnormen verpflichten zu einer Einbeziehung von Tochterunternehmen in den Konzernabschluss unabhängig von geographischen Gesichtspunkten.¹⁷ Auch können inländische Tochterunternehmen ausländischer Konzernobergesellschaften auf die Aufstellung eines Teilkonzernabschlusses verzichten, sofern auf einer höheren Stufe des Konzerns ein Konzernabschluss aufgestellt wird, der den Vorschriften der Siebten EG-Richtlinie entspricht und von einem Abschlussprüfer geprüft wird, der den Erfordernissen der Achten EG-Richtlinie genügt (§§ 291, 292 HGB). Daher ist die inländische Wertschöpfung anhand der Mehrzahl der veröffentlichten Konzernabschlüsse nicht unmittelbar zu erheben.

Falls dies aufgrund eines ausländische Konzerngesellschaften einschließenden Konsolidierungskreises der untersuchten Unternehmen erforderlich ist, führt die Monopolkommission Unternehmensbefragungen durch¹⁸, um

Angaben über das Geschäftsvolumen und die für die Berechnung der inländischen Wertschöpfung notwendigen Jahresabschlussdaten zu erhalten. Für die Erhebung der nach Wertschöpfung „100 Größten“ im Sechzehnten Hauptgutachten wurden insgesamt 117 Unternehmen befragt, von denen 76 (65 Prozent) die benötigten Zahlen vollständig zur Verfügung gestellt haben.

283. In den Fällen, in denen die Unternehmen der Monopolkommission die für die Berechnung der Wertschöpfung erforderlichen Daten für den Inlandskonzern nicht oder nur teilweise zur Verfügung stellen können, die Wertschöpfung des Weltkonzerns jedoch anhand des veröffentlichten Konzernabschlusses ermittelt werden kann, wird die Wertschöpfung des inländischen Konzernbereichs anhand der Relation ausgewählter Referenzgrößen geschätzt. Auf der Grundlage der Wertschöpfung des Weltkonzerns werden für die betroffenen Unternehmen bis zu drei Schätzwerte für die Wertschöpfung des inländischen Konzerns ermittelt. Die Schätzungen erfolgen dabei anhand der Referenzgrößen Personalaufwand, Anzahl der Beschäftigten sowie Geschäftsvolumen – hierbei handelt es sich um die Bilanzsumme der Kreditinstitute, die Brutto-Beitragseinnahmen der Versicherungsunternehmen sowie die Umsatzerlöse der Unternehmen anderer Wirtschaftszweige. Die Schätzung der inländischen Wertschöpfung anhand des Verhältnisses der Referenzgrößen erfolgt nach dem folgenden Schema:

$$\text{Wertschöpfung}_{\text{Inland}}^{\text{geschätzt}} = \frac{\text{Referenzgröße}_{\text{Inland}}}{\text{Referenzgröße}_{\text{Welt}}} \cdot \text{Wertschöpfung}_{\text{Welt}}$$

Den Schätzverfahren liegt die Annahme zugrunde, dass das Verhältnis der genannten Referenzgrößen des inländischen Konzerns zu denen des Gesamtkonzerns der Relation der inländischen Wertschöpfung zur Gesamtwertschöpfung des Weltkonzerns entspricht. Neben den drei Verhältniszahlen inländisches/gesamtes Geschäftsvolumen, Anzahl der durch inländische Konzerngesellschaften Beschäftigten/Gesamtzahl der Beschäftigten sowie Personalaufwand des inländischen Konsolidierungskreises/Personalaufwand des gesamten Konzerns werden das arithmetische Mittel aus allen drei Relationen sowie das Mittel der beiden am nächsten beieinander liegenden Anteile zur Schätzung der inländischen Wertschöpfung herangezogen.

284. Um die Eignung der verwendeten Schätzmethoden zu beurteilen, hat die Monopolkommission seit dem Neunten Hauptgutachten anhand der Fälle, in denen detaillierte Angaben zur Ermittlung sowohl der Inlands- als auch der Weltwertschöpfung vorlagen, geprüft, welche Abweichungen sich zwischen der tatsächlichen Wertschöpfung des Inlandskonzerns und der anhand der genannten Kennzahlen geschätzten Wertschöpfung ergeben. Folgende Schätzverfahren wurden analysiert:

¹⁷ Vergleiche § 290 HGB, Standard 27.12 des International Accounting Standards Committee sowie Standard 94.2 des US-amerikanischen Financial Accounting Standards Board.

¹⁸ Vergleiche z. B. auch Monopolkommission, Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik, Hauptgutachten 1990/1991, Baden-Baden 1992, Tz. 360.

- Schätzung über die Beschäftigtenzahl,
- Schätzung über das arithmetische Mittel aus allen verfügbaren Abweichungswerten,
- Schätzung über das Geschäftsvolumen,
- Schätzung über das arithmetische Mittel aus den zwei am nächsten gelegenen Schätzrelationen,
- Schätzung über den Personalaufwand.

Die Ergebnisse dieser Analysen blieben über die Jahre hinweg qualitativ gleich. Der Personalaufwand hat sich in der Mehrzahl der Untersuchungen als der genaueste Indikator für die inländische Wertschöpfung erwiesen. Die vergleichsweise hohe Genauigkeit der Schätzungen über den Personalaufwand ist darauf zurückzuführen, dass diese Größe ein wesentlicher Bestandteil der Wertschöpfung ist. Dennoch bestehen aufgrund unternehmensspezifischer Organisationsstrukturen und eines uneinheitlichen Einkommensniveaus in den einzelnen Standorten der Unternehmen Differenzen zwischen den Relationen auf Welt- und Inlandsbasis. Die vergangenen Untersuchungen haben auch gezeigt, dass die Näherungswerte auf der Basis aller verfügbaren Schätzwerte recht zuverlässige Ergebnisse liefern. Sie bieten ebenso wie die Schätzungen auf der Basis der beiden am nächsten beieinander liegenden Schätzrelationen den Vorteil, dass es infolge entgegengesetzter Abweichungsrichtungen häufig zu Neutralisierungseffekten kommt. Die höchsten Divergenzen wiesen die Verfahren auf der Grundlage von Umsatz und Beschäftigten auf. Die Überlegenheit einzelner Verfahren kann nicht auf fundierte theoretische Erkenntnisse gestützt werden, da häufig unternehmens- oder brancheneigene Gegebenheiten für die Eignung der einzelnen Kennzahlen zur Schätzung der inländischen Wertschöpfung ausschlaggebend sind.

285. Zweck der Wertschöpfungsermittlung ist zum einen die Abgrenzung des Kreises der hundert größten Unternehmen Deutschlands und zum anderen die Beurteilung der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung der dem Untersuchungskreis angehörenden Unternehmen. Der Aussagegehalt der Untersuchung hinsichtlich der Abgrenzung des Untersuchungskreises wird durch die Schätzfehler nicht wesentlich vermindert, da Fehleinschätzungen der Wertschöpfung nur dann zu einer fehlerhaften Abgrenzung des Kreises der „100 Größten“ führen, wenn sie eine Verschiebung des Ranges über den hundertsten Rangplatz bedingen. Auch ist der Einfluß von Schätzfehlern auf die Beurteilung der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung der „100 Größten“ gering. Die vergangenen Untersuchungen haben gezeigt, dass die ausschließliche Verwendung von Wertschöpfungsdaten, die auf der Basis der Personalaufwendungen geschätzt wurden, zu einer sehr geringen Abweichung der Summe der Wertschöpfung der „100 Größten“ von der anhand des tatsächlich vorhandenen Zahlenmaterials ermittelten Wertschöpfungssumme führt. Deswegen verzichtet die Monopolkommission ab dem Sechzehnten Hauptgutach-

ten auf die Veröffentlichung der Untersuchungsergebnisse im Anlagenband.¹⁹

286. Die Auswahl der geeigneten Schätzmethode beruht soweit wie möglich auf Informationen über das betreffende Unternehmen und seine Entwicklung, die beispielsweise aus den Geschäftsberichten gewonnen werden. Aufgrund der Güte der Methode auf der Basis des Personalaufwands wird diesem Verfahren in den meisten Fällen der Vorzug gegeben.

287. Im Rahmen der Erhebung 2004 erfolgte eine Schätzung der Wertschöpfung der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ anhand der Wertschöpfung des Gesamtkonzerns in 20 Fällen (2002: 19). Damit bleibt die Qualität der Datenbasis aufgrund der anhaltenden Bereitschaft vieler Unternehmen, der Kommission die benötigten Daten in der Abgrenzung auf den inländischen Konzernbereich zur Verfügung zu stellen, erhalten. Soweit die Wertschöpfung einzelner Unternehmen geschätzt werden musste, wird dies in Tabelle III.1 kenntlich gemacht. Im Einzelnen wurden folgende Schätzungen vorgenommen:

- In drei Fällen wurde auf den Personalaufwand als Basis zurückgegriffen. Da der Personalaufwand den größten Teil der betrieblichen Wertschöpfung erklärt, wird diese Methode gegenüber der Verwendung der Beschäftigtenzahl und der Umsatzerlöse grundsätzlich bevorzugt. Soweit die vorhandenen Daten Schätzungen auf der Basis der Merkmale Umsatz und Beschäftigte zuließen, wurden diese den Schätzungen auf Personalaufwandbasis gegenübergestellt. Von einer Schätzung mit Hilfe des Personalaufwands wurde nur abgesehen, wenn die Höhe des inländischen Personalaufwands nicht bekannt war. Auf der Basis des Personalaufwands wurde die Wertschöpfung der folgenden Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ geschätzt: Carl Zeiss AG, C. H. Boehringer Sohn KG und Siemens AG. Ebenfalls auf der Basis des Personalaufwands wurde die Wertschöpfung der Benteler AG ermittelt, die im Jahr 2004 nicht dem Kreis der „100 Größten“ angehört.
- Die Wertschöpfung der „100 Größten“ wurde in elf Fällen anhand des Durchschnitts der Geschäftsvolumen- und Beschäftigtenrelationen geschätzt. Auf der Basis dieser Schätzmethode erfolgte die Einordnung der Bertelsmann AG, der EADS-Gruppe Deutschland, der General Motors-Gruppe Deutschland, der Infineon Technologies AG, der KarstadtQuelle AG, der Nestlé-Gruppe Deutschland, der Saint Gobain-Gruppe Deutschland, der Tchibo Holding AG, der Thyssen-Krupp AG, der TOTAL-Gruppe Deutschland und der Zürich Financial Services-Gruppe Deutschland. Ebenfalls anhand des Durchschnitts der Geschäftsvolumen- und Beschäftigtenrelationen geschätzt wurde die Wertschöpfung der Diehl Stiftung und Co., der Franz Haniel & Cie. GmbH, der Fresenius AG und der

¹⁹ Die erneute Untersuchung der Schätzverfahren kann auf Anfrage zur Verfügung gestellt werden.

Rheinmetall AG, die im Jahr 2004 nicht dem Kreis der „100 Größten“ angehören.

- Im Falle der Deutschen Post AG wurde die Schätzung der inländischen Wertschöpfung anhand des Geschäftsvolumens vorgenommen.
- Im Falle der Ford-Gruppe Deutschland war eine Schätzung anhand des Durchschnitts der Geschäftsvolumen- und Beschäftigtenrelationen des Jahres 2003 notwendig, da im Gegensatz zu der Publizitätspraxis der Vorjahre der Jahresabschluss der Ford-Werke AG für das Geschäftsjahr 2004 nicht rechtzeitig veröffentlicht wurde. Das Geschäftsvolumen und die Beschäftigtenzahl für das Jahr 2004 wurden der Wirtschaftspresse entnommen.
- Der Mangel an veröffentlichten Daten im Einzelhandel hat die Monopolkommission dazu veranlasst, die Wertschöpfung der Einzelhandelsgruppen zu schätzen. Die Wertschöpfung der Aldi-Gruppe und der REWE-Gruppe wurde anhand der Wertschöpfung/Umsatz-Relation der zur Gruppe zugehörigen Tochterunternehmen mit den veröffentlichten Einzelabschlüssen geschätzt. Die Wertschöpfung der Tengelmann Warenhandelsgesellschaft und der Schwarz-Gruppe wurde anhand der durchschnittlichen Wertschöpfung/Umsatz-Relation aller untersuchten Einzelhandelsunternehmen (0,09) geschätzt.

288. Alternativ zu einer Schätzung anhand der Relation in- und ausländischer Daten ermittelt die Monopolkommission die Wertschöpfung inländischer Teilkonzerne in einzelnen Fällen durch eine Summierung der Wertschöpfung der größten inländischen Konzerngesellschaften. Teilkonzerne, deren Wertschöpfung durch diese Additionsmethode ermittelt wurden, sind in Tabelle III.1 mit der Erläuterung „S“ gekennzeichnet.

Eine wesentliche Verzerrung der so ermittelten Wertschöpfung aufgrund der fehlenden Konsolidierung der als Berechnungsgrundlage herangezogenen Daten ist aus den folgenden Gründen nicht zu erwarten. Wegen des Abzugs der Vorleistungen im Rahmen der Wertschöpfungsermittlung entsteht ein Konsolidierungseffekt aus innerkonzernlichen Lieferungen und Leistungen nur, sofern im Berichtszeitraum keine Weiterveräußerung an Dritte erfolgt und das innerkonzernliche Geschäft mit einem Zwischenergebnis verbunden ist. Ein Zwischenergebnis wird erzielt, wenn der Buchwert der gelieferten Waren beim belieferten Unternehmen nicht mit ihren aus Konzernsicht zu veranschlagenden Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten übereinstimmt. In diesem Fall weicht die konsolidierte Wertschöpfung von der Summenwertschöpfung in Höhe des Zwischenergebnisses ab. Die weiteren, durch Konsolidierungsmaßnahmen beeinflussten Erfolgspositionen sind in der Mehrzahl entweder nicht Bestandteil der Wertschöpfung – hierzu gehören Aufwendungen und Erträge aus Verlustübernahme und Gewinnabführungen, Erträge aus Beteiligungen –, oder sie werden gemeinsam mit solchen Erfolgspositionen in die Wertschöpfung einbezogen, die einer kompensierenden Kon-

solidierungswirkung unterliegen. Zu den in die Wertschöpfung einbezogenen und in einer hinsichtlich der Konsolidierungswirkung kompensatorischen Beziehung stehenden Erfolgspositionen gehören die sonstigen betrieblichen Erträge und Aufwendungen sowie im Falle der Wertschöpfung der Kreditinstitute die Zinsaufwendungen und -erträge.

Die Additionsmethode zur Ermittlung der inländischen Wertschöpfung wird insbesondere zur Abdeckung der Aktivitäten inländischer Teilkonzerne mit ausländischen Konzernobergesellschaften genutzt, sofern eine Befragung nach konsolidierten Ausgangsdaten ohne Erfolg bleibt. Ihre Anwendung setzt eine ausreichende Publizität der deutschen Konzerngesellschaften voraus und ist daher aufgrund der Größenabhängigkeit der Publizitätspflichten ungeeignet, sofern der ausländischen Konzernobergesellschaft eine Vielzahl kleiner inländischer Tochterunternehmen untergeordnet sind. Bezüglich des Geschäftsjahres 2004 wurde so unter anderem die Wertschöpfung der Konzerngesellschaften der Altria-Gruppe Deutschland, der Arcelor-Gruppe Deutschland, der Shell-Gruppe Deutschland sowie der Vodafone-Gruppe Deutschland erhoben.

289. In Einzelfällen stehen weder ausreichende Daten zur Ermittlung der Wertschöpfung des Gesamtkonzerns noch sämtliche Einzelabschlüsse des wesentlichen Teils der inländischen Tochterunternehmen zur Bildung eines Summenabschlusses noch verwertbare Befragungsdaten zur Verfügung. Die fehlende Ermittelbarkeit der weltweit erzielten Wertschöpfung ist in der Regel durch einen Verzicht ausländischer Konzernobergesellschaften auf den gesonderten Ausweis von Personal- und Materialaufwand bedingt. Die Monopolkommission schätzt unter diesen Umständen die inländische Wertschöpfung durch eine Hochrechnung auf der Basis des unvollständigen Summenabschlusses. Hierbei finden die in Tz. 282 genannten Referenzgrößen entsprechend Verwendung. Die Methode der Hochrechnung auf der Basis eines unvollständigen Summenabschlusses wurde 2004 für die Berechnung der Wertschöpfung der BP-Gruppe Deutschland und der Procter & Gamble-Gruppe Deutschland angewandt.

290. Der zuvor dargestellten Vorgehensweise folgend, sind in Tabelle III.1 die „100 Größten“ 2002 und 2004 aufgeführt, geordnet nach der Höhe ihrer Wertschöpfung im Berichtsjahr 2004. Darüber hinaus werden, soweit die Angaben verfügbar waren, für jedes Unternehmen das Geschäftsvolumen (Umsatzerlöse der Nichtfinanzinstitute, Bilanzsumme der Kreditinstitute, Brutto-Beitrags-einnahmen der Versicherungsunternehmen), die Anzahl der Beschäftigten, die Höhe der Sachanlagen und der Cashflow jeweils bezogen auf die inländischen Konzernbereiche angegeben. In den Fällen, in denen die erforderlichen Daten für die Berechnung des inländischen Cashflows nicht zur Verfügung stehen, wird der Cashflow des Inlandskonzerns anhand der Relation der Referenzgrößen geschätzt, die für die Abgrenzung der Wertschöpfung auf den inländischen Konsolidierungskreis herangezogen wurden.

2.2 Seit dem Berichtszeitraum 2002 eingetretene Veränderungen

291. Hinsichtlich der Ursachen der Veränderungen innerhalb des Kreises der „100 Größten“ sind die folgenden Fallgruppen unterscheidbar. Bezogen auf die Wirkung auf die Gesamtwertschöpfung der Großunternehmen lassen sich Konzentrations- bzw. Wachstumsvorgänge, welche zu einer Steigerung der Gesamtwertschöpfung der „100 Größten“ führen, von Entflechtungs- bzw. Schrumpfungsvorgängen unterscheiden, welche zu einer verminderten Wertschöpfung des jeweiligen Unternehmens führen, gegebenenfalls einhergehend mit einem Austritt aus dem Kreis der Großunternehmen. Im Hinblick auf die zugrunde liegenden Ursachen der Wertschöpfungsveränderung kommen sowohl externes Wachstum bzw. Entflechtung als auch internes Wachstum bzw. interne Schrumpfung in Frage. Externes Wachstum (Entflechtung) geht mit einer die Wertschöpfung des betrachteten Konzerns steigernden (mindernden) Veränderung des Kreises der Konzerngesellschaften einher, welche durch den Erwerb (Verkauf) von Tochtergesellschaften oder die Fusion mit (Abspaltung von) einem anderen Unternehmen vollzogen wird. Internes Wachstum bzw. interne Schrumpfung liegt dagegen in einer Steigerung bzw. Minderung des Geschäftsvolumens, des Personalbestands etc. begründet, welche innerhalb eines gleich bleibenden Konsolidierungskreises erfolgt.

292. Die Zusammensetzung des Kreises der „100 Größten“ hat sich seit 2002 wie folgt geändert:

Durch einen Zusammenschluss innerhalb des Kreises der „100 Größten“ sind die folgenden Unternehmen ausgeschieden (Rang 2002 in Klammern):

(52) Ruhrgas AG,

(87) Beiersdorf AG.

Bereits im Juli 2002 erhielt die E.ON AG eine Erlaubnis des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie für die Übernahme der Mehrheitsanteile an der Ruhrgas AG. Gegen diese Entscheidung reichten die Wettbewerber eine Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf ein, was das Gericht dazu veranlasste, den Vollzug der Übernahme zu stoppen. Am 31. Januar 2003 einigte sich die E.ON AG jedoch mit den Klägern außergerichtlich und schloß bis Anfang März 2003 die Übernahme der Ruhrgas AG komplett ab. Die Ruhrgas AG wurde somit im E.ON-Konzernabschluss erstmalig im Jahr 2003 konsolidiert.

Ende 2003 übernahm die Tchibo Holding AG einen 19,6 prozentigen Anteil der Allianz an der Beiersdorf AG und baute somit ihren Anteil von 30,3 Prozent auf 49,9 Prozent aus. Seit März 2004 besitzt die Tchibo Holding AG einen Mehrheitsanteil von 50,46 Prozent an der Beiersdorf AG. Der Teilkonzern Beiersdorf AG wurde somit erstmalig im Jahr 2004 in den Konzernabschluss der Tchibo Holding AG mit einbezogen.

Tabelle III.1

Die nach Wertschöpfung hundert größten Unternehmen 2002 und 2004

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirt- schafts- zweig ¹	Wert- schöp- fung ²	Ge- schäfts- volu- men ³	Beschäf- tigte	Sach- anlagen ⁴	Cashflow	Erläute- rungen ⁵
				(Mio. €)			(Mio. €)		
1 2	2004 2002	Deutsche Telekom AG	64.3, 72.2	17.429 14.566	35.147 35.207	170.837 175.586	45.402 51.266	13.165 9.901	US-GAAP
2 3	2004 2002	Siemens AG	29, 29.71, 30, 31, 32, 34.3, 35	15.340* 13.660*	41.000 41.200	164.000 175.000	19.673 ^w 20.585 ^w	2.889*	US-GAAP, 30.9.2004
3 1	2004 2002	DaimlerChrysler AG	29, 34, 35.3, 93	12.674 15.664	61.548 61.400	185.154 191.574	10.042 9.073	4.411 8.476	US-GAAP
4 4	2004 2002	Volkswagen AG	34, 65.2	10.157 12.360	67.220 65.308	177.350 167.005	19.533 19.339	4.969 5.730	IFRS
5 5	2004 2002	Deutsche Post AG	64.11, 65.12	9.568* 10.354*	22.583 23.068	197.351 219.067	15.285 ^w 14.161 ^w	1.610*	IFRS

noch Tabelle III.1

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirt- schafts- zweig ¹	Wert- schöp- fung ²	Ge- schäfts- volu- men ³	Beschäf- tigte	Sach- anlagen ⁴	Cashflow	Erläute- rungen ⁵
				(Mio. €)			(Mio. €)		
6 7	2004 2002	Deutsche Bahn AG	45.23, 55, 60.1, 63.3	9.204 8.416	18.520 18.685	205.771 259.241	37.296 38.869	2.808 2.361	IFRS
7 9	2004 2002	Robert Bosch GmbH	29, 29.71, 31, 32	8.529 6.824	27.622 21.137	110.569 94.050	4.338 2.658	2.323 1.346	
8 10	2004 2002	Bayerische Motoren Werke AG	34, 35.41, 65.2	8.466 6.728	41.508 35.835	78.478 76.143	11.519 8.430	4.011 2.966	IFRS
9 8	2004 2002	RWE AG	10.2, 11, 23.2, 24, 29, 40, 45, 90	7.787 6.905	28.174 28.003	55.407 76.202	16.905 14.518	4.495 2.121	IFRS
10 19	2004 2002	Allianz AG	66, 67.12	6.173 3.348	25.234 25.667	75.667 86.768	179.198 215.989		IFRS
11 11	2004 2002	ThyssenKrupp AG	27, 28, 29, 34.3, 35, 51	5.958* 6.150*	22.081 19.856	92.179 103.123	8.418 8.903	1.179*	US-GAAP
12 17	2004 2002	BASF AG	11, 23.2, 24	5.510 4.216*	15.216 13.315	46.666 50.504	15.782 17.209 ^w	1.599	IFRS
13 12	2004 2002	Deutsche Bank AG	65.12.1	5.474 5.364	783.137 687.069	45.398 53.915	4.880 6.311		US-GAAP
14 13	2004 2002	Deutsche Lufthansa AG	35.3, 55, 62, 72, 63.3	4.927 4.789	15.057 14.367	65.262 57.201	8.237 7.810	1.821 2.255	IFRS
15 14	2004 2002	Metro AG	51, 52	4.908 4.488	28.803 27.704	112.194 111.637	8.239 5.328	1.657 1.593	IFRS
16 6	2004 2002	E.ON AG	11, 23.2, 24, 40, 70	4.766 9.556	31.388 27.990	39.524 74.748	30.943 32.769	4.102 8.173	US-GAAP
17 18	2004 2002	RAG AG	10, 23.1, 24, 27, 40, 51, 70	4.566 3.824	14.285 9.250	81.290 70.560	8.031 4.827	3.692 845	IFRS
18 26	2004 2002	Vodafone-Gruppe Deutschland	64.3	4.492 2.269	10.104 8.920	15.029 15.447	10.979 11.941	2.775 1.376	S, 31.3.2005
19 16	2004 2002	Bayer AG	24	3.737 4.255	13.670 12.573	47.900 51.500	6.779 6.466	2.059 2.032	IFRS

noch Tabelle III.1

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirt- schafts- zweig ¹	Wert- schöp- fung ²	Ge- schäfts- volu- men ³	Beschäf- tigte	Sach- anlagen ⁴	Cashflow	Erläute- rungen ⁵
				(Mio. €)			(Mio. €)		
20 15	2004 2002	Münchener Rückver- sicherungs-Gesell- schaft AG	66, 67.12	3.612 4.352	32.114 34.229	29.851 31.063	169.829 146.356		IFRS
21 21	2004 2002	MAN AG	29, 34, 74	2.676 2.894	8.060 12.222	39.506 48.863	2.032 2.326	613 645	IFRS
22 22	2004 2002	General Motors- Gruppe Deutschland	34, 65.21	2.543* 2.690*	14.341 14.875	30.952 34.103	33.398 ^w	154*	US-GAAP
23 30	2004 2002	SAP AG	72.2	2.536 2.162	4.341 3.846	14.023 13.002	1.201 976	1.005 893	US-GAAP
24 23	2004 2002	EADS-Gruppe Deutschland	35.3	2.523* 2.471*	4.322 8.396	40.325 38.780	22.913 ^w 20.638 ^w	758*	IFRS
25 29	2004 2002	ZF Friedrichshafen AG	29, 34, 35	2.448 2.166	7.359 6.354	34.294 33.858	1.925 1.847	667 492	
26 34	2004 2002	Energie Baden- Württemberg AG	40, 41, 90	2.305 1.908	8.720 7.552	17.305 30.270	12.011 8.535	1.314 1.192	IFRS
27 35	2004 2002	Continental AG	25.1, 34.3	2.273 1.862	6.734 5.957	31.808 27.126	1.202 1.052	780 492	US-GAAP
28 31	2004 2002	IBM-Gruppe Deutschland	30, 72	2.110 2.158	6.541 6.603	22.125 23.246	1.267 1.410	737 516	
29 53	2004 2002	Landesbank Baden- Württemberg	65.1	2.036 1.153	339.845 320.318	8.466 10.145	5.829 5.476		
30 –	2004 2002	DZ Bank AG	65.12.4,6 5.12.9	2.035 176	332.785 314.790	22.996 24.009	5.181 5.253		
31 –	2004 2002	Aldi-Gruppe	52	2.008*	19.820	36.000			
32 28	2004 2002	REWE-Gruppe ⁶	52	1.977* 2.216	28.169 16.130	120.000 75.291	606	260	
33 32	2004 2002	Bertelsmann AG	22, 92	1.878 2.004*	5.059 5.691	27.350 31.712	10.085 11.820 ^w	676	IFRS
34 –	2004 2002	Schwarz-Gruppe	52	1.818*	19.502 17.035	120.000			
35 40	2004 2002	Dr. Ing. h. c. F. Porsche AG	34	1.740 1.361	5.774 3.765	10.156 8.887	1.436 1.078	932 693	31.7.2004

noch Tabelle III.1

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirt- schafts- zweig ¹	Wert- schöp- fung ²	Ge- schäfts- volu- men ³	Beschäf- tigte	Sach- anlagen ⁴	Cashflow	Erläute- rungen ⁵
				(Mio. €)			(Mio. €)		
36 37	2004 2002	Vattenfall-Gruppe Deutschland	10, 13, 40	1.674 1.631	10.706 8.860	21.027 19.578	10.818 12.250	1.413 – 498	
37 –	2004 2002	Bayerische Landes- bank	65.12.2	1.666 –14	319.776 330.823	7.064 7.792	184 288		
38 67	2004 2002	Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG	65.12.1	1.624 846	277.969 441.426	26.259 32.901	2.348 2.893		IFRS
39 65	2004 2002	Shell-Gruppe Deutschland	11, 23.2, 40, 51.5	1.477 873	26.093 20.677	5.570 5.247	763 2.491	200 302	S
40 –	2004 2002	TOTAL-Gruppe Deutschland	11, 23.2, 51.51	1.391*	8.500 7.200	5.182	38.330 ^w	895*	French GAAP
41 58	2004 2002	C. H. Boehringer Sohn KG	24	1.370* 1.032*	4.314 3.597	10.276 9.225	2.979 ^w 3.142 ^w	511*	
42 38	2004 2002	TUI AG	11, 27, 29, 51, 61, 63	1.366 1.446	8.260 8.742	15.744 20.117	3.222 4.670	455 184	IFRS
43 42	2004 2002	Roche-Gruppe Deutschland	24	1.344 1.300	3.005 2.814	9.888 10.244	1.489 818	469 465	
44 46	2004 2002	Sanofi Aventis- Gruppe Deutschland ⁷	24	1.280 1.277*	3.100 3.897	7.732 9.326	734 985	177 1.242	E
45 33	2004 2002	Commerzbank AG	65.12.1	1.275 1.972	366.858 318.025	25.417 28.785	1.552 2.254		IFRS
46 27	2004 2002	Tengelmann Waren- handels-gesellschaft	52	1.250* 2.261	13.410 12.560	81.620 81.454	2.152 ^w		30.4.2005
47 47	2004 2002	Linde AG	24.11, 29	1.198 1.238	4.074 3.564	14.667 18.475	1.229 1.264	363 485	IFRS
48 48	2004 2002	Otto Group ⁸	51, 52	1.147 1.217	7.503 9.374	24.266 26.611	928 487	222 178	IFRS 28.2.2005
49 61	2004 2002	Exxon-Mobil-Gruppe Deutschland	11, 23.2, 50.5	1.122 989	9.142 8.950	3.094 3.244	1.143 648	1.326 466	
50 39	2004 2002	BP-Gruppe Deutsch- land	11, 23.2, 24, 50.5, 40.1	1.119 1.362*	29.276 23.355	4.851 11.300	3.554 347	1.147 135	S

noch Tabelle III.1

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirt- schafts- zweig ¹	Wert- schöp- fung ²	Ge- schäfts- volu- men ³	Beschäf- tigte	Sach- anlagen ⁴	Cashflow	Erläute- rungen ⁵
				(Mio. €)			(Mio. €)		
51 62	2004 2002	Salzgitter AG	27, 51.5	1.105 930	5.008 4.252	16.482 16.945	1.194 1.216	389 247	IFRS
52 69	2004 2002	Debeka-Gruppe	65.12.9, 66	1.092 790	6.274 5.290	13.799 12.423	36.086 29.141		
53 –	2004 2002	Bilfinger Berger AG	45	1.082	2.864	12.877	579	113	IFRS
54 63	2004 2002	Henkel KGaA	24	1.070 910	3.097 3.166	10.488 11.362	952 930	166 480	IFRS
55 59	2004 2002	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	63.23, 70.20	1.062 1.027	1.710 1.588	17.005 16.588	2.371 2.409	355 30	IFRS
56 25	2004 2002	Ford-Gruppe Deutschland	34, 65.21	1.062* 2.277	13.800 15.924	26.000 38.154	39.385 ^w 2.265	398	E
57 72	2004 2002	Schering AG	24, 33.1	1.061 736	2.657 2.603	9.492 10.227	1.114 1.125	457 736	IFRS
58 54	2004 2002	BSH Bosch und Sie- mens Hausgeräte GmbH	29.71	1.051 1.147	3.629 3.638	14.455 16.123	378 280	249 265	
59 –	2004 2002	Tchibo Holding AG	15.86.0	1.022* 462	4.235 2.553	14.549 7.601	7.248 ^w 470	693* 3.558	IFRS
60 50	2004 2002	Altria-Gruppe Deutschland	16	1.018 1.183	8.434 9.928	6.235 5.616	446 287	443 575	S
61 55	2004 2002	Saint Gobain-Gruppe Deutschland	26, 27.2, 45.3, 51, 25	1.007* 1.084*	4.093 4.153	18.257 19.535	15.992 ^w	291*	IFRS
62 45	2004 2002	Hewlett-Packard- Gruppe Deutschland	30, 32, 33	1.002 1.294	5.905 5.997	9.491 8.463	472 420	1.913	
63 41	2004 2002	Nestlé-Gruppe Deutschland	15	955* 1.351*	3.555 3.733	16.800 18.409	27.808 ^w 297	415* 74	IFRS
64 24	2004 2002	Unilever-Gruppe Deutschland	15, 24.5	945 2.292	3.199 3.842	8.419 9.928	968 1.208	591 1.834	
65 44	2004 2002	MG Technologies AG	24, 29, 51	940 1.294	2.154 4.376	7.464 16.623	878 1.732	397 282	US-GAAP

noch Tabelle III.1

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirt- schafts- zweig ¹	Wert- schöp- fung ²	Ge- schäfts- volu- men ³	Beschäf- tigte	Sach- anlagen ⁴	Cashflow	Erläute- rungen ⁵
				(Mio. €)			(Mio. €)		
66 68	2004 2002	Philips-Gruppe Deutschland	29.7, 30, 31, 32, 33	934 806	4.268 4.053	10.780 11.232	593 685	303 293	IFRS
67 66	2004 2002	Axel Springer AG ⁹	22	914 847	2.134 2.316	8.485 11.182	1.131	270 155	
68 56	2004 2002	ABB-Gruppe Deutschland	29, 31	907 1.048	2.687 2.872	13.337 17.349	569 611	163 32	
69 –	2004 2002	EUROHYPO AG	65.12.6	900	226.928	2430	323		IFRS
70 20	2004 2002	KarstadtQuelle AG	52, 52.61	869* 3.104*	11.823 14.260	66.393 96.092	2.641 3.731	– 963*	IFRS
71 60	2004 2002	Generali-Gruppe Deutschland	66	857 1.020	10.937 10.813	18.272 19.001	68.293 65.740		IFRS
72 81	2004 2002	Hamburger Gesell- schaft für Vermö- gens- und Beteiligungs- verwaltung mbH	41, 60, 63, 70	813 622	1.666 1.476	14.115 14.124	3.969 3.285	304 901	30.9.2004
73 77	2004 2002	Voith AG	29, 29.56.1, 29.55	807 680	1.994 1.873	13.305 13.440	428 390	66	
74 64	2004 2002	Wacker-Chemie GmbH	24, 26.24	805 874	2.163 2.157	11.384 12.497	1.460 1.007	266 297	
75 92	2004 2002	Stadtwerke München GmbH	40, 41, 60.21	800 557	2.949 1.909	7.725 7.470	2.236 1.803	359 213	IFRS
76 74	2004 2002	Adolf Würth GmbH & Co. KG	51.54.2	794 707	2.524 2.206	13.941 12.648	622 1.101	157 98	
77 70	2004 2002	EDEKA Zentrale AG & Co. KG	51, 52	792 779	11.593 11.443	27.415 27.426	474 858	162 182	
78 –	2004 2002	Zürich Financial Services-Gruppe Deutschland	66	775*	6.109 6.268	6.100	344.965 ^w		
79 79	2004 2002	ALTANA AG	24	763 651	1.326 1.533	4.958 4.478	606 461	409 413	IFRS
80 43	2004 2002	Carl Zeiss AG ¹⁰	26.1, 33	753* 1.298*	1.626 2.670	9.683 20.296	341 768	154	30.9.2004

noch Tabelle III.1

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirt- schafts- zweig ¹	Wert- schöp- fung ²	Ge- schäfts- volu- men ³	Beschäf- tigte	Sach- anlagen ⁴	Cashflow	Erläute- rungen ⁵
				(Mio. €)			(Mio. €)		
81 57	2004 2002	PwC Deutsche Revi- sion AG Wirtschafts- prüfungsgesellschaft	74.1, 74.12	749 1.035	1.071 1.532	8.439 11.800	70 167	– 125 141	30.6.2004
82 36	2004 2002	Bankgesellschaft Berlin AG	65	746 803 ¹¹	132.572 219.817	9.868 13.401	455 529		
83 99	2004 2002	Alcatel-Gruppe Deutschland	32	744 508*	1.661 1.485	6.369 8.561	149 252	204 – 68	
84 85	2004 2002	Stadtwerke Köln GmbH	40, 41, 60	739 598	3.026 2.137	9.948 10.298	2.187 2.045	343 270	
85 –	2004 2002	Infineon Technologies AG	33.20	734*	1.675	16.340	3.985 ^w	489*	US-GAAP 30.9.2004
86 80	2004 2002	Freudenberg & Co.	17.5, 25, 29	731 646	1.854 1.614	11.835 11.441	873 631	84 75	IFRS
87 91	2004 2002	KPMG Deutsche Treuhand- Gesellschaft AG Wirtschaftsprü- fungsgesellschaft	74.12	725 562	950 763	5804 6.340	123 69	66 323	
88 83	2004 2002	K+S AG	14, 24	701 603*	2.220 2.259 ^w	10.069 9.722	621 599 ^w	286	
89 –	2004 2002	Procter & Gamble- Gruppe Deutschland	15, 21, 24	693 480*	1.550 760	11.816 6.900	28.886 ^w 545	95 192	S, 30.6.2004
90 –	2004 2002	Arcelor-Gruppe Deutschland	27.10, 28.11	672	2.842	7.431	1.073	382	S
91 –	2004 2002	Rhön-Klinikum AG	85, 11	671	1.045	14.977	844	139	IFRS
92 78	2004 2002	Berliner Verkehrs- betriebe Anstalt des öffentlichen Rechts	60.21	668 666	638 593	13.647 14.299	4.513 4.588	117 115	
93 88	2004 2002	EDEKA Minden- Hannover eG	52	658 588	4.731 3.824	26.344 22.963	505 576	124 122	
94 –	2004 2002	Gerling-Konzern Ver- sicherungs- Beteiligungs-AG	66	648 160	4.069 6.881	7.418 9.093	21.737 24.613		IFRS

noch Tabelle III.1

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirt- schafts- zweig ¹	Wert- schöp- fung ²	Ge- schäfts- volu- men ³	Beschäf- tigte	Sach- anlagen ⁴	Cashflow	Erläute- rungen ⁵
				(Mio. €)			(Mio. €)		
95 –	2004 2002	DFS Deutsche Flug- sicherung GmbH	63.23.3	639	923	5.393	744	170	30.6.2004
96 –	2004 2002	Hennes & Mauritz- Gruppe Deutschland	52.42	634	2.086	7.936	61	265	
97 76	2004 2002	Miele & Cie. KG ¹²	29.56, 29.7, 36.13	633 681	1.532 1.652	11.124 11.676	385 369		
98 –	2004 2002	HUK COBURG	65.12.9, 66	628 445	4.133 3.707	7.871 7.113	17.613 12.908		
99 –	2004 2002	Norddeutsche Lan- desbank Girozentrale	65.12.9, 65.12.1	628 362	184.207 174.967	7.495 7.618	1.266 1.191		
100 95	2004 2002	Signal-Iduna-Gruppe	66	618 533	4.460 4.121	12.205 12.174	28.633 26.380		
– 49	2004 2002	ING BHF Bank AG	65.12.1	1.888	53.672	2.683	325		28.2.2005
– 51	2004 2002	Rheinmetall AG	29, 33.2, 34.3	558* 1.162*	1.229 3.314	10.611 25.949 ^w	1.433 ^w 1.677 ^w	106*	
– 52	2004 2002	Ruhrgas AG	11, 40.2, 29	1.159	11.337	5.523	1.282	850	
– 71	2004 2002	ALSTOM-Gruppe Deutschland	40, 29, 35.20.6	768*	2.166	8.808	7.939 ^w		
– 73	2004 2002	Südzucker AG ¹³	15	337 717	1.374 2.786	3.880 11.872	901 1.028	193 495	
– 75	2004 2002	Walter Bau AG	45	689	2.488	8.900	209	33	
– 82	2004 2002	AXA-Gruppe Deutschland	65.12.9, 66, 65.12.1	356 613	6.019 5.943	8.114 9.679	34.067 33.956		
– 84	2004 2002	Franz Haniel & Cie. GmbH	51, 52, 45, 37, 71.40.1	567* 602*	5.291 4.751	12.336 13.498	5.076 ^w 4.917 ^w	208*	
– 86	2004 2002	HOCHTIEF AG	45, 70	562 597	2.287 1.966	10.008 8.129	475 441	– 228 104	

noch Tabelle III.1

Rang	Jahr	Unternehmen	Wirt- schafts- zweig ¹	Wert- schöp- fung ²	Ge- schäfts- volu- men ³	Beschäf- tigte	Sach- anlagen ⁴	Cashflow	Erläute- rungen ⁵
				(Mio. €)			(Mio. €)		
– 87	2004 2002	Beiersdorf AG	24.5, 24.62	593	1.720	6.708	504	253	IFRS US-GAAP
– 89	2004 2002	Spar Handels-AG	51, 52	498 576	5.716 6.509	17.161 35.535	94 385	460 – 303	
– 90	2004 2002	STRABAG AG ¹⁴	45	390 564	1.537 1.530	9.738 10.365	180 191	50 33	
– 93	2004 2002	Diehl Stiftung & Co.	27, 28, 29, 33	491* 549*	1.340 1.433 ^w	8.405 9.827 ^w	341 ^w 323 ^w	73*	
– 94	2004 2002	Hamburger Sparkasse	65.12.3, 65.12.9	551 535	31.270 37.601	9.323 5.894	74 419		
– 96	2004 2002	Benteler AG	27, 28, 29, 51	589* 527*	2.785 1.410	9.323 9.629	267 213	114*	
– 97	2004 2002	BayWa AG	24, 51, 52, 40	589 523	6.109 5.349	15.764 15.712	871 827	111 178	
– 98	2004 2002	Fresenius AG	24, 33.1, 51.46	505* 514*	1.009 955	12.349 12.786	5.081 ^w 5.783 ^w	113*	
– 100	2004 2002	Kreditanstalt für Wie- deraufbau	65.12.7	582 506	328.596 260.934	3.370 2.756	644 461		

¹ Statistisches Bundesamt, Klassifikation der Wirtschaftszweige, Ausgabe 2003 (WZ 2003). Es werden jeweils nur die Wirtschaftszweige angeführt, die einen erheblichen Anteil an den Unternehmensumsätzen haben.

² Wenn nicht anders vermerkt, Wertschöpfung der konsolidierten Konzerngesellschaften. Sofern eine Zahlenangabe mit einem * versehen ist, bedeutet dies, dass die Wertschöpfung des Unternehmens in dem betreffenden Jahr geschätzt werden musste. (Zu den einzelnen Schätzmethoden vgl. Tz. 283 ff.).

³ Bei Kreditinstituten wird die Bilanzsumme, bei Versicherungsunternehmen werden die Beitragseinnahmen und bei Nichtfinanzinstituten die Umsatzerlöse angegeben. Ist eine Angabe mit einem * versehen, so handelt es sich um einen Schätzwert.

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

⁵ Falls das Geschäftsjahr nicht mit dem Kalenderjahr übereinstimmt, wird der Bilanzierungsmonat durch eine entsprechende Zahl angezeigt. Es werden die Daten des den 30. Juni 2004 einschließenden Geschäftsjahres zugrunde gelegt.

E = Einzelabschluss,

S = Summenabschluss.

⁶ 2002: REWE Deutscher Supermarkt KGaA.

⁷ 2002: Aventis-Gruppe Deutschland.

⁸ 2002: Otto GmbH & Co. KG.

⁹ 2002: Axel Springer Verlag AG.

¹⁰ 2002: Carl-Zeiss-Stiftung.

¹¹ 2002: Aktualisierter Wert. Da es sich um geringfügige Änderungen handelt, wurden keine weitere Korrekturen vorgenommen.

¹² 2002: Miele & Cie. GmbH & Co.

¹³ 2002: Die Angaben beziehen sich auf das Geschäftsjahr 1. März 2001 bis 28. Februar 2002.

¹⁴ 2002: STRABAG Beteiligungs AG.

Quelle: Eigene Erhebungen

293. In den Kreis der „100 Größten“ sind folgende Unternehmen neu eingetreten (Rang in Klammern):

- (30) DZ Bank AG,
- (31) Aldi-Gruppe,
- (34) Schwarz-Gruppe,
- (37) Bayerische Landesbank,
- (40) TOTAL-Gruppe Deutschland,
- (53) Bilfinger Berger AG,
- (59) Tchibo Holding AG,
- (69) EUROHYPO AG,
- (78) Zürich Financial Services-Gruppe Deutschland,
- (85) Infineon Technologies AG,
- (89) Procter & Gamble-Gruppe Deutschland,
- (90) Arcelor-Gruppe Deutschland,
- (91) Rhön-Klinikum AG,
- (94) Gerling-Konzern Versicherungs-Beteiligungs-AG,
- (95) DFS Deutsche Flugsicherung GmbH,
- (96) Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland,
- (98) HUK-COBURG,
- (99) Norddeutsche Landesbank Girozentrale.

Die DZ Bank AG gehört nach dem Austritt aus dem Kreis der „100 Größten“ im Jahr 2002 wieder zu den deutschen Großunternehmen. Das Unternehmen verzeichnete 2003 und 2004 insbesondere durch einen erfolgreichen Verlauf bei den Kredit- und Geldmarktgeschäften ein kontinuierliches Wachstum des Zinsüberschusses. Auch der Provisionsüberschuss konnte unter anderem durch einen positiven Ergebnisbeitrag des Wertpapiergeschäfts im Jahr 2004 gesteigert werden. Die DZ Bank AG wuchs auch extern durch die Übernahme der norisbank AG zum 1. Oktober 2003, die auf Konsumentenkredite spezialisiert ist.

Der Eintritt der Aldi- sowie der Schwarz-Gruppe sind allein erhebungstechnisch bedingt. Ihre mutmaßliche Größe hat die Monopolkommission angesichts der geringen Offenlegung veranlasst, die Wertschöpfung dieser Unternehmen im Sechzehnten Gutachten zu schätzen. Diese Schätzung wurde anhand der von TradeDimensions ermittelten Inlands-Umsatzerlöse vorgenommen. Somit räumt die Monopolkommission, wie bereits in den vorherigen Gutachten, der korrekten Abgrenzung des Kreises der „100 Größten“ gegenüber einer exakten Wertschöpfungsermittlung Priorität ein.²⁰

Der Eintritt der TOTAL-Gruppe Deutschland ist auf internes sowie externes Wachstum zurückzuführen. Im Rahmen einer Kartellamtsauflage für den Erwerb der DEA-Tankstellen durch Shell übernimmt die TOTAL Deutschland GmbH 133 Tankstellen und stärkt somit weiter ihre Position auf dem deutschen Markt.

Die Tchibo Holding AG gehört durch die Übernahme und die erstmalige Konsolidierung der Beiersdorf AG wieder zu dem Kreis der „100 Größten“.

Die EUROHYPO AG entstand 2002 aus der Verschmelzung der drei Hypothekenbankentöchter der Geschäftsbanken Deutsche Bank AG, Dresdner Bank AG und Commerzbank AG (alle Frankfurt). Die hohe Wertschöpfung der EUROHYPO AG im Geschäftsjahr 2004 lässt sich hauptsächlich durch internes Wachstum begründen. Das Ergebnis vor Steuern konnte im Jahr 2004 durch die Verbesserung des Provisionsüberschusses sowie durch die Rückführung der Restrukturierungsaufwendungen gesteigert werden.

Der Eintritt der Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland ist auf die Erweiterung des Filialnetzes in Deutschland und des damit verbundenen Umsatzwachstums zurückzuführen. Die Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland unterhielt 2004 in Deutschland ein Netz aus 269 Filialen, wovon 24 im Jahr 2004 neu eröffnet und weitere zehn von der GAP Deutschland GmbH übernommen wurden. Ein Drittel des gesamten Umsatzes der Hennes & Mauritz AB wird durch die Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland erlöst, was den deutschen Markt als wichtigen Markt des schwedischen Konzerns darstellen lässt.

In erster Linie profitierte die Infineon Technologies AG von einer Erholung auf dem Halbleitermarkt. Das Ergebnis vor Zinsen und Steuern des gesamten Konzerns konnte von – 1 135 Mio. Euro im Jahr 2002 auf 256 Mio. Euro im Jahr 2004 gesteigert werden. Ferner ist der Anstieg der Mitarbeiterzahl in Deutschland von 15 716 im Jahr 2002 auf 16 387 Mitarbeiter im Jahr 2004 auf eine Erweiterung von Fertigungskapazitäten zurückzuführen.

Eine wesentliche Veränderung des Konsolidierungskreises vollzog in 2003 die Procter & Gamble-Gruppe Deutschland. Im September 2003 schloß das Unternehmen die Übernahme der Wella AG ab und konsolidierte somit erstmalig ein Unternehmen mit einem Inlandsumsatz im Jahr 2004 von 418 Mio. Euro sowie mit einer Beschäftigtenzahl von 5 680 in Deutschland.

Arcelor S. A. entstand im Februar 2002 durch die Fusion dreier Stahlunternehmen – Aceralia, Arbed und Usinor. Somit wurden drei in Deutschland ansässige Stahlbetriebe – die Stahlwerke Bremen GmbH (früher zu Arbed gehörend), die Stahlwerke Thüringen GmbH (früher zu Arbed gehörend) und die EKO Stahl GmbH (früher zu Usinor gehörend) – unter einem Dach vereint. Durch die positive Entwicklung auf den Stahlmärkten erreichten die drei deutschen Tochtergesellschaften der Arcelor-Gruppe zusammen eine Wertschöpfung in Höhe von 672 Mio. Euro und gehörten somit im Jahr 2004 zu den „100 Größten“.

Die Steigerung der Wertschöpfung der Rhön-Klinikum AG ist auf eine stetig verfolgte Expansionspolitik durch Übernahmen zurückzuführen. Allein im Jahr 2004 übernahm die Rhön-Klinikum AG drei Kliniken und erhöhte somit die Anzahl der konsolidierten Kliniken auf 30. Dies verhalf dem Unternehmen zu einem Umsatzwachstum von 9,3 Prozent im Jahr 2004 (2003: 8,7 Prozent).

²⁰ Vergleiche Monopolkommission, Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2003, Tz. 270.

294. Aufgrund einer Verringerung der Wertschöpfung sind folgende Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ ausgeschieden (Rang 2002 in Klammern):

- (49) ING BHF Bank AG,
- (51) Rheinmetall AG,
- (71) ALSTOM-Gruppe Deutschland,
- (73) Südzucker AG,
- (75) Walter Bau AG,
- (82) AXA-Gruppe Deutschland,
- (84) Franz Haniel & Cie. GmbH,
- (86) HOCHTIEF AG,
- (89) Spar Handels-AG,
- (90) STRABAG AG (2002: STRABAG Beteiligungs AG),
- (93) Diehl Stiftung & Co.,
- (94) Hamburger Sparkasse,
- (96) Benteler AG,
- (97) BayWa AG,
- (98) Fresenius AG,
- (100) Kreditanstalt für Wiederaufbau.

Ende 2004 übernahm das Bankhaus Sal. Oppenheim jr. & Cie. die BHF-Bank von der ING-Gruppe. Im Jahr 2004 zählten weder das Bankhaus Sal. Oppenheim jr. & Cie. noch die ING-Gruppe Deutschland nach ihrer inländischen Wertschöpfung zu den „100 Größten“.

Die Wertschöpfungsreduktion der Rheinmetall AG wurde veranlasst durch die Fokussierung des Konzerns auf die Kernbereiche „Automotive“ und „Defense“ und die damit verbundene Reduzierung des Konsolidierungskreises. Die Anzahl der vollkonsolidierten inländischen Unternehmen schrumpfte zuerst im Jahr 2003 von 87 auf 74, um anschließend im Jahr 2004 weiter auf 53 Unternehmen zu fallen.

Die gegenüber 2002 erheblich verminderte Wertschöpfung der Südzucker AG resultierte aus einem Rückgang der Konzernbelegschaft durch Unternehmensverkäufe. Seit der letzten Berichterstattung ist die Anzahl der Mitarbeiter von 11 872 auf 3 880 gesunken.

Die allgemein schwierige Geschäftslage des Bausektors in Deutschland hat zu einer wesentlichen Wertschöpfungsminderung der Walter Bau AG geführt. Im Weiteren hat die Walter Bau AG am 1. Februar 2005 beim Amtsgericht Augsburg Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt. Die Wertschöpfung der zwei anderen Bauunternehmen, der HOCHTIEF AG und der STRABAG AG, hat sich gegenüber 2002 nicht erheblich verändert. Aufgrund des allgemein gestiegenen Wertschöpfungsniveaus sind diese Aktiengesellschaften jedoch nicht mehr unter den kleineren Unternehmen der „100 Größten“ im Jahr 2004 vertreten. Aus demselben Grund nicht in den Untersuchungskreis eingetreten sind die Franz Haniel & Cie. GmbH, die Hamburger Sparkasse, die Benteler AG, die BayWa AG, die Fresenius AG sowie die Kreditanstalt für Wiederaufbau.

295. Wesentliche Wertschöpfungsminderungen, die nicht zu einem Austritt des betroffenen Unternehmens aus dem Untersuchungskreis führten, hatten die folgenden Unternehmen zu verzeichnen (Rang 2004 in Klammern, Veränderung der Wertschöpfung in Prozent):

- (16) E.ON AG – 50 Prozent,
- (46) Tengelmann Warenhandels-gesellschaft – 45 Prozent,
- (56) Ford-Gruppe Deutschland – 53 Prozent,
- (64) Unilever-Gruppe Deutschland – 59 Prozent,
- (70) KarstadtQuelle AG – 72 Prozent.

Die Verringerung der Wertschöpfung der E.ON AG ist auf die Verkleinerung des inländischen Konsolidierungskreises, im Wesentlichen bedingt durch die Entkonsolidierung der Degussa AG zum 1. Februar 2003, zurückzuführen. Dadurch reduzierte sich unter anderem die Anzahl der Beschäftigten der E.ON AG um 45 467, was zu einer Verringerung des Personalaufwandes führte.

Das Geschäftsjahr 2004 der KarstadtQuelle AG war durch ein schwieriges Umfeld im deutschen Einzelhandel und Versand geprägt, wodurch sich die Wertschöpfung des Konzerns um 72 Prozent reduzierte. Die Verringerung der Wertschöpfung geht mit einer Verkleinerung des inländischen Konsolidierungskreises von 402 Unternehmen im Jahr 2002 auf 346 Unternehmen im Jahr 2004 sowie mit der Verschlechterung der Ertragslage und dem Personalabbau einher. Das Ergebnis im Jahr 2004 wurde durch Sondereffekte, wie die Erhöhung der Rückstellungen für Abfindungen im Rahmen der Personalmaßnahmen, stark belastet. Der Personalaufwand, der einen wesentlichen Teil der Wertschöpfung der KarstadtQuelle AG ausmacht, ist auch stark zurückgegangen, was durch eine Reduzierung des Personals in Deutschland von 96 092 Mitarbeiter im Jahr 2002 auf 66 393 Mitarbeiter im Jahr 2004 erklärt werden kann.

Die Wertschöpfung der Ford-Gruppe Deutschland wurde anhand der Wertschöpfung/Umsatz-Relation der Ford-Werke AG im Jahr 2003 geschätzt. Bereits im Jahr 2003 verzeichnete die Ford-Werke AG einen Umsatzrückgang wegen schwacher Nachfrage, der zu einem Fehlbetrag in Höhe von 1 069 Mio. Euro führte. Einen negativen Einfluss auf die Wertschöpfung hatte auch die Reduzierung der Belegschaft.

Die folgenden, bereits 2002 zu den „100 Größten“ zählenden Unternehmen erzielten eine erhebliche Steigerung ihrer Wertschöpfung:

- (10) Allianz AG 79 Prozent,
- (18) Vodafone-Gruppe Deutschland 98 Prozent,
- (29) Landesbank Baden-Württemberg 77 Prozent,
- (38) Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG 92 Prozent,
- (39) Shell-Gruppe Deutschland 69 Prozent.

Besonders stark profitierte die Allianz AG im Jahr 2004 von der Verbesserung des versicherungstechnischen Resultats in der Schadens- und Unfallversicherungssparte sowie von der Stabilisierung der Ertragslage im Bankge-

schäft. Die Banktochter der Allianz AG, die Dresdner Bank AG, war mit einer Inlandsbilanzsumme von 404 Mrd. Euro auf Platz zwei der deutschen Kreditinstitute.

Die Steigerung der Wertschöpfung der Vodafone-Gruppe Deutschland ist auf den erfolgreichen Geschäftsverlauf der zur Vodafone-Gruppe Deutschland gehörenden Unternehmen (die Vodafone D2 GmbH, Düsseldorf, die Vodafone Information Systems GmbH, Ratingen, sowie die Arcor AG & C. KG, Eschborn) im Jahr 2004 zurückzuführen.

Die Erhöhung der Wertschöpfung der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG ist im Wesentlichen erhebungstechnisch bedingt, da sich der Konzern mit einem weltweiten Jahresüberschuss von – 1 992 Mio. Euro weiterhin in einer schwierigen Lage befindet. Um die vergleichbaren Zahlen für die Wertschöpfung der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG im Jahr 2004 zu ermitteln, hat die Monopolkommission das Ergebnis vom Jahr 2004 um Sondereffekte aus dem deutschen Immobilienfinanzierungsgeschäft bereinigt, die aus der Änderung der Bewertungsmethode der Immobiliensicherheiten resultieren.

296. In 31 Fällen ging die Verringerung der Wertschöpfung eines der hundert größten Unternehmen mit einem Beschäftigungsabbau einher. 29 der Unternehmen unter den „100 Größten“ erhöhten die Anzahl der Beschäftigten.

2.3 Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der „100 Größten“

2.3.1 Wertschöpfung

297. Die jeweils hundert größten Unternehmen erreichten in den einzelnen Berichtsjahren zusammen eine Wertschöpfung in Höhe von:

1978	87 387 Mio. Euro,
1980	100 493 Mio. Euro,
1982	106 659 Mio. Euro,
1984	115 572 Mio. Euro,
1986	129 682 Mio. Euro,
1988	139 330 Mio. Euro,
1990	156 693 Mio. Euro,
1992	171 929 Mio. Euro,
1994	208 512 Mio. Euro,
1996	216 551 Mio. Euro,
1998	245 392 Mio. Euro,
2000	273 817 Mio. Euro,
2002	240 390 Mio. Euro,
2004	248 100 Mio. Euro.

Die Nettowertschöpfung aller Unternehmen in der Bundesrepublik betrug jeweils:

1978	451 103 Mio. Euro,
1980	509 753 Mio. Euro,
1982	549 480 Mio. Euro,
1984	611 060 Mio. Euro,

1986	677 083 Mio. Euro,
1988	738 259 Mio. Euro,
1990	856 813 Mio. Euro,
1992	976 619 Mio. Euro,
1994	1 063 017 Mio. Euro,
1996	1 249 838 Mio. Euro,
1998	1 313 220 Mio. Euro,
2000	1 364 440 Mio. Euro,
2002	1 433 700 Mio. Euro, ²¹
2004	1 493 920 Mio. Euro.

298. Die Wachstumsrate der Wertschöpfungssumme der hundert größten Unternehmen bzw. aller Unternehmen (in Klammern) lag danach bei:

1978/80	15,0 Prozent	(13,0 Prozent),
1980/82	6,1 Prozent	(7,8 Prozent),
1982/84	8,4 Prozent	(11,2 Prozent),
1984/86	12,2 Prozent	(10,8 Prozent),
1986/88	7,4 Prozent	(9,0 Prozent),
1988/90	12,5 Prozent	(16,1 Prozent),
1990/92	9,7 Prozent	(14,0 Prozent),
1992/94	21,3 Prozent	(8,8 Prozent),
1994/96	3,9 Prozent	(17,6 Prozent),
1996/98	13,4 Prozent	(5,1 Prozent),
1998/2000	11,6 Prozent	(3,9 Prozent),
2000/2002	– 12,2 Prozent	(3,8 Prozent),
2002/2004	3,2 Prozent	(4,2 Prozent).

Die hundert größten Unternehmen erzielten an der Wertschöpfung aller Unternehmen in der Bundesrepublik jeweils Anteile in Höhe von:

1978	19,4 Prozent,
1980	19,7 Prozent,
1982	19,4 Prozent,
1984	18,9 Prozent,
1986	19,2 Prozent,
1988	18,9 Prozent,
1990	18,3 Prozent,
1992	17,6 Prozent,
1994	19,6 Prozent,
1996	17,8 Prozent,
1998	18,6 Prozent,
2000	20,0 Prozent,
2002	17,0 Prozent,
2004	16,6 Prozent.

²¹ Aktualisierter Wert.

Der Beitrag der Großunternehmen zu der Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen sank somit wieder und wies den niedrigsten Stand seit der erstmaligen Erstellung dieser Statistik auf. Unterstellt man, dass der sehr hohe Wert im Jahr 2000 mit der Fusionswelle an der Spitze des Börsenbooms zu tun hatte, so stellt sich die Frage, ob das anschließende Absinken auf die Anwendung von Strategien zur Konzentration auf das Kerngeschäft, auf interne Restrukturierung oder auf die Ausgliederung bestimmter Teile der Wertschöpfungskette ins Ausland zurückzuführen ist.

299. Die These, dass das Absinken der inländischen Wertschöpfung mindestens zum Teil durch die Ausgliederung des Geschäftes ins Ausland verursacht worden ist, lässt sich anhand der Gegenüberstellung der inländischen und der weltweiten Wertschöpfung in den Jahren 2002 und 2004 überprüfen. Eine derartige Analyse ermöglicht auch einen Einblick in die „wahre“ Größe der untersuchten Unternehmen.

300. In Tabelle III.2 sind die nach inländischer Wertschöpfung zehn Größten deutschen Unternehmen des Jahres 2002 dargestellt, die mit Ausnahme der E.ON AG auch unter den zehn Größten im Jahr 2004 vertreten sind. Die inländische Wertschöpfung im Jahr 2004 betrug 58,9 Prozent (2002: 69,8 Prozent) der weltweiten Wertschöpfung der zehn Größten, was darauf hindeutet, dass die Unternehmen einen immer geringeren Teil ihrer Wertschöpfung im Inland erwirtschaften. Die inländische Wertschöpfung der zehn Größten reduzierte sich um 1,1 Prozent, während die weltweite Wertschöpfung um 17,3 Prozent stieg. Besonders hervorzuheben bleibt die Deutsche Telekom AG. Sie wies im Jahr 2002 eine negative weltweite Wertschöpfung auf, die auf die hohen außerplanmäßigen Abschreibungen von 22.299 Mio. Euro zurückzuführen ist. Vernachlässigt man die Daten der Deutschen Telekom AG in der Untersuchung, weist die weltweite Wertschöpfung dennoch eine höhere Steigerungsrate auf als die inländische Wertschöpfung.

Tabelle III.2

Die inländische und die weltweite Wertschöpfung der zehn größten Unternehmen 2002 und 2004¹

Rang nach Wertschöpfung	Jahr	Unternehmen	Inländische Wertschöpfung (Mio. €)	Weltweite Wertschöpfung (Mio. €)
1	2002	DaimlerChrysler AG	15.664	30.386
3	2004		12.674	31.565
2	2002	Deutsche Telekom AG	14.566	– 2.317
1	2004		17.429	23.404
3	2002	Siemens AG	13.660*	30.449
2	2004		15.340*	28.301
4	2002	Volkswagen AG	12.360	18.076
4	2004		10.157	15.682
5	2002	Deutsche Post AG	10.354*	17.597
5	2004		9.568*	18.289
6	2002	E.ON AG	9.556	11.814
16	2004		4.766	11.938
7	2002	Deutsche Bahn AG	8.416	8.393
6	2004		9.204	10.752
8	2002	RWE AG	6.905	12.328
9	2004		7.787	11.698
9	2002	Robert Bosch GmbH	6.824	12.380
7	2004		8.529	13.952
10	2002	Bayerische Motoren Werke AG	6.728	11.383
8	2004		8.466	10.901
Summe	2002		105.033	150.488
	2004		103.919	176.484

¹ Die inländische Wertschöpfung kann in einigen Fällen größer als die weltweite Wertschöpfung sein. Dies lässt sich auf die Konsolidierung der Verluste von ausländischen Tochterunternehmen sowie auf die Anwendung unterschiedlicher Rechnungslegungsstandards zurückführen. Sofern eine Zahlenangabe mit einem * versehen ist, bedeutet dies, dass die Wertschöpfung des Unternehmens in dem betreffenden Jahr geschätzt werden musste. (Zu den einzelnen Schätzmethoden vgl. Tz. 283 ff.)

Quelle: Eigene Erhebungen

301. Teilt man die Wertschöpfungsgrößen in Zehner-Ranggruppen (Unternehmen auf den Rängen 1 bis 10, 11 bis 20, 21 bis 30 usw.) ein, so lässt sich eine weiterführende, auf die Unternehmensgröße bezogene Untersuchung durchführen. Für alle Berichtsjahre seit 1978 sind die Anteile aller Zehner-Ranggruppen an der Wertschöpfung aller Unternehmen in Tabelle III.3 dargestellt.

Tabelle III.3 ist zu entnehmen, dass die Unternehmen auf den ersten 20 Rängen einen Anteil von mehr als 10 Prozent an der Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen haben. Während die Verminderung der Nettowertschöpfung der Großunternehmen auf den Rängen 1 bis 10 besonders stark ausfiel, wuchs die Wertschöpfung der Unternehmen in den unteren Ranggruppen moderat.

2.3.2 Beschäftigte

302. Von allen hundert größten Unternehmen war 2004 die Anzahl der Beschäftigten der inländischen Konzernbereiche (2002: 98) bekannt. Insgesamt beschäftigten die „100 Größten“ im Jahr 2004 3 476 305 Mitarbeiter (2002:

3 596 683). Die Zahl der Beschäftigten der Großunternehmen sank somit erneut.

303. Würde man die hundert größten Unternehmen statt nach der Wertschöpfung nach der Anzahl der Beschäftigten ordnen, so ergäbe sich eine relativ hohe Übereinstimmung. Im Jahr 2004 betrug der Korrelationskoeffizient zwischen der Wertschöpfung und der Anzahl der Beschäftigten 0,87. Dies ist darauf zurückzuführen, dass bei nominalgüterwirtschaftlicher Betrachtung ein wesentlicher Teil der Wertschöpfung auf den Personalaufwand entfällt, welcher wiederum in hohem Maße von der Zahl der Beschäftigten abhängt. In Tabelle III.4 sind die nach der Anzahl der Beschäftigten zehn größten Unternehmen des Jahres 2004 dargestellt. 2004 betrug ihr Anteil an der Gesamtzahl der Beschäftigten der „100 Größten“ 44 Prozent (2002: 44,27 Prozent). Gegenüber 2002 gehören die KarstadtQuelle AG und die ThyssenKrupp AG nicht mehr zum Kreis der zehn Unternehmen mit den meisten Beschäftigten. An ihre Stelle traten die REWE-Gruppe und die Schwarz-Gruppe.

Tabelle III.3

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

Rang	Anteil (%)													
	1978	1980	1982	1984	1986	1988	1990	1992	1994	1996	1998	2000	2002	2004
1 bis 10	7,07	7,54	7,41	7,36	7,85	7,83	7,49	7,07	8,51	7,55	7,77	8,99	7,41	7,05
11 bis 20	3,84	3,50	3,61	3,31	3,54	3,42	3,37	3,20	3,43	3,35	3,46	3,75	3,10	3,21
21 bis 30	2,07	2,03	2,13	2,03	1,95	1,90	1,91	1,88	2,09	2,02	2,10	2,03	1,67	1,57
31 bis 40	1,48	1,58	1,53	1,41	1,32	1,30	1,26	1,29	1,42	1,20	1,30	1,35	1,23	1,15
41 bis 50	1,13	1,12	1,11	1,12	1,09	1,08	1,07	1,00	1,04	0,89	0,94	0,94	0,89	0,83
51 bis 60	0,96	1,07	0,97	1,00	0,97	0,91	0,94	0,82	0,86	0,73	0,81	0,8	0,77	0,71
61 bis 70	0,89	0,85	0,79	0,85	0,78	0,78	0,74	0,72	0,72	0,64	0,71	0,71	0,61	0,63
71 bis 80	0,76	0,75	0,69	0,72	0,64	0,65	0,57	0,60	0,57	0,53	0,57	0,58	0,49	0,53
81 bis 90	0,65	0,67	0,62	0,58	0,54	0,53	0,50	0,53	0,51	0,47	0,50	0,49	0,42	0,48
91 bis 100	0,53	0,59	0,55	0,53	0,49	0,48	0,45	0,48	0,46	0,42	0,43	0,44	0,38	0,43
1 bis 100¹	19,4	19,7	19,4	18,9	19,2	18,9	18,3	17,6	19,6	17,8	18,59	20,07	16,97	16,61

¹ Rundungsfehler sind möglich.

Quelle: Eigene Erhebungen

Tabelle III.4

Die nach Beschäftigten zehn größten Unternehmen 2004

Rang nach Beschäftigten	Rang nach Wertschöpfung	Unternehmen	Beschäftigte
1	8	Deutsche Bahn AG	205.771
2	3	DaimlerChrysler AG	185.154
3	4	Volkswagen AG	177.350
4	1	Deutsche Telekom AG	170.837
5	2	Siemens AG	164.000
6	5	Deutsche Post AG	163.621
7	32	REWE-Gruppe	120.000*
8	34	Schwarz-Gruppe	120.000*
9	15	Metro AG	112.194
10	6	Robert Bosch GmbH	110.569

* Näherungswerte.

Quelle: Eigene Erhebungen

304. Für einen Vergleich mit den Beschäftigtenzahlen 2002 werden nur diejenigen Unternehmen in die Betrachtung einbezogen, die in beiden Jahren zu den „100 Größten“ zählten und von denen für 2002 und 2004 die Zahl der Beschäftigten inländischer Konzerngesellschaften ermittelbar war.²² Dieser Kreis umfasste für die Periode 2002/2004 81 Unternehmen.

Die in den gesamtwirtschaftlichen Vergleich einbezogenen Unternehmen wiesen folgende Beschäftigtenzahlen²³ auf:

2002 3 317 139,²⁴

2004 3 042 430.

Das entspricht einem Anteil an den „100 Größten“ von 95,07 Prozent 2004 bzw. 92,33 Prozent 2002.

305. Die Anzahl der Beschäftigten aller Unternehmen betrug:²⁵

2002 24 961 777,²⁶

2004 23 920 603.

²² Die REWE-Gruppe wurde nicht in die Betrachtung einbezogen, weil sich die Beschäftigtenzahl im 2002 nur auf die inländischen Beschäftigten der REWE Deutscher Supermarkt KGaA bezieht.

²³ Grundsätzlich werden die Beschäftigten am Bilanzstichtag erfasst, wobei die Bilanzstichtage der einzelnen Unternehmen nicht in jedem Fall übereinstimmen. Bei einigen Unternehmen wurde auf die Jahresdurchschnitte zurückgegriffen.

²⁴ Aktualisierter Wert.

²⁵ Sozialversicherungspflichtig beschäftigte Arbeitnehmer aller Wirtschaftszweige, außer Organisationen ohne Erwerbszweck, private Haushalte und Gebietskörperschaften sowie Sozialversicherungen. Hinzugeaddiert wurden die beamteten Arbeitnehmer der Deutschen Bahn AG, der Deutschen Telekom AG sowie der Deutschen Post AG und ihrer Konzerngesellschaften.

²⁶ Aktualisierter Wert.

Die 81 Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ hatten daran einen Anteil von:

2002 13,29 Prozent,

2004 12,72 Prozent.

Somit verringerte sich sowohl die Anzahl der Beschäftigten aller Unternehmen als auch die Zahl der Mitarbeiter der Großunternehmen. Die Gesamtanzahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten sank um 4,17 Prozent (2000/2002: 1,60 Prozent), während die Großunternehmen 8,28 Prozent (2000/2002: 3,33 Prozent) ihres Personalbestandes abbauten. Diese drastische Absenkung der Beschäftigtenzahl ist auf die interne Restrukturierung der Unternehmen sowie auf die Ausgliederung zahlreicher Betriebsstätten ins Ausland zurückzuführen.²⁷

Die Wertschöpfung pro Arbeitnehmer betrug in den 81 untersuchten Unternehmen 2004 durchschnittlich 95,81 Tsd. Euro (2002: 84,98 Tsd. Euro).

2.3.3 Sachanlagen

306. Tabelle III.5 umfasst für das Jahr 2004 die nach Sachanlagevermögen einschließlich immaterieller Vermögensgegenstände zehn größten Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, welche nicht dem Kredit- oder Versicherungsgewerbe angehören.

Maßgeblich für die Höhe der Sachanlagen ist der Wirtschaftszweig, in dem ein Unternehmen tätig ist. Grundsätzlich gilt, dass die Branchen, die für die Produktion oder Verteilung ihrer Leistungen eine eigene Infrastruktur benötigen, außergewöhnlich hohe Sachanlagevermögen

²⁷ Vergleiche Tz. 298.

Tabelle III.5

**Die nach Sachanlagen zehn größten Unternehmen 2004
(ohne Kreditinstitute und Versicherungen)**

Rang nach Sachanlagen	Rang nach Wertschöpfung	Unternehmen	Sachanlagen ¹ (Mio. €)
1	1	Deutsche Telekom AG	45.402
2	6	Deutsche Bahn AG	37.296
3	16	E.ON AG	30.943
4	4	Volkswagen AG	19.533
5	9	RWE AG	16.905
6	12	BASF AG	15.782
7	26	Energie Baden-Württemberg AG	12.011
8	8	Bayerische Motoren Werke AG	11.519
9	18	Vodafone-Gruppe Deutschland	10.979
10	36	Vattenfall-Gruppe Deutschland	10.818

¹ Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche.

Quelle: Eigene Erhebungen

aufweisen. Unter den „100 Größten“ betrifft dies vor allem die Energieversorgungsunternehmen sowie die Deutsche Telekom AG und die Deutsche Bahn AG. Sachanlagenintensive Branchen sind außerdem der Kraftfahrzeugbau, die Elektrotechnik, der Maschinenbau und die Chemische Industrie. Darüber hinaus existiert ein Zusammenhang zwischen der Unternehmensgröße – gemessen anhand der Wertschöpfung – und der Höhe der Sachanlagen. Im Jahr 2004 betrug der Korrelationskoeffizient zwischen der Wertschöpfung und der Anzahl der Beschäftigten 0,85.

In die Untersuchung der Entwicklung des Sachanlagevermögens wurden die Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ einbezogen, die dem Produzierenden Gewerbe, dem Handel oder dem Dienstleistungs- und Verkehrsgewerbe zuzurechnen sind. Unberücksichtigt blieben die Großunternehmen, die in einem der Jahre 2002 und 2004 nicht unter den „100 Größten“ waren. Einbezogen wurden damit 69 (2000/2002: 56) Unternehmen, die an den Bilanzstichtagen jeweils über folgende Sachanlagevermögen verfügten:

2002	811 522 Mio. Euro,
2004	813 996 Mio. Euro.

Das Sachanlagevermögen der betrachteten Großunternehmen blieb bei einer Steigerungsrate von 0,30 Prozent im Zeitraum 2002/2004 (2000/2002: 4,24 Prozent) fast unverändert.

2.3.4 Cashflow

307. Der Cashflow eines Unternehmens gilt als Indikator für seine Finanzkraft. Zu seiner Bestimmung werden Angaben aus der Gewinn- und Verlustrechnung eines einzelnen Jahresabschlusses verwendet, zur Darstellung langfristiger Innenfinanzierungsmöglichkeiten eines Unternehmens stellt er also kein geeignetes Maß dar. Ausgehend vom Jahresüberschuss oder -fehlbetrag werden in der Regel alle Aufwendungen und Erträge, die in der betrachteten Periode nicht zahlungswirksam geworden sind, wieder hinzugerechnet bzw. abgezogen. Die Ermittlung des Cashflow anhand der Angaben der Gewinn- und Verlustrechnung lässt somit zahlungswirksame Vorgänge, welche nicht erfolgswirksam sind, z. B. die Aufnahme von Kapital oder den Erwerb von Vermögensgegenständen, welche nicht sofort abgeschrieben werden, unberücksichtigt.

Als Vorteil der Kennzahl Cashflow wird angeführt, dass sie Änderungen der wirtschaftlichen Lage eines Unter-

nehmens deutlicher ausdrückt als die Wertschöpfung, die aufgrund des hohen Anteils an Personalkosten, die in der Regel kurzfristig wenig variabel sind, eine langsamere Reaktion auf – vor allem negative – Ertragsänderungen zeigt.

308. Die Monopolkommission verwendet für die Cashflow-Berechnung das folgende stark vereinfachte Schema:

Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag

- + Abschreibungen
- + Veränderung der Sonderposten mit Rücklageanteil gegenüber dem Vorjahr
- + Veränderung der Pensionsrückstellungen gegenüber dem Vorjahr.

Aufgrund der Positionen, die für die Berechnung des Cashflow herangezogen werden, unterliegt er im Zeitablauf erheblichen Schwankungen. Sinnvolle Erkenntnisse vermittelt diese Größe nur bei Industrie-, Handels-, Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen. Für die Finanzkraft eines Kreditinstituts oder einer Versicherung ist der Cashflow kein geeignetes Maß. In beiden Berichtsjahren lagen für einige Unternehmen nicht alle zur Berechnung

des Cashflow benötigten Angaben vor,²⁸ wodurch die Repräsentanz der Ergebnisse für die Entwicklung der „100 Größten“ reduziert wird.

309. Tabelle III.6 enthält die zehn Unternehmen mit dem höchsten Cashflow 2004.

310. Für die gesamtwirtschaftliche Betrachtung werden wie bei den Untersuchungen zu den Kriterien Umsatz, Beschäftigte und Sachanlagen nur diejenigen Unternehmen herangezogen, die 2002 und 2004 zu den „100 Größten“ zählten und für die der Cashflow in beiden Jahren berechnet werden konnte. Unter Berücksichtigung dieser Einschränkung wurden 54 (2000/2002: 47) Unternehmen in den Vergleich einbezogen. Sie hatten einen Cashflow von

2002 67 519 Mio. Euro,

2004 70 777 Mio. Euro.

Der Cashflow der Großunternehmen erhöhte sich um 5 Prozent, nachdem er sich im Zeitraum 2000/2002 um 30 Prozent reduziert hatte.

²⁸ Vergleiche Tabelle III.1.

Tabelle III.6

**Die nach Cashflow zehn größten Unternehmen 2004
(ohne Kreditinstitute und Versicherungen)¹**

Rang nach Cashflow	Rang nach Wertschöpfung	Unternehmen	Cashflow (Mio. €)
1	1	Deutsche Telekom AG	13.165
2	4	Volkswagen AG	4.969
3	9	RWE AG	4.495
4	3	DaimlerChrysler AG	4.411
5	16	E.ON AG	4.102
6	8	Bayerische Motoren Werke AG	4.011
7	17	RAG AG	3.692
8	2	Siemens AG	2.889 ²
9	6	Deutsche Bahn AG	2.808
10	18	Vodafone-Gruppe Deutschland	2.775

¹ Die Liste der nach Cashflow zehn größten Unternehmen des Jahres 2004 ist nur bedingt aussagekräftig, da infolge der Datenermittlungsprobleme wichtige Großunternehmen fehlen.

² Der Cashflow musste über die gleiche Relation wie die Wertschöpfung geschätzt werden. (Zu den einzelnen Schätzmethoden vgl. Tz. 283 ff.).
Quelle: Eigene Erhebungen

2.4 Rechtsformen der „100 Größten“

311. Tabelle III.7 gibt einen Überblick über die Rechtsformen der „100 Größten“. Bei Konzernen wurde die Rechtsform der den Konzernabschluss aufstellenden Obergesellschaft angegeben. Die Rechtsformen Naamloze Vennootschap (Niederlande), Corporation (USA), Società per Azioni (Italien), Société Anonyme (Frankreich), Aktiebolaget (Schweden), Aktiebolag (Finnland) sowie Public Company Limited by Shares (Großbritannien) wurden der Kategorie Aktiengesellschaft zugerechnet. Im Falle der betrachteten Gleichordnungskonzerne weisen die Konzernobergesellschaften übereinstimmende Rechtsformen auf.

Die Mehrzahl der Unternehmen im Kreis der „100 Größten“ weist unverändert die Rechtsform der Aktiengesellschaft auf. Ihre Anzahl stieg von 74 auf 75 Unternehmen. Die Zahl der Gesellschaften mit beschränkter Haftung verringerte sich um eins auf sechs. Die Kategorie „Offene Handelsgesellschaft“ ist durch die Änderung der Rechtsform der Tengemann Warenhandelsgesellschaft, die jetzt als Tengemann Warenhandelsgesellschaft KG firmiert, nicht mehr besetzt. Die Zahl der Anstalten/Körperschaften öffentlichen Rechts erhöhte sich ebenso wie die Zahl der eingetragenen Genossenschaften um jeweils eins. Durch den Austritt der Hamburger Sparkasse aus dem

Kreis der „100 Größten“ und die Änderung der Rechtsstruktur der Carl-Zeiss-Stiftung blieb die Rubrik „Sonstiges“ unbesetzt. Die Zahl der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit stieg um eins. Dies ist auf den Eintritt der HUK-COBURG in den Untersuchungskreis zurückzuführen.

3. Branchenspezifische Betrachtung

3.1 Aussagegehalt der branchenspezifischen Geschäftsvolumina

312. Die Monopolkommission untersucht zusätzlich zu den Erhebungen der nach Wertschöpfung hundert größten Unternehmen regelmäßig die Rangfolge der nach den Geschäftsvolumenmerkmalen Umsatz, Bilanzsumme und Beitragseinnahmen größten Industrie-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen, Kreditinstitute und Versicherungen. In Übereinstimmung mit dem Vorgehen der wertschöpfungsorientierten Untersuchung werden die Rangfolgen anhand der auf die inländischen Konzerngesellschaften entfallenden Geschäftsvolumina aufgestellt. Weiterhin erfolgt eine Gegenüberstellung der Summe der Umsatzerlöse, Beitragseinnahmen bzw. Bilanzsummen mit entsprechenden, auf alle Unternehmen der Bundesrepublik Deutschland bezogenen Größen.

Tabelle III.7

Rechtsformen der „100 Größten“ 2002 und 2004

Rechtsform	Zahl der Unternehmen	
	2002	2004
Aktiengesellschaft	74	75
Gesellschaft mit beschränkter Haftung	7	6
Anstalt/Körperschaft öffentlichen Rechts	3	4
Eingetragene Genossenschaft	1	2
KG i. S. d. § 264a HGB ¹	5	3
Kommanditgesellschaft	3	5
Kommanditgesellschaft auf Aktien	2	2
Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit	2	3
Offene Handelsgesellschaft	1	0
Sonstige (Stiftung, Zuordnung nicht möglich)	2	0
Insgesamt	100	100

¹ Unter Kommanditgesellschaften im Sinne des § 264a HGB werden solche Gesellschaften verstanden, bei denen nicht wenigstens ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person oder eine offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft oder andere Personengesellschaft mit einer natürlichen Person als persönlich haftendem Gesellschafter ist oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.

Quelle: Eigene Erhebungen

313. Anders als die Wertschöpfung sind die genannten Geschäftsvolumenmerkmale unmittelbar dem handelsrechtlichen Jahresabschluss zu entnehmen. Umsatzerlöse und Beitragseinnahmen bilden die Bedeutung der Unternehmung als Anbieter von Waren und Dienstleistungen ab. Auch die Bilanzsumme der Kreditinstitute erlaubt Rückschlüsse auf ihre Relevanz als Anbieter. So bilden Forderungen an Kunden²⁹ in der Regel den überwiegenden Anteil der Summe der Aktiva großer deutscher Bankkonzerne, umgekehrt machen die Verbindlichkeiten gegenüber Kunden in der Mehrzahl der Fälle mehr als die Hälfte der Summe der Passiva aus.

Im Gegensatz zur Wertschöpfung stehen die hier betrachteten Größen in keinem unmittelbaren Zusammenhang zu dem Personalaufwand und Einkommen- bzw. Ertragsteueraufwand der Unternehmung sowie zum Unternehmenserfolg. Sie lassen daher isoliert betrachtet keine Rückschlüsse auf die Bedeutung der betrachteten Unternehmen als Arbeitgeber, Steuersubjekte und Kapitalanlageobjekte zu. Auch spiegeln sich die Unterschiede im Grad der vertikalen Integration der Unternehmen nicht in ihren Umsatzerlösen bzw. Beitragseinnahmen wider.

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

314. Die Zuordnung der betrachteten Konzerne zu den genannten Branchen erfolgt anhand der Angaben in ihrer Segmentberichterstattung sowie der im Rahmen der Unternehmensbefragung ermittelten Angaben zu branchenfremden Geschäftsvolumina. Wie angesichts der Größe der betrachteten Unternehmensgruppen zu erwarten ist, werden in zahlreichen Fällen branchenfremde Unternehmen in den Konsolidierungskreis einbezogen. Einige im Kreise der Nichtfinanzinstitute untersuchten Konzerne zählen Kreditinstitute und Versicherungen zu ihrem Konsolidierungskreis. Umgekehrt werden von einigen Kreditinstituten und Versicherungen Dienstleistungsunternehmen konsolidiert. In der Regel sind die Anteile branchenfremder Konzerngesellschaften am gesamten Geschäftsvolumen jedoch gering. Ausnahmen hiervon bilden die Allianz AG sowie die DZ Bank AG, die wesentliche Geschäftsvolumina außerhalb ihres Hauptgeschäftsbereichs aufweisen.

3.2 Industrie

315. Tabelle III.8 gibt einen Überblick über die nach Umsatz fünfzig größten Industrieunternehmen. Neben

dem konsolidierten Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften, der als Ordnungskriterium dient, wird der Gesamtumsatz ausgewiesen. Zusätzlich wird auch der Rang nach Wertschöpfung angegeben.

316. Zusammen erreichten die fünfzig größten Industrieunternehmen folgende Umsätze³⁰:

1978	213 605 Mio. Euro,
1980	268 411 Mio. Euro,
1982	311 519 Mio. Euro,
1984	340 817 Mio. Euro,
1986	339 241 Mio. Euro,
1988	353 405 Mio. Euro,
1990	415 409 Mio. Euro,
1992	450 590 Mio. Euro,
1994	432 984 Mio. Euro,
1996	474 970 Mio. Euro,
1998	501 506 Mio. Euro,
2000	588 096 Mio. Euro,
2002	591 022 Mio. Euro,
2004	617 322 Mio. Euro.

Als gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße wird der Gesamtumsatz aller Unternehmen des Produzierenden Gewerbes, wie er aus der Umsatzsteuerstatistik des Statistischen Bundesamtes hervorgeht, herangezogen. Er betrug (Anteil der fünfzig umsatzstärksten Unternehmen in Klammern)

1978	690 109 Mio. Euro	(30,95 Prozent),
1980	860 757 Mio. Euro	(31,18 Prozent),
1982	933 538 Mio. Euro	(33,37 Prozent),
1984	1 025 625 Mio. Euro	(33,23 Prozent),
1986	1 053 600 Mio. Euro	(32,20 Prozent),
1988	1 110 363 Mio. Euro	(31,83 Prozent),
1990	1 279 547 Mio. Euro	(32,47 Prozent),
1992	1 404 482 Mio. Euro	(32,08 Prozent),
1994	1 571 877 Mio. Euro	(27,55 Prozent),
1996	1 614 278 Mio. Euro	(29,42 Prozent),
1998	1 737 344 Mio. Euro	(28,87 Prozent),
2000	1 904 448 Mio. Euro	(30,88 Prozent),
2002	1 920 673 Mio. Euro	(30,77 Prozent),
2004	1 923 795 Mio. Euro ³¹	(32,09 Prozent).

³⁰ Die Angaben beziehen sich auf die inländischen Konzernbereiche.

³¹ Der angegebene Wert entspricht der Summe der Umsatzerlöse der Wirtschaftsabschnitte „C Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden“, „D Verarbeitendes Gewerbe“, „E Energie- und Wasserversorgung“ sowie „F Baugewerbe“.

²⁹ Konzernfremde Kreditinstitute werden hier ebenfalls als Kunden betrachtet.

Daraus ergaben sich für die fünfzig größten Industrieunternehmen (bzw. alle Unternehmen des Produzierenden Gewerbes) folgende Wachstumsraten:

1978/80	25,7 Prozent	(24,7 Prozent),
1980/82	16,1 Prozent	(8,5 Prozent),
1982/84	9,4 Prozent	(9,9 Prozent),
1984/86	– 0,5 Prozent	(2,7 Prozent),
1986/88	4,2 Prozent	(5,4 Prozent),
1988/90	17,5 Prozent	(15,2 Prozent),
1990/92	8,5 Prozent	(9,8 Prozent),
1992/94	– 3,9 Prozent	(11,9 Prozent),
1994/96	9,7 Prozent	(2,7 Prozent),
1996/98	5,6 Prozent	(7,6 Prozent),
1998/00	17,3 Prozent	(9,6 Prozent),
2000/02	0,5 Prozent	(0,9 Prozent),
2002/04	4,4 Prozent	(0,2 Prozent),

Die Umsatzerlöse der fünfzig größten Industrieunternehmen stiegen demnach gegenüber den Ergebnissen des Jahres 2002 viel stärker als die allgemeine Branchenentwicklung. Ihr Anteil an dem Geschäftsvolumen aller Unternehmen des Produzierenden Gewerbes hat sich um 1,32 Prozentpunkte erhöht. Hier besteht eine gewisse Parallelität der Entwicklung zu der Diskussion in Tz. 299 f., da das gleichzeitige Absinken der inländischen Wertschöpfung und das Umsatzwachstum im Inland durch die Ausgliederung des Geschäftes ins Ausland erklärt werden kann.

317. Im Berichtszeitraum hat sich die Zusammensetzung des Kreises der fünfzig größten Industrieunternehmen geändert. Eine durch einen Zusammenschluss bedingte Veränderung, die sich auf den Kreis der „100 Größten“ und auf den Kreis der umsatzstärksten Industrieunternehmen auswirkte, führte zu einem Ausscheiden der Ruhrgas AG.³²

318. Außerdem aus dem Berichtskreis ausgeschieden sind (Rang 2002 in Klammern) die MG Technologies AG (29), die Infineon Technologies AG (30), die Carl Zeiss AG (47), die Schering AG (49) sowie die ebenso aus dem Kreis der wertschöpfungsstärksten Unternehmen ausgetretene Rheinmetall AG (42) und die Südzucker AG (46).

319. Weiterhin sind folgende Unternehmen in den Untersuchungskreis eingetreten (Rang nach Umsatzerlösen in Klammern):

- (42) Stadtwerke Köln GmbH,
- (44) Stadtwerke München GmbH,
- (45) EWE AG,
- (46) Bilfinger Berger AG,
- (47) Arcelor-Gruppe Deutschland,
- (48) Benteler AG,
- (49) Dr. August Oetker KG.

Das Umsatzwachstum der Stadtwerke Köln AG ging mit keinen wesentlichen Veränderungen des Konsolidierungskreises einher. Die Steigerung der Umsatzerlöse ist maßgeblich auf die günstige Geschäftsentwicklung der RheinEnergie AG zurückzuführen.

Die Steigerung der Umsatzerlöse der Stadtwerke München AG kann durch die höheren Verkaufserlöse im Bereich Strom und Gas sowie durch die erstmalige Konsolidierung der früher at equity in den Konzernabschluss einbezogenen Gesellschaften erklärt werden.

Das Umsatzwachstum der EWE AG ist zum Teil durch die Verschmelzung einiger Gesellschaften auf die EWE AG bedingt. So wurden die Stadtwerke Bremervörde GmbH, Bremervörde, sowie die EWE – Energiebeteiligungs-Gesellschaft mbH (vormals E.ON – Energiebeteiligungs-Gesellschaft mbH), Oldenburg, und die Gemeindewerke Scheeßel GmbH, Scheeßel, rückwirkend zum 1. Januar 2003 bzw. zum 1. Januar 2004 mit der EWE AG verschmolzen.

Die Stahlwerke Bremen GmbH, Bremen, die EKO Stahl GmbH, Eisenhüttenstadt, sowie die Stahlwerke Thüringen GmbH, Unterwellenborn, die zusammen die Arcelor-Gruppe Deutschland repräsentieren, erzielten im Geschäftsjahr 2004 eine Steigerung der Umsatzerlöse, was zu einem erstmaligen Eintritt der Arcelor-Gruppe Deutschland in den Kreis der fünfzig größten Industrieunternehmen führte.

Die Steigerung der Umsatzerlöse der Benteler AG ist maßgeblich auf die günstige Geschäftsentwicklung im Bereich der Automobiltechnik zurückzuführen und ging nicht mit einer wesentlichen Ausweitung des inländischen Konsolidierungskreises einher.

Die Ausweitung des Geschäftsvolumens der Bilfinger Berger AG und der Dr. August Oetker KG ging mit keinen wesentlichen Unternehmensakquisitionen im Inland einher.

³² Vergleiche Tz. 292.

Tabelle III.8

Die nach Umsatz fünfzig größten deutschen Industrieunternehmen 2002 und 2004

Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften ¹ (Mio. €)	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne (Mio. €)
2004	1	4	Volkswagen AG	67.220	88.963
2002	1	4		65.308	86.948
2004	2	3	DaimlerChrysler AG	61.548	142.059
2002	2	1		61.400	149.583
2004	3	8	Bayerische Motoren Werke AG	41.508	44.335
2002	4	10		35.835	42.282
2004	4	2	Siemens AG	41.000	75.167
2002	3	3		41.200	84.016
2004	5	16	E.ON AG	31.388	49.103
2002	6	6		27.990	36.126
2004	6	50	BP-Gruppe Deutschland	29.276 ^S	216.645
2002	7	39		23.355	170.421
2004	7	9	RWE AG	28.174	40.996
2002	5	8		28.003	43.487
2004	8	7	Robert Bosch GmbH	27.622	40.007
2002	8	9		21.137	34.977
2004	9	39	Shell-Gruppe Deutschland	26.093 ^S	201.544
2002	9	65		20.677	224.657
2004	10	11	ThyssenKrupp AG	22.081	39.342
2002	10	11		19.856	36.698
2004	11	12	BASF AG	15.216	37.537
2002	13	17		13.315	32.216
2004	12	22	General Motors-Gruppe Deutschland	14.341	147.073
2002	12	22		14.875	178.090
2004	13	17	RAG AG	14.285	18.697
2002	18	18		9.250	13.025
2004	14	56	Ford-Gruppe Deutschland	13.800 ^E	111.822
2002	11	25		15.924	128.182
2004	15	19	Bayer AG	13.670	29.758
2002	14	16		12.573	29.624
2004	16	36	Vattenfall-Gruppe Deutschland	10.706	10.706
2002	20	37		8.860	11.042
2004	17	49	Exxon-Mobil-Gruppe Deutschland	9.142	221.352
2002	19	61		8.950	170.600
2004	18	26	Energie Baden-Württemberg AG	8.720	11.177
2002	22	34		7.552	8.658
2004	19	40	TOTAL-Gruppe Deutschland	8.500	122.700
2002	23	–		7.200	102.540

noch Tabelle III.8

Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften ¹ (Mio. €)	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne (Mio. €)
2004	20	60	Altria-Gruppe Deutschland	8.434 ^s	68.104
2002	17	50		9.928	76.674
2004	21	21	MAN AG	8.060	14.947
2002	15	21		12.222	16.040
2004	22	25	ZF Friedrichshafen AG	7.359	9.899
2002	25	29		6.354	9.169
2004	23	27	Continental AG	6.734	12.597
2002	27	35		5.957	11.408
2004	24	28	IBM-Gruppe Deutschland	6.541	73.183
2002	24	31		6.603	77.416
2004	25	62	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland	5.905	60.728
2002	26	45		5.997	53.960
2004	26	35	Dr. Ing. h. c. F. Porsche AG	5.774	6.359
2002	36	40		3.765	4.857
2004	27	–	Heraeus Holding GmbH	5.623	8.338
2002	28	–		4.809	6.415
2004	28	24	EADS-Gruppe Deutschland	4.322	31.761
2002	21	23		8.396	29.901
2004	29	41	C. H. Boehringer Sohn KG	4.314	8.157
2002	40	58		3.597	7.580
2004	30	66	Philips-Gruppe Deutschland	4.268	30.319
2002	33	68		4.053	31.820
2004	31	–	Motorola-Gruppe Deutschland	4.235	23.805
2002	48	–		2.625	25.612 ²
2004	32	59	Tchibo Holding AG	4.235	8.330
2002	50	–		2.553	3.067
2004	33	61	Saint-Gobain-Gruppe Deutschland	4.093	32.025
2002	31	55		4.153	30.274
2004	34	47	Linde AG	4.074	9.421
2002	41	47		3.564	8.726
2004	35	58	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	3.629	6.884
2002	39	54		3.638	6.289
2004	36	–	Nokia-Gruppe Deutschland	3.581	29.267
2002	32	–		4.132	30.016
2004	37	63	Nestlé-Gruppe Deutschland	3.555	56.200
2002	37	41		3.733 ^s	61.388
2004	38	64	Unilever-Gruppe Deutschland	3.199	40.169
2002	35	24		3.842	48.270
2004	39	–	Dow-Gruppe Deutschland	3.137	30.522
2002	38	–		3.730	26.327

noch Tabelle III.8

Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften ¹ (Mio. €)	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne (Mio. €)
2004	40	44	Sanofi Aventis-Gruppe	3.100	15.043
2002	34	46	Deutschland	3.897	20.622
2004	41	54	Henkel KGaA	3.097	10.592
2002	43	63		3.166	9.656
2004	42	84	Stadtwerke Köln GmbH	3.026	3.026
2002	–	85		2.137	2.137
2004	43	43	Roche-Gruppe Deutschland	3.005	20.256
2002	45	42		2.814	20.466
2004	44	75	Stadtwerke München GmbH	2.949	2.949
2002	–	92		1.909	1.909
2004	45	–	EWE AG	2.876 ^E	5.955
2002	–	–		–	–
2004	46	53	Bilfinger Berger AG	2.864	5.438
2002	–	–		–	–
2004	47	90	Arcelor-Gruppe Deutschland	2.842 ^S	30.176
2002	–	–		–	–
2004	48	–	Benteler AG	2.785	4.450
2002	–	96		1.410	–
2004	49	–	Dr. August Oetker KG	2.729	6.434
2002	–	–		2.309	4.188
2004	50	68	ABB-Gruppe Deutschland	2.687	15.748
2002	44	56		2.872	17.445
2004	–	–	Ruhrgas AG	–	–
2002	16	52		11.337	11.924
2004	–	65	MG Technologies AG	2.154	4.059
2002	29	44		4.376	8.586
2004	–	85	Infineon Technologies AG	1.675 ^W	7.195
2002	30	–		4.276 ^W	5.207
2004	–	–	Rheinmetall AG	1.229	3.413
2002	42	51		3.314	4.571
2004	–	–	Südzucker AG	1.374	4.826
2002	46	73		2.786	4.384
2004	–	80	Carl Zeiss AG	1.626	2.135
2002	47	43		2.670	4.152
2004	–	57	Schering AG	2.657	4.907
2002	49	72		2.603	5.023

¹ Mit ^W gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Weltabschluss, ^S steht für Summenabschluss und ^E für Einzelabschluss.² Aktualisierter Wert.

Quelle: Eigene Erhebungen

3.3 Handel

320. Tabelle III.9 vermittelt einen Überblick über die zehn größten deutschen Handelsunternehmen. Entsprechend dem Vorgehen in Tabelle III.8 sind neben den Umsätzen der inländischen Konzerne die Gesamtkonzern- oder Gruppenumsätze ausgewiesen.

321. Die Summe der Umsätze der zehn größten Handelsunternehmen betrug

1978	35 119 Mio. Euro,
1980	39 418 Mio. Euro,
1982	44 727 Mio. Euro,
1984	46 557 Mio. Euro,
1986	45 434 Mio. Euro,
1988	52 490 Mio. Euro,
1990	59 780 Mio. Euro,
1992	69 931 Mio. Euro,
1994	81 696 Mio. Euro,
1996	96 249 Mio. Euro,
1998	104 174 Mio. Euro,
2000	117 591 Mio. Euro,
2002	126 432 Mio. Euro,
2004	152 477 Mio. Euro.

Alle Handelsunternehmen erzielten gemäß der Umsatzsteuerstatistik jeweils zusammen folgende Umsätze (Anteil der zehn umsatzstärksten Handelsunternehmen in Klammern):

1978	463 826 Mio. Euro	(7,57 Prozent),
1980	546 420 Mio. Euro	(7,21 Prozent),
1982	580 607 Mio. Euro	(7,70 Prozent),
1984	633 944 Mio. Euro	(7,34 Prozent),
1986	659 357 Mio. Euro	(6,89 Prozent),
1988	719 494 Mio. Euro	(7,30 Prozent),
1990	864 177 Mio. Euro	(6,92 Prozent),
1992	992 667 Mio. Euro	(7,04 Prozent),
1994	1 113 426 Mio. Euro	(7,34 Prozent),
1996	1 157 635 Mio. Euro	(8,31 Prozent),

1998	1 223 087 Mio. Euro	(8,52 Prozent),
2000	1 328 683 Mio. Euro	(8,85 Prozent),
2002	1 332 984 Mio. Euro	(9,48 Prozent),
2004	1 402 169 Mio. Euro	(10,87 Prozent).

322. Die Wachstumsraten der zehn größten Unternehmen und aller Unternehmen (in Klammern) lagen demnach bei:

1978/80	12,2 Prozent	(17,8 Prozent),
1980/82	13,5 Prozent	(6,3 Prozent),
1982/84	4,1 Prozent	(9,2 Prozent),
1984/86	- 2,4 Prozent	(4,0 Prozent),
1986/88	15,5 Prozent	(9,1 Prozent),
1988/90	13,9 Prozent	(20,1 Prozent),
1990/92	17,0 Prozent	(14,9 Prozent),
1992/94	16,8 Prozent	(12,2 Prozent),
1994/96	17,8 Prozent	(4,0 Prozent),
1996/98	8,2 Prozent	(5,7 Prozent),
1998/00	12,9 Prozent	(8,6 Prozent),
2000/02	7,5 Prozent	(0,3 Prozent),
2002/04	20,6 Prozent	(5,2 Prozent).

Das Umsatzwachstum der größten Handelsunternehmen übertraf somit wie in den vorherigen Berichtszeiträumen die Entwicklung des Gesamtmarktes bei weitem. Hierdurch erhöhte sich ihr Anteil am gesamten Marktvolumen deutlich und wies den höchsten Stand seit der erstmaligen Erstellung dieser Statistik auf.

323. Der Eintritt der Aldi-Gruppe sowie die stark gewachsenen Umsatzerlöse der REWE-Gruppe und der Schwarz-Gruppe sind im Wesentlichen erhebungstechnisch bedingt. Die Inlands-Umsätze wurden den TradeDimensions entnommen und um die Umsatzsteuern korrigiert. Sie stellen somit Schätzungen dar. Wenn die Daten der Aldi-Gruppe unberücksichtigt bleiben und stattdessen die Daten der LEKKERLAND-TOBACCOLAND GmbH & Co. KG in die Untersuchung einbezogen werden, übertrifft das Umsatzwachstum der größten Handelsunternehmen die Entwicklung des Gesamtmarktes weiterhin um 3,8 Prozentpunkte.

Tabelle III.9

Die nach Umsatz zehn größten deutschen Handelsunternehmen 2002 und 2004

Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften (Mio. €)	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne (Mio. €)
2004	1	15	Metro AG	28.803	56.409
2002	1	14		27.704	51.526
2004	2	32	REWE-Gruppe*	28.169	43.371
2002	3	28		16.130	16.130
2004	3	31	Aldi-Gruppe*	19.820	32.385
2002	–	–		–	–
2004	4		Schwarz-Gruppe*	19.502	37.347
2002	2			17.035	26.420
2004	5	46	Tengelmann Warenhandels-gesellschaft	13.410	26.340
2002	5	27		12.560	28.480
2004	6	70	KarstadtQuelle AG	11.823	13.447
2002	4	20		14.260	15.815
2004	7	77	EDEKA Zentrale AG & Co. KG	11.593	11.593
2002	6	70		11.443	11.443
2004	8	48	Otto Group	7.503	14.424
2002	7	48		9.374	14.021
2004	9	–	BayWa AG	6.109	6.109
2002	10	97		5.349	5.349
2004	10	–	Spar Handels-AG	5.716	5.715
2002	8	89		6.509	6.509
2004	–	–	LEKKERLAND-TOBACCOLAND GmbH & Co. KG	5.242	5.242
2002	9	–		6.068	7.203

* Schätzung

Quelle: Eigene Erhebungen

3.4 Verkehr und Dienstleistungen

324. Tabelle III.10 vermittelt einen Überblick über die größten deutschen Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen. Wie in den Tabellen III.8 und III.9 sind die Unternehmen nach den Umsätzen der inländischen Konzernanteile sortiert. Daneben sind die Gesamtumsätze angegeben.

325. Die jeweils zehn größten Unternehmen des Verkehrs- und Dienstleistungsgewerbes erzielten zusammen folgende Umsätze:

1978 11 445 Mio. Euro,
 1980 14 224 Mio. Euro,
 1982 16 065 Mio. Euro,

1984 17 794 Mio. Euro,
 1986 17 036 Mio. Euro,
 1988 18 284 Mio. Euro,
 1990 20 900 Mio. Euro,
 1992 23 673 Mio. Euro,
 1994 81 845 Mio. Euro,
 1996 86 603 Mio. Euro,
 1998 101 194 Mio. Euro,
 2000 120 681 Mio. Euro,
 2002 124 571 Mio. Euro,
 2004 124 663 Mio. Euro.

Der in der Umsatzsteuerstatistik ausgewiesene Umsatz aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen³³ betrug in den entsprechenden Jahren (Anteil der zehn umsatzstärksten Unternehmen in Klammern):

1978	146 098 Mio. Euro	(7,83 Prozent),	1992	484 864 Mio. Euro	(4,88 Prozent),
1980	180 683 Mio. Euro	(7,87 Prozent),	1994	534 455 Mio. Euro	(15,31 Prozent),
1982	204 646 Mio. Euro	(7,85 Prozent),	1996	602 533 Mio. Euro	(14,37 Prozent),
1984	229 685 Mio. Euro	(7,75 Prozent),	1998	680 692 Mio. Euro	(14,87 Prozent),
1986	262 134 Mio. Euro	(6,50 Prozent),	2000	769 028 Mio. Euro	(15,69 Prozent),
1988	309 283 Mio. Euro	(5,91 Prozent),	2002	839 087 Mio. Euro	(14,85 Prozent),
1990	391 796 Mio. Euro	(5,33 Prozent),	2004	854 586 Mio. Euro	(14,59 Prozent).

Daraus ergeben sich für die zehn größten bzw. für alle Unternehmen der betreffenden Branchen (in Klammern) folgende Wachstumsraten:

1978/80	24,3 Prozent	(23,7 Prozent),
1980/82	12,9 Prozent	(13,3 Prozent),
1982/84	10,8 Prozent	(12,2 Prozent),
1984/86	– 4,3 Prozent	(14,1 Prozent),
1986/88	7,3 Prozent	(18,0 Prozent),

³³ Der angegebene Wert entspricht der Summe der Umsatzerlöse der Wirtschaftsabschnitte „I Verkehr und Nachrichtenübermittlung“, „K Grund- und Wohnwirtschaft, Vermietung beweglicher Sachen, Dienstleistungen für Unternehmen“ sowie „O Erbringung von sonstigen öffentlichen und persönlichen Dienstleistungen“.

Tabelle III.10

Die nach Umsatz zehn größten deutschen Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen 2002 und 2004

Jahr	Rang nach dem Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierter Umsatz der inländischen Konzerngesellschaften ¹ (Mio. €)	Konsolidierter Umsatz der Gesamtkonzerne (Mio. €)
2004	1	1	Deutsche Telekom AG	35.147	57.880
2002	1	2		35.207	53.689
2004	2	5	Deutsche Post AG	22.583	43.168
2002	2	5		23.068	39.255
2004	3	6	Deutsche Bahn AG	18.520	23.962
2002	3	7		18.685	18.685
2004	4	14	Deutsche Lufthansa AG	15.057	16.965
2002	4	13		14.367	16.971
2004	5	18	Vodafone-Gruppe Deutschland	10.104 ^s	48.997
2002	5	26		8.920	45.735
2004	6	42	TUI AG	8.260	18.046
2002	6	38		8.742	20.302
2004	7	33	Bertelsmann AG	5.059	17.016
2002	7	32		5.691	18.312
2004	8	23	SAP AG	4.341	7.514
2002	8	30		3.846	7.413
2004	9	–	Thomas Cook AG	3.458	7.479
2002	9	–		3.729	8.063
2004	10	67	Axel Springer AG	2.134	2.402
2002	10	66		2.316	2.777

¹ Mit ^s gekennzeichnete Angaben beziehen sich auf den Summenabschluss.

Quelle: Eigene Erhebungen

1988/90	14,3 Prozent	(26,7 Prozent),
1990/92	13,3 Prozent	(23,8 Prozent),
1992/94	245,7 Prozent ³⁴	(10,2 Prozent),
1994/96	5,8 Prozent	(12,7 Prozent),
1996/98	16,8 Prozent	(13,0 Prozent),
1998/00	19,3 Prozent	(13,0 Prozent),
2000/02	3,2 Prozent	(9,1 Prozent),
2002/04	0,1 Prozent	(1,8 Prozent).

Die Umsatzerlöse der größten Dienstleistungs- und Verkehrsunternehmen blieben fast unverändert, ihr moderates Wachstum blieb deutlich hinter der allgemeinen

³⁴ Die außergewöhnlichen Umsatzsteigerungen der zehn größten Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen zwischen 1992 und 1994 sind auf die erstmalige Einbeziehung der Postunternehmen und der Deutschen Bahn AG in die Untersuchung zurückzuführen.

Marktentwicklung des Dienstleistungssektors zurück. Der Anteil der Großunternehmen an den Umsatzerlösen aller Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen sank somit auf 14,59 Prozent.

326. Der Kreis der zehn größten deutschen Dienstleistungs- und Verkehrsunternehmen blieb gegenüber 2002 unverändert; es ergaben sich auch keine Rangverschiebungen. Das stärkste Wachstum der inländischen Umsatzerlöse verzeichneten die Vodafone-Gruppe und die SAP AG, den stärksten Rückgang die Bertelsmann AG.

3.5 Kreditgewerbe

327. Tabelle III.11 gibt einen Überblick über die nach der Bilanzsumme der inländischen Konzernbereiche zehn größten Kreditinstitute 2002 und 2004. Zusätzlich zu den Angaben für die inländischen Konzerne werden die Bilanzsummen der Gesamtkonzerne ausgewiesen.

Tabelle III.11

Die nach Bilanzsumme zehn größten deutschen Kreditinstitute 2002 und 2004

Jahr	Rang nach der Bilanzsumme der inländischen Konzerngesellschaften	Rang nach der Wertschöpfung	Unternehmen	Konsolidierte Bilanzsumme der inländischen Konzerngesellschaften (Mrd. €)	Konsolidierte Bilanzsumme der Gesamtkonzerne (Mrd. €)
2004	1	13	Deutsche Bank AG	783	840
2002	1	12		687	758
2004	2	10	Allianz AG	404	536
2002	4	19	(Dresdner Bank AG)	321	440
2004	3	45	Commerzbank AG	367	425
2002	6	33		318	422
2004	4	29	Landesbank Baden-Württemberg	340	340
2002	5	53		320	321
2004	5	30	DZ Bank AG	333	356
2002	7	–		315	338
2004	6	–	Kreditanstalt für	329	329
2002	9	100	Wiederaufbau	261	261
2004	7	37	Bayerische Landesbank	320	333
2002	3	–		331	341
2004	8	38	Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG	278	467
2002	2	67		441	691
2004	9	69	EUROHYPO AG		
2002	–	–		227	227
2004	10	99	Norddeutsche Landesbank Girozentrale	184	
2002	–	–		175	202
2004	–	–	NRW.BANK ¹	–	111
2002	8	–		295	346
2004	–	82	Bankgesellschaft Berlin AG	133	133
2002	10	36		220	175

¹ 2002: Landesbank Nordrhein-Westfalen.

Quelle: Eigene Erhebungen

328. Die jeweils zehn größten Kreditinstitute wiesen an den Bilanzstichtagen der Berichtsjahre in der Summe folgende Bilanzsummen auf:

1978	385,9 Mrd. Euro,
1980	451,6 Mrd. Euro,
1982	507,7 Mrd. Euro,
1984	593,9 Mrd. Euro,
1986	683,4 Mrd. Euro,
1988	793,1 Mrd. Euro,
1990	1 009,7 Mrd. Euro,
1992	1 216,2 Mrd. Euro,
1994	1 570,4 Mrd. Euro,
1996	2 029,4 Mrd. Euro,
1998	2 696,7 Mrd. Euro,
2000	3 554,8 Mrd. Euro,
2002	3 508,7 Mrd. Euro.
2004	3 564,2 Mrd. Euro.

Die Bilanzsummen aller Kreditinstitute einschließlich ausländischer Filialen, die von der Deutschen Bundesbank ermittelt werden, betrugen jeweils im Dezember der entsprechenden Jahre:

1978	1 035,2 Mrd. Euro,
1980	1 222,8 Mrd. Euro,
1982	1 417,4 Mrd. Euro,
1984	1 622,8 Mrd. Euro,
1986	1 866,7 Mrd. Euro,
1988	2 125,9 Mrd. Euro,
1990	2 800,7 Mrd. Euro,
1992	3 204,6 Mrd. Euro,
1994	3 782,0 Mrd. Euro,
1996	4 618,1 Mrd. Euro,
1998	5 805,7 Mrd. Euro,
2000	7 035,2 Mrd. Euro,
2002	7 276,3 Mrd. Euro,
2004	7 527,7 Mrd. Euro. ³⁵

Das entspricht einem Wachstum der zehn größten Kreditinstitute bzw. aller Kreditinstitute (in Klammern) von:

1978/80	17,0 Prozent	(18,1 Prozent),
1980/82	12,4 Prozent	(15,9 Prozent),

1982/84	17,0 Prozent	(14,5 Prozent),
1984/86	15,1 Prozent	(15,0 Prozent),
1986/88	16,0 Prozent	(13,9 Prozent),
1988/90	27,3 Prozent	(31,7 Prozent),
1990/92	20,5 Prozent	(14,4 Prozent),
1992/94	29,1 Prozent	(18,0 Prozent),
1994/96	29,2 Prozent	(22,1 Prozent),
1996/98	32,9 Prozent	(25,7 Prozent),
1998/00	31,8 Prozent	(21,2 Prozent),
2000/02	– 1,3 Prozent	(3,4 Prozent).
2002/04	1,6 Prozent	(3,5 Prozent).

Somit blieben die zehn größten Kreditinstitute hinter der Entwicklung der Gesamtbranche zurück.

Die Deutsche Bundesbank ermittelt die Bilanzsummen anhand der Einzelabschlüsse der Kreditinstitute. Um einen unmittelbar vergleichbaren Referenzwert der zehn größten Kreditinstitute zu erhalten, sind daher ebenfalls die addierten Bilanzsummen der konsolidierten Kreditinstitute heranzuziehen. Die unkonsolidierte Bilanzsumme der den zehn größten Bankkonzernen angehörenden Kreditinstitute betrug 2002 insgesamt 3 665,6 Mrd. Euro. Die zehn größten Kreditinstitute hatten somit einen Anteil an der Bilanzsumme aller Kreditinstitute von 50,38 Prozent. Im Jahr 2004 ist dieser Anteil mit einer unkonsolidierten Bilanzsumme von 3 593,7 Mrd. Euro auf 47,74 Prozent gesunken.

329. Das Herausfallen der NRW.BANK (2002: Landesbank Nordrhein-Westfalen) gründet sich auf die Entkonsolidierung der WestLB AG. Durch die Nichtbeteiligung der NRW.BANK an der Kapitalerhöhung der WestLB AG sank der Anteil der NRW.BANK an der WestLB AG zum 30. September 2004 von 70,6 Prozent auf 38,8 Prozent. Die WestLB AG mit einer inländischen Bilanzsumme von 104 Mrd. Euro gehört ebenfalls im Jahr 2004 nicht zu den nach der Bilanzsumme zehn größten deutschen Kreditinstituten.

Die Bilanzsummen der EUROHYPO AG und der Norddeutschen Landesbank Girozentrale hatten sich gegenüber 2002 nicht erheblich verändert. Aufgrund des allgemein gesunkenen Bilanzsummeniveaus sind diese Kreditinstitute jedoch im Jahr 2004 unter den nach Bilanzsumme zehn größten deutschen Kreditinstituten auf den Rängen 9 und 10 vertreten.

3.6 Versicherungsgewerbe

330. In Tabelle III.12 sind die nach Beitragseinnahmen zehn größten deutschen Versicherungsunternehmen aufgeführt. Wie bei den Unternehmen der anderen Bereiche sind neben den Beiträgen der inländischen Gesellschaften die Weltkonzernbeiträge angegeben.

³⁵ Vergleiche Deutsche Bundesbank, Statistisches Beiheft zum Monatsbericht 1, Bankenstatistik, Februar 2006, S. 106.

331. Die jeweils zehn größten deutschen Versicherungen erreichten über ihre inländischen Konzerngesellschaften zusammen folgende Beitragseinnahmen:

1978	16 624 Mio. Euro,
1980	20 872 Mio. Euro,
1982	24 220 Mio. Euro,
1984	26 555 Mio. Euro,
1986	29 957 Mio. Euro,
1988	34 767 Mio. Euro,
1990	38 668 Mio. Euro,
1992	53 590 Mio. Euro,
1994	68 157 Mio. Euro,
1996	69 765 Mio. Euro,
1998	84 215 Mio. Euro,

2000	93 989 Mio. Euro,
2002	110 448 Mio. Euro,
2004	109 067 Mio. Euro.

332. Die gebuchten Bruttobeiträge aller Erst- und Rückversicherungsunternehmen in Deutschland betrugen

1990	93 435 Mio. Euro,
1992	114 698 Mio. Euro,
1994	138 942 Mio. Euro,
1996	150 338 Mio. Euro,
1998	159 128 Mio. Euro,
2000	175 060 Mio. Euro,
2002	195 520 Mio. Euro,

Tabelle III.12

Die nach Beitragseinnahmen zehn größten deutschen Versicherungsunternehmen 2002 und 2004

Jahr	Rang nach den Beitrags-einnahmen der inländischen Konzern-gesellschaften	Rang nach der Wert-schöpfung	Unternehmen	Konsolidierte Beitrags-einnahmen der inländischen Konzern-gesellschaften (Mio. €)	Konsolidierte Beitrags-einnahmen der Gesamtkonzerne (Mio. €)
2004	1	20	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	32.114	38.071
2002	1	15		34.229	40.014
2004	2	10	Allianz AG	25.234	56.789
2002	2	19		25.667	55.133
2004	3	71	Generali-Gruppe Deutschland	10.937	56.339
2002	3	70		10.813	46.894
2004	4	30	DZ Bank AG (R+V Versicherung AG)	8.057	8.057
2002	5	–		6.701	6.701
2004	5	52	Debeka-Gruppe	6.274	6.239
2002	8	69		5.290	4.907
2004	6	78	Zurich Financial Services-Gruppe Deutschland	6.109	51.849
2002	6	–		6.268	39.518
2004	7	–	AXA-Gruppe Deutschland	6.019	67.407
2002	7	82		5.943	69.723
2004	8	–	Versicherungskammer Bayern	5.263	5.263
2002	9	–		4.535	4.535
2004	9	–	HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G.	4.600	14.161
2002	–	–		3.016	15.014
2004	10	100	Signal-Iduna-Gruppe	4.460	3.733
2002	10	95		4.121	2.041
2004	–	94	Gerling-Konzern Versicherungs-Beteiligungs-AG	4.069	4.172
2002	4	–		6.881	10.216

Quelle: Eigene Erhebungen

2004 213 599 Mio. Euro.³⁶

333. Dies entspricht einem Wachstum der zehn größten bzw. aller Versicherungsunternehmen (in Klammern) von

1978/80	25,6 Prozent,	
1980/82	16,0 Prozent,	
1982/84	9,6 Prozent,	
1984/86	12,8 Prozent,	
1986/88	16,1 Prozent,	
1988/90	11,2 Prozent,	
1990/92	38,6 Prozent	(22,8 Prozent),
1992/94	27,2 Prozent	(21,1 Prozent),
1994/96	2,4 Prozent	(8,2 Prozent),
1996/98	20,7 Prozent	(5,8 Prozent),
1998/00	11,6 Prozent	(10,1 Prozent),
2000/02	17,5 Prozent	(11,7 Prozent),
2002/04	–1,3 Prozent	(9,2 Prozent).

334. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ermittelt das Beitragsvolumen aller Versicherungsunternehmen anhand von Einzelabschlussdaten. Um einen unmittelbar vergleichbaren Referenzwert der zehn größten Versicherungskonzerne zu erhalten, sind daher ebenfalls die unkonsolidierten Beitragseinnahmen der dem jeweiligen Konsolidierungskreis angehörenden Versicherungsunternehmen heranzuziehen. Die unkonsolidierten Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungskonzerne betrugen 2002 insgesamt 117 336 Mio. Euro. Die zehn größten Versicherungen hatten somit einen Anteil an den Beitragseinnahmen aller Versicherungsunternehmen von 60 Prozent. Dieser Anteil reduzierte sich im Jahr 2004 leicht auf 59,33 Prozent, dies entspricht den unkonsolidierten Beitragseinnahmen der Großunternehmen von 126 727 Mio. Euro. Unverändert stellt die Versicherungsbranche somit von den hier untersuchten Wirtschaftszweigen denjenigen Bereich dar, dessen Geschäftsvolumen in höchstem Umfang auf Großunternehmen entfällt.

335. Aufgrund der Erhöhung der konsolidierten Beitragseinnahmen der inländischen Konzerngesellschaften um 53 Prozent gegenüber dem Jahr 2002 gehört die HDI Haftpflichtverband der Deutschen Industrie V.a.G. wieder zu dem Kreis der zehn größten Versicherungsunternehmen im Jahr 2004.

Den starken Rückgang der konsolidierten Beitragseinnahmen der Gerling-Konzern Versicherungs-Beteiligungs-AG ist auf die Entkonsolidierung der Kreditversicherungsgruppe (Obergesellschaft – Gerling NCM Credit and Finance AG, Köln) zum 11. August 2003 sowie der Rückversicherungsgruppe (Obergesellschaft – Gerling-

Konzern Globale-Rückversicherungs-AG, Köln) zum 1. Januar 2003 zurückzuführen.

4. Verflechtungen der „100 Größten“

4.1 Problemstellung

336. Personelle und finanzielle Verflechtungen sind aus wettbewerbspolitischer Sicht relevant, da sie aufgrund gleichgerichteter Interessen der betreffenden Unternehmen dazu führen können, dass diese nicht wettbewerblich agieren. Gemeinsame Interessen aufgrund von Beteiligungsbeziehungen bestehen, da der Unternehmenserfolg des Anteilseigners auch von dem Erfolg des Beteiligungsunternehmens abhängt. Die Erfolge von Beteiligungsunternehmen, die wie in den hier betrachteten Fällen nicht in den Konsolidierungskreis einbezogen werden, beeinflussen in Form der Erträge und Aufwendungen aus Beteiligungen den Jahresüberschuss des Anteilseigners. Im Sinne einer Maximierung des Unternehmenserfolgs ist die Unternehmenspolitik nicht nur auf das eigene operative Ergebnis des Anteilseigners hin auszurichten, sondern auch auf den Erfolg des Beteiligungsunternehmens. Eine verminderte Wettbewerbsintensität zwischen personell verflochtenen Unternehmen ist zu vermuten, da ein Mitglied der Geschäftsleitung oder des Kontrollorgans eines Unternehmens, welches gleichzeitig dem Kontrollorgan eines anderen Unternehmens angehört, grundsätzlich an dem Erfolg beider Unternehmen interessiert ist.

Sofern die personell oder finanziell verflochtenen Unternehmen nicht als Konkurrenten in demselben Markt agieren, sondern z. B. als Zulieferer/Abnehmer, Kreditgeber/-nehmer, Versicherungsnehmer/Versicherer in Geschäftsbeziehungen stehen, sind Wettbewerbsverzerrungen in der Form denkbar, dass der Handel der Waren und Dienstleistungen nicht zu den allgemeinen Marktbedingungen, sondern zu für die verflochtenen Unternehmen günstigeren Konditionen erfolgt.

337. Die isolierte Betrachtung der gemäß den Vorschriften des HGB bzw. AktG abgegrenzten Konzerne, welche in den vorhergehenden Abschnitten erfolgte, ergibt aufgrund der personellen und finanziellen Beziehungen zwischen den derart abgegrenzten Betrachtungseinheiten keine vollständige Darstellung der Konzentration von Großunternehmen. Im Sinne der handels- und aktienrechtlichen Begriffsfassung werden solche Gruppen von Einzelunternehmen (rechtlichen Einheiten) als Konzerne betrachtet, welche unter der einheitlichen Leitung einer Konzernobergesellschaft stehen oder an denen die Konzernobergesellschaft den Mehrheitsbesitz der Eigenkapitalanteile hält.³⁷ Fasst man den Begriff der Unternehmung als wirtschaftlicher Einheit weiter, so ist auch eine Betrachtung von Gruppen von Unternehmen im Sinne rechtlicher Einheiten, zwischen denen lediglich Minderheitsbeteiligungen bestehen und welche Überschneidungen der Leitungs- und Kontrollgremien in Form personeller Verflechtungen aufweisen, als ein Unternehmen denkbar.

³⁶ Vergleiche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Jahresbericht 2004, Teil B, Statistik der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – Erstversicherungsunternehmen, S. 10.

³⁷ Vergleiche Tz. 264.

338. Mit der Frage der Unternehmensabgrenzung verknüpft ist der nicht unmittelbar einleuchtende Zusammenhang, dass der an der Anzahl und der Höhe der zwischen den „100 Größten“ bestehenden Beteiligungen und der an der Anzahl der personellen Beziehungen gemessene Verflechtungsgrad sinkt, sofern zwei Unternehmen aus dem Untersuchungskreis fusionieren und das in den Untersuchungskreis nachrückende Unternehmen eine geringere personelle und finanzielle Einbindung aufweist als das durch die Fusion untergegangene Unternehmen. Letzteres ist insoweit wahrscheinlich, als der Übernahme eines Unternehmens häufig der Erwerb von Anteilen vorausgeht. Somit besteht das Paradoxon, dass ein Konzentrationserhöhender Vorgang zu einer Verminderung der gemessenen personellen und finanziellen Verflechtung führt, was bei der Interpretation der nachfolgenden Ergebnisse zu berücksichtigen ist.

339. Inländische Teilkonzerne werden in der Regel von den ausländischen Muttergesellschaften mehr oder weniger weitreichend gesteuert und haben daher keine Konzernobergesellschaft im Inland, von der der Anteilsbesitz oder die Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane ermittelt werden können. Sofern die in den vorhergehenden Abschnitten gewählte Bezeichnung für den inländischen Teilkonzern von dem Namen des im Rahmen der Verflechtungsuntersuchungen betrachteten Unternehmens (juristische Person) abweicht, wird Letzterer zusätzlich in Klammern angegeben.

In der Regel wählt die Monopolkommission als Untersuchungsobjekte zur Bestimmung der Verflechtungen unter den „100 Größten“ die Konzernobergesellschaften. Sofern die Konzernobergesellschaft ihren Sitz im Ausland hat, bestehen Verflechtungen in der Mehrzahl der Fälle nicht zwischen der Konzernobergesellschaft und deutschen Großunternehmen, sondern die deutschen Tochterunternehmen sind personell und finanziell mit Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ verbunden. Die Monopolkommission untersucht daher die personelle und finanzielle Einbindung sowohl der größten deutschen Tochter ausländischer Konzernobergesellschaften als auch der Mutterunternehmen selbst.

Da Gleichordnungskonzerne keine einzelne Konzernobergesellschaft besitzen, untersucht die Monopolkommission den Verflechtungsgrad sämtlicher Gesellschaften bzw. Versicherungsvereine, welche an der Konzernspitze der im Kreis der „100 Größten“ vertretenen Gleichordnungskonzerne stehen.

4.2 Anteilsbesitz an den „100 Größten“

4.2.1 Gegenstand und Datenquellen

340. Gegenstand der folgenden Abschnitte ist eine Analyse der Eigenkapitalgeber der „100 Größten“. Zum einen erfolgt eine Betrachtung der gesamten Anteilseignerstruktur der „100 Größten“ hinsichtlich der Anteilseignergruppen Großunternehmen, ausländische Anteilseigner, öffentliche Hand, Streubesitz sowie sonstige Anteilseigner. Weiterhin wird die Verflechtung über Kapitalbeteili-

gungen innerhalb der Gruppe der Großunternehmen untersucht.

Im vorliegenden Hauptgutachten wird nur der Anteilsbesitz von Stammaktien berücksichtigt. Die Vorzugsaktien, die in den letzten Hauptgutachten mit einbezogen waren, verlieren zum einen ihre Popularität in Deutschland. Zum anderen kann eine Vermischung der Beteiligungen an Stamm- und Vorzugsaktien die tatsächlichen Kontrollverhältnisse bei einem Unternehmen verzerren, da die Vorzugsaktien in der Regel stimmrechtslos sind und einen geringeren Einfluss auf die Unternehmenspolitik erlauben. Die Fälle, bei denen die Nichtberücksichtigung von Vorzugsaktien starke Änderungen des Anteilsbesitzes verursachte, werden im nächsten Abschnitt diskutiert.³⁸

Berücksichtigt werden sowohl direkte als auch indirekte Beteiligungen. Die indirekten Beteiligungen wurden mit den Anteilen an den zwischengeschalteten Beteiligungsgesellschaften im Jahr 2002 gewichtet. Im Jahr 2004 wird eine indirekte Beteiligung dem Unternehmen am obersten Ende der Beteiligungskette in voller Höhe zugerechnet, wenn dieses Unternehmen die Gesellschaften in der Mitte der Beteiligungskette kontrolliert.

Zur Vermeidung von Doppelzählungen werden Anteile der öffentlichen Hand nur insoweit ausgewiesen, als es sich nicht um Anteile öffentlicher Unternehmen handelt, die gleichzeitig zum Kreis der „100 Größten“ gehören. Diese Zugehörigkeit zu den beiden Anteilseignergruppen öffentliche Hand und Großunternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ weisen z. B. die Kreditanstalt für Wiederaufbau (im Jahr 2002) sowie die Landesbanken auf.

341. Bei der Zusammenstellung der Anteilseigner wurde von der Monopolkommission erster Stelle „Companies and Sectors“, Ausgabe 2005, des Hoppenstedt Verlages benutzt. Zusätzlich wurden die folgenden Quellen für die Ermittlung der Verflechtungen herangezogen:

- Geschäftsberichte der Unternehmen,
- Hoppenstedt Verlag, Konzernstrukturdatenbank,
- Müssig Verlag, „Die großen 500“, CD-Rom,
- Presseberichte.

Die Analyse wird erschwert durch Lücken und Ungenauigkeiten in den verfügbaren Datenquellen. So wird der Umfang von Anteilen im Besitz von Kapitalgesellschaften regelmäßig unterschätzt. Diese Lücken wirken sich hauptsächlich auf den Ausweis der Beteiligungen der Gruppen 'Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“' und 'Sonstige' aus.

In einigen Fällen weicht die Kapitalverteilung von der Stimmrechtsverteilung ab. Da die Kapitalverflechtung nur einen Teil der gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten repräsentiert, stellt die Analyse der Stimmrechte eine sinnvolle Ergänzung dar. Auf eine Untersuchung der Stimmenverteilung in Hauptversammlungen, die insbesondere im Hinblick auf das Einflusspotential

³⁸ Vergleiche Tz. 345.

der Banken von Interesse wäre, musste aufgrund der unzureichenden Datenbasis verzichtet werden. Durch die Übertragung von Stimmrechten auf Kreditinstitute in Form von Depotstimmrechten sowie durch die mögliche Nichtausübung von Stimmrechten besteht eine zum Teil erhebliche Abweichung zwischen der formalen Stimmrechtsverteilung und der faktischen Stimmrechtsausübung durch die verschiedenen Anlegergruppen. Die tatsächliche Stimmrechtsausübung kann daher nur durch Untersuchung des Abstimmungsverhaltens der einzelnen Aktionäre bzw. Aktionärsgruppen ermittelt werden³⁹.

4.2.2 Zusammenfassende Betrachtung aller Anteilseigner der „100 Größten“

342. Tabelle III.13 vermittelt einen Überblick über die Anteilseignerstruktur der „100 Größten“. In der Spalte 'Sonstige' werden die Eigenkapitalanteile von Genossenschaften, Gewerkschaften und Unternehmen außerhalb des Kreises der „100 Größten“ ebenso wie nicht zu identifizierende Beteiligungen aufgeführt. Sofern dies erforderlich ist, werden die in dieser Spalte ausgewiesenen Beteiligungen in den Anmerkungen zu der Tabelle spezifiziert.

Die Veränderungen im Zeitraum 2002 bis 2004 betreffen zum großen Teil die Beteiligungen von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, über die im nächsten Abschnitt ausführlich berichtet wird. Zusätzlich änderte sich aber auch der Anteilsbesitz aller anderen aufgeführten Gruppen. Die Fälle, in denen sich die Beteiligungsverhältnisse im Berichtszeitraum wahrscheinlich nicht verändert haben, die aber in der Tabelle unterschiedlich ausgewiesen werden, bleiben im Folgenden unberücksichtigt.

343. Die in der Debeka-Gruppe organisierten Versicherungsunternehmen sowie die HUK-COBURG und die Signal-Iduna-Gruppe sind im Gegensatz zu den restlichen betrachteten Unternehmen durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass sie als Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit keine mit Mitgliedschaftsrechten verbundenen, der Aktie vergleichbaren Kapitalanteile aufweisen. Das Eigenkapital eines Versicherungsvereins ist allein aus den versteuerten Unternehmensgewinnen und Beiträgen der Mitglieder zu bilden. Eine den Unternehmen anderer Rechtsformen entsprechende Struktur der Anteilseigner ist für die genannten Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit daher nicht darstellbar. Gleiches gilt im Jahr 2002 für die Carl-Zeiss-Stiftung (2004: Carl Zeiss AG), da diese aufgrund ihrer Rechtsform als Stiftung keine Anteilseigner besitzt, sowie für die Hamburger Sparkasse, bei der es sich um eine „juristische Person alten Hamburger Rechts“ handelt.

344. Die ausgewiesene Vergrößerung des Anteils der öffentlichen Hand an dem Kapital der Deutschen Telekom AG sowie der Deutschen Post AG ist durch den Austritt der Kreditanstalt für Wiederaufbau aus dem

Kreis der „100 Größten“ bedingt. Rechnet man jedoch die Anteile der öffentlichen Hand und der Kreditanstalt für Wiederaufbau in den Jahren 2002 und 2004 zusammen, ergibt sich eine erhebliche Reduzierung des Anteilsbesitzes des Staates an diesen zwei Unternehmen – im Falle der Deutschen Telekom AG (–5,04 Prozentpunkte) und der Deutschen Post AG (–24,1 Prozentpunkte). Ebenfalls verkaufte die öffentliche Hand ihre Anteile an der RWE AG und der Energie Baden-Württemberg AG. Eine wesentliche Erhöhung des Anteilsbesitzes der öffentlichen Hand an einem Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ war im Untersuchungszeitraum nicht zu verzeichnen.

In den meisten Fällen wirkte sich die Änderung der Methode zur Erfassung der Kapitalverflechtungen nur geringfügig auf die Anteilseignerstruktur aus. Dies ist auf einen erheblich größeren Anteil am auf Stammaktien entfallenden Grundkapital zurückzuführen. In einem Fall, wo die Anteile am auf Stamm- und Vorzugsaktien entfallenden Grundkapital gleich sind, wirkte sich die Änderung der Methode zur Erfassung der Kapitalverflechtungen besonders stark aus. Wegen der Nichtberücksichtigung von Vorzugsaktien der Dr. Ing. h. c. F. Porsche AG sind die in Familienbesitz befindlichen Anteile auf 100 Prozent gestiegen (Streubesitz der Vorzugsaktien 88 Prozent).

Die bei den Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ befindlichen Anteile sind stark gesunken. Mehrere Großunternehmen haben ihre Beteiligungen an den anderen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ entweder vollständig oder mindestens zum Teil abgebaut. Diese Entwicklung wird ausführlich im nächsten Abschnitt diskutiert. Tabelle III.13 kann jedoch an dieser Stelle einen Aufschluss darüber geben, an wen die Kapitalanteile verkauft wurden. So kann zum Beispiel festgestellt werden, dass ein Rückgang der Kapitalanteile der Großunternehmen an der Allianz AG, der ThyssenKrupp AG, der BASF AG, der Deutschen Lufthansa AG, der E.ON AG sowie der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG parallel zu einer Erhöhung der im Streubesitz befindlichen Anteile verlief. Bei der DaimlerChrysler AG, der Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG sowie der Commerzbank AG ging die Kapitalentflechtung mit einer Erhöhung der Kapitalanteile im Besitz von institutionellen Investoren einher.

Die Ein- und Austritte wirkten sich auch insofern auf die Anteilseignerstrukturen aus, als sich – bei unveränderten Besitzverhältnissen – in einigen Fällen eine andere Aufteilung der Anteile auf die einzelnen Gruppen ergab. Neben dem oben aufgeführten Fall der Kreditanstalt für Wiederaufbau führte der Austritt der Franz Haniel & Cie. GmbH aus dem Kreis der „100 Größten“ zu einer Umgruppierung des von ihr gehaltenen Anteilsbesitzes an der Metro AG aus dem Anteilsbesitz der Großunternehmen in die Rubrik 'Sonstige'. Die Steigerung der Beteiligungen der Großunternehmen an der RAG AG auf 100 Prozent wurde durch den Eintritt der Arcelor-Gruppe Deutschland in den Kreis der „100 Größten“ verursacht.

³⁹ Vergleiche Baums, T., Fraune, C., Institutionelle Anleger und Publikumsgesellschaft, in: Die Aktiengesellschaft, Jg. 40, 1995, S. 97–112.

Tabelle III.13

**Die Anteilseigner der hundert größten Unternehmen 2002 und 2004
nach Gruppen¹**

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitelanteil (%)					
			Unter- nehmen aus dem Kreis der "100 Größten"	Auslän- discher Einzel- besitz	Öffent- liche Hand	Einzel- personen, Familien und Familien- stiftungen	Streu- besitz	Sonstige
1 2	2004 2002	Deutsche Telekom AG	12,13		38 30,91		62 56,96	
2 3	2004 2002	Siemens AG	3,9 5,4	10,33		6,2 6,48	79,57 ca. 88	
3 1	2004 2002	DaimlerChrysler AG	2,95 11,83	9,2 ² 7,2			34,85 80,97	53
4 4	2004 2002	Volkswagen AG	10,26	15,77	18,06 13,7		64,46 ca. 76,5	13,02 ³ 9,8
5 5	2004 2002	Deutsche Post AG			44,7 50		55,3 31,2	
6 7	2004 2002	Deutsche Bahn AG			100 100			
7 9	2004 2002	Robert Bosch GmbH				100 100		
8 10	2004 2002	Bayerische Motoren Werke AG	2,23 5,2			46,6 40,244	51,17 51,256	2,3
9 8	2004 2002	RWE AG	11,13 12,8		33		77,54 54,2	11,33 ⁴
10 19	2004 2002	Allianz AG	4,9 29,24				89,33 63,76	5,77 ⁵ 7
11 11	2004 2002	ThyssenKrupp AG	9,8	ca. 12		24,96 23,79	71,9 ca. 54	3,14 ⁶
12 17	2004 2002	BASF AG	2,7 11,9				11,9 7,6	85,4 ⁷ 80,5
13 12	2004 2002	Deutsche Bank AG					91,7 86,77	8,3 ⁸ 6,1
14 13	2004 2002	Deutsche Lufthansa AG	8,6 10				91,4 90	
15 14	2004 2002	Metro AG				37,05 ca. 37,32	44,44 ca. 44	18,53 ⁹

noch Tabelle III.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitelanteil (%)					
			Unter- nehmen aus dem Kreis der "100 Größten"	Auslän- discher Einzel- besitz	Öffent- liche Hand	Einzel- personen, Familien und Familien- stiftungen	Streu- besitz	Sonstige
16 6	2004 2002	E.ON AG	3,6 6,4		4,96 4,96		86,69 ca. 83,64	4,75 ¹⁰ ca. 5
17 18	2004 2002	RAG AG	100 89,77					10,23
18 26	2004 2002	Vodafone-Gruppe Deutschland (Vodafone D2 GmbH)		100 100				
19 16	2004 2002	Bayer AG	7,66 5,8				10,16 8,72	82,18 ¹¹ 85,48
20 15	2004 2002	Münchener Rückversiche- rungs-Gesellschaft AG	19,37 35,6				10,73 64,4	69,9
21 21	2004 2002	MAN AG	5,81 33,5	10,09 8			84,1 44,5	14
22 22	2004 2002	General Motors-Gruppe Deutschland (Adam Opel AG)		100 100				
23 30	2004 2002	SAP AG				32,5 34,6	66 65,4	1,5 ¹²
24 23	2004 2002	EADS-Gruppe Deutsch- land (EADS Deutschland GmbH)	30,2 34,18	35,7 ¹³ ca. 65,82				34,1
25 29	2004 2002	ZF Friedrichshafen AG			100 100			
26 34	2004 2002	Energie Baden-Württem- berg AG	5,86	44,94 ¹⁴ 34,5	42,84 58,15		2,58 1,49	9,64 ¹⁵
27 35	2004 2002	Continental AG	7,7	20,66			77,66 89	1,68 3,3
28 31	2004 2002	IBM-Gruppe Deutschland (IBM Deutschland GmbH)		100 100				
29 53	2004 2002	Landesbank Baden- Württemberg			100 100			
30 –	2004 2002	DZ Bank AG						

noch Tabelle III.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitelanteil (%)					
			Unter- nehmen aus dem Kreis der "100 Größten"	Auslän- discher Einzel- besitz	Öffent- liche Hand	Einzel- personen, Familien und Familien- stiftungen	Streu- besitz	Sonstige
31 –	2004 2002	Aldi-Gruppe (Aldi Einkauf GmbH & Co. OHG (Nord) und (Süd))				100		
32 28	2004 2002	REWE-Gruppe (Rewe Deutscher Supermarkt KGaA)						100 ¹⁶ 100
33 32	2004 2002	Bertelsmann AG		25,1 25,1		74,9 74,9		
34 –	2004 2002	Schwarz-Gruppe (Kauf- land Stiftung & Co. KG, Lidl Stiftung & Co. KG)				100		
35 40	2004 2002	Dr. Ing. h. c. F. Porsche AG				100 50	ca. 25	ca. 25
36 37	2004 2002	Vattenfall-Gruppe Deutschland (Vattenfall Europe AG)	2,2	94,01 ¹⁷ 97,8			5,99	
37 –	2004 2002	Bayerische Landesbank			100			
38 67	2004 2002	Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG	22,3 32,538	7,91	1,78	5,127	68,01 62,335	
39 65	2004 2002	Shell-Gruppe Deutsch- land (Deutsche Shell Holding GmbH)		100 100				
40 –	2004 2002	TOTAL-Gruppe Deutschland (TOTAL Deutschland GmbH)		100				
41 58	2004 2002	C. H. Boehringer Sohn KG				100 100		
42 38	2004 2002	TUI AG	4,82 4,843	27,68 5,147			53,43 ca. 60	14,07 ca. 30
43 42	2004 2002	Roche-Gruppe Deutsch- land (Roche Deutschland Holding GmbH)		100 100				

noch Tabelle III.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitelanteil (%)					
			Unter- nehmen aus dem Kreis der "100 Größten"	Auslän- discher Einzel- besitz	Öffent- liche Hand	Einzel- personen, Familien und Familien- stiftungen	Streu- besitz	Sonstige
44 46	2004 2002	Sanofi Aventis-Gruppe Deutschland (Sanofi- Aventis Deutschland GmbH)		100 98			2	
45 33	2004 2002	Commerzbank AG	14,1 20,44	5,26			23,1 72,3	62,8 2
46 27	2004 2002	Tengelmann Waren- handelsgesellschaft				100 100		
47 47	2004 2002	Linde AG	32,07 32,99				67,66 ca. 67	
48 48	2004 2002	Otto Group (Otto GmbH & Co. KG)				50 50		50 50
49 61	2004 2002	Exxon-Mobil-Gruppe Deutschland (Exxon- Mobil Central Europe Holding GmbH)		100 100				
50 39	2004 2002	BP-Gruppe Deutschland (Deutsche BP AG)		100 100				
51 62	2004 2002	Salzgitter AG	4,96	4,91	25,5 25,5		62,83 ca. 53	1,8 ¹⁸ 21,5
52 69	2004 2002	Debeka-Gruppe (Debeka Lebensversicherungs- verein a.G.)						
53 –	2004 2002	Bilfinger Berger AG		30,18			25	44,82
54 63	2004 2002	Henkel KGaA				61,48 57,75	38,52 ca. 40	1,71
55 59	2004 2002	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide			70,82 71		29,18 29	
56 25	2004 2002	Ford-Gruppe Deutschland (Ford-Werke GmbH)		100 100				
57 72	2004 2002	Schering AG	14,5 12	5,19			24,8 23,3	55,5 ca. 64

noch Tabelle III.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitelanteil (%)					
			Unter- nehmen aus dem Kreis der "100 Größten"	Auslän- discher Einzel- besitz	Öffent- liche Hand	Einzel- personen, Familien und Familien- stiftungen	Streu- besitz	Sonstige
58 54	2004 2002	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	100 100					
59 –	2004 2002	Tchibo Holding AG				100		
60 50	2004 2002	Altria-Gruppe Deutsch- land (Philip Morris GmbH und Kraft Foods Deutsch- land Holding AG)		100 100				
61 55	2004 2002	Saint Gobain-Gruppe Deutschland		96,7 100			3,3	
62 45	2004 2002	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland (Hewlett- Packard Holding GmbH)		100 100				
63 41	2004 2002	Nestlé-Gruppe Deutschland (Nestlé Deutschland AG)	0,7	100 99,3				
64 24	2004 2002	Unilever-Gruppe Deutsch- land (Unilever Deutsch- land GmbH)		100 100				
65 44	2004 2002	MG Technologies AG	10,1 21,82	13 ¹⁹ 7,859		20,7 10,025	56,2 ca. 60	
66 68	2004 2002	Philips-Gruppe Deutsch- land (Philips Beteiligungs- GmbH)		100 100				
67 66	2004 2002	Axel Springer AG	29,66	19,4		60 60,4	10,6 9,9	10 ²⁰
68 56	2004 2002	ABB-Gruppe Deutsch- land (ABB AG)		100 98,43			1,57	
69 –	2004 2002	EUROHYPO AG	98,04				1,96	
70 20	2004 2002	KarstadtQuelle AG	7,56 13,7			56,26 44,541	30,76 29,92	5,42 ²¹ 12
71 60	2004 2002	Generali-Gruppe Deutsch- land (AMB Generali Holding AG)	5 14,5	70,88 64,083			24,12 21	

noch Tabelle III.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitelanteil (%)					
			Unter- nehmen aus dem Kreis der "100 Größten"	Auslän- discher Einzel- besitz	Öffent- liche Hand	Einzel- personen, Familien und Familien- stiftungen	Streu- besitz	Sonstige
72 81	2004 2002	Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Betei- ligungsverwaltung mbH			100 100			
73 77	2004 2002	Voith AG				92,5 92,5		7,5 7,5
74 64	2004 2002	Wacker-Chemie GmbH	49 49			51 51		
75 92	2004 2002	Stadtwerke München GmbH			100 100			
76 74	2004 2002	Adolf Würth GmbH & Co. KG				100 100		
77 70	2004 2002	EDEKA Zentrale AG & Co. KG					2,5	100 97,5
78 –	2004 2002	Zürich Financial Services- Gruppe Deutschland (Zürich Versicherung AG)		100				
79 79	2004 2002	ALTANA AG				50,1 50,01	47 24,99	2,9 ²² 25
80 43	2004 2002	Carl Zeiss AG				100		
81 57	2004 2002	PwC Deutsche Revision AG Wirtschaftsprüfungs- gesellschaft				100		
82 36	2004 2002	Bankgesellschaft Berlin AG	10		81 87,6		7 6	2 6,4
83 99	2004 2002	Alcatel-Gruppe Deutsch- land (Alcatel Deutschland GmbH)		100 99,4			0,6	
84 85	2004 2002	Stadtwerke Köln GmbH			100 100			
85 –	2004 2002	Infineon Technologies AG		25,22			74,78	
86 80	2004 2002	Freudenberg & Co.				100 100		

noch Tabelle III.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitelanteil (%)					
			Unter- nehmen aus dem Kreis der "100 Größten"	Auslän- discher Einzel- besitz	Öffent- liche Hand	Einzel- personen, Familien und Familien- stiftungen	Streu- besitz	Sonstige
87 91	2004 2002	KPMG Deutsche Treu- hand-Gesellschaft AG Wirtschaftsprüfungs- gesellschaft				100 100		
88 83	2004 2002	K+S AG	10 16,65	10,47			79,53 75,61	7,74
89 –	2004 2002	Procter&Gamble-Gruppe Deutschland (Procter & Gamble Holding GmbH)		100				
90 –	2004 2002	Arcelor-Gruppe Deutsch- land (Stahlwerke Bremen GmbH, Stahlwerke Thüringen GmbH, EKO Stahl GmbH)		100				
91 –	2004 2002	Rhön-Klinikum AG		15,26		24	44,74	16
92 78	2004 2002	Berliner Verkehrsbetriebe Anstalt des öffentlichen Rechts			100 100			
93 88	2004 2002	EDEKA Minden- Hannover eG						100 100
94 –	2004 2002	Gerling-Konzern Ver- sicherungs-Beteili- gungs-AG				100		
95 –	2004 2002	DFS Deutsche Flug- sicherung GmbH			100			
96 –	2004 2002	Hennes & Mauritz Gruppe Deutschland (H & M Hennes und Mauritz GmbH)		100				
97 76	2004 2002	Miele & Cie. KG				100 100		
98 –	2004 2002	HUK-COBURG (Haft- pflicht-Unterstützungs- Kasse kraftfahrender Beamter Deutschlands a.G. in Coburg)						

noch Tabelle III.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitelanteil (%)					
			Unter- nehmen aus dem Kreis der "100 Größten"	Auslän- discher Einzel- besitz	Öffent- liche Hand	Einzel- personen, Familien und Familien- stiftungen	Streu- besitz	Sonstige
99 –	2004 2002	Norddeutsche Landes- bank Girozentrale			100			
100 95	2004 2002	Signal-Iduna-Gruppe (Iduna Vereinigte Lebens- versicherung a.G.)						
– 49	2004 2002	ING BHF Bank AG		100				
– 51	2004 2002	Rheinmetall AG				32,96	67,036	
– 52	2004 2002	Ruhrgas AG	88,98	unter 11				
– 71	2004 2002	ALSTOM-Gruppe Deutschland (ALSTOM GmbH)		100				
– 73	2004 2002	Südzucker AG	4,9	10			ca. 29	56
– 75	2004 2002	Walter Bau AG				56	ca. 20	24
– 82	2004 2002	AXA-Gruppe Deutschland (AXA Konzern AG)		90,86			9,14	
– 84	2004 2002	Franz Haniel & Cie. GmbH				100		
– 86	2004 2002	HOCHTIEF AG	60,4				27	12,6
– 87	2004 2002	Beiersdorf AG	43,6				26	30,4
– 89	2004 2002	Spar Handels-AG		69,24		11,9	ca. 17	1,86
– 90	2004 2002	STRABAG AG		57,565			34	ca. 8
– 93	2004 2002	Diehl Stiftung & Co. (Diehl Verwaltungs- Stiftung)				100		

noch Tabelle III.13

Rang	Jahr	Unternehmen (betrachtete rechtliche Einheit)	Kapitelanteil (%)					
			Unter- nehmen aus dem Kreis der „100 Größten“	Auslän- discher Einzel- besitz	Öffent- liche Hand	Einzel- personen, Familien und Familien- stiftungen	Streu- besitz	Sonstige
– 94	2004 2002	Hamburger Sparkasse						
– 96	2004 2002	Benteler AG				100		
– 97	2004 2002	BayWa AG					46,71	53,29
– 98	2004 2002	Fresenius AG	8,19			67,35		
– 100	2004 2002	Kreditanstalt für Wieder- aufbau			100			

¹ In den Fällen, in denen anstelle einer Rangangabe ein Strich erscheint, befand sich das betreffende Unternehmen in dem Jahr nicht unter den „100 Größten“. Zu Anmerkungen, die Umfirmierungen und Umstrukturierungen von Unternehmen und Konzernen betreffen, vgl. die Fußnoten zu Tabelle III.1.

² Emirat Kuwait 7,2 und Dubai 2.

³ Eigene Anteile.

⁴ Eigene Anteile.

⁵ Eigene Anteile 4,47 und Mitarbeiter 1,3.

⁶ Eigene Anteile.

⁷ Eigene Anteile 2,4.

⁸ Eigene Anteile.

⁹ Franz Haniel & Cie. GmbH

¹⁰ Eigene Anteile.

¹¹ Mitarbeiter 2.

¹² Eigene Anteile.

¹³ Republik Frankreich 30,2 und Königreich Spanien 5,5.

¹⁴ Republik Frankreich über Electricité de France S.A.

¹⁵ Eigene Anteile 7,1.

¹⁶ Anteile am Kommanditkapital mittelbar gehalten durch die REWE-Zentralfinanz e.G. Persönlich haftender Gesellschafter ist Josef Sanktjohanser.

¹⁷ Staat Schweden.

¹⁸ Eigene Anteile.

¹⁹ Emirat Kuwait 7,9.

²⁰ Eigene Anteile.

²¹ Eigene Anteile.

²² Eigene Anteile.

Quelle: Eigene Erhebungen

345. Tabelle III.14 fasst die Ergebnisse der Tabelle III.13 zusammen. Die Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ wurden derjenigen Gruppe zugewiesen, die zum Berichtszeitpunkt die Mehrheit der Anteile, also über 50 Prozent, hielt. Zu der Gruppe 'Mehrheit im Besitz der „100 Größten“' erfolgte eine

Zuordnung nur dann, wenn ein einzelnes Unternehmen die Mehrheit besaß. In den Fällen, in denen sich die Anteile mehrerer Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ auf über 50 Prozent addierten, wurde das Beteiligungsunternehmen in die Kategorie 'Keine Mehrheit' eingeordnet.

Tabelle III.14

**Aufschlüsselung der hundert größten Unternehmen 2002 und 2004
nach Arten der Beteiligungsverhältnisse**

Beteiligungsverhältnis	Anzahl der Unternehmen		Anteil an der Wertschöpfung der „100 Größten“ (%)		Durchschnittliche Wertschöpfung (Mio. €)	
	2002	2004	2002	2004	2002	2004
Mehrheit im Besitz eines Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“	0	0	0	0	0	0
Mehrheit in ausländischem Einzelbesitz	25	24	14,0	12,4	1.344	1.282
Mehrheit im Besitz der öffentlichen Hand	11	11	8,0	7,7	1.757	1.727
Mehrheit im Besitz von Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen	19	22	9,4	13,0	1.189	1.469
Über 50 Prozent Streubesitz	22	21	48,7	44,8	5.316	5.295
Sonstiger Mehrheitsbesitz	8	9	5,8	12,6	1.754	3.478
Ohne Mehrheitsbesitz	15	13	14,1	9,5	2.260	1.810
Alle Unternehmen	100	100	100	100	2.403	2.481

Quelle: Eigene Erhebungen

346. Wie bereits in den vorherigen Hauptgutachten war die Kategorie ‘Mehrheit in ausländischem Einzelbesitz’ mit 24 (2002: 25) Unternehmen am häufigsten besetzt. Nur wenig geringer lag mit 22 (2002: 19) die Anzahl der Unternehmen, die überwiegend in der Hand von Einzelpersonen, Familien oder Familienstiftungen waren. Dies kann durch den Eintritt der Aldi-Gruppe, der Schwarz-Gruppe, der Tchibo Holding AG und der Gerling-Konzern Versicherungs-Beteiligungs-AG in den Kreis der „100 Größten“⁴⁰ sowie durch die Änderung der Rechtsstruktur der Carl-Zeiss-Stiftung⁴¹ erklärt werden. An dritter Stelle (21 Fälle, 2002: 22) war die Anzahl der Unternehmen, deren Anteilsmehrheit in Streubesitz liegt. Die gemessen an der Anzahl der ihr angehörenden Unternehmen viertstärkste Gruppe waren 2004 die 13 (2002: 15) Großunternehmen, deren Eigenkapital nicht mehrheitlich einem anderen Großunternehmen, ausländischem Einzelbesitz, der öffentlichen Hand, Einzelpersonen, Familien und Familienstiftungen, Streubesitz sowie sonstigen Anteilseignern zuzuordnen war. Wie bereits im Jahr 2002 befindet sich 2004 kein Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ mehrheitlich im Besitz eines anderen Unternehmens dieser Gruppe. In drei Fällen jedoch (2002 in

vier Fällen) summierten sich die Anteile der „100 Größten“ auf über 50 Prozent:

- RAG AG (100 Prozent),
- BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH (100 Prozent),
- EUROHYPO AG (98,04 Prozent).

Die Zahl der Unternehmen, deren Mehrheit sich im Besitz der öffentlichen Hand befindet, ist mit elf Fällen gegenüber 2002 gleich geblieben.

347. Die höchste durchschnittliche Wertschöpfung wiesen 2004 wiederum die Unternehmen in mehrheitlichem Streubesitz auf. Mit Ausnahme der Jahre 1994 und 1998 hatten die Unternehmen dieser Kategorie auch in den Vorjahren jeweils die besten Ergebnisse erreicht. Ihr Anteil an der Gesamtwertschöpfung der „100 Größten“ fiel jedoch von 48,7 Prozent auf 44,8 Prozent. Der Anteil der Unternehmen in sonstigem Mehrheitsbesitz, die im Jahr 2004 eine Durchschnittswertschöpfung von 3 478 Mio. Euro. erwirtschafteten, stieg von 5,8 Prozent auf 12,6 Prozent. Somit wiesen die Unternehmen ohne Mehrheitsbesitz neben den mehrheitlich in Streubesitz befindlichen Unternehmen im Jahr 2004 eine überdurchschnittliche Größe auf. Ebenfalls eine Steigerung ihres Anteils an der Wertschöpfung der „100 Größten“ erzielten die mehrheitlich in Familienbesitz stehenden Unternehmen. Allerdings bleibt ihre durchschnittliche Wertschöpfung

⁴⁰ Vergleiche Tz. 293.

⁴¹ Vergleiche Tz. 312.

mit 1 469 Mio. Euro vergleichsweise niedrig. Dagegen weisen die Unternehmen ohne Mehrheitsbesitz 2004 einen erheblich gesunkenen Anteil an der Gesamtwertschöpfung sowie eine moderat gesunkene Durchschnittsgröße auf. Ähnlich entwickelte sich die Größe der in ausländischem Einzelbesitz befindlichen Unternehmen, die sich mit einer durchschnittlichen Wertschöpfung von 1 282 Mio. Euro deutlich unter dem Referenzwert aller Großunternehmen befand. Ihr Anteil an der Gesamtwertschöpfung der Großunternehmen sank von 14,0 Prozent auf 12,4 Prozent. Der Anteil und die Durchschnittsgröße der in öffentlicher Hand befindlichen Unternehmen wiesen gegenüber 2002 nur eine geringfügige Veränderung auf.

4.2.3 Beteiligungen aus dem Kreis der „100 Größten“

4.2.3.1 Empirischer Befund

348. Deutsche Unternehmen waren über Jahre hinweg stark untereinander verflochten. Dieses Netzwerk aus Beteiligungen wurde auch als „Deutschland AG“ bezeichnet. Im Kern des Netzwerks befanden sich die Finanzdienstleister⁴² – Unternehmen wie die Allianz AG, die Münchener Rück AG, die Deutsche Bank AG oder die Commerzbank AG. Diese Finanzdienstleister besaßen in ihren Portfolios mehrprozentige Beteiligungen (Blockbeteiligungen) an den größten deutschen Industrieunternehmen. Außerdem waren die Finanzdienstleister selbst stark untereinander verflochten und besaßen gegenseitige An-

teile am Grundkapital. Auch die Industrieunternehmen kontrollierten sich gegenseitig.

349. Seit einigen Jahren wird eine Tendenz zur Entflechtung beobachtet.⁴³ Tabelle III.15 gibt einen Überblick über die Beteiligungsverhältnisse zwischen den Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ in den Jahren 1996 bis 2004. Unter den Anteilseignern mit den meisten Beteiligungen aus dem Kreis der „100 Größten“ befanden sich stetig die vier Finanzdienstleister Allianz AG, Deutsche Bank AG, Dresdner Bank AG und Münchener Rück AG. Die Allianz AG stand in allen Jahren mit 14 bis 28 Beteiligungen an der Spitze. Tabelle III.15 listet zusätzlich zwei andere Großbanken auf – die Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG und die Commerzbank AG, die stetig dem Kreis der „100 Größten“ angehörten und an den Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ Beteiligungen hielten. Seit neuestem besitzen die sechs in der Tabelle III.15 aufgelisteten Finanzdienstleister von Jahr zu Jahr Anteile an einer immer geringeren Anzahl der größten deutschen Unternehmen. So waren zum Beispiel im Jahr 1996 diese sechs Finanzdienstleister in 75 Fällen an den Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ beteiligt. In 2004 traf dies nur noch in 30 Fällen zu. Betrachtet man die drei Gutachten in den

⁴² Unternehmen des Kredit- und Versicherungsgewerbes.

⁴³ Vergleiche Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Hauptgutachten 1998/1999, Baden-Baden 2000, Tz. 384; dies., Hauptgutachten 2000/2001, a.a.O., Tz. 327 sowie dies., Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden 2005, Tz. 487. Bis zum Jahr 1996 nahmen die Kapitalverflechtungen zu (vgl. Monopolkommission, Marktöffnung umfassend verwirklichen, Hauptgutachten 1996/1997, Baden-Baden 1998, Tz. 254).

Tabelle III.15

Gesamtübersicht der Beteiligungen aus dem Kreis der „100 Größten“ in den Jahren 1996 bis 2004

Unternehmen	Anzahl der Fälle				
	1996	1998	2000	2002	2004
Allianz AG	28	23	22	22	14
Deutsche Bank AG	15	10	8	9	5
Dresdner Bank AG	13	10	8	–	–
Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	13	13	6	9	8
Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG	–	4	4	2	1
Commerzbank AG	6	4	2	3	2
Gesamtzahl der Beteiligungen der sechs Finanzdienstleister	75	64	50	45	30
Gesamtzahl der Beteiligungsfälle	143	109	81	67	45
Gesamtzahl der Beteiligungsunternehmen	51	50	42	39	28
Gesamtzahl der Anteilseigner	39	34	27	22	17

Quelle: Eigene Erhebungen

dazwischen liegenden Jahren (1998: 64 Fälle; 2000: 50 Fälle; 2002: 45 Fälle), zeigt sich ein klarer Trend zur Kapitalentflechtung. Zudem lässt die Gesamtzahl der Beteiligungsfälle sowie die Gesamtzahl der Beteiligungsunternehmen und Anteilseigner nach. Zwischen den Jahren 1996 und 2004 reduzierte sich die Anzahl der Anteilseigner bzw. Beteiligungsfälle um 56,4 Prozent bzw. 68,5 Prozent. Da die Reduzierung der Zahl der Anteilseigner und der Beteiligungsfälle parallel verlief, betraf die Kapitalentflechtung nicht nur einzelne Großunternehmen, sondern den gesamten Kreis der „100 Größten“. Die Anzahl der Beteiligungsunternehmen ist zwischen den Jahren 1996 und 2004 um 45,1 Prozent gesunken.

350. Tabelle III.16 gibt einen Überblick über die Veränderung der Beteiligungsverhältnisse zwischen den Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ in der Berichtsperiode. Gegenüber 2002 sind die folgenden wesentlichen Änderungen der Beteiligungsbeziehungen zu verzeichnen:

Im Betrachtungszeitraum veräußerte die Allianz AG ihren Anteilsbesitz an der DaimlerChrysler AG (6,538 Prozent), der Deutschen Bank AG (13,1 Prozent), der Continental AG (7,7 Prozent), der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG (0,3 Prozent), der Nestlé-Gruppe Deutschland (0,7 Prozent) und der Generali-Gruppe Deutschland (9,5 Prozent). Eine erhebliche Reduzierung erfuhr die Beteiligung an der MAN AG, die von 24,2 auf 0,82 Prozent sank. Ferner verringerte die Allianz AG ihre Anteile unter anderem an der Siemens AG, der BASF AG, der E.ON AG, der Bayer AG, der Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG, der Linde AG, der MG Technologies AG sowie an der KarstadtQuelle AG. Erworben wurde eine 8,6-prozentige Beteiligung an der Deutschen Luft-hansa AG.

Die Deutsche Bank trennte sich seit 2002 von ihren Anteilen an der Allianz AG (3,44 Prozent), der Energie Baden-Württemberg AG (5,86 Prozent), der MG Technolo-

gies AG (9,02 Prozent) und der Axel Springer AG (29,66 Prozent). Darüber hinaus verringerte sie ihren Anteil an der Beteiligung an der DaimlerChrysler AG von 11,83 Prozent auf 2,95 Prozent. Nur leicht reduzierte die Deutsche Bank AG ihre Anteile an der TUI AG sowie an der Linde AG. Im selben Zeitraum erwarb sie Anteile in Höhe von 4,99 Prozent an der MAN AG.

Die Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG verkaufte in der betrachteten Periode ihre Anteile an der MAN AG (9,3 Prozent) und vollzog eine Reduzierung ihres Anteilsbesitzes an der Allianz AG, der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG sowie der Commerzbank AG. Neu erworben wurden im Gegensatz hierzu eine 2,9-prozentige Beteiligung an der Bayer AG sowie eine 2,3-prozentige Beteiligung an der Schering AG.

Die Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG verringerte ihrerseits den Anteil an der Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG um 3,23 Prozentpunkte auf 9,97 Prozent und verkaufte ihre Beteiligung an der Allianz AG (4,6 Prozent).

Die Aktionärsstruktur der EUROHYPO AG als Beteiligungsunternehmen der Allianz AG, der Deutschen Bank AG und der Commerzbank AG erklärt sich durch ihre Entstehung aus dem Zusammenschluss der Hypothekanken der drei Aktiengesellschaften.⁴⁴

Die DaimlerChrysler AG reduzierte ihre Beteiligung an der EADS-Gruppe Deutschland um 2,8 Prozentpunkte auf nunmehr 30,2 Prozent. Ihren 2002 bestehenden Anteil an der K + S AG von 16,65 Prozent reduzierte die BASF AG auf 10 Prozent. Entgegen der Tendenz zur Entflechtung von Kapitalbeteiligungen stieg die Dr. Ing. h. c. Porsche AG durch eine Beteiligung in Höhe von 10,26 Prozent bei der Volkswagen AG ein.

⁴⁴ Vergleiche Tz. 293.

Tabelle III.16

Kapitalverflechtungen aus dem Kreis der „100 Größten“ 2002 und 2004¹

Beteiligungsunternehmen			Anteilseigner				
Rang		Firma	Rang		Firma	Kapitalanteil (%)	
2004	2002		2004	2002		2004	2002
1	2	Deutsche Telekom AG	–	100	Kreditanstalt für Wiederaufbau	0	12,13
2	3	Siemens AG	10 20	19 15	Allianz AG Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	1,4 2,5 3,9	2,9 2,5 5,4

noch Tabelle III.16

Beteiligungsunternehmen			Anteilseigner				
Rang		Firma	Rang		Firma	Kapitalanteil (%)	
2004	2002		2004	2002		2004	2002
3	1	DaimlerChrysler AG	13 10	12 19	Deutsche Bank AG Allianz AG	2,95 2,95	11,83 6,538 18,368
4	4	Volkswagen AG	35	40	Dr. Ing. h. c. F. Porsche AG	10,26 10,26	
5	5	Deutsche Post AG	–	100	Kreditanstalt für Wiederaufbau	0	18,8 18,8
8	10	Bayerische Motoren Werke AG	10	19	Allianz AG	2,23 2,23	5,2 5,2
9	8	RWE AG	10 16 20	19 6 15	Allianz AG E.ON AG Münchener Rückversiche- rungs-Gesellschaft AG	4,33 1,9 4,9 11,13	6,9 5,9 5,2
10	19	Allianz AG	13 20 38	12 15 67	Deutsche Bank AG Münchener Rückversiche- rungs-Gesellschaft AG Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG	4,9 4,9	3,44 21,2 4,6 29,24
12	17	BASF AG	10	19	Allianz AG	2,7 2,7	11,9 11,9
13	12	Deutsche Bank AG		19	Allianz AG	0	13,1 13,1
14	13	Deutsche Lufthansa AG	10	19	Allianz AG	8,6 8,6	0
15	14	Metro AG	–	84	Franz Haniel & Cie. GmbH	0	18,68 18,68
16	6	E.ON AG	10	19	Allianz AG	3,6 3,6	6,4 6,4
17	18	RAG AG	9 11 16 90	8 11 6 –	RWE AG ThyssenKrupp AG E.ON AG Arcelor-Gruppe Deutschland	30,2 20,6 39,2 10 100	30 20,57 39,2 89,77

noch Tabelle III.16

Beteiligungsunternehmen			Anteilseigner				
Rang		Firma	Rang		Firma	Kapitalanteil (%)	
2004	2002		2004	2002		2004	2002
19	16	Bayer AG	10 20	19 15	Allianz AG Münchener Rückversiche- rungs-Gesellschaft AG	4,76 2,9 7,66	5,8 5,8
20	15	Münchener Rückversicherungs- Gesellschaft AG	10 38	19 67	Allianz AG Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG	9,4 9,97 19,37	22,4 13,2 35,6
21	21	MAN AG	10 13 20	19 12 15	Allianz AG Deutsche Bank AG Münchener Rückversicherungs- Gesellschaft AG	0,82 4,99 5,81	24,2 9,3 33,5
24	23	EADS-Gruppe Deutschland (EADS Deutschland GmbH)	3 72	1 81	DaimlerChrysler AG Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Betei- ligungsverwaltung mbH	30,2 30,2	33 1,177 34,177
26	34	Energie Baden- Württemberg AG	13	12	Deutsche Bank AG	 0	5,86 5,86
27	35	Continental AG	10	19	Allianz AG	0	7,7 7,7
36	37	Vattenfall-Gruppe Deutschland (Vattenfall Europe AG)	26	34	Energie Baden- Württemberg AG	 0	2,2 2,2
38	67	Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG	10 16 20	19 6 15	Allianz AG E.ON AG Münchener Rückversicherungs- Gesellschaft AG	 3,5 18,8 22,3	0,3 6,538 25,7 32,238
42	38	TUI AG	13	12	Deutsche Bank AG	4,82 4,82	4,843 4,843

noch Tabelle III.16

Beteiligungsunternehmen			Anteilseigner				
Rang		Firma	Rang		Firma	Kapitalanteil (%)	
2004	2002		2004	2002		2004	2002
45	33	Commerzbank AG	20	15	Münchener Rückversicherungs- Gesellschaft AG	5	10,5
			71	60	Generali-Gruppe Deutschland (AMB Generali Holding AG)	9,1	9,94
						14,1	20,44
47	47	Linde AG	10	19	Allianz AG	12,3	12,6
			13	12	Deutsche Bank AG	10	10,38
			45	33	Commerzbank AG	10,04	10,01
						32,07	32,99
51	62	Salzgitter AG	99	–	Norddeutsche Landes- bank Girozentrale	4,96	
						4,96	0
57	72	Schering AG	10	19	Allianz AG	12,2	12
			20	15	Münchener Rückversicherungs- Gesellschaft AG	2,3	
						14,5	12
58	54	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	2	3	Siemens AG	50	50
			7	9	Robert Bosch GmbH	50	50
						100	100
63	41	Nestlé-Gruppe Deutschland (Nestlé Deutschland AG)	10	19	Allianz AG		0,7
						0	0,7
65	44	MG Technologies AG	10	19	Allianz AG	10,1	12,8
			13	12	Deutsche Bank AG		9,02
						10,1	21,82
67	66	Axel Springer AG	13	12	Deutsche Bank AG		29,66
						0	29,66
69	-	EUROHYPO AG	10	19	Allianz AG	28,48	
			13	12	Deutsche Bank AG	37,72	
			45	33	Commerzbank AG	31,84	
						98,04	0
70	20	KarstadtQuelle AG	10	19	Allianz AG	7,56	13,7
						7,56	13,7

noch Tabelle III.16

Beteiligungsunternehmen			Anteilseigner				
Rang		Firma	Rang		Firma	Kapitalanteil (%)	
2004	2002		2004	2002		2004	2002
71	60	Generali-Gruppe Deutschland (AMB Generali Holding AG)	10	19	Allianz AG		9,5
			20	15	Münchener Rückversiche- rungs-Gesellschaft AG	5	5
						5	14,5
74	64	Wacker-Chemie GmbH	44	46	Sanofi Aventis-Gruppe Deutschland (über Hoechst AG)	49	49
						49	49
82	36	Bankgesellschaft Berlin AG	99	–	Norddeutsche Landes- bank Girozentrale	10	
						10	0
88	83	K+S AG	12	17	BASF AG	10	16,65
						10	16,65
–	52	Ruhrgas AG	9	8	RWE AG		3,5
			16	6	E.ON AG		38,5
			17	18	RAG AG		18,2
			39	65	Shell-Gruppe Deutschland (Shell Deutschland Holding GmbH)		13,04
			42	38	TUI AG		2,7
			49	61	Exxon-Mobil-Gruppe Deutschland (ExxonMobil Central Europe Holding GmbH)		13,04
							88,98
–	73	Südzucker AG	13	12	Deutsche Bank AG		4,9
							4,9
–	86	HOCHTIEF AG	9	8	RWE AG		49,5
			10	19	Allianz AG		5,8
			20	15	Münchener Rückversicherungs- Gesellschaft AG		3,4
			45	33	Commerzbank AG		1,7
							60,4
–	87	Beiersdorf AG	10	19	Allianz AG		43,6
							43,6
–	98	Fresenius AG	10	19	Allianz AG		4,87
			13	12	Deutsche Bank AG		3,32
							8,19

¹ In den Fällen, in denen anstelle einer Rangangabe ein Strich erscheint, befand sich das betreffende Unternehmen in dem Jahr nicht unter den „100 Größten“.

Quelle: Eigene Erhebungen

351. Die Daten aus der Tabelle III.16 in diesem Hauptgutachten sowie aus der Tabelle III.12 im Zwölften Hauptgutachten der Monopolkommission⁴⁵ können mit Hilfe einer Netzwerkanalyse die Tendenz zur Entflechtung veranschaulichen. Die Abbildungen III.1 und III.2 stellen die Kapitalverflechtungen deutscher Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ in Jahren 1996 und 2004 dar. Die Pfeile zeigen das Beteiligungsverhältnis zwischen zwei Unternehmen. Drei unterschiedliche Typen von Beteiligungen werden dargestellt: Finanz-Finanz-Beteiligungen (gelbe Pfeile), Industrie-Industrie-Beteiligungen (rote Pfeile) und Finanz-Industrie-Beteiligungen (orange Pfeile). Finanzdienstleister werden als gelbe Kreise und Industrie- und Handelsunternehmen als rote Kreise dargestellt. Die Linienstärke der Pfeile ist eine Funktion der Wertschöpfung des beteiligten Unternehmens und der Höhe der Beteiligung. Die Größe eines Kreises hängt von der Wichtigkeit (gemessen an der Wertschöpfung und der Anzahl der Beteiligungen) eines Unternehmens im Netzwerk ab.

352. Im Jahr 2004 ist das Netzwerk im Vergleich zum Jahr 1996 sehr viel „dünner“ geworden. Den 62 Unter-

nehmen aus der Abbildung III.1 stehen im Jahr 2004 nur 35 gegenüber. Auch die abnehmende Stärke der Pfeile zeigt deutlich die Tendenz zur Entflechtung. Der zu beobachtende Trend hat dennoch nicht alle Arten von Beteiligungen gleichermaßen beeinflusst. Wie aus den Abbildungen III.1 und III.2 ersichtlich ist, wurden meistens die Beteiligungen von Finanzdienstleistern an anderen Finanzdienstleistern sowie an Industrieunternehmen verkauft.

353. Die Industrie-Industrie-Verflechtungen der „100 Größten“ blieben zum größten Teil bestehen. Aus der Tabelle III.15 ergibt sich zwar eine relative Reduzierung der Beteiligungsfälle der Nichtfinanzdienstleister,⁴⁶ diese wurde dennoch hauptsächlich durch Fusionen zwischen den Industrieunternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ hervorgerufen. Das Netzwerk um die RAG AG scheint sich zum Beispiel in 2004 im Vergleich zu 1996 verkleinert zu haben, doch geschah dies durch Fusionen von Unternehmen innerhalb des Netzwerks (z. B. die VEBA AG und die VIAG AG; die BEW AG und die VEAG AG). Im Jahr 2004 beeinflusste zusätzlich die Übernahme der Ruhrgas AG durch die E.ON AG das Bild.

⁴⁵ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 1996/1997, a.a.O., S. 187.

⁴⁶ Die in Tabelle III.14 nicht aufgelisteten Unternehmen waren im Jahr 2004 an 33,3 Prozent und 1996 an 47,6 Prozent der Beteiligungsfälle involviert.

Abbildung III.1

Kapitalverflechtungen in Deutschland im Jahr 1996



Quelle: Lothar Krempel, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln

Abbildung III.2

Kapitalverflechtungen in Deutschland im Jahr 2004

Quelle: Lothar Krempel, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln

4.2.3.2 Ursachen der Kapitalentflechtung

354. Die Entflechtung – oder auch: die Auflösung der „Deutschland AG“ – wird maßgeblich auf die in den vergangenen Jahren beobachtbare Trennung der Finanzdienstleistungsunternehmen von ihren Industriebeteiligungen zurückgeführt. Diese Entwicklung hat ihre Ursache einerseits in der zunehmenden Globalisierung, andererseits (zum Teil damit zusammenhängend) mit institutionellen Veränderungen in Deutschland, wozu insbesondere eine Reform des Steuerrechts zu zählen ist, die Veräußerungsgewinne steuerfrei stellte, außerdem die Verabschiedung des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes (WpÜG) sowie eine steigende Liquidität auf den Finanzmärkten.

355. Die fortschreitende Globalisierung hat zu stärkerem internationalem Wettbewerb geführt, dem die Finanzdienstleister selbst, aber auch die von ihnen kontrollierten Industrieunternehmen, ausgesetzt sind. Dies kann durch den Eintritt von ausländischen Unternehmen auf den deutschen Markt und die Tätigkeit der deutschen Unternehmen im Ausland begründet werden. Die Globalisierung bewirkte vielfach – und insbesondere auch bei den Finanzdienstleistern – eine Konzentration auf ihr Kernge-

schäft. Hierfür waren die starken Beteiligungen hinderlich, da sie die Eigenkapitalmittel „sperrten“, die dringend gebraucht wurden, etwa um das in seiner Bedeutung gestiegene Investmentbanking, aber auch in jüngster Zeit das Privatkundengeschäft, auszubauen. Beide Geschäftsbereiche sind eng miteinander verbunden, denn das Investmentbankinggeschäft wird sehr stark von Börsenturbulenzen beeinflusst. Die Risiken von Einbrüchen in diesem Geschäftszweig können durch eine Stärkung des Privatkundengeschäfts kompensiert werden, wozu Kreditinstitute ebenfalls Finanzmittel benötigen, um international wettbewerbsfähig zu sein. Im Investmentbanking werden die Mittel für Übernahmen anderer Investmentbanken und im Privatkundengeschäft für den Ausbau eigener Filialnetze benötigt. Im Bereich Investmentbanking muss zusätzlich eine Unabhängigkeitsvoraussetzung gewährleistet sein: Bei der Durchführung von Fusions- und Übernahmetransaktionen muss eine Bank als neutraler Berater auftreten. Ist eine Bank an einem „Übernahmekandidaten“ beteiligt, wird sie es schwer haben, ein solches Mandat zu gewinnen. In diesem Fall wird der Auftrag mit großer Wahrscheinlichkeit an einen unabhängigen Finanzdienstleister vergeben. Bei den Versicherern spricht die Konzentration auf das Versicherungsgeschäft

und die Steuerung der Anlagerisiken für die Kapitalentflechtung.

356. Der starke internationale Wettbewerb hat deutsche Finanzdienstleister zudem veranlasst, höhere (im internationalen Vergleich jedoch nicht unübliche) Renditeziele ins Auge zu fassen. Ein Beispiel hierfür ist die Deutsche Bank AG, die sich das Erreichen einer Vorsteuerrendite in Höhe von 25 Prozent zum Ziel setzte. Die starke Fokussierung auf höhere Renditeziele blieb ebenfalls nicht ohne Auswirkungen. So wurden Kooperationen bzw. Verflechtungen mit anderen Finanzdienstleistungsunternehmen überdacht, die ursprünglich als Garantie für die Vergabe gegenseitiger Aufträge dienten. So waren etwa die Allianz AG und die Münchener Rück AG stark miteinander verflochten, was der Münchener Rück AG einen signifikanten Anteil der Rückversicherungsaufträge der Allianz AG verschaffte und letzterer einen möglichen Konkurrenten im eigenen Geschäftsfeld fern hielt. Ein zunehmender internationaler Wettbewerb und höhere Renditewünsche der Aktionäre führen nun dazu, dass Finanzdienstleister nach mehr Flexibilität streben und sich bei der Auftragsvergabe nach günstigsten Alternativen umschauen müssen. Zudem sprechen große Beteiligungen an sich sowie ihre bilanzielle Behandlung für alternative Anlageformen. So hatte der Börsencrash einen starken negativen Effekt auf die Bilanzen der Finanzdienstleister. Dabei spielte die bilanzielle Behandlung solcher Beteiligungen eine essentielle Rolle.⁴⁷ Drittens betreiben die Finanzdienstleister in letzter Zeit ein aktiveres Asset Management und streuen ihre Anlagen breit über mehrere Länder, um ein höheres Ergebnis im Asst Management-Segment zu erzielen.

357. Das Netzwerk aus Kapitalverflechtungen zwischen Kreditinstituten und der Industrie diene unter anderem der Steuerung ihrer Kreditrisiken. Als Großaktionäre wählten die Finanzdienstleister ihre Vertreter in den Aufsichtsrat, wodurch sie einen Einfluss auf Unternehmensstrategien erhielten. Außerdem hatten die Finanzdienstleister über den Aufsichtsrat einen guten Zugang zu unternehmensinternen Informationen. Diese direkte Kontrolle bei der Kreditvergabe scheint sich in letzter Zeit für

Banken nicht mehr zu rentieren. Erstens führt die zunehmende Internationalisierung dazu, dass nicht das gesamte Kreditrisiko kontrolliert werden kann (denn dazu müssten die Kreditinstitute auch große Anteile an ausländischen Unternehmen halten). Zweitens erleichtern höherer Wettbewerb sowie strengere Veröffentlichungsvorschriften die Steuerung von Kreditrisiken und machen Blockbeteiligungen zum Zwecke der Steuerung entbehrlich. So soll die zunehmende Konkurrenz auf den Gütermärkten eine disziplinierende Wirkung auf den Vorstand haben und das Risiko von Investitionen mit negativem Kapitalwert minimieren. Die neuen Offenlegungsvorschriften (z. B. durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), die internationalen Rechnungslegungsstandards und die neuen Transparenzstandards der Frankfurter Wertpapierbörse) ermöglichen den Zugang zu Informationen, die früher nur über private Kanäle verfügbar waren. Drittens sehen die neuen Eigenkapitalanforderungen für Kreditinstitute (Basel II) keine Begünstigungen für den Anteil der hinterlegungspflichtigen Eigenkapitalmittel für den bewilligten Kredit bei den bestehenden Verflechtungen mit dem Kreditnehmer vor.

358. Die Steuerreform ist eine der institutionellen Veränderungen im Inland, die einen großen Beitrag zur Auflösung des Netzwerks leistete. So trat im Jahr 2001 eine Steuerfreiheit für die aus Beteiligungsveräußerungen entstehenden Gewinne in Kraft. Dies ermöglichte den Unternehmen, „günstig“ erworbene Beteiligungen gewinnbringend und steuerfrei zu veräußern. Die Angst, dass diese Regelung in Zukunft (z. B. nach einem Regierungswechsel) aufgehoben werden könnte, hat die Unternehmen zusätzlich motiviert, die noch vorhandenen Steuervorteile auszunutzen und ihre Beteiligungen zu verkaufen.

359. Eine notwendige Bedingung für den Verkauf millionenschwerer Beteiligungen ist eine ausreichende Liquidität auf den Finanzmärkten. Wenn sich nämlich nicht genügend Käufer für Aktienpakete auf dem Markt finden, wird der Verkäufer dazu gezwungen, die Aktienpakete entweder stückweise an der Börse (also über einen längeren Zeitraum) oder außerbörslich zu veräußern. Ein Aktienverkauf über längere Zeit kann, von den Marktteilnehmern bemerkt, zu Kursabschlägen führen. Ein außerbörslicher Verkauf von Beteiligungen verursacht hingegen zusätzliche Transaktionskosten. Außerdem kann der Käufer in diesem Fall auf einer „Liquiditätsprämie“ bestehen, da er sich bei dem Kauf bereit erklärt, die Aktien auf dem illiquiden Markt zu halten. In jedem Fall führt die nicht ausreichende Liquidität zu sinkenden Gewinnmargen bei den Beteiligungsveräußerungen, was den Aktienverkauf weniger attraktiv macht. Die Veräußerung von Aktienblöcken geschieht in der Regel über eine Investmentbank. Diese übernimmt Aktien zu einem bestimmten Preis und platziert sie anschließend auf dem Markt in der Hoffnung, damit Gewinne zu erwirtschaften. Die letzten Aktienverkäufe haben gezeigt, dass genügend Nachfrage besteht, um mehrprozentige Beteiligungen auf einmal an der Börse zu verkaufen, ohne dass es dabei zu größeren Kursabschlägen kommt. So gelang es etwa dem Unternehmen Goldman Sachs, eine 25-prozentige Beteiligung an der

⁴⁷ Die meisten Finanzdienstleister aus dem Kreis der „100 Größten“ sind gelistete Unternehmen, die für die Erstellung eines Konzernabschlusses internationale Rechnungslegungsstandards – IFRS oder US GAAP – anwenden müssen (künftig: nur IFRS). Nach diesen beiden Rahmenwerken werden die finanziellen Vermögenswerte, die unter der Kategorie 'zur Veräußerung verfügbare Finanzinvestitionen' erfasst sind, zuerst zu Anschaffungskosten (SFAS 115.3 bzw. IAS 39.43) und anschließend mit deren Stichtagszeitwerten (SFAS 115.12 bzw. IAS 39.46) bewertet. Bei einer späteren Bewertung zum Stichtagszeitwert können sich vorübergehende bzw. nicht vorübergehende Wertaufholungen (der aktuelle Zeitwert steigt über die Anschaffungskosten) und vorübergehende bzw. nicht vorübergehende Wertminderungen (der aktuelle Zeitwert liegt unter den Anschaffungskosten) ergeben. Die Wertaufholungen (unabhängig von ihrer Art) sind erfolgsneutral im Eigenkapital zu erfassen. Das Gleiche ist auch für vorübergehende Wertminderungen vorgesehen. Die nicht vorübergehenden Wertminderungen müssen jedoch als außerplanmäßige Abschreibungen erfolgswirksam erfasst werden. Diese „asymmetrische“ Behandlung von zur Veräußerung verfügbaren Finanzinvestitionen schafft zusätzliche Anreize, Finanzmittel in einer anderen Form als in Blockbeteiligungen einzulegen.

MAN AG binnen Stunden auf dem Markt zu platzieren, was für eine ausreichende Markttiefe spricht.

360. Die vorherige Diskussion setzte implizit stets voraus, dass es Unternehmensinteressen (wie z. B. die Steuerung der Kreditrisiken) waren, die zu gegenseitigen Beteiligungen und damit zum Aufbau des Netzwerks führten. Neben der Möglichkeit, dass dafür auch politischer Druck verantwortlich sein könnte, stellt sich jedoch vor allem die Frage, ob nicht in erster Linie Managerinteressen dafür ursächlich waren. So findet sich in der Literatur das Argument, der hauptsächliche Zweck der komplexen Struktur aus Ring- und Überkreuzbeteiligungen sei die Abschottung der Unternehmen vor jeglicher externer Kontrolle, was dem Ziel eines wirksamen Managerschutzes in Deutschland diene.⁴⁸ Besonders wichtig aus Sicht der Unternehmensverwaltungen (und im Übrigen auch der Politik) ist der Schutz vor feindlichen Übernahmen. Aus Sicht der Manager besteht die Befürchtung darin, dass der neue Eigentümer die Unternehmensverwaltung auswechselt, da häufig der Grund für Übernahmen eine Unterbewertung am Markt ist, die sich durch strategische Reorganisation – und eben auch durch Einsetzen eines neuen Managements – beseitigen lässt und dem Käufer dann kräftige Kursgewinne verspricht. Die in den neunziger Jahren eingeführten Regelungen ermöglichen der Unternehmensverwaltung, zusätzliche Schutzmechanismen gegen feindliche Übernahmen zu ergreifen. Solche Mechanismen sind kostengünstiger als gegenseitige Verflechtungen und machen diese entbehrlich. So kann ein Unternehmen seit 1998 gemäß § 71 Aktiengesetz eigene Aktien im Wert von höchstens zehn Prozent des Grundkapitals aufgrund einer auf maximal 18 Monate befristeten Ermächtigung der Hauptversammlung zurückkaufen. Auch gewähren die Mitteilungspflichten nach § 21 Wertpapierhandelsgesetz einen mittelbaren Präventivschutz. Wichtige Abwehrmechanismen gegen feindliche Übernahmen werden jedoch vor allem durch das im Jahr 2002 in Kraft getretenen WpÜG geschaffen. Nach der Bekanntgabe der Übernahmeabsicht kann die Verwaltung des Zielunternehmens durch Informationspolitik (z. B. der Stellungnahme nach § 27 WpÜG) auf die Aktionäre einwirken. Das Management des Zielunternehmens kann zudem nach einem konkurrierenden Übernahmeangebot suchen. Die Abwehrmaßnahmen, wie die Ausgabe oder Rückkauf von eigenen Aktien sowie der Kauf oder Verkauf von Vermögensgegenständen, sind unter den in § 33 WpÜG aufgelisteten Voraussetzungen auch möglich. Dabei werden solche Handlungen erlaubt, die jedes ordentlich und gewissenhaft handelnde Management auch ohne Vorliegen eines Übernahmegebots unternommen hätte (§ 33 Abs. 1 WpÜG). Darüber hinaus ist besonders hervorzuheben, dass solche Abwehrmaßnahmen zulässig sind, denen der Aufsichtsrat der Zielgesellschaft zuge-

stimmt hat. Dabei spielt die Angst vor Arbeitsplatzabbau nach einer feindlichen Übernahme bei dem zur Hälfte mitbestimmten deutschen Unternehmen nicht die letzte Rolle.⁴⁹

4.2.3.3 Wettbewerbspolitische Folgen

361. Alles in allem hat die Kapitalentflechtung positive wettbewerbspolitische Folgen, da die Auflösung des Beteiligungsnetzwerks sehr wahrscheinlich den Wettbewerb zwischen den größten Industrieunternehmen intensivieren wird, ohne dabei Nachteile für das Finanzsystem zu verursachen. Ganz im Gegenteil: Kapitalentflechtungen sollten die Position von Finanzdienstleistern sogar stärken.

362. Der Hauptvorteil, der durch Kapitalentflechtungen entsteht, liegt in einer weniger abhängigen Unternehmensverwaltung. In einem Beteiligungsnetzwerk sind als Hauptaktionäre und Aufsichtsratsmitglieder Kunden, Lieferanten und Wettbewerber eines Unternehmens vertreten. Dies führte zu erheblichen Interessenkonflikten, da das vorhandene Einflusspotential nicht immer im Sinne des kontrollierten Unternehmens genutzt wurde. Die Beteiligungen von Industrieunternehmen an anderen Industrieunternehmen führten zur Abhängigkeit der Unternehmensverwaltung und zur Einstellung jeglicher Wettbewerbsaktivitäten (wie z. B. Expansion in komplementäre Geschäftsfelder, Unternehmenszukäufe etc.), die den Mitgliedern des Netzwerks hätten schaden können. Insbesondere Kreditinstitute als Aktionäre waren aufgrund von Interessenkonflikten befangen: Sie sollten gleichzeitig die Rolle der Kontrolleure in Aufsichtsgremien spielen, darüber hinaus die der Anbieter von Finanzdienstleistungen (Kreditvergabe) und sowie die der unabhängigen Berater. Die Rolle als Kreditgeber ist in dieser Hinsicht besonders wichtig. Banken gewähren Unternehmen einen Kredit und sind an der rechtzeitigen Tilgung und an Zinszahlungen interessiert. Um ihre Interessen als Kreditgeber zu wahren, haben sich Banken sehr risikoscheu bei der Ausübung des Stimmrechts für eigene Aktien sowie für Aktien der Depotkunden verhalten.⁵⁰ Erstens bevorzugen Banken Rücklagen gegenüber Ausschüttungen, da so mehr Geld im Unternehmen bleibt und dadurch das Kreditrisiko verringert werden kann. Niedrige Ausschüttungen sind einer der Gründe, weshalb deutsche Aktien im internationalen Vergleich weniger attraktiv waren, was wiederum zu höheren Eigenkapitalkosten für deutsche Unternehmen führte. Zweitens duldeten Kreditinstitutsvertreter in Aufsichtsräten kein risikofreundliches Verhalten bei der Investitionspolitik. Daher wurde weniger in die innovativen Projekte investiert, da diese in der Regel mit einem höheren Risiko verbunden sind.

⁴⁸ Vergleiche Adams, Michael, Die Usurpation von Aktionärsbefugnissen mittels Ringverflechtung in der „Deutschland AG“, in: Die Aktiengesellschaft, Jg. 39, 1994, S. 148 ff., 151 sowie Wenger, Ekkehard, Kapitalmarktrecht als Resultat deformierter Anreizstrukturen, in: Sadowski, Dieter/Czap, Hans/Wächter, Hartmut (Hrsg.), Regulierung und Unternehmenspolitik, Wiesbaden 1996, S. 419-458.

⁴⁹ Eine Pflicht zur Abgabe eines Angebots (§ 35 WpÜG) für alle Aktien der Zielgesellschaft bei dem Überschreiten der Kontrollschwelle (30 Prozent der Stimmrechte) kann auch zur Abschottung der Unternehmen vor externer Kontrolle führen.

⁵⁰ Vergleiche Monopolkommission, Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem, Sondergutachten 26, Baden-Baden 1998, Tz. 242.

363. Die Auflösung der Kapitalverflechtungen wird sehr wahrscheinlich die Rolle des Marktes für Unternehmenskontrolle stärken. Finanzdienstleister lösten mit dem Verkauf von mehrprozentigen Beteiligungen die „Block-Holder-Schranke“ auf. Da die Aktienpakete auf dem Markt verkauft wurden, sind diese Aktien jetzt breit über eine größere Anzahl von Anlegern gestreut.⁵¹ Dies führte zu einer weniger konzentrierten Aktionärsstruktur in der Industrie und im Handel sowie zur Auflösung eines geschlossenen Systems im Banken- und Versicherungssektor. Eine breitere Streuung des Aktienkapitals erhöht die Wahrscheinlichkeit, bei einer Unterbewertung feindlich übernommen zu werden, weil sich eine einfache Mehrheit durch die Aktienzukäufe auf dem „offenen“ Markt leichter erreichen lässt. Der Aufsichtsrat spielt zudem eine wesentliche Rolle bei Übernahmen. Da die Vertreter der Finanzdienstleister in den Aufsichtsräten, wie oben ausgeführt, oft mit Interessenkonflikten konfrontiert sind, würden diese gegen eine Übernahme stimmen, wenn die Gefahr besteht, einen Kunden im Finanzdienstleistungsgeschäft zu verlieren. Es ist fraglich, ob die Kapitalentflechtung per se zur Entstehung eines aktiven Marktes für Unternehmenskontrolle in Deutschland führen wird, weil die Anzahl von Unternehmen in Deutschland nach wie vor klein ist und nicht jedes Unternehmen als Übernahmekandidat zur Verfügung steht. Die breit gestreute Aktionärsstruktur sollte dennoch mindestens eine disziplinierende Wirkung auf das Management haben, da sie die Wahrscheinlichkeit erhöht, bei einer schlechten Unternehmensentwicklung feindlich übernommen zu werden.⁵² Solch eine „indirekte“ Marktkontrolle reduziert das Risiko von Subinvestitionen und führt zu einer Zunahme von innovativen Projekten, die mit höheren Ertragserwartungen verbunden sind.⁵³

364. Das Netzwerk aus gegenseitigen Beteiligungen hat das Problem der Informationsasymmetrien verstärkt. Sowohl die Menge als auch die Qualität von veröffentlichten Informationen ist eine Funktion der Offenlegungsvorschriften und der Nachfrage nach solchen Informationen. Die empirische Rechnungslegungsforschung hat gezeigt, dass die Offenlegungspflichten eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Veröffentlichung unternehmensspezifischer Informationen sind: Wenn keine (bzw. keine starke) Nachfrage nach Unternehmensangaben besteht, werden diese Daten von den Unternehmen auch nicht angeboten. Starke Kapitalverflechtungen verringern den Bedarf, Informationen über öffentlich zugängliche Berichte zu verbreiten, da Großaktionäre („Insider“⁵⁴) einen besseren Zugang zu Unternehmensdaten über private Kanäle (wie Aufsichtsratssitzungen und Telefonate mit dem Management) haben. Im Gegensatz zu Großaktionären können sich die Aktionäre, die kleine

Aktienpakete halten („Outsider“), keinen (bzw. keinen all zu guten) privaten Zugang zu den Informationen verschaffen und sind deswegen auf die öffentlich zugänglichen Quellen angewiesen. Dies verstärkt Informationsasymmetrien zwischen Firmen-Insidern und -Outsidern. Mit der Auflösung der konzentrierten Aktionärsstrukturen sind Unternehmen, wenn sie sich über den Finanzmarkt finanzieren wollen, auf eine größere Zahl von Aktionären angewiesen, die ihr Vermögen nur dem Unternehmen zur Verfügung stellen, das sie auch gut über die aktuelle Unternehmenslage informiert. Daher haben Unternehmen nach der Kapitalentflechtung stärkere Anreize, mehr Informationen über öffentliche Quellen zugänglich zu machen, was wiederum die Informationsasymmetrien zwischen Firmen-Insidern und -Outsidern verringern sollte und die Allokation des Kapitals auf den Finanzmärkten verbessert.

365. Die Kapitalentflechtung wird zusätzlich den Wettbewerb unter den Finanzdienstleistern intensivieren. Da eine kleine Anzahl von Finanzdienstleistern eine wichtige Aktionärsgruppe der vielen Industrieunternehmen repräsentierte, war die Unternehmensverwaltung bemüht, lukrative Finanzdienstleistungsgeschäfte an diese Finanzdienstleister zu vergeben. Deswegen wurden kleinere deutsche sowie ausländische Finanzdienstleister von einigen Finanzgeschäften (z. B. Aktienemissionen) ausgeschlossen.⁵⁵

366. Die Kapitalentflechtung wird sehr wahrscheinlich mehr Stabilität in den Finanzsektor bringen. Erstens müssen sich jetzt Finanzdienstleister einer stärkeren Marktkontrolle unterwerfen, da wegen des Verkaufs von gegenseitigen Beteiligungen das geschlossene System, bei dem sich die Finanzdienstleister selbst kontrolliert haben, nicht mehr existiert. Zweitens halten Finanzdienstleister zur Zeit nicht allzu große Aktienblöcke an Finanz- und Industrieunternehmen. Stattdessen streuen sie das Anlagerisiko auf eine Vielzahl von kleineren, leicht handelbaren Aktienpaketen (in der Regel kleiner als 5 Prozent). Drittens können Banken, wenn sie weniger Verbindungen zu Industrieunternehmen haben, die Rolle als unabhängige Berater mit heimischer Markterfahrung übernehmen und somit den Umsatz am Investmentbanking-Geschäft steigern.

4.2.3.4 Kritische Sicht der Ergebnisse

367. Wegen der oben aufgeführten Gründe scheint die Kapitalentflechtung für Finanzdienstleister mehrere wettbewerbspolitische Vorteile zu haben. Die Ergebnisse sollten jedoch vorsichtig betrachtet werden. Einige Tatbestände könnten die oben aufgeführten Vorteile der Kapitalentflechtung verringern. Die vorherige Diskussion betrachtete nur die Kontrolle aufgrund von Eigenbesitz. Nach der Kapitalentflechtung können Finanzdienstleister

⁵¹ Vergleiche Tz. 345.

⁵² Vergleiche Monopolkommission, Sondergutachten 26, a.a.O., Tz. 175.

⁵³ Ebenda, Tz. 170.

⁵⁴ Neben den Großaktionären gehört auch das Management eines Unternehmens zu den Firmen-Insidern.

⁵⁵ Vergleiche Monopolkommission, Sondergutachten 26, a.a.O., Tz. 240 ff.

dennoch auf andere Kontrollmechanismen, wie die Ausübung von Depotstimmrechten oder die Kontrolle durch noch vorhandene Aufsichtsratsmandate, zugreifen. Wenn es keine Kontrollmechanismen gibt, bleibt noch die Frage, ob der Rückzug von Finanzdienstleistern eine Corporate-Governance-Lücke hinterlassen könnte.

368. Die Kapitalentflechtung wird keine positiven wettbewerbspolitischen Folgen haben, wenn Finanzdienstleister weiterhin ihren Einfluss auf Unternehmensentscheidungen durch schon vorhandene Aufsichtsratsmandate bzw. Depotstimmen ausüben. Immer noch halten die Vertreter von Finanzdienstleistern Aufsichtsratsmandate in vielen Unternehmen, obwohl zur Zeit zwischen diesen Unternehmen zum überwiegenden Teil keine Kapitalverflechtungen bestehen. Dadurch können sie einen Einfluss auf die Unternehmenspolitik ausüben und haben Zugang zu vertraulichen Informationen. Im nächsten Abschnitt wird ausführlich über die noch bestehenden personellen Verflechtungen unter den „100 Größten“ berichtet. Da die Veränderungen der Kapitalverflechtungen zum großen Teil die Jahre 2004 und 2005 und die Veränderungen der personellen Verflechtungen meistens die Hauptversammlungen in den Jahren 2002 und 2003 betreffen, kann eine personelle Entflechtung erst zeitverzögert eintreten. Die Kapitalentflechtung wird deswegen keinen Effekt auf die bestehenden personellen Verflechtungen bis zu den Hauptversammlungen in den Jahren 2005 bzw. 2006 haben. Es ist im Vorfeld schwer abzuschätzen, ob Finanzdienstleistervertreter dann als Kontrolleure wiedergewählt werden.

369. Empirische Untersuchungen haben gezeigt, dass ein relativ großer Anteil der während der Hauptversammlungen vertretenen Stimmen von den Banken für ihre Depotkunden ausgeübt werden.⁵⁶ Depotkunden können dem Kreditinstitut eine Vollmacht für die Vertretung der im Bankdepot gehaltenen Aktien erteilen. Nach § 135 AktG muss eine Bank den Aktionär genau informieren, wie sie bei der Hauptversammlung abstimmen will, und um Hinweise für die Ausübung des Depotstimmrechtes bitten. Wenn keine Empfehlungen gegeben werden, darf das Kreditinstitut (begrenzt) im eigenen Sinne handeln. Das kann dazu führen, dass auch in Zukunft Finanzdienstleister die Unternehmenspolitik beeinflussen können und ihre Vertreter in den Aufsichtsrat gewählt werden. Es ist dennoch fraglich, ob Finanzdienstleister ohne jegliche Vermögensrechte (d.h. ohne eigene Beteiligung, die z. B. einen Anspruch auf Dividendenzahlungen ermöglicht) einen all zu großen Einfluss bei Verhandlungen haben werden.

370. Finanzdienstleister stellten eine wichtige Aktionärsgruppe in deutschen Industrieunternehmen dar, die über genaue Informationen der zu kontrollierenden Unternehmen verfügten und Kontrollfunktionen innehatten. Dabei spielten Finanzdienstleister eine wichtige Rolle in

dem deutschen Corporate-Governance-System.⁵⁷ Wenn Finanzdienstleister sich zur Zeit tatsächlich aus ihrer Kontrollfunktion zurückziehen, besteht die Gefahr, dass deutsche Unternehmen „regierungslos“ werden, da die entstandene Corporate-Governance-Lücke nicht von anderen Aktionären geschlossen werden kann. Die These, dass ein Kontrollvakuum entstehen könnte, lässt sich durch folgende Argumente abschwächen. Erstens wird der Rückzug von Kreditinstituten aus der Kontrolle nie vollständig sein, da Banken als Kreditgeber trotzdem eine Kontrollfunktion wahrnehmen müssen. Zweitens beginnen ausländische institutionelle Investoren (wie z. B. die Fondsgesellschaften) verstärkt, bei den Hauptversammlungen aktiv zu agieren und zu versuchen, sogar mit sehr geringen Anteilen ihre Interessen durchzusetzen. Drittens zeigen empirische Untersuchungen, dass der Markt insgesamt eine wichtige Rolle spielen kann. Investoren verkaufen ihre Unternehmensanteile, wenn sie mit Unternehmensentscheidungen unzufrieden sind. Dadurch sinkt der Unternehmenswert, was das Risiko erhöht, von einem anderen Unternehmen übernommen zu werden. Dies wiederum hat eine disziplinierende Wirkung auf das Management.

4.3 Personelle Verflechtungen

4.3.1 Methodische Vorbemerkungen

371. Die Untersuchung der personellen Verflechtungen erfolgte wie in den Vorperioden in erster Linie auf der Basis der Geschäftsberichte der „100 Größten“. Diejenigen Unternehmen, die keine Geschäftsberichte herausgeben und bei denen die Besetzung der Geschäftsführungen und Kontrollorgane nicht aus anderen Quellen zu entnehmen war, wurden aus der Analyse der personellen Verflechtungen ausgeschlossen. Im Jahr 2004 unterschieden 96 Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ zwischen Geschäftsführung (bzw. Vorstand) und einem Kontrollorgan (Aufsichtsrat, Verwaltungsrat, Gesellschafterausschuss, Vermittlungsausschuss, Unternehmensrat, etc.). Diese Unternehmen wurden 2004 ausnahmslos in die Untersuchung der personellen Verflechtungen einbezogen. Im Jahr 2002 konnte für 98 Unternehmen die Besetzung der Kontrollgremien festgestellt werden.

Die Befugnisse der Kontrollorgane unterscheiden sich in Abhängigkeit von der Rechtsform des Unternehmens und den Gesellschaftsverträgen. Dies macht nach Auffassung der Monopolkommission aber eine Betrachtung der personellen Verflechtungen nicht obsolet, weil es nicht in erster Linie auf die Befugnisse der Kontrollorgane ankommt, sondern auf ihre Eignung, auf hoher hierarchischer Ebene Kontakte zwischen Unternehmen herzustellen.

⁵⁶ Vergleiche unter anderen Monopolkommission, Hauptgutachten 1976/1977, a.a.O., Tz. 522 ff.

⁵⁷ Corporate Governance beschreibt eine Reihe von Mechanismen, die den Outsidern (nicht kontrollierenden Aktionären) helfen sollen, ihr Vermögen gegen die Enteignung durch Insider (Management und kontrollierende Aktionäre) zu sichern.

372. In diesem Abschnitt werden ausschließlich direkte personelle Verflechtungen berücksichtigt, bei denen eine oder mehrere Personen gleichzeitig den Geschäftsführungs- und Kontrollorganen von mindestens zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ angehören. Indirekte personelle Verflechtungen über Mandatsträger aus dritten Gesellschaften oder Tochterunternehmen werden wegen der damit verbundenen umfangreichen Erhebungs- und Auswertungsarbeiten nicht einbezogen.

373. Für eine Aufschlüsselung der Kontrollorgane nach Gruppen von Mandatsträgern wurden die Kategorien

- Geschäftsführungsmitglied eines anderen Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“,
- Repräsentant einer Bank bzw. einer Versicherung,
- Gewerkschaftsvertreter und
- Angestellter des Unternehmens

gebildet. Zu den Repräsentanten von Banken und Versicherungen gehören Vertreter von Instituten, die nicht zu den „100 Größten“ zählen, ehemalige Mitglieder der Geschäftsleitung von Unternehmen aus dem Berichtskreis, sofern sie noch dem Aufsichtsrat angehören, sowie Mitarbeiter der Banken bzw. Versicherungen aus dem Kreis der „100 Größten“. Bei den Gewerkschaftsvertretern handelt es sich um hauptamtliche Organisationsvertreter, die aufgrund der Mitbestimmungsgesetzgebung neben Arbeitnehmern aus dem Unternehmen die Arbeitnehmerseite in den Kontrollorganen vertreten.

374. Die Zuordnung der Mandatsträger zu den oben aufgeführten Kategorien und mithin die Ermittlung der personellen Verflechtungen war auf der Grundlage der den Geschäftsberichten zu entnehmenden Angaben nicht lückenlos möglich. In einigen Fällen fehlten Angaben über die Herkunft der Mitglieder eines Kontrollorgans, wobei Kapitalgesellschaften gemäß § 285 Nr. 10 HGB die Mitglieder der Geschäftsführung und des Kontrollorgans mit Angabe des ausgeübten Berufs und bei börsennotierten Unternehmen zusätzlich die Mitgliedschaft in anderen Aufsichtsräten und Kontrollgremien im Anhang angeben müssen. Für 2004 ließen die Daten wie in den Vorjahren daher auch keine weitergehende gruppenspezifische Aufschlüsselung – etwa nach Vertretern staatlicher Institutionen – zu. Soweit eine Zuordnung von Kontrollorganmitgliedern auf der Grundlage der Angaben im Geschäftsbericht nicht möglich war, wurde ergänzend das Handbuch „Leitende Männer und Frauen der Wirtschaft“ des Hoppenstedt-Verlages, Ausgaben 2003 und 2005, herangezogen. Die Gewerkschaftsvertreter wurden mit Unterstützung des Deutschen Gewerkschaftsbundes und einzelner Gewerkschaften ermittelt. Für einige Unternehmen konnten die Repräsentanten der Gewerkschaften nicht festgestellt werden.

4.3.2 Darstellung der personellen Verflechtungen zwischen den „100 Größten“

375. Die personellen Verflechtungen zwischen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ sind in Tabelle III.17 dargestellt. Hierbei wurde danach unterschieden, ob personelle Verbindungen bestanden

- durch Mitglieder der Geschäftsführung eines Unternehmens, die Kontrollmandate in anderen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ wahrnehmen, oder
- durch Mandatsträger, die gleichzeitig in mehreren Kontrollorganen tätig sind.

Im Jahr 2004 entsandten 34 Unternehmen (2002: 30 Unternehmen) aus dem Kreis der „100 Größten“ Mitglieder ihrer Geschäftsführung in die Kontrollorgane anderer Unternehmen aus diesem Kreis. Sie waren damit in den Kontrollorganen von 46 Unternehmen (2002: 49) aus dem Untersuchungskreis vertreten. Die Diskrepanz ist darauf zurückzuführen, dass die Geschäftsführungsmitglieder einiger Unternehmen, hier vor allem von Unternehmen aus dem oberen Bereich der Rangfolge sowie vier Banken und zwei Versicherungen, häufig mehrere Mandate gleichzeitig innehatten. Beispiele hierfür sind die Allianz AG mit neun, die Deutsche Bank AG mit acht, sowie die Siemens AG, die Volkswagen AG, die ThyssenKrupp AG, die E.ON AG und die Commerzbank AG, die 2004 durch Mitglieder ihrer Geschäftsleitung in jeweils fünf Kontrollorganen repräsentiert waren. Im Aufsichtsrat der Allianz AG waren dagegen 2004 nur ein, bei der Deutschen Bank AG zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ durch ein Geschäftsführungsmitglied vertreten.

376. Die zehn größten Unternehmen hatten 2004 über Geschäftsführungsmitglieder durchschnittlich drei bis vier Mandate (2002: vier bis fünf) in den Kontrollorganen anderer Unternehmen inne. Bereinigt um diejenigen Mandate, die zur mehrfachen Vertretung eines Unternehmens im Aufsichtsrat eines anderen führten, ergab sich für 2004 als durchschnittliche Anzahl der Unternehmen, in deren Kontrollorganen die zehn Größten vertreten waren, ein Wert von 3,0. Im Jahr 2002 hatte der Durchschnitt bei 3,8 gelegen. Ein Rückgang der Mandate der Vorstandsmitglieder ist bei der DaimlerChrysler AG (– 6), der Robert Bosch GmbH, der RWE AG, der Allianz AG (je – 3) und der Siemens AG (– 1) festzustellen. Eine zunehmende Aktivität in Aufsichtsorganen anderer Großunternehmen ist für den Vorstand der Deutschen Post AG (+ 2) und der Deutschen Telekom AG (+ 1) zu verzeichnen.

In den Aufsichtsräten der zehn wertschöpfungsgrößten Unternehmen saßen 2004 im Durchschnitt nur Vertreter von ein bis zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, 2002 waren es gleichfalls durchschnittlich ein bis zwei Geschäftsführungsmitglieder.

Tabelle III.17

**Die personellen Verflechtungen zwischen den hundert größten Unternehmen
2002 und 2004¹**

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Unternehmen ...		
			... in deren Kontrollorgane das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat	... die Mitglieder ihrer Geschäfts- führung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben ²	... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandats- träger in den Kontrollorganen personell verflochten ist
1	2004	Deutsche Telekom AG	1	2 (0)	16
2	2002		0	1 (1)	13
2	2004	Siemens AG	5	1 (1)	12
3	2002		6	2 (2)	12
3	2004	DaimlerChrysler AG	2	0	12
1	2002		8	0	11
4	2004	Volkswagen AG	5	3 (0)	9
4	2002		5	3 (0)	8
5	2004	Deutsche Post AG	3	0 (1)	8
5	2002		1	2	4
6	2004	Deutsche Bahn AG	2	3 (0)	4
7	2002		2	2 (0)	9
7	2004	Robert Bosch GmbH	1	0	5
9	2002		4	0	3
8	2004	Bayerische Motoren Werke AG	0	1 (0)	10
10	2002		0	2 (1)	8
9	2004	RWE AG	2	1 (1)	11
8	2002		5	1 (1)	12
10	2004	Allianz AG	9	1 (0)	18
19	2002		12	2 (0)	19
11	2004	ThyssenKrupp AG	5	0 (1)	20
11	2002		6	1	24
12	2004	BASF AG	1	3 (2)	11
17	2002		6	3 (2)	4
13	2004	Deutsche Bank AG	8	2 (0)	16
12	2002		7	3 (0)	13
14	2004	Deutsche Lufthansa AG	3	4 (3)	16
13	2002		3	2 (0)	14

noch Tabelle III.17

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Unternehmen ...		
			... in deren Kontrollorgane das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat	... die Mitglieder ihrer Geschäftsführung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben ²	... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandats-träger in den Kontrollorganen personell verflochten ist
15	2004	Metro AG	1	2 (0)	9
14	2002		0	2 (1)	9
16	2004	E.ON AG	5	1 (0)	21
6	2002		7	1 (1)	22
17	2004	RAG AG	1	3 (0)	8
18	2002		1	4 (1)	5
18	2004	Vodafone-Gruppe Deutschland (Vodafone D2 GmbH)	0	0	0
26	2002		0	0	0
19	2004	Bayer AG	2	3 (2)	17
16	2002		0	4 (2)	17
20	2004	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	2	4 (0)	10
15	2002		2	6 (1)	4
21	2004	MAN AG	1	4 (3)	7
21	2002		2	5 (3)	3
22	2004	General Motors-Gruppe Deutschland (Adam Opel AG)	0	1 (0)	1
22	2002		0	1 (0)	1
23	2004	SAP AG	2	1 (0)	0
30	2002		2	1 (0)	0
24	2004	EADS-Gruppe Deutschland (EADS Deutschland GmbH)	0	1 (0)	8
23	2002		0	1 (0)	5
25	2004	ZF Friedrichshafen AG	0	0	2
29	2002		0	0	0
26	2004	Energie Baden-Württemberg AG	0	0	0
34	2002		0	0	1
27	2004	Continental AG	0	1 (0)	8
35	2002		0	1 (0)	13
28	2004	IBM-Gruppe Deutschland (IBM Deutschland GmbH)	0	0	0
31	2002		0	0	2

noch Tabelle III.17

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Unternehmen ...		
			... in deren Kontrollorgane das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat	... die Mitglieder ihrer Geschäftsführung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben ²	... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandats-träger in den Kontrollorganen personell verflochten ist
29	2004	Landesbank Baden-Württemberg	1	0	1
53	2002		0	0	3
30	2004	DZ Bank AG	0	0	1
–	2002		–	–	–
31	2004	Aldi-Gruppe ³	0	0	0
–	2002		–	–	–
32	2004	REWE-Gruppe (Rewe Zentral AG)	0	0	0
28	2002		0	0	0
33	2004	Bertelsmann AG	0	1 (0)	7
32	2002		1	1 (0)	7
34	2004	Schwarz-Gruppe ³	0	0	0
–	2002		–	–	–
35	2004	Dr. Ing. h. c. F. Porsche AG	1	0	1
40	2002		0	0	3
36	2004	Vattenfall-Gruppe Deutschland (Vattenfall Europe Aktien- gesellschaft)	0	1 (0)	5
37	2002		0	2 (0)	4
37	2004	Bayerische Landesbank	1	0	0
–	2002		–	–	–
38	2004	Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG	2	1 (0)	13
67	2002		2	3 (0)	2
39	2004	Shell-Gruppe Deutschland (Shell Deutschland Holding GmbH)	0	0	1
65	2002		1	0	0
40	2004	TOTAL-Gruppe Deutschland (TOTAL Deutschland GmbH)	0	0	0
–	2002		–	–	–
41	2004	C. H. Boehringer Sohn KG	0	0	0
58	2002		0	0	0
42	2004	TUI AG	4	1 (0)	14
38	2002		5	2 (0)	17

noch Tabelle III.17

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Unternehmen ...		
			... in deren Kontrollorgane das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat	... die Mitglieder ihrer Geschäftsführung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben ²	... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandats-träger in den Kontrollorganen personell verflochten ist
43	2004	Roche-Gruppe Deutschland (Roche Diagnostics GmbH)	0	0	1
42	2002		0	0	1
44	2004	Sanofi Aventis-Gruppe Deutschland (Aventis Pharma Deutschland AG)	0	0	1
46	2002		0	0	2
45	2004	Commerzbank AG	5	4 (1)	13
33	2002		4	4 (0)	9
46	2004	Tengelmann Warenhandels-gesellschaft ³	0	0	0
27	2002		0	0	0
47	2004	Linde AG	0	3 (3)	15
47	2002		2	3 (2)	17
48	2004	Otto Group (Otto GmbH & Co. KG)	2	0	0
48	2002		2	0	1
49	2004	Exxon Mobil-Gruppe Deutschland (ExxonMobil Central Europe Holding GmbH)	0	1 (0)	1
61	2002		1	2 (0)	3
50	2004	BP-Gruppe Deutschland (Deutsche BP AG)	0	1 (0)	3
39	2002		0	1 (0)	2
51	2004	Salzgitter AG	0	3 (1)	2
62	2002		0	2 (0)	1
52	2004	Debeka-Gruppe (Debeka Lebensversicherungsverein a.G.)	0	0	0
69	2002		0	0	0
53	2004	Bilfinger Berger AG	0	2 (0)	6
–	2002		–	–	–
54	2004	Henkel KGaA	1	1 (0)	9
63	2002		0	0	8
55	2004	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	0	0	7
59	2002		0	1 (0)	3
56	2004	Ford-Gruppe Deutschland (Ford Werke GmbH)	0	0	2
25	2002		0	1 (1)	3

noch Tabelle III.17

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Unternehmen ...		
			... in deren Kontrollorgane das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat	... die Mitglieder ihrer Geschäftsführung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben ²	... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandats-träger in den Kontrollorganen personell verflochten ist
57	2004	Schering AG	0	3 (2)	10
72	2002		0	3 (2)	12
58	2004	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	0	2 (0)	0
54	2002		0	2 (0)	0
59	2004	Tchibo Holding AG	1	0	0
–	2002		–	–	–
60	2004	Altria-Gruppe Deutschland (Philip Morris GmbH und Kraft Foods Deutschland Holding AG)	0	0	0
50	2002		0	0	1
61	2004	Saint Gobain-Gruppe Deutschland	0	0	3
55	2002		0	0	6
62	2004	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland (Hewlett Packard Holding GmbH)	0	0	0
45	2002		0	0	0
63	2004	Nestlé-Gruppe Deutschland (Nestlé Deutschland AG)	0	0	2
41	2002		0	1 (1)	1
64	2004	Unilever-Gruppe Deutschland (Unilever Deutschland GmbH)	1	0	0
24	2002		1	0	0
65	2004	MG Technologies AG	0	1 (0)	10
44	2002		0	1 (0)	17
66	2004	Philips-Gruppe Deutschland (Philips Beteiligungs-GmbH)	0	0	0
68	2002		0	0	3
67	2004	Axel Springer AG	2	1 (0)	8
66	2002		1	1 (0)	9
68	2004	ABB Gruppe Deutschland (ABB AG)	0	2 (2)	2
56	2002		0	2 (2)	3
69	2004	EUROHYPO AG	0	2 (2)	4
–	2002		–	–	–
70	2004	KarstadtQuelle AG	0	1 (0)	4
20	2002		0	2 (0)	13

noch Tabelle III.17

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Unternehmen ...		
			... in deren Kontrollorgane das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat	... die Mitglieder ihrer Geschäftsführung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben ²	... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandats-träger in den Kontrollorganen personell verflochten ist
71	2004	Generali-Gruppe Deutschland (AMB Generali Holding AG)	0	1 (1)	1
60	2002		0	1 (1)	1
72	2004	Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsverwaltung mbH	0	0	0
81	2002		0	0	0
73	2004	Voith AG	1	0	14
77	2002		0	1 (0)	9
74	2004	Wacker-Chemie GmbH	1	0	2
64	2002		1	0	6
75	2004	Stadtwerke München GmbH	0	0	0
92	2002		0	0	0
76	2004	Adolf Würth GmbH & Co. KG	0	0	5
74	2002		0	0	5
77	2004	EDEKA Zentrale AG & Co. KG	0	0	0
70	2002		0	0	0
78	2004	Zürich Financial Services-Gruppe Deutschland (Zürich Beteiligungs-Aktiengesellschaft (Deutschland))	0	0	1
–	2002		–	–	–
79	2004	ALTANA AG	0	0	2
79	2002		0	0	4
80	2004	Carl Zeiss AG	0	1 (1)	5
43	2002		0	2 (1)	5
81	2004	PwC Deutsche Revision AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	0	0	0
57	2002		0	0	0
82	2004	Bankgesellschaft Berlin AG	0	1 (1)	1
36	2002		0	0	3
83	2004	Alcatel-Gruppe Deutschland (Alcatel Deutschland GmbH)	0	0	1
99	2002		0	0	3
84	2004	Stadtwerke Köln GmbH	0	0	0
85	2002		0	0	0

noch Tabelle III.17

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Unternehmen ...		
			... in deren Kontrollorgane das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat	... die Mitglieder ihrer Geschäftsführung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben ²	... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandats-träger in den Kontrollorganen personell verflochten ist
85 –	2004 2002	Infineon Technologies AG	0 –	4 (2) –	6 –
86 80	2004 2002	Freudenberg & Co.	0 0	0 0	6 6
87 91	2004 2002	KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	0 0	0 0	0 0
88 83	2004 2002	K+S AG	0 0	2 (1) 0	4 2
89 –	2004 2002	Procter & Gamble-Gruppe Deutschland (Procter & Gamble Holding GmbH)	0 –	0 –	0 –
90 –	2004 2002	Arcelor-Gruppe Deutschland (Arcelor AG)	0 –	0 –	5 –
91 –	2004 2002	Rhön-Klinikum AG	0 –	1 (1) –	0 –
92 78	2004 2002	Berliner Verkehrsbetriebe Anstalt des öffentlichen Rechts	0 0	0 0	1 2
93 88	2004 2002	EDEKA Minden-Hannover eG	0 0	0 0	0 0
94 –	2004 2002	Gerling-Konzern Versicherungs-Beteiligungs-AG	0 –	2 (0) –	4 –
95 –	2004 2002	DFS Deutsche Flugsicherung GmbH	0 –	0 –	0 –
96 –	2004 2002	Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland (H & M Hennes & Mauritz GmbH)	0 –	0 –	0 –
97 76	2004 2002	Miele & Cie. KG ³	0 0	0 0	0 0

noch Tabelle III.17

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Unternehmen ...		
			... in deren Kontrollorgane das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat	... die Mitglieder ihrer Geschäftsführung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben ²	... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandats-träger in den Kontrollorganen personell verflochten ist
98 –	2004 2002	HUK-COBURG (Haftplicht-Unterstützungs-Kasse kraftfahrender Beamter Deutschlands a.G. in Coburg)	0 –	0 –	3 –
99 –	2004 2002	Norddeutsche Landesbank Girozentrale	2 –	1 (0) –	0 –
100 95	2004 2002	Signal-Iduna-Gruppe (Signal Krankenversicherung a.G.)	0 0	0 0	0 0
– 49	2004 2002	ING BHF Bank AG	– 1	– 2 (0)	0
– 51	2004 2002	Rheinmetall AG	– 0	– 1 (0)	– 1
– 52	2004 2002	Ruhrgas AG	– 0	– (0) 3	– 8
– 71	2004 2002	ALSTOM-Gruppe Deutschland (ALSTOM GmbH)	– 0	– 0	– 0
– 73	2004 2002	Südzucker AG	– 0	– 0	– 5
– 75	2004 2002	Walter Bau AG	– 0	– 2 (1)	– 0
– 82	2004 2002	AXA-Gruppe Deutschland (AXA Konzern AG)	– 0	– 2 (0)	– 2
– 84	2004 2002	Franz Haniel & Cie. GmbH	– 0	– 0	– 1
– 86	2004 2002	HOCHTIEF AG	– 0	– 5 (1)	– 8
– 87	2004 2002	Beiersdorf AG	– 0	– 0	– 7
– 89	2004 2002	Spar Handels AG	– 0	– 0	– 0

noch Tabelle III.17

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Unternehmen ...		
			... in deren Kontrollorgane das genannte Unternehmen Mitglieder der Geschäftsführung entsandt hat	... die Mitglieder ihrer Geschäftsführung in das Kontrollorgan des genannten Unternehmens entsandt haben ²	... mit denen das genannte Unternehmen über sonstige Mandats-träger in den Kontrollorganen personell verflochten ist
– 90	2004 2002	STRABAG AG	– 0	– 0	– 0
– 93	2004 2002	Diehl Stiftung & Co.	– 0	– 0	– 0
– 94	2004 2002	Hamburger Sparkasse	– 0	– 0	– 2
– 96	2004 2002	Benteler AG	– 0	– 0	– 2
– 97	2004 2002	BayWa AG	– 0	– 0	– 1
– 98	2004 2002	Fresenius AG	– 0	– 0	– 0
– 100	2004 2002	Kreditanstalt für Wiederaufbau	– 2	– 0	– 16

¹ In den Fällen, in denen anstelle einer Rang- bzw. Zahlenangabe ein Strich erscheint, befand sich das betreffende Unternehmen in dem Jahr nicht unter den „100 Größten“. Die Aufsichtsgremien von Gruppen wurden aus deren zu ermittelnden Unternehmen in Klammern erfasst. Zu Anmerkungen, die Umfirmierungen und Umstrukturierungen von Unternehmen oder Konzernen betreffen, vgl. die Fußnoten zu Tabelle III.1.

² Die Zahl in Klammern gibt die Anzahl von Banken und Versicherungen an, die in der erstgenannten Zahl enthalten sind.

³ Für diese Unternehmen konnte 2002 und 2004 kein Kontrollorgan festgestellt werden.

Quelle: Eigene Erhebungen

377. Von den Unternehmen auf den Rängen 91 bis 100 war 2004 nur die Norddeutsche Landesbank Girozentrale mit zwei Geschäftsführungsmitgliedern in den Kontrollorganen anderer Unternehmen vertreten. Dagegen wurden von drei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ in den Kontrollorganen dieser Unternehmen vier Mandate ausgeübt; 2002 hatte kein Unternehmen Mandate inne. Der gegenüber 2002 eingetretene Wegfall der Anzahl der Aufsichtsräte, die von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ entsandt wurden, ist zum einen auf die Veränderung des Kreises der Unternehmen auf den letzten zehn Rängen zurückzuführen. So führte das Ausscheiden der ING BHF Bank AG und der Kreditanstalt für Wiederaufbau zu einer Minderung um drei Verbindungen dieser Kategorie. Weiterhin erklärt sich die entfallene Einbindung der Aufsichtsräte der Unternehmen auf den Rängen 91 bis 100 aus dem Wegfall der Stadtwerke München GmbH, Alcatel Gruppe Deutschland und

der KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft aus dieser Gruppe.

378. Die Gesamtzahl der Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder in den Kontrollorganen der „100 Größten“ betrug

2002	103,
2004	86.

Davon wiesen acht Banken und Versicherungen (2002: sieben) unter den „100 Größten“

2002	30	(29,13 Prozent),
2004	30	(34,88 Prozent)

Verflechtungen auf.

Somit nahm der Grad der Verflechtung über Geschäftsführungsmitglieder insgesamt ab, blieb aber bezogen auf diejenigen der Banken und Versicherungen zwischen

2002 und 2004 gleich.⁵⁸ Betrachtet man hingegen die letzten vier Hauptgutachten (1996: 101, 1998: 76, 2000: 64, 2002: 30 Verflechtungen der Finanzdienstleister über Geschäftsführungsmitglieder in den Kontrollorganen der „100 Größten“), zeigt sich wie bei den Kapitalverflechtungen eine deutlich abnehmende Rolle der Finanzdienstleister im Netzwerk der personellen Verflechtungen.⁵⁹ Zukünftig ist es von Interesse, ob der unveränderte Grad der Verflechtung der Finanzdienstleister durch eine zeitverzögerte Berichterstattung der personellen Verflechtungen⁶⁰ oder durch eine Strategie der Finanzdienstleister durch die Ausübung der Depotstimmrechte die Kontrolle über die Großunternehmen ohne Kapitalverflechtungen zu behalten, beeinflusst wird.

379. Wettbewerbspolitisch ist insbesondere relevant, ob Unternehmen durch personelle Verflechtungen zwischen Geschäftsführungen und Kontrollorganen miteinander verbunden sind, die wirtschaftliche Aktivitäten in denselben Wirtschaftszweigen aufweisen. Die Zuordnung zu einem Wirtschaftsbereich erfolgte entsprechend den Angaben in Tabelle III.1. Dabei ist zu beachten, dass die Aufzählung nicht in jedem Fall vollständig ist. Einige Unternehmen sind in zahlreichen Branchen vertreten, erwirtschaften in einigen aber nur geringe Umsätze. Für diese Unternehmen sind nur die hauptsächlichen Tätigkeitsgebiete angegeben. Dadurch können einige Fälle, in denen Unternehmen personell verflochten waren und deren Geschäftsbereiche sich überschnitten, unberücksichtigt geblieben sein. Grundsätzlich wurden bei den Industrieunternehmen die Großhandelsaktivitäten als gemeinsamer Wirtschaftszweig aus der Betrachtung herausgenommen, da diese Aktivitäten überwiegend dem Vertrieb selbst hergestellter Produkte dienen und die Unternehmen somit nicht als Großhändler miteinander in Konkurrenz stehen.

Im Berichtsjahr 2004 lagen zwölf Verflechtungen (2002: 17) dieser Art vor. In neun (2002: neun) Fällen war das den Geschäftsführer entsendende Unternehmen an der anderen Gesellschaft beteiligt. Acht (2002: neun) dieser Engagements überstiegen 10 Prozent. Im Folgenden sind alle personellen Verbindungen, sortiert nach dem Rang des entsendenden Unternehmens, aufgeführt. Der gemeinsame Wirtschaftszweig und gegebenenfalls die Höhe des Kapitalanteils sind in Klammern angegeben.⁶¹

⁵⁸ Der relative Anstieg bei Banken und Versicherungen bewirkte, dass der Anteil der Verflechtungen über Vertreter der einbezogenen Finanzinstitute an der Gesamtzahl der personellen Verbindungen wuchs. Zurückzuführen war dies bei einer Abnahme der Verflechtungen der Allianz AG, die 2002 mit zwölf Unternehmen personelle Beziehungen unterhielt, 2004 dagegen nur mit neun, auf geringfügige Veränderungen der Verflechtungen der Kreditinstitute. Dem Ausscheiden von drei Banken und einer Versicherung aus dem Berichtskreis standen die Aufnahme von vier Kreditinstituten und drei Versicherungen gegenüber.

⁵⁹ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 1996/1997, a.a.O., Tz. 290; dies., Hauptgutachten 1998/1999, a.a.O., Tz. 418; dies., Hauptgutachten 2000/2001, a.a.O., Tz. 361 sowie dies., Hauptgutachten 2002/2003, a.a.O., Tz. 521.

⁶⁰ Vergleiche Tz. 369.

⁶¹ Falls keine weiteren Erläuterungen gegeben werden, bezieht sich der Kapitalanteil auf die Beteiligung des erstgenannten am zweitgenannten Unternehmen.

- Siemens AG und BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH (Herstellung von elektrischen Haushaltsgeräten, 50 Prozent),
- DaimlerChrysler AG und EADS-Gruppe Deutschland (Luft- und Raumfahrzeugbau, 30,2 Prozent),
- Robert Bosch GmbH und BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH (Herstellung von elektrischen Haushaltsgeräten, 50 Prozent),
- RWE AG und RAG AG (Herstellung von chemischen Erzeugnissen und Energieversorgung, 30,2 Prozent),
- ThyssenKrupp AG und RAG AG (Metallerzeugung und -bearbeitung, 20,6 Prozent),
- ThyssenKrupp AG und TUI AG (Metallerzeugung und -bearbeitung sowie Maschinenbau),
- Deutsche Bank AG und EUROHYPO AG (Kreditgewerbe, 37,72 Prozent),
- E.ON AG und RAG AG (Herstellung von chemischen Erzeugnissen, Energieversorgung und Grundstücks- und Wohnungswesen, 39,2 Prozent),
- Bayer AG und Henkel KGaA (Herstellung von chemischen Erzeugnissen),
- Commerzbank AG und EUROHYPO AG (Kreditgewerbe 31,84 Prozent),
- Henkel KGaA und E.ON AG (Herstellung von chemischen Erzeugnissen),
- Norddeutsche Landesbank Girozentrale und Bankgesellschaft Berlin AG (Kreditgewerbe, 10 Prozent).

Gegenüber 2002 nahm die Zahl der personellen Verflechtungen zwischen Unternehmen desselben Wirtschaftszweiges deutlich ab. Der Rückgang personeller Verflechtungen zwischen Unternehmen in übereinstimmenden Wirtschaftszweigen resultiert sowohl aus der Veränderung des Kreises der hundert Größten als auch aus Umstrukturierungen in den Geschäftsführungsorganen der Großunternehmen. Unter den fünf neuen Verflechtungen sind drei Verbindungen den 2004 in den Berichtskreis eingetretenen Gesellschaften zuzurechnen. Von den zehn weggefallenen Unternehmensverbindungen entfielen fünf auf die ausgeschiedenen Unternehmen Rheinmetall AG, Ruhrgas AG und HOCHTIEF AG.

380. Die letzte Spalte der Tabelle III.17 gibt einen Überblick über die Zahl der Verflechtungen über sonstige gemeinsame Träger von Kontrollmandaten. Zwei Unternehmen gelten in diesem Sinne als personell verflochten, wenn eine Person, welche nicht bereits der Zählung in der vorletzten Spalte unterliegt, in den Kontrollorganen beider Unternehmen vertreten war. Danach waren 2004 67 der insgesamt 96 (2002: 83 von 98) Unternehmen, deren Kontrollorgane erfasst wurden, mit mindestens einem anderen Unternehmen verbunden. Nach dieser Abgrenzung betrug die Gesamtzahl der Verflechtungen⁶² zwischen Unternehmen

2002	243,
2004	233.

⁶² Hierbei zählte jede Verbindung, an der jeweils zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ beteiligt sind, einfach.

Die Periode 2000/2002 war durch einen Rückgang um 25 Verflechtungen oder 9,3 Prozent gekennzeichnet. Zwischen 2002 und 2004 nahmen die personellen Verbindungen über Mandatsträger um zehn oder 4,1 Prozent ab. Diese Entwicklung wurde wesentlich von der Gruppe der Geschäftsführungsmitglieder getragen, die erheblich seltener in den Kontrollgremien mehrerer Großunternehmen gleichzeitig tätig waren. In der Vorperiode war die Abnahme der Verflechtungen über Mandatsträger ebenfalls mit einem deutlichen Rückgang der Verbindungen der Geschäftsführungsmitglieder einhergegangen.

Die Abnahme der Verflechtungen über Mandatsträger ist nicht nur auf die Veränderung des Kreises der „100 Größten“ zurückzuführen. So wiesen die neu in den Kreis eingetretenen Gesellschaften 29, die ausgeschiedenen dagegen 53 derartige Verbindungen auf. In besonders starkem Maße verringerte sich die personelle Einbindung der Karstadt-Quelle AG (– 9), der MG Technologies AG (– 7), der Deutschen Bahn AG und der Continental AG (je – 5). Ein auffälliger Anstieg dieser Form der personellen Verbindung ist für die Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG (+ 11), die BASF AG (+ 7) und die Münchener Rückversicherungsgesellschaft AG (+ 6) zu verzeichnen. Die Anzahl anderer Großunternehmen, in deren Kontrollorgan Mitglieder des Aufsichtsrates der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG sitzen, wird vor allem durch die entsprechende Maßzahl der E.ON AG übertroffen – diese ist mit weiteren 20 Großunternehmen über Mandatsträger personell verbunden.

381. Die höchstmögliche Anzahl an Verflechtungen zwischen den „100 Größten“ beträgt 4 950 (jedes Unternehmen wäre dann mit jedem der anderen 99 Unternehmen verflochten). Der Anteil der bestehenden Kontakte über gemeinsame Mitglieder der Kontrollorgane an dieser Maximalzahl stellt ein Maß für den Grad der Verflechtungen dar und betrug

2002	4,9 Prozent,
2004	4,7 Prozent.

Dieser Verflechtungsgrad sank somit zwischen 2002 und 2004 um 0,2 Prozentpunkte. Dem ging bereits zwischen 2000 und 2002 ein Rückgang von 0,5 Prozentpunkten voraus. Zwischen 1998 und 2000 hatte es gleichfalls einen Rückgang von 1,5 Prozentpunkten gegeben.

382. Tabelle III.18 gibt die Anzahl der Unternehmen, gruppiert nach der Anzahl ihrer indirekten personellen Verflechtungen, wider. Auffällig ist bei einem Vergleich der Jahre 2002 und 2004 vor allem die Abnahme der Fälle, die in die Kategorie 1 bis 5 Verflechtungen fielen. Die Abnahme in dieser Kategorie ist bedingt auf den Wechsel von Unternehmen in höhere Klassifizierungsgruppen zurückzuführen, die Verbindungen von acht der 18 in den Kreis der „100 Größten“ neu eingetretenen Unternehmen wirken sich hier nicht maßgebend aus. Eine veränderte Kategorisierung aufgrund einer Reduktion der Verflechtungen erfuhren unter anderem die Karstadt-Quelle AG, die MG Technologies AG sowie die Deutsche Bahn AG und die Continental AG.

383. In Tabelle III.19 werden die personellen Verbindungen über gemeinsame Mitglieder in Kontrollgremien zwischen den – gemessen an ihrer Wertschöpfung – zehn größten Unternehmen dargestellt. Zusätzlich zu den Werten der Jahre 2002 und 2004 werden die entsprechenden Daten für 1970 ausgewiesen. Berücksichtigt wurden nur die Verflechtungen, die die zehn Unternehmen untereinander hatten. Bei maximal 45 Kontakten betrug der Verflechtungsgrad:⁶³

1970	40,0 Prozent,
2002	26,7 Prozent,
2004	28,9 Prozent.

⁶³ In Tabelle III.20 wird aufgrund der unternehmensweisen Darstellung jede Verbindung zweimal ausgewiesen.

Tabelle III.18

Häufigkeit der personellen Verflechtungen zwischen den hundert größten Unternehmen über Mandatsträger in den Kontrollorganen 2002 und 2004

Anzahl der Verflechtungen	Anzahl der Unternehmen	
	2004	2002
1 bis 5	34	41
6 bis 10	18	15
11 bis 15	9	9
16 bis 20	7	6
21 bis 25	0	2
über 25	0	0
Insgesamt	68	73

Quelle: Eigene Erhebungen

Tabelle III.19

**Die personellen Verflechtungen zwischen den zehn größten Unternehmen 1970, 2002 und 2004
über Kontrollorgane¹**

Rang			Unternehmen	Anzahl der Unternehmen, mit denen das genannte Unternehmen über Mandatsträger in den Kontroll- organen personell verflochten ist		
1970	2002	2004		1970	2002	2004
1	–	–	RAG AG	6	–	–
2	3	2	Siemens AG	6	2	3
3	4	4	Volkswagen AG	3	1	3
4	1	3	DaimlerChrysler AG	5	3	4
5	–	–	AEG AG	1	–	–
6	–	–	Hoechst AG	4	–	–
7	–	–	Thyssen AG	3	–	–
8	–	–	BASF AG	1	–	–
9	–	–	Bayer AG	3	–	–
10	8	9	RWE AG	4	2	3
–	2	1	Deutsche Telekom AG	–	5	3
–	5	5	Deutsche Post AG	–	2	2
–	7	6	Deutsche Bahn AG	–	3	1
–	–	10	Allianz AG	–	–	5
–	6	–	E.ON AG	–	3	–
–	9	7	Robert Bosch GmbH	–	1	2
–	10	8	Bayerische Motoren Werke AG	–	2	0
Insgesamt				36	24	26

¹ In den Fällen, in denen anstelle einer Rang- bzw. Zahlenangabe ein Strich erscheint, befand sich das betreffende Unternehmen in dem Jahr nicht unter den zehn größten Unternehmen.

Quelle: Eigene Erhebungen

Nachdem das Ausmaß der Unternehmenskontakte über Mitglieder in Kontrollorganen zwischen 2000 und 2002 erheblich gesunken war, stieg es im Zeitraum zwischen 2002 und 2004 wie bereits vorher zwischen 1998 und 2000, lag jedoch deutlich unter der Grenze von 1970. Ursächlich für diese Entwicklung ist die gleichmäßige Zunahme der Anzahl der berücksichtigten Verbindungen bei den Unternehmen aus der ersten Zehner-Ranggruppe. Allein die Volkswagen AG verzeichnete über gemeinsame Kontrollorganmitglieder zwei Verflechtungen mehr als 2002. Abgesehen von dem Ausscheiden der E.ON AG aus dem Kreis der zehn größten Unternehmen und dem Eintritt der Allianz AG blieb der Unternehmenskreis unverändert.

384. Eine Analyse der Zusammensetzung der Kontrollorgane der hundert größten Unternehmen erfolgt in Tabelle III.20. Soweit dies möglich war, wurden die Kontrollmandate den verschiedenen Gruppen von Mandatsträgern⁶⁴ zugeordnet. Die Anteile der Geschäftsführungsmitglieder von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ nahmen ab. Hinsichtlich der Mandate der Bankenvorstände aus diesem Personenkreis ist eine leichte Zunahme zu verzeichnen. Ein Rückgang erfolgte dagegen bei den Vertretern von Banken, die nicht dem Kreis der „100 Größten“ angehören.

⁶⁴ Vergleiche Tz. 373.

Das anteilmäßige Gewicht der einzelnen Gruppen hängt erheblich von dem Kreis der hundert größten Unternehmen ab, teilweise aber auch von den Veränderungen innerhalb der Unternehmensvorstände. Wechselt beispielsweise ein Vorstand in den Aufsichtsrat seines Unternehmens, so erfolgt die Zuordnung bei Banken und Versicherungen aus dem Kreis der „100 Größten“ zu den sonstigen Banken- und Versicherungsvertretern, bei allen anderen Unternehmen zu den nicht zuzuordnenden Mandatsträgern.

385. Die Vertreter der in Tabelle III.20 aufgeführten Gruppen hatten vielfach Mandate in den Kontrollorganen mehrerer Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ inne. So betrug für Geschäftsführungsmitglieder insgesamt die durchschnittliche Anzahl der wahrgenommenen Mandate 1,6 (2002: 1,8), die dazu gehörenden Geschäftsführungsmitglieder von Banken und Versicherungen nahmen im Durchschnitt 1,7 (2002: 1,9) Mandate wahr. Sonstige Vertreter von Banken und Versicherungen waren

in durchschnittlich 2,4 (2002: 2,1), Gewerkschaftsvertreter in 1,1 (2002: 1,1) Kontrollorganen vertreten.

Die höchste Zahl an Mandaten, die bei Vertretern der jeweiligen Gruppen gezählt wurde, betrug 2004 bei den Geschäftsführungsmitgliedern fünf (2002: sechs), bei den sonstigen Vertretern von Banken und Versicherungen fünf (2002: sieben) sowie bei den Gewerkschaftsvertretern vier (2002: drei) Mandate. Dabei verfügten 2004 ein (2002: vier) Geschäftsführungsmitglieder über fünf oder mehr Sitze in Kontrollorganen, bei den sonstigen Banken- bzw. Versicherungsvertretern waren es 2004 ein (2002: drei). Bei den nicht zuzuordnenden Mandatsträgern ist die Wahrnehmung mehrerer Mandate ebenfalls üblich. In diese Kategorie fallen unter anderem die ehemaligen Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder der „100 Größten“ oder Geschäftsführungsmitglieder von Unternehmen, die aus dem Berichtskreis ausgeschieden sind. Die maximale Anzahl ausgeübter Mandate betrug in dieser Kategorie im Berichtsjahr sieben (2002: sieben).

Tabelle III.20

**Aufschlüsselung der Mandatsträger in den Kontrollorganen der hundert größten Unternehmen
2002 und 2004 nach Gruppen**

Gruppenzugehörigkeit	Anteil an der Gesamtzahl der Mandate (%)	
	2004	2002
Mitglieder der Geschäftsführung von Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“, davon:		
Vertreter von Banken	5,9	6,9
Vertreter von Versicherungen	1,2	1,0
Vertreter	0,7	0,9
von Banken	1,6	2,3
von Versicherungen,	0,9	0,4
die nicht gleichzeitig in der Geschäftsführung eines Unternehmens der „100 Größten“ sind ¹		
Gewerkschaftsvertreter	11,1	12,1
Angestellte des Unternehmens (Betriebsrat, leitende Angestellte)	33,4	33,3
Nicht zuzuordnen	47,1	45,0
Insgesamt	100,0*	100,0
Gesamtzahl der Mandate	1.600	1.642

* Abweichungen durch Rundungsfehler.

¹ Hierzu zählen

- Vertreter von Banken oder Versicherungen, die nicht zu den „100 Größten“ gehören,
- ehemalige Geschäftsführungsmitglieder von Banken oder Versicherungen aus dem Kreis der „100 Größten“, sofern sie noch Mitglied des Aufsichtsrates sind, sowie
- nicht zur Geschäftsführung gehörende Mitarbeiter von Banken und Versicherungen aus dem Kreis der „100 Größten“.

Quelle: Eigene Erhebungen

4.4 Kooperationen im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen

4.4.1 Methodische Vorbemerkungen

386. Die Monopolkommission untersucht traditionell die Beteiligung der Großunternehmen an Gemeinschaftsunternehmen als wesentliche Form der Verflechtung. Im Rahmen der folgenden Untersuchung wird ein Gemeinschaftsunternehmen durch die direkte oder indirekte Kapitalbeteiligung von zwei oder mehr Unternehmen aus dem Kreis der jeweils in die Untersuchung einbezogenen Unternehmen mit je mindestens 25 Prozent gekennzeichnet. Die Bildung von Gemeinschaftsunternehmen unterliegt gemäß § 37 Abs. 1 Ziffer 3 Satz 3 GWB der Zusammenschlusskontrolle. Bei Vorliegen einer indirekten Beteiligung müssen die zwischengeschalteten Beteiligungsgesellschaften von dem betreffenden Unternehmen aus dem Betrachtungskreis beherrscht sein. In den Fällen, in denen eines der zwanzig größten Unternehmen Gemeinschaftsunternehmen eines anderen Unternehmens aus diesem Kreis war, blieben gemeinsame Tochtergesellschaften unberücksichtigt. Eine methodische Begrenzung besteht darüber hinaus dahingehend, dass nur Unternehmen mit Sitz im Inland berücksichtigt wurden.

387. Gegenstand der Betrachtung sind die gemessen an ihrer inländischen Wertschöpfung zwanzig größten Gesellschaften. Dieser Unternehmenskreis ermöglicht eine ausführliche Analyse der Unternehmensverbindungen über Gemeinschaftsunternehmen bei den Gesellschaften, die von dieser Kooperationsform ohnehin am häufigsten Gebrauch machen. Beispielsweise kann im Einzelnen aufgeschlüsselt werden, welche Unternehmen über Gemeinschaftsunternehmen zusammenarbeiten. Die Erhebungen zu den Gemeinschaftsunternehmen der zwanzig Größten werden durch eine Branchenanalyse ergänzt. In diesem Gutachten fiel die Wahl wiederum auf die gesamte Finanzdienstleistungswirtschaft (Kredit- und Versicherungsgewerbe). In den vorletzten drei Hauptgutachten der Monopolkommission waren nur die Institute der Kreditwirtschaft Gegenstand der Untersuchung.

388. Grundlage für die Ermittlung der Gemeinschaftsunternehmen sind im Allgemeinen die Geschäftsberichte der Großunternehmen, die Veröffentlichungen des Hoppenstedt Verlages „Companies & Sectors“ und „Handbuch der Großunternehmen“, Ausgabe 2004, 2005, sowie die Meldungen des Bundeskartellamtes über angezeigte Unternehmenszusammenschlüsse. Außerdem wurde auf die Konzernstrukturdatenbank, die Konzernstrukturgrafik-CD und die Firmendatenbank des Hoppenstedt Verlages zurückgegriffen. Bei voneinander abweichenden Angaben, die sich in Einzelfällen durch einen unterschiedlichen Stichtag der Berichterstattung ergaben, wurden stets die Angaben der Geschäftsberichte zugrunde gelegt.

389. Das verwendete Datenmaterial ließ keine lückenlose Erfassung aller Beteiligungen zu. In den Fällen, in denen keine vollständige, von den Unternehmen veröffentlichte bzw. hinterlegte Beteiligungsübersicht zur Ver-

fügung stand, musste auf die oben genannten Quellen zurückgegriffen werden, deren Vollständigkeit im Einzelnen nicht überprüft werden konnte.

4.4.2 Verflechtungen der zwanzig größten Unternehmen über Gemeinschaftsunternehmen

390. Die Analyse der Beteiligungen an den „100 Größten“ in Abschnitt 4.2 Anteilsbesitz an den „100 Größten“ hat gezeigt, dass zahlreiche Kapitalverflechtungen zwischen den betrachteten Großunternehmen bestehen. Von den zwanzig größten Unternehmen 2002 und 2004 war jedoch nur die RAG AG ein Gemeinschaftsunternehmen. Die E.ON AG verfügte über 39,2 Prozent und die RWE AG über 30,2 Prozent der Anteile. Unternehmen, an denen die RAG AG als Gemeinschaftsunternehmen aus dem Kreis der „20 Größten“ zusammen mit ihren Anteilseignern aus demselben Unternehmenskreis mit mehr als 25 Prozent beteiligt war, wurden ihrerseits nicht als Gemeinschaftsunternehmen gewertet. Anders verhält es sich bei denjenigen Unternehmen, die gemeinsam von Unternehmen aus dem Kreis der zwanzig Größten beherrscht wurden, allerdings selbst hintere Ränge belegten. Von den „100 Größten“ betraf dies nur die Bosch-Siemens Hausgeräte GmbH und 2004 außerdem die EUROHYPO AG.⁶⁵

391. Tabelle III.21 vermittelt einen Überblick über die Verflechtungen der zwanzig größten Gesellschaften über Gemeinschaftsunternehmen. 2004 bestanden bei 19 Unternehmen Beteiligungen an Gemeinschaftsunternehmen mit anderen Unternehmen aus diesem Kreis. Dabei zeigen sich bezüglich der Anzahl derartiger Beteiligungen erhebliche Unterschiede. Die meisten Gemeinschaftsunternehmen wies mit 34 die E.ON AG auf, gefolgt von der RWE AG mit 27 Beteiligungen an gemeinsamen Tochtergesellschaften. In vielen Fällen erstreckte sich die Zusammenarbeit mit anderen Großunternehmen auf mehrere gemeinsame Unternehmen. Beispielsweise war die E.ON AG mit sechs Unternehmen verflochten, wobei sie mit der RWE AG 26 Gemeinschaftsunternehmen hatte, mit der Deutschen Bahn AG und der ThyssenKrupp AG sowie der Deutschen Bank AG je zwei und mit der Allianz AG und der BASF AG je eins. Die höchste Anzahl an Verflechtungen wurde bei der Siemens AG ermittelt, die über insgesamt elf Gemeinschaftsunternehmen mit acht Gesellschaften unter den zwanzig Größten verbunden war. 2002 hatten bei diesem Unternehmen sieben Verflechtungen bestanden. An einem Gemeinschaftsunternehmen besaßen mehr als zwei Unternehmen aus dem Berichtskreis eine Beteiligung.

392. Insgesamt wurden 2004 75 (2002: 76) Gemeinschaftsunternehmen gezählt, an denen mindestens zwei Unternehmen aus dem Kreis der zwanzig Größten beteiligt waren. Die Anzahl gemeinsamer Tochterunternehmen nahm damit im Berichtszeitraum leicht ab. Hierfür

⁶⁵ Vergleiche Tabelle III.16.

war zum einen der Wechsel im Berichtskreis verantwortlich. Erstmals in den Kreis der zwanzig größten Unternehmen eingetreten ist allein die Vodafone-Gruppe Deutschland, die über keine Beteiligungen an Gemeinschaftsunternehmen verfügte. Aus dem Berichtskreis ausgeschieden ist die KarstadtQuelle AG, welche 2002 insgesamt fünf Beteiligungen an Gemeinschaftsunternehmen hielt. Weitere Veränderungen ergaben sich aus Neugründungen und Auflösungen von Gemeinschaftsunternehmen während des Berichtszeitraums. In der Summe kamen 28 Gemeinschaftsunternehmen hinzu, 29 entfielen.

393. Die Gesamtzahl der Verflechtungen⁶⁶ der „20 Größten“ über Gemeinschaftsunternehmen betrug

2002	37,
2004	35.

Berücksichtigt man, dass die theoretisch höchstmögliche Zahl der Verflechtungen zwischen den „20 Größten“ 190 beträgt (jedes der zwanzig Unternehmen wäre dann mit jedem der anderen 19 Unternehmen verflochten), dann stellt der Anteil der wahrgenommenen Möglichkeiten an

⁶⁶ Hierbei zählt jede Verbindung zwischen zwei Unternehmen einfach. Die höchstmögliche Zahl der Verflechtungen entspricht $n(n-1)/2$ mit n = Zahl der betrachteten Unternehmen.

dieser Maximalzahl ein Maß für den Grad der Verflechtung dar. Dieser Anteil betrug

2002	19,5 Prozent,
2004	18,4 Prozent.

Der Grad der Verflechtung über Gemeinschaftsunternehmen hat sich somit im Berichtszeitraum verringert.

Erstmals berücksichtigt wurden bei den Unternehmen, die in beiden Jahren zu den „20 Größten“ zählten, Gemeinschaftsunternehmen

- der Siemens AG und der Deutschen Bahn AG,
- der DaimlerChrysler AG und der ThyssenKrupp AG,
- der DaimlerChrysler AG und der Bayerische Motoren Werke AG,
- der Volkswagen AG und der Bayerische Motoren Werke AG,
- der Deutschen Bahn AG und der RWE AG,
- der Allianz AG und der ThyssenKrupp AG,
- der ThyssenKrupp AG und der RAG AG,
- der BASF AG und der E.ON AG sowie
- der RAG AG und der Bayer AG.

Tabelle III.21

Die Verflechtungen zwischen den zwanzig größten Unternehmen 2002 und 2004 über Gemeinschaftsunternehmen¹

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Beteiligungen an Gemeinschaftsunternehmen	Unternehmen, mit denen über Gemeinschaftsunternehmen zusammengearbeitet wird ²
1 2	2004 2002	Deutsche Telekom AG	2 9	Siemens AG DaimlerChrysler AG (Allianz AG) (Deutsche Bank AG) (Bayer AG) (Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG)
2 3	2004 2002	Siemens AG	11 10	Deutsche Telekom AG DaimlerChrysler AG Volkswagen AG (3) Deutsche Bahn AG Robert Bosch GmbH ThyssenKrupp AG (2) Deutsche Lufthansa AG Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG

noch Tabelle III.21

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Beteiligungen an Gemeinschaftsunternehmen	Unternehmen, mit denen über Gemeinschaftsunternehmen zusammengearbeitet wird ²
3 1	2004 2002	DaimlerChrysler AG	6 5	Deutsche Telekom AG Siemens AG Volkswagen AG (2) <i>Bayerische Motoren Werke AG</i> <i>ThyssenKrupp AG</i> Deutsche Bank AG
4 4	2004 2002	Volkswagen AG	6 3	Siemens AG (3) DaimlerChrysler AG (2) Deutsche Bahn AG <i>Bayerische Motoren Werke AG</i>
5 5	2004 2002	Deutsche Post AG	2 1	Deutsche Lufthansa AG (2)
6 7	2004 2002	Deutsche Bahn AG	9 7	<i>Siemens AG</i> Volkswagen AG <i>RWE AG</i> Deutsche Lufthansa AG E.ON AG (2) RAG AG (3) (Deutsche Bank AG)
7 9	2004 2002	Robert Bosch GmbH	1 2	Siemens AG (Deutsche Bank AG)
8 10	2004 2002	Bayerische Motoren Werke AG	1 0	<i>DaimlerChrysler AG</i> <i>Volkswagen AG</i>
9 8	2004 2002	RWE AG	27 24	<i>Deutsche Bahn AG</i> E.ON AG (26)
10 19	2004 2002	Allianz AG	11 9	<i>ThyssenKrupp AG</i> Deutsche Bank AG (4) Deutsche Lufthansa AG E.ON AG Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG (4) (Deutsche Telekom AG)
11 11	2004 2002	ThyssenKrupp AG	7 5	Siemens AG (2) <i>DaimlerChrysler AG</i> <i>Allianz AG</i> E.ON AG (2) <i>RAG AG</i>

noch Tabelle III.21

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Beteiligungen an Gemeinschaftsunternehmen	Unternehmen, mit denen über Gemeinschaftsunternehmen zusammengearbeitet wird ²
12 17	2004 2002	BASF AG	1 2	<i>E.ON AG</i> (Bayer AG)
13 12	2004 2002	Deutsche Bank AG	9 12	DaimlerChrysler AG Allianz AG (4) Metro AG E.ON AG (2) Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG (Deutsche Telekom AG) (Deutsche Bahn AG) (Robert Bosch GmbH) (Deutsche Lufthansa AG)
14 13	2004 2002	Deutsche Lufthansa AG	7 9	Siemens AG Deutsche Post AG (2) Deutsche Bahn AG Allianz AG Metro AG Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft (Deutsche Bank AG) (KarstadtQuelle AG)
15 14	2004 2002	Metro AG	2 3	Deutsche Bank AG Deutsche Lufthansa AG (KarstadtQuelle AG)
16 6	2004 2002	E.ON AG	34 31	Deutsche Bahn AG (2) RWE AG (26) Allianz AG <i>BASF AG</i> ThyssenKrupp AG (2) Deutsche Bank AG (2)
17 18	2004 2002	RAG AG ³	6 1	Deutsche Bahn AG (3) <i>ThyssenKrupp AG</i> <i>Bayer AG (2)</i>
18 –	2004 2002	Vodafone-Gruppe Deutschland	0 –	
19 16	2004 2002	Bayer AG	2 3	<i>RAG AG (2)</i> (Deutsche Telekom AG) (BASF AG)

noch Tabelle III.21

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Beteiligungen an Gemeinschaftsunternehmen	Unternehmen, mit denen über Gemeinschaftsunternehmen zusammengearbeitet wird ²
20 15	2004 2002	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	7 11	Siemens AG Allianz AG (4) Deutsche Bank AG Deutsche Lufthansa AG (Deutsche Telekom AG) (KarstadtQuelle AG)
– 20	2004 2002	KarstadtQuelle AG	– 5	(Deutsche Lufthansa AG) (Metro AG) (Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG)

¹ In den Fällen, in denen anstelle einer Rang- bzw. Zahlenangabe ein Strich erscheint, befand sich das betreffende Unternehmen in dem Jahr nicht unter den „20 Größten“. Angaben zu den Unternehmen, die Umfirmierungen oder Umstrukturierungen betreffen, können den Anmerkungen zu Tabelle III.1 entnommen werden.

² Unternehmen, mit denen nur 2002 eine Verbindung über Gemeinschaftsunternehmen bestand, sind in Klammern gesetzt, diejenigen, die 2004 als Kooperationspartner neu hinzugekommen sind, wurden kursiv gedruckt. Die Zahlenangaben in Klammern beziehen sich auf die Anzahl der Gemeinschaftsunternehmen mit dem jeweiligen Unternehmen 2004. Die Angaben in Spalte 4 lassen sich nicht aus der letzten Spalte ableiten, wenn an Gemeinschaftsunternehmen mehr als zwei Anteilseigner aus dem Kreis der „20 Größten“ beteiligt sind.

³ Die RAG AG ist ein Gemeinschaftsunternehmen der E.ON AG und der RWE AG. Gemeinsame Tochterunternehmen blieben daher unberücksichtigt. Quelle: Eigene Erhebungen

394. Hinsichtlich der Wirtschaftsbereiche, denen die Gemeinschaftsunternehmen angehören, erweisen sich Anlage- und Verwaltungsgesellschaften als die häufigste Kategorie: 24 Unternehmen waren in diesem Bereich tätig. Überdurchschnittlich häufig war mit 16 Unternehmen auch der sonstige Dienstleistungsbereich besetzt. Zehn Unternehmen zählten zum Energiesektor, sechs zum Verkehrswesen und vier zur Chemischen Industrie (ohne Pharma). Jeweils drei Gemeinschaftsunternehmen sind den Bereichen Kraftfahrzeuge und -teile und der Umwelt- und Entsorgungssparte zuzuordnen.

395. Die Gemeinschaftsunternehmen der Wirtschaftsbereiche Anlageverwaltung und sonstige Dienstleistungen haben größtenteils Obergesellschaften, welche in anderen Branchen tätig sind. Dagegen handelt es sich bei den Muttergesellschaften der Gemeinschaftsunternehmen im Energiesektor ausschließlich um Energieversorgungsunternehmen. Analog waren die in der Chemischen Industrie tätigen Gemeinschaftsunternehmen überwiegend Tochterunternehmen großer Chemiekonzerne.

396. Die vorherrschende Rechtsform bei den Gemeinschaftsunternehmen ist die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 2004 waren 55 (73 Prozent) der erfassten Gemeinschaftsunternehmen in dieser Form organisiert, je sieben waren Aktiengesellschaften und GmbH & Co. KG. Bei den verbleibenden Gemeinschaftsunternehmen han-

delte es sich in vier Fällen um Gesellschaften bürgerlichen Rechts, zwei waren offene Handelsgesellschaften.

4.4.3 Verflechtungen der Finanzdienstleistungsunternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ über Gemeinschaftsunternehmen

397. Unter den hundert Größten befanden sich 2004 17 (2002: 14) Finanzdienstleistungsunternehmen. Bis zur Berichtsperiode 1998/2000 waren lediglich die Kreditinstitute aus dem Kreis der „100 Größten“ in den Untersuchungskreis einbezogen worden. Die ING BHF Bank AG, die AXA-Gruppe Deutschland, die Hamburger Sparkasse und die Kreditanstalt für Wiederaufbau schieden aus dem Berichtskreis aus.⁶⁷ Von den 2002 erhobenen Gemeinschaftsunternehmen der Finanzdienstleistungsinstitute entfielen drei auf die aus dem Kreis der Großunternehmen ausgetretene ING BHF Bank AG und zwei auf die AXA-Gruppe Deutschland. Insgesamt waren zehn Gemeinschaftsunternehmen nicht mehr berichtsrelevant, an ihnen waren acht Institute des Berichtskreises von 2002 beteiligt.

In den Kreis der „100 Größten“ neu eingetreten sind die Bayerische Landesbank und die Norddeutsche Landes-

⁶⁷ Vergleiche Tz. 294.

bank Girozentrale, die bereits 2000 den hundert Größten angehörten, sowie die DZ Bank AG, die EUROHYPO AG, die Zurich Financial Services-Gruppe Deutschland, die Gerling Konzern Versicherungs-Beteiligungs-AG und die HUK-COBURG. Die EUROHYPO AG ist selbst ein Gemeinschaftsunternehmen der Allianz AG, der Deutschen Bank AG und der Commerzbank AG. Von den 19 neuen Gemeinschaftsunternehmen im Jahr 2004 hielten die in den Untersuchungskreis eingetretenen Finanzdienstleister Beteiligungen an insgesamt 14 Unternehmen.

398. Die Finanzwirtschaftsunternehmen aus dem Kreis der hundert Größten verfügten 2004 über 83 Beteiligungen an 40 gemeinsamen Gemeinschaftsunternehmen (2002: 65 an 31). Tabelle III.22 weist die Finanzdienstleistungsinstitute, die Anzahl der Beteiligungen an Gemeinschaftsunternehmen und die Kooperationspartner

aus. 13 Finanzdienstleister waren an mindestens einem Gemeinschaftsunternehmen beteiligt, wobei die Allianz AG mit 16, die Deutsche Bank AG mit 15 und die Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG mit 14 sowie die Commerzbank AG mit elf die meisten Beteiligungen hatten. Die Zusammenarbeit erfolgte mit einigen Partnern über mehrere gemeinsame Tochterunternehmen. So betrug die Anzahl der Verflechtungen bei der Deutschen Bank AG acht, der Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG sieben, der Allianz Allianz AG fünf, der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG und der Commerzbank AG jeweils vier und bei der Bankgesellschaft Berlin AG drei. Alle einbezogenen Finanzdienstleistungsunternehmen wiesen 2004 21 Verflechtungen auf. Dies lässt auf eine zunehmende Nutzungsintensität des Kooperationsinstruments Gemeinschaftsunternehmen in der Finanzdienstleistungsbranche schließen.

Tabelle III.22

Die Verflechtungen zwischen den Finanzdienstleistungsunternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ 2002 und 2004 über Gemeinschaftsunternehmen (GU)¹

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Beteiligungen an GU	Finanzdienstleistungsinstitute, mit denen über GU zusammengearbeitet wird ²
10 19	2004 2002	Allianz AG	16 9	Deutsche Bank AG (5) Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG (4) Bayerische Landesbank (2) Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG (2) Commerzbank AG (6)
13 12	2004 2002	Deutsche Bank AG	15 12	Allianz AG (5) Münchener Rückversicherungs-gesellschaft AG DZ Bank AG Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG Commerzbank AG (6) Zürich Financial Services-Gruppe Deutschland Bankgesellschaft Berlin AG Gerling Konzern Versicherungs-Beteiligungs-AG (Axa-Gruppe Deutschland)
20 15	2004 2002	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	14 10	Allianz AG (4) Deutsche Bank AG DZ Bank AG (5) Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG (2) Commerzbank AG Zürich Financial Services-Gruppe Deutschland Signal-Iduna-Gruppe (Axa-Gruppe Deutschland)

noch Tabelle III.22

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Beteiligungen an GU	Finanzdienstleistungsinstitute, mit denen über GU zusammengearbeitet wird ²
29 53	2004 2002	Landesbank Baden-Württemberg	0 0	
30 –	2004 2002	DZ Bank AG	6 –	Deutsche Bank AG Münchener Rückversicherungs- Gesellschaft AG (5)
37 –	2004 2002	Bayerische Landesbank	3 –	Allianz AG (2) Generali-Gruppe Deutschland
38 67	2004 2002	Bayerische Hypo- und Vereins- bank AG	6 10	Allianz AG (2) Deutsche Bank AG Münchener Rückversicherungs- Gesellschaft AG (2) Bankgesellschaft Berlin AG (Commerzbank AG) (ING BHF Bank AG)
45 33	2004 2002	Commerzbank AG	11 13	Allianz AG (6) Deutsche Bank AG (6) Münchener Rückversicherungs- Gesellschaft AG Generali-Gruppe Deutschland (Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG) (ING BHF Bank AG)
52 69	2004 2002	Debeka-Gruppe	0 0	
69 –	2004 2002	Eurohypo AG ³	0 –	
71 60	2004 2002	Generali-Gruppe Deutschland	2 1	Bayerische Landesbank Commerzbank AG
78 –	2004 2002	Zürich Financial Services- Gruppe Deutschland	2 –	Deutsche Bank AG Münchener Rückversicherungs- Gesellschaft AG
82 36	2004 2002	Bankgesellschaft Berlin AG	4 4	Deutsche Bank AG Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG Norddeutsche Landesbank Girozentrale (2)
94 –	2004 2002	Gerling Konzern Versicherungs- Beteiligungs-AG	1 –	Deutsche Bank AG
98 –	2004 2002	HUK-COBURG	0 –	

noch Tabelle III.22

Rang	Jahr	Unternehmen	Anzahl der Beteiligungen an GU	Finanzdienstleistungsinstitute, mit denen über GU zusammengearbeitet wird ²
99 –	2004 2002	Norddeutsche Landesbank Girozentrale	2 –	Bankgesellschaft Berlin AG (2)
100 95	2004 2002	Signal-Iduna-Gruppe	1 1	Münchener Rückversicherungs- Gesellschaft AG
– 49	2004 2002	ING BHF Bank AG	– 3	(Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG) (Commerzbank AG)
– 82	2004 2002	AXA-Gruppe Deutschland	– 2	(Deutsche Bank AG) (Münchener Rückversicherungs- Gesellschaft AG)
– 94	2004 2002	Hamburger Sparkasse	– 0	
– 100	2004 2002	Kreditanstalt für Wiederaufbau	– 0	

¹ In den Fällen, in denen anstelle einer Rang- bzw. Zahlenangabe ein Strich erscheint, befand sich das betreffende Institut in dem Jahr nicht unter den „100 Größten“ bzw. im Betrachtungskreis.

² Finanzdienstleistungsinstitute, mit denen nur 2002 eine Verbindung über GU bestand, sind in Klammern gesetzt, diejenigen Finanzdienstleister, die 2004 als Kooperationspartner neu hinzugekommen sind, wurden kursiv gedruckt. Die Zahlenangaben in Klammern beziehen sich auf die Anzahl der GU mit dem jeweiligen Unternehmen 2004. Die Angaben in Spalte 4 lassen sich nicht aus der letzten Spalte ableiten, wenn an Gemeinschaftsunternehmen mehr als zwei Anteilseigner aus dem Kreis der Finanzdienstleistungsinstitute beteiligt sind.

³ Die EUROHYPO AG ist ein Gemeinschaftsunternehmen der Allianz AG und der Deutschen Bank AG sowie der Commerzbank AG. Gemeinsame Tochterunternehmen blieben daher unberücksichtigt.

Quelle: Eigene Erhebungen

399. Setzt man die Anzahl der Verflechtungen zur Gesamtzahl möglicher Verbindungen in Beziehung, so erhält man den Grad der Verflechtungen. Die höchstmögliche Zahl an Verflechtungen zwischen den 17 Finanzdienstleistern beträgt 136. Jedes Institut wäre dann mit jedem anderen verbunden. Der Verflechtungsgrad lag bei:

2002 19,8 Prozent,

2004 15,4 Prozent.

Verglichen mit den entsprechenden Werten der zwanzig größten Unternehmen ergibt sich ein leicht geringerer Verflechtungsgrad des Finanzdienstleistungsbereichs.

400. Eine weiterhin intensive Kooperation ist zwischen der Deutschen Bank AG und der Commerzbank AG festzustellen. Die Deutsche Bank AG besaß 2004 sechs (2002: sieben) Gemeinschaftsunternehmen mit der Commerzbank AG. Die Letztgenannte hatte zudem sechs Gemeinschaftsunternehmen mit der Allianz AG, die mit der Deutschen Bank AG über fünf, mit der Bayerischen Landesbank und der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG über je zwei sowie mit der Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG über vier Unternehmen zusammenarbeitete, wobei Letztere wiederum mit der DZ Bank AG durch fünf und mit der Bayerischen Hypo- und Ver-

einsbank AG durch zwei Gemeinschaftsunternehmen verbunden war. Die Bankgesellschaft Berlin AG und die Norddeutsche Landesbank Girozentrale wiesen zwei Gemeinschaftsunternehmen auf. Zurück ging die Anzahl der Verflechtungen lediglich bei der Bayerischen Hypo- und Vereinsbank AG und der Commerzbank AG, vorwiegend aufgrund des Ausscheidens der ING BHF Bank AG aus dem Berichtskreis.

401. Die größte Gruppe der Gemeinschaftsunternehmen (19) war den Anlage- und Verwaltungsgesellschaften zuzurechnen, zwölf weitere den sonstigen Dienstleistungsunternehmen. Fünf Unternehmen waren im Kreditgewerbe tätig. Es zeigte sich, dass der überwiegende Teil der Gemeinschaftsunternehmen im finanzwirtschaftlichen Sektor angesiedelt war. Die übrigen vier Tochtergesellschaften zählten zu den Bereichen Versicherungsgewerbe, sonstige Waren und Kommunikation.

402. Von den Gemeinschaftsunternehmen hatten 28 oder 70,0 Prozent die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, acht oder 20,0 Prozent waren als Aktiengesellschaft organisiert. Verglichen mit den zwanzig Größten waren Gesellschaften mit beschränkter Haftung unter- und Aktiengesellschaften überdurchschnittlich häufig vertreten.

5. Die Beteiligung der „100 Größten“ an den dem Bundeskartellamt angezeigten Unternehmenszusammenschlüssen

403. Externes Wachstum stellt eine der wesentlichen Ursachen für Unternehmenskonzentration dar. Die Berichterstattung über die hundert größten Unternehmen wird daher mit einer Zusammenstellung der unmittelbaren und mittelbaren Beteiligung der jeweils „100 Größten“ an den vollzogenen Unternehmenszusammenschlüssen, die dem Bundeskartellamt nach § 39 Abs. 6 GWB anzuzeigen sind, abgeschlossen.⁶⁸ Während die vorhergehenden Abschnitte die Verflechtungen der größten Unternehmen untereinander behandelten, wird hier die Zusammenschlusstätigkeit dieser Gruppe insgesamt betrachtet und der Gesamtzahl der Fusionen in Deutschland gegenübergestellt.

404. In der Berichtsperiode 2004/05 waren die Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ insgesamt an 661 (2002/03: 950) vollzogenen Zusammenschlüssen beteiligt. In den Fällen, in denen mehr als ein Unternehmen aus dem Berichtskreis an einer Fusion teilnahmen, wurde diese jedem der Unternehmen zugerechnet. Gegenüber der vorhergehenden Berichtsperiode verminderte sich die Zahl der Fusionen unter Beteiligung der „100 Größten“ um 30,4 Prozent.

405. Die Gesamtzahl der dem Bundeskartellamt 2004/05 angezeigten Zusammenschlüsse betrug 2 207 und lag damit unter der entsprechenden Zahl für den Zeitraum 2002/03, in dem 2 449 Fusionen gemeldet worden waren. Die hundert größten Unternehmen waren an 30 Prozent aller Zusammenschlüsse beteiligt. Verglichen mit dem Anteilswert der Vorperiode von 39 Prozent ergibt sich

eine im Vergleich zur Gesamtheit aller Unternehmen verringerte Zusammenschlussaktivität der betrachteten Großunternehmen.

406. In Tabelle III.23 ist für jedes Unternehmen aus dem Berichtskreis die Zahl der Zusammenschlüsse, an denen es beteiligt war, angegeben.

2004/05 wuchsen 78 (2002/03: 89) der hundert größten Unternehmen extern. Durch besonders viele Engagements zeichneten sich wie in den Vorjahren die Unternehmen in der oberen Hälfte der Rangfolge aus. Ihre Zusammenschlussbeteiligungen summierten sich auf 399 oder 60,4 Prozent (2002/03: 675 oder 71,1 Prozent) aller Fusionen, die den „100 Größten“ zuzurechnen waren.

Unter den 25 größten Unternehmen befanden sich mit der Vodafone-Gruppe Deutschland und der ZF Friedrichshafen AG nur zwei Unternehmen, die keinen Zusammenschluss verzeichneten. Mit nur je einem vollzogenen Zusammenschluss hatten die Bayer AG und die SAP AG ebenfalls nur eine geringe Beteiligung der an in den Zuständigkeitsbereich des Bundeskartellamtes fallenden Fusionsaktivität.

An zehn und mehr Zusammenschlüssen waren insgesamt lediglich 19 (2002/03: 28) Unternehmen beteiligt. Erneut wiesen die RWE AG mit einer Beteiligung an 30 Zusammenschlussfällen und die E.ON AG mit einer Beteiligung an 27 Zusammenschlussfällen die höchste Fusionsaktivität unter den Großunternehmen auf. Allerdings hat sich die Zahl der auf diese beiden Unternehmen entfallenden Zusammenschlussfälle gegenüber der im Zeitraum 2002/03 (RWE AG: 94, E.ON AG: 87) erheblich vermindert. Dagegen verzeichneten die Bertelsmann AG mit 37 (2002/03: 28) und die Siemens AG mit 36 (2002/03: 34) eine Steigerung der Beteiligung an Zusammenschlüssen. Weit überdurchschnittlich war 2004/05 auch die Fusionsaktivität zweier Banken – der Bankgesellschaft Berlin AG (77 Zusammenschlussfälle) und der Norddeutschen Landesbank Girozentrale (67 Zusammenschlussfälle).

⁶⁸ Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden Anwendung, sofern die Umsatzerlöse der an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen weltweit insgesamt 500 Mio. Euro überschreiten und mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Mio. Euro erzielt hat (§ 35 Abs. 1 GWB).

Tabelle III.23

Beteiligung der „100 Größten“ an den dem Bundeskartellamt 2004 und 2005 angezeigten Zusammenschlüssen

Rang 2004	Unternehmen	Angezeigte Zusammenschlüsse
1	Deutsche Telekom AG	6
2	Siemens AG	36
3	DaimlerChrysler AG	18
4	Volkswagen AG	5
5	Deutsche Post AG	15
6	Deutsche Bahn AG	5

noch Tabelle III.23

Rang 2004	Unternehmen	Angezeigte Zusammenschlüsse
7	Robert Bosch GmbH	4
8	Bayerische Motoren Werke AG	12
9	RWE AG	30
10	Allianz AG	9
11	ThyssenKrupp AG	9
12	BASF AG	10
13	Deutsche Bank AG	10
14	Deutsche Lufthansa AG	7
15	Metro AG	9
16	E.ON AG	27
17	RAG AG	12
18	Vodafone-Gruppe Deutschland (Vodafone Group plc)	0
19	Bayer AG	1
20	Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG	4
21	MAN AG	3
22	General Motors-Gruppe Deutschland (General Motors Corporation)	6
23	SAP AG	1
24	EADS-Gruppe Deutschland (EADS Deutschland GmbH)	4
25	ZF Friedrichshafen AG	0
26	Energie Baden-Württemberg AG	8
27	Continental AG	0
28	IBM-Gruppe Deutschland (International Business Machines Corporation (IBM))	6
29	Landesbank Baden-Württemberg	14
30	DZ Bank AG	17
31	Aldi-Gruppe	0
32	REWE-Gruppe (REWE-Zentral AG)	11
33	Bertelsmann AG	37
34	Schwarz-Gruppe (Schwarz GmbH & Co. KG)	0
35	Dr. Ing. h. c. F. Porsche AG	1
36	Vattenfall-Gruppe Deutschland (Vattenfall AB)	8
37	Bayerische Landesbank	11
38	Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG	13
39	Shell-Gruppe Deutschland (Royal Dutch/Shell-Gruppe)	0

noch Tabelle III.23

Rang 2004	Unternehmen	Angezeigte Zusammenschlüsse
40	TOTAL-Gruppe Deutschland (TOTAL S.A.)	5
41	C. H. Boehringer Sohn KG	1
42	TUI AG	10
43	Roche-Gruppe Deutschland (Roche Holding AG)	0
44	Sanofi Aventis-Gruppe Deutschland (Sanofi-Aventis S.A.)	1
45	Commerzbank AG	3
46	Tengelmann Warenhandelsgesellschaft	3
47	Linde AG	4
48	Otto Group (Otto GmbH & Co. KG)	0
49	Exxon-Mobil-Gruppe Deutschland (Exxon Mobil Corp.)	2
50	BP-Gruppe Deutschland (BP PLC)	1
51	Salzgitter AG	1
52	Debeka-Gruppe (Debeka Lebensversicherungsverein a.G.)	0
53	Bilfinger Berger AG	9
54	Henkel KGaA	4
55	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	2
56	Ford-Gruppe Deutschland (Ford Motor Company)	3
57	Schering AG	1
58	BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	0
59	Tchibo Holding AG	2
60	Altria-Gruppe Deutschland (Altria Group, Inc.)	0
61	Saint Gobain-Gruppe Deutschland (Compagnie de Saint-Gobain S.A.)	3
62	Hewlett-Packard-Gruppe Deutschland (Hewlett-Packard Company)	8
63	Nestlé-Gruppe Deutschland (Nestlé S.A.)	1
64	Unilever-Gruppe Deutschland (Unilever N.V.)	0
65	MG Technologies AG (bzw. GEA Group AG)	11
66	Philips-Gruppe Deutschland (Koninklijke Philips Electronics N.V.)	1
67	Axel Springer AG	1
68	ABB-Gruppe Deutschland (ABB Asea Brown Boveri Ltd.)	0
69	EUROHYPO AG	2
70	KarstadtQuelle AG	7
71	Generali-Gruppe Deutschland (Assicurazioni Generali S.p.A.)	0
72	Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsverwaltung mbH (Freie und Hansestadt Hamburg)	4

noch Tabelle III.23

Rang 2004	Unternehmen	Angezeigte Zusammenschlüsse
73	Voith AG	6
74	Wacker-Chemie GmbH	0
75	Stadtwerke München GmbH	4
76	Adolf Würth GmbH & Co. KG	2
77	EDEKA Zentrale AG & Co. KG	7
78	Zürich Financial Services-Gruppe Deutschland (Zurich Financial Services AG)	1
79	ALTANA AG	2
80	Carl Zeiss AG	3
81	PwC Deutsche Revision AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	0
82	Bankgesellschaft Berlin AG	77
83	Alcatel-Gruppe Deutschland (Alcatel S.A.)	2
84	Stadtwerke Köln GmbH	4
85	Infineon Technologies AG	2
86	Freudenberg & Co.	5
87	KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft	0
88	K+S AG	2
89	Procter & Gamble-Gruppe Deutschland (The Procter & Gamble Company)	0
90	Arcelor-Gruppe Deutschland (Arcelor S.A.)	7
91	Rhön-Klinikum AG	7
92	Berliner Verkehrsbetriebe Anstalt des öffentlichen Rechts	1
93	EDEKA Minden-Hannover eG (EDEKA Minden-Hannover Holding GmbH)	0
94	Gerling-Konzern Versicherungs-Beteiligungs-AG	1
95	DFS Deutsche Flugsicherung GmbH	0
96	Hennes & Mauritz-Gruppe Deutschland (H & M Hennes & Mauritz AB)	1
97	Miele & Cie. KG	0
98	HUK COBURG (Haftpflicht-Unterstützungs-Kasse kraftfahrender Beamter Deutschlands a.G. in Coburg)	1
99	Norddeutsche Landesbank Girozentrale	67
100	Signal-Iduna-Gruppe (Iduna Vereinigte Lebensversicherung a.G. für Handwerk, Handel und Gewerbe)	0

Quelle: Eigene Berechnungen nach Angaben des Bundeskartellamtes

407. Bei einer Einteilung der Unternehmen in 25er-Ranggruppen ergibt sich, dass die 25 größten Unternehmen mit einem Anteil von 36,8 Prozent an mehr als einem Drittel der Zusammenschlüsse beteiligt waren (Tabelle III.24). Gegenüber dem Zeitraum 2002/2003 (51,4 Prozent) ist ihr An-

teil allerdings erheblich gesunken. Im unteren Viertel liegt der Anteil an der Gesamtzahl der Zusammenschlüsse der Großunternehmen bei 29,0 Prozent. Dies entspricht einer Steigerung um 17,3 Prozentpunkte gegenüber dem vorherigen Berichtszeitraum.

Tabelle III.24

**Häufigkeit der Beteiligungen der Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ 2004
an Unternehmenszusammenschlüssen 2004/2005 nach Ranggruppen**

Rang	Angezeigte Zusammenschlüsse	Anteil (%)
1 bis 25	243	36,8
26 bis 50	156	23,6
51 bis 75	70	10,6
76 bis 100	192	29,0
Insgesamt	661	100,0

Quelle: Eigene Erhebungen nach Angaben des Bundeskartellamtes

Kapitel IV

Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle

1. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen

1.1 Überblick über die Amtspraxis

408. Auch in diesem Berichtszeitraum ging das Bundeskartellamt im Rahmen der Missbrauchsaufsicht in verschiedenen Verfahren gegen marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen vor. Dabei gewinnt die Anwendung europäischen Rechts zunehmend an Bedeutung. Kennzeichnend für die Missbrauchsaufsicht ist, dass sie oft bereits im Stadium der kartellbehördlichen Untersuchung Wirkung entfaltet. So haben die betroffenen Unternehmen in einigen Fällen ihr missbräuchliches Verhalten bereits im Vorfeld einer Missbrauchsverfügung aufgegeben, so dass die entsprechenden Verfahren eingestellt werden konnten.

409. Ein Schwerpunkt der Arbeit des Bundeskartellamtes in der Missbrauchsaufsicht liegt nach wie vor im Energiesektor. Das Bundeskartellamt hat ein Verfahren gegen E.ON und RWE wegen des Verdachts auf missbräuchliche Einpreisung des Preises für CO₂-Zertifikate in die Strompreise eröffnet und eine Untersagungsverfügung gegen E.ON Ruhrgas in Sachen langfristige Gaslieferverträge erlassen. Zu zwei Missbrauchsverfügungen des Bundeskartellamtes aus dem letzten Berichtszeitraum der Monopolkommission liegen inzwischen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) vor.

410. Im ersten Fall hat das Bundeskartellamt der Mainova, dem Betreiber des Stromnetzes der Stadt Frankfurt, in einer Missbrauchsverfügung untersagt, zwei Arealnetzbetreibern den Anschluss an ihr Mittelspannungsnetz zu verweigern.¹ Die Monopolkommission hat diese Entscheidung begrüßt.² Auch das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf hat die Beschwerde der Mainova gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes abgelehnt.³ Die Rechtsbeschwerde der Mainova vor dem BGH wurde ebenfalls abgewiesen.⁴ Der BGH bestätigte in seinem Beschluss, dass die Mainova ihre marktbeherrschende Stellung nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB dadurch missbraucht habe, dass sie zwei Arealnetzbetreibern den Zugang zu ihrem Mittelspannungsnetz verweigert hat.

411. Im zweiten Fall hat das Bundeskartellamt eine Missbrauchsverfügung wegen überhöhter Netznutzungs-

entgelte der Stadtwerke Mainz erlassen.⁵ Der Beschluss wurde vom OLG Düsseldorf wegen materieller Rechtsfehler – aus Sicht der Monopolkommission ungerechtfertigterweise⁶ – aufgehoben.⁷ Allerdings hat der BGH den Beschluss des OLG wiederum aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung an das OLG zurückverwiesen.⁸ Das Bundeskartellamt hatte unter Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts den Stadtwerken Mainz eine Erlösobergrenze gesetzt. Der BGH bestätigt in seiner Entscheidung, dass es grundsätzlich zulässig sei, eine Erlösobergrenze festzusetzen. Das OLG hatte dies für unzulässig erklärt, da eine Erlösobergrenze auf eine dem Kartellamt gesetzlich nicht zustehende präventive Preiskontrolle hinauslaufe und damit eine regulierende Wirkung entfalte. Auch die Wahl der RWE Net als Vergleichsunternehmen ist nach Ansicht des BGH zulässig, obwohl RWE Net deutlich größer und vertikal stärker integriert ist als die Stadtwerke Mainz. Allerdings könne insbesondere dann, wenn der Verfügung der Vergleich mit nur einem einzigen Unternehmen zugrunde liege, der wettbewerbsanaloge Preis nicht nur durch geschätzte Zu- und Abschläge ermittelt werden. Vielmehr müsse die Unsicherheit der schmalen Vergleichsbasis durch eine um so größere Präzision bei der Ermittlung des Vergleichspreises und die Einbeziehung eines Sicherheitszuschlages ausgeglichen werden. Da das OLG die Ermittlung der Zu- und Abschläge des Bundeskartellamtes im Rahmen des Erlösvergleiches der RWE Net mit den Stadtwerken Mainz in seinem Beschluss nicht geprüft hat, sieht sich der BGH außerstande, abschließend zu beurteilen, ob die für das Vergleichsunternehmen ermittelten Zahlen für den Vergleich der Erlöse hinreichende Aussagekraft besitzen. Er verweist den Fall deshalb in der Sache zurück an das Beschwerdegericht. Der BGH weist zudem darauf hin, dass die Entgelte der Stadtwerke Mainz nicht bereits dann als missbräuchlich überhöht anzusehen seien, wenn die RWE Net nach den korrigierenden Zu- und Abschlägen sowie dem Sicherheitszuschlag niedrigere Entgelte als die Stadtwerke Mainz fordern. Da der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ein Unwerturteil enthalte, bedürfe es zudem eines „Erheblichkeitszuschlages“, d. h. die Erlöse pro Leitungskilometer der Stadtwerke Mainz müssten auch nach Berücksichtigung des Sicherheitszuschlages immer noch erheblich über denen der RWE Net liegen.

¹ BKartA, Beschluss vom 8. Oktober 2003, B11-12/03, WuW/E DE-V 811, GETEC net.

² Vergleiche Monopolkommission, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden 2005, Tz. 587 ff.

³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2004, VI-Kart 35/03 (V), WuW/E DE-R 1307, GETECnet.

⁴ BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KVR 27/04, WuW/E DE-R 1520, Arealnetz.

⁵ BKartA, Beschluss vom 17. April 2003, B11-38/01.

⁶ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 563 ff.

⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. März 2004, VI-Kart 18/03 (V), WuW/E DE-R 1439, Stadtwerke Mainz.

⁸ BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KVR 17/04, WuW/E DE-R 1513, Stadtwerke Mainz.

412. Im Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt ein Missbrauchsverfahren gegen die Deutsche Post AG durchgeführt und dem Unternehmen mit Beschluss vom 11. Februar 2005 untersagt, Konsolidierern den Teilleistungszugang und die entsprechenden Teilleistungsrabatte zu verweigern. Die Monopolkommission hat sich dazu in ihrem Sondergutachten zur wettbewerblichen Entwicklung auf den Postmärkten geäußert.⁹ Schließlich hat das Amt erneut Verfahren wegen des Verdachts von Verkäufen unter Einstandspreisen im Handel geführt.

1.2 Missbrauchsaufsicht im Energiesektor

413. Aufgrund der drastisch gestiegenen Strom- und Gaspreise stand die Missbrauchsaufsicht über die Strom- und Gaswirtschaft in den letzten Monaten im Zentrum des öffentlichen Interesses. Im Strombereich hat das Bundeskartellamt gegen E.ON und RWE ein Verfahren wegen des Verdachts der missbräuchlichen Einpreisung von CO₂-Zertifikaten in die Strompreise eröffnet. Im Gasbereich befasste sich das Bundeskartellamt unter anderem mit der Missbräuchlichkeit langfristiger Gaslieferverträge. Nachdem eine einvernehmliche Lösung mit den gasimportierenden Unternehmen im September 2005 gescheitert war, ging das Amt im Januar 2006 mit einer Untersagungsverfügung an die E.ON Ruhrgas AG gegen die Praxis langfristiger Gaslieferverträge vor.¹⁰

414. Am 13. Januar 2006 hat das Bundeskartellamt der E.ON Ruhrgas AG mitgeteilt, dass die Gaslieferverträge des Unternehmens mit Weiterverteilern in ihrer Kombination aus langfristiger Bezugsverpflichtung und hohem Grad an tatsächlicher Bedarfsdeckung gegen europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht verstoßen, und dem Unternehmen diese Praxis der Vertragsgestaltung untersagt. Nach der Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes ist es der E.ON Ruhrgas AG verboten, Gaslieferverträge mit Weiterverteilern abzuschließen, die bei einer Bedarfsdeckung von mehr als 50 Prozent eine Vertragslaufzeit von mehr als vier Jahren haben. So genannte Quasigesamtbedarfsdeckungsverträge, die mehr als 80 Prozent des tatsächlichen Bedarfs eines Gasweiterverteilers umfassen, dürfen eine Vertragslaufzeit von zwei Jahren nicht überschreiten. Dabei sind mehrere Lieferverträge zwischen der E.ON Ruhrgas als Lieferanten und ihren Kunden als ein Vertrag zu betrachten.

415. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes verstoßen die Lieferverträge zwischen E.ON Ruhrgas und den Gasweiterverteilern gegen Artikel 81 EGV, da sie den zwischenstaatlichen Handel auf einem schwer zugänglichen Markt beeinträchtigen und eine erhebliche Marktabschottungswirkung entfalten. Als relevanten Markt legt das Bundeskartellamt den Markt für die Erstbelieferung von Regional- und Ortsgasunternehmen mit Gas für den Vertriebsbedarf im Netzgebiet von E.ON Ruhrgas zugrunde.

Nicht erfasst von dieser Marktabgrenzung sind die Lieferbeziehungen von E.ON Ruhrgas zu anderen, nichtimportierenden Ferngasgesellschaften und großen Endkunden sowie zu weiterverteilenden Gasunternehmen, soweit es sich dabei um die Belieferung mit Kraftwerksgas handelt.

416. Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes sind 70 Prozent der im Netzgebiet von E.ON Ruhrgas ansässigen Regional- und Ortsgasunternehmen zum Bezug einer Liefermenge verpflichtet, die jeweils 100 Prozent ihres Gesamtbedarfs umfasst. Weitere 6 Prozent der Lieferverträge haben Liefermengen von mehr als 80 Prozent des Bedarfs der Weiterverteiler zum Gegenstand, so dass insgesamt mehr als 75 Prozent der Lieferverträge als Gesamtbedarfsdeckungs- bzw. Quasigesamtbedarfsdeckungsverträge anzusehen sind. Alle diese Verträge weisen Laufzeiten von mehr als vier Jahren auf. Nach Ansicht des Bundeskartellamtes schränken die langfristigen Bezugsbindungen die Chancen aktueller und potentieller Wettbewerber für einen verstärkten Marktauftritt erheblich ein, da das Nachfragepotential des jeweiligen Weiterverteilers für die Laufzeit des Vertrages ausfällt.

417. Eine erhebliche Abschottungswirkung würde sich nach Ansicht des Amtes auch dann ergeben, wenn man bei der Marktabgrenzung nicht auf das Netzgebiet von E.ON Ruhrgas abstellen, sondern eine bundesweite Marktabgrenzung zugrunde legen würde. Bundesweit sind ca. 75 Prozent aller Lieferverträge zwischen den Ferngasunternehmen und Gasweiterverteilern über Liefermengen oberhalb von 80 Prozent des Bedarfs und über lange Laufzeiten abgeschlossen worden. Die wettbewerbsbeschränkende Abschottungswirkung der Lieferverträge von E.ON Ruhrgas ergibt sich in diesem Fall aus der Tatsache, dass sie zu einem Bündel weitestgehend gleichartiger Verträge auf dem relevanten Markt gehören.

418. Die betroffenen Langfristverträge von E.ON Ruhrgas sind nach Auffassung des Amtes auch nicht gemäß Artikel 81 Abs. 3 EGV vom Verbot des Artikel 81 Abs. 1 EGV ausgenommen. Eine Freistellung nach der Vertikal-GVO scheitert schon daran, dass der Anteil von E.ON Ruhrgas auf dem relevanten Markt sowohl bei netzbezogener als auch bei bundesweiter Marktabgrenzung die in Artikel 3 Abs. 1 Vertikal-GVO festgelegte Obergrenze für die Freistellung von 30 Prozent überschreite.

419. Auch die Voraussetzungen für eine individuelle Freistellung liegen nach Ansicht des Amtes nicht vor. Nach Artikel 81 Abs. 3 EGV müssen die langfristigen Bezugsvereinbarungen unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass hierfür unerlässliche Beschränkungen auferlegt oder Möglichkeiten zum Ausschalten des Wettbewerbs eröffnet werden. Als Rechtfertigung ihrer Vertragspraxis macht E.ON Ruhrgas in diesem Zusammenhang ihre eigenen unbedingten Bezugsverpflichtungen beim Gasimport geltend. Die langfristigen Gasimportverträge auf Take-or-Pay-Basis seien aus Gründen der Versorgungssicherheit für die Gaskun-

⁹ Vergleiche Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien, Sondergutachten 44, Baden-Baden 2006, Tz. 15 ff.

¹⁰ BKartA, Beschluss vom 13. Januar 2006, B8-113/03, WuW/E DE-V 1147, E.ON Ruhrgas.

den in Deutschland notwendig und trügen zu einem niedrigeren Preisniveau und einer sachgerechten Risikoverteilung bei.

420. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes trägt diese Argumentation jedoch nicht. Zum einen sei die Versorgungssicherheit nicht berührt, da die Untersagung nicht auf die Importverträge von E.ON Ruhrgas abziele, sondern lediglich auf die nachfolgende Handelsstufe. Darüber hinaus sei eine Beteiligung der Verbraucher an dem wirtschaftlichen Vorteil der Vertragsgestaltung nicht gegeben. Zwar könne es sein, so das Bundeskartellamt, dass Ferngasgesellschaften für längere Laufzeiten günstigere Preise gewährten. Dem stünde allerdings gegenüber, dass das gegenwärtige Preisniveau auf abgeschotteten Märkten basiere und damit sowohl nach ökonomischer Theorie als auch nach wirtschaftlicher Erfahrung insgesamt marktunüblich hoch sei.

421. Schließlich sei die langfristige Bindung der Abnehmer auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Risikoverteilung gerechtfertigt. Zweifel bestünden zunächst daran, in welchem Umfang Importmengen überhaupt langfristig und auf der Basis von Take-or-Pay bezogen werden müssten. Darüber hinaus ist es nach Auffassung des Bundeskartellamtes nicht erforderlich, auf der Bezugsseite bestehende Risiken nahezu spiegelbildlich weiterzugeben. Es liege vielmehr in der Natur der Sache, dass ein Händler dem Risiko ausgesetzt sei, die fest eingekaufte Ware abzusetzen. Zweitens sei zu berücksichtigen, dass ein langfristiger Bezug von Gas für die Ferngasunternehmen nicht zwingend als ein reines Absatzrisiko zu bewerten sei, sondern ihnen vielmehr langfristig den Zugang zu den Beschaffungsquellen sichere und Planungssicherheit bezüglich ihrer Einkaufspreise biete. Drittens schließlich seien die Take-or-Pay-Klauseln in Importverträgen nicht streng zu verstehen. Die Klauseln können Schwankungsbreiten umfassen und eine jahresübergreifende Betrachtung vorsehen. Außerdem könne im Falle von Absatzrückgängen nachverhandelt werden, denn auch der Produzent habe kein Interesse, auf der Take-or-Pay-Verpflichtung zu bestehen, wenn das überschüssige Gas andernfalls billig in den deutschen Markt gegeben würde und dies bei der nächsten Preisrevision auf ihn zurückschlagen würde.

422. Die Monopolkommission teilt grundsätzlich die Auffassung des Bundeskartellamtes, dass die langfristigen Bezugsbindungen der Gasweiterrverteiler eine erhebliche Abschottungswirkung entfalten. Gasweiterrverteiler werden durch Lieferverträge mit Gesamtbedarfsdeckungsklauseln langfristig an ihren bisherigen Lieferanten gebunden und fallen als potentielle Kunden für neue Anbieter aus. Die Ermittlungen des Bundeskartellamtes belegen, dass das durch langfristige Verträge dem Wettbewerb entzogene Nachfragevolumen der Gasweiterrverteiler auch quantitativ ein derartiges Ausmaß hat, dass der Marktzugang für die Wettbewerber effektiv verschlossen wird. Die marktabschottende Wirkung der langfristigen Bezugsbindungen droht die mit der Liberalisierung der Gaswirtschaft verbundene Wettbewerbszielsetzung zu konterkarieren. Selbst ein funktionsfähiger Netzzugang,

der neue Marktteilnehmer in die Lage versetzt, Endkunden Gas zu konkurrenzfähigen Bedingungen anzubieten, bliebe wettbewerblich wirkungslos, wenn es keine Abnehmer für die Konkurrenzangebote gibt. Insofern ist das vom Bundeskartellamt verfügte Verbot des Abschlusses langfristiger Gesamtbedarfsdeckungsverträge unter Wettbewerbsgesichtspunkten zu begrüßen.

423. Gleichwohl besteht aus ökonomischer Sicht ein konzeptionelles Problem darin, dass mit einem nachträglichen Eingriff der Wettbewerbsbehörde in die Vertragsverhältnisse auch nachteilige Wirkungen auf die Anreizstruktur der importierenden Ferngasunternehmen verbunden sein können. Die zwischen den Gasfördergesellschaften und den importierenden deutschen Ferngasunternehmen abgeschlossenen Take-or-Pay-Verträge mit ihren langfristigen Mengenbezugsbindungen für die Ferngasgesellschaften dienen aus ökonomischer Sicht dazu, das für beide Vertragspartner mit den langfristigen, kapitalintensiven und vertragsspezifischen Investitionen zur Gasförderung und zum Gastransport verbundene Risiko zu senken und dadurch die Investitionsbereitschaft zu erhöhen. Das auf der Bezugsseite aus den Take-or-Pay-Verpflichtungen resultierende Mengenrisiko konnten die importierenden Ferngasgesellschaften durch langfristige Lieferverträge auf der Abnehmerseite reduzieren. Sofern keine anderen Möglichkeiten zur Absicherung des Mengenbezugsrisikos bestehen, ist es daher nicht völlig auszuschließen, dass das Verbot langfristiger Lieferverträge zwischen den Ferngasunternehmen und den Gasweiterrverteiler eine nachteilige Wirkung auf die Investitionsbereitschaft und die Bereitschaft der Ferngasunternehmen, neue langfristige Importverträge abzuschließen, hat. Nach Ansicht der Monopolkommission wäre eine umfassende Auseinandersetzung des Bundeskartellamtes mit dieser grundlegenden Problematik der Abwägung zwischen Wettbewerbsförderung und möglichen nachteiligen Effekten auf die Investitionsbereitschaft der Ferngasunternehmen wünschenswert gewesen.

1.3 Verkäufe unter Einstandspreis

424. In ihrem Koalitionsvertrag sieht die jetzige Bundesregierung vor, den Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis grundsätzlich zu untersagen. Dazu heißt es im Abschnitt Verbraucherpolitik: „Der teilweise ruinöse Preiswettbewerb, insbesondere im Lebensmitteleinzelhandel, belastet vor allem kleine und mittlere Betriebe. Das bestehende Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis schafft nur bedingt Abhilfe, da das gelegentliche Anbieten von Waren unter Einstandspreis erlaubt bleibt. Die Bundesregierung wird das Kartellrecht novellieren, um den Verkauf von Lebensmitteln unter Einstandspreis grundsätzlich zu untersagen.“¹¹ Die Monopolkommission spricht sich dagegen für eine Abschaffung des Verbots von Untereinstandspreisen in allen Bereichen, nicht nur im Lebensmittelbereich, aus.

¹¹ „Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit“, Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD vom 11. November 2005, S. 112.

Untereinstandspreise von Fotoarbeiten und Markenartikeln beim Verkauf von Drogeriewaren

425. Im Folgenden werden zwei Verfahren vorgestellt, in denen das Bundeskartellamt gegen Verkäufe unter Einstandspreis bei Drogeriewaren vorgegangen ist. Das erste der beiden Verfahren gegen die Drogeriemarktkette Schlecker bzw. ihren Eigentümer wurde im Sommer 2005 abgeschlossen und ist mittlerweile bestandskräftig. Dabei ging es um das Angebot von Fotoarbeiten unter Einstandspreis. Konkret wurde in zwei Zeiträumen im Jahre 2004 von der Drogeriemarktkette angeboten, online übermittelte Bilddateien im Format 10 x 15 bzw. 9 x 13 zu einem Preis von 9 Cent bzw. 7 Cent pro Abzug zuzüglich einer Bearbeitungsgebühr von 69 Cent abzuziehen. Diese Preise sind nach Berechnungen des Bundeskartellamtes nur für Bestellungen bis zu maximal fünf bzw. zehn Abzügen kostendeckend. Die Kosten jedes weiteren Abzuges können nicht durch die zusätzlichen Einnahmen pro Bild gedeckt werden. Da die Kunden im Durchschnitt pro Auftrag etwa 60 Abzüge bestellen, lag nach Ansicht des Bundeskartellamtes ein Angebot unter Einstandspreis vor.

426. Die Monopolkommission hat sich in ihrem letzten Hauptgutachten bereits kritisch zu einem sehr ähnlich gelagerten Fall geäußert, bei dem das Bundeskartellamt wegen des zu niedrigen Preises für eine „Fotoarbeitstasche“ einen Bußgeldbescheid gegen die Dirk Rossmann GmbH und ihren Mehrheitseigentümer erlassen hatte.¹² In dem Fall der Drogeriemarktkette Schlecker bestätigt sich die Kritik, dass die Anwendung der Verbotsregelung nicht praktikabel ist, da es in vielen Fällen eigentlich unmöglich ist, den Einstandspreis zweifelsfrei zu ermitteln. Das Bundeskartellamt versucht, bei der Berechnung des Einstandspreises alle Konditionen, Rabatte und Zuschüsse zu berücksichtigen, die der Händler bekommt. So wurden im vorliegenden Fall die Zuschüsse, die Schlecker von den Fotolaboren für die Eröffnung einer neuen Filiale erhält, vom Bundeskartellamt auf die Einstandspreise angerechnet. Das bedeutet, dass die Kosten pro Abzug für die Drogeriemarktkette umso geringer sind, je mehr Filialen sie eröffnet.

427. Das zweite hier betrachtete Verfahren war zum Zeitpunkt der Verabschiedung dieses Gutachtens noch nicht abgeschlossen. In dem Verfahren ging es um den Verkauf von typischen Drogerieartikeln wie Cremes und Shampoos zu Untereinstandspreisen. Die Drogeriemarktkette hatte in einer wöchentlichen Werbeaktion regelmäßig in allen Filialen ein paar spezielle Markenartikel zu einem Sonderpreis, der im Allgemeinen unter dem Einstandspreis des Unternehmens lag, angeboten. Die Produzenten der betroffenen Markenprodukte hatten sich beim Bundeskartellamt über diese Verkäufe unter Einstandspreisen beschwert.

Relative Marktmacht als Eingriffsgrund?

428. Während sich die Missbrauchsaufsicht des Bundeskartellamtes generell auf Unternehmen beschränkt,

die eine marktbeherrschende Stellung einnehmen, ist die Vorschrift des § 20 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bereits bei relativer Marktmacht anzuwenden. So ist es nicht notwendig, dass das Unternehmen, gegen das sich der Vorwurf des Verkaufs unter Einstandspreis richtet, das größte am Markt ist. Vielmehr reicht die Überlegenheit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern aus.¹³ In der Praxis scheint das Kartellamt bereits dann von relativer Marktmacht auszugehen, wenn es kleinere Geschäfte gibt, die die betreffenden Waren ebenfalls verkaufen. Damit sind alle Drogeriemarktketten als Unternehmen mit relativer Marktmacht anzusehen. Schlecker gilt im Fall des Verkaufs von Fotoarbeiten unter Einstandspreis als marktmächtig, da er dem typischen Fotofachgeschäft bezüglich Umsatz und Finanzkraft deutlich überlegen ist. In dem anderen Verfahren ist die betroffene Drogeriemarktkette nach Ansicht des Amtes als marktmächtig anzusehen, da sie deutlich größer als jede der gut 4 000 inhabergeführten Drogerien in Deutschland ist. Diese inhabergeführten Drogerien sind nach Auffassung des Amtes als die nach § 20 Abs. 4 Satz 1 GWB genannten „kleinen und mittleren Wettbewerber“ anzusehen, obwohl sich ein Teil dieser Geschäfte auf Parfümerie- oder Reformhausartikel spezialisiert hat, so dass sie die in dem Verfahren in Frage stehenden Produkte gar nicht führen.

429. Die Monopolkommission räumt ein, dass die referierte Entscheidungspraxis durch die geltende Rechtslage geboten war. De lege ferenda spricht sie sich jedoch gegen eine Missbrauchsaufsicht von Unternehmen aus, die nicht marktbeherrschend im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB sind. Zwar mag es sein, dass eine bestimmte wettbewerbliche Praxis eines Unternehmens noch kleinere Unternehmen am Markt behindert. Es sollte aber nicht Aufgabe der Wettbewerbsbehörde sein, kleine Unternehmen zu erhalten, sondern den Wettbewerb auf Märkten insgesamt zu schützen. Unternehmen, die nicht marktbeherrschend, sondern nur marktmächtiger als andere Unternehmen sind, sollten deshalb in ihren Verhaltensweisen nicht durch eine Missbrauchsaufsicht eingeschränkt werden. Zu beachten ist dabei, dass die Einschränkungen der Missbrauchsaufsicht, die die Kartellbehörde einem Unternehmen mit relativer Marktmacht auferlegt, unter Umständen weniger den kleineren Unternehmen in dem betreffenden Markt hilft als vielmehr Unternehmen, die über eine relativ noch höhere Marktmacht als das betroffene Unternehmen verfügen. So stehen den gut 4 000 inhabergeführten Drogerien in Deutschland allein fast 11 000 Filialen der Drogeriemarktkette Schlecker gegenüber. Die Wahrscheinlichkeit, dass der nächstliegende Wettbewerber einer beliebigen Drogerie eine Schlecker-Filiale ist, ist also mehr als doppelt so hoch wie die Wahrscheinlichkeit, dass es sich um eine inhabergeführte Drogerie handelt. Durch das Eingreifen der Wettbewerbsbehörde gegenüber einem marktmächtigen Unternehmen wird folglich die Firma Schlecker mindestens so sehr geschützt wie eine inhabergeführte Drogerie.

¹² Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2003/2004, a. a. O., Tz. 549 ff.

¹³ Vergleiche Bechtold, Rainer, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3. Auflage, München 2002, § 19 Rn. 66.

2. Zusammenschlusskontrolle

2.1 Statistischer Überblick

430. Die Fusionskontrollstatistik des Bundeskartellamtes weist für den Berichtszeitraum der Monopolkommission 2004/2005 erneut einen Rückgang der Fallzahlen auf (vgl. Tabelle IV.1). Die Anzahl der vollzogenen Zusammenschlüsse sank von 2 449 im letzten auf 2 207 in diesem Berichtszeitraum. Hierbei ist zu beachten, dass seit Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle am 1. Juli 2005 Vollzugsanzeigen nicht mehr im Bundesanzeiger bekannt gemacht werden. Das Bundeskartellamt erfasst den Vollzug von Zusammenschlüssen nach wie vor, aber nur, wenn die Zusammenschlussbeteiligten sie dem Amt als vollzogen melden. Der Rückgang in der Anzahl vollzogener Zusammenschlüsse könnte demnach zumindest teilweise darauf zurückzuführen sein.

431. Die Zahl der registrierten Neuanmeldungen ist im Vergleich zum letzten Berichtszeitraum gestiegen. Insgesamt wurden in den Jahren 2004 und 2005 3 150 Neuanmeldungen registriert, davon 1 451 im Jahre 2004 und 1 699 im Jahre 2005 (vgl. Tabelle IV.2). Im letzten Berichtszeitraum der Monopolkommission waren es nur 2 923 Neuanmeldungen gewesen. Die deutliche Steigerung bei der Zahl der Neuanmeldungen im Jahre 2005 könnte auf die wieder vermehrte Aktivität an den Börsen

zurückzuführen sein.¹⁴ Es ist zu erwarten, dass die Zahl der vollzogenen Zusammenschlüsse entsprechend zeitverzögert im nächsten Berichtszeitraum ebenfalls wieder ansteigt.

432. Im vergangenen Berichtszeitraum hat das Bundeskartellamt 51 so genannte Zweite-Phase-Fälle abgeschlossen, in mehr als der Hälfte der Fälle mit einer Freigabe ohne Auflagen und Bedingungen. Die Zahl der Freigaben mit Auflagen und Bedingungen ist im Vergleich zum vorherigen Berichtszeitraum deutlich zurückgegangen. Nur in sechs Fällen wurde eine Freigabe unter Bedingungen und Auflagen erteilt, dafür gab es 18 Untersagungen. Im letzten Berichtszeitraum hatte es 18 Freigaben unter Auflagen und Bedingungen und nur acht Untersagungen gegeben.

433. In 35 Fällen modifizierten die Unternehmen ihr Zusammenschlussvorhaben nach Vorgesprächen mit dem Bundeskartellamt. Das Bundeskartellamt wertet diese so genannten Vorfeldfälle als Zeichen der Wirksamkeit der Fusionskontrolle, da alle diese Fälle erhebliche wettbewerbliche Bedenken aufgeworfen haben.

¹⁴ Vergleiche dazu auch Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Hauptgutachten 1998/1999, Baden-Baden 2000, Tz. 783.

Tabelle IV.1

Übersicht über die Anzahl der angezeigten vollzogenen Zusammenschlüsse und der vom Bundeskartellamt ausgesprochenen Untersagungen, gegliedert nach Berichtszeiträumen der Monopolkommission

Berichtszeitraum	Anzeigen vollzogener Zusammenschlüsse	Zahl der Untersagungen
1973/1975	783	4
1976/1977	1.007	7
1978/1979	1.160	14
1980/1981	1.253	21
1982/1983	1.109	10
1984/1985	1.284	13
1986/1987	1.689	5
1988/1989	2.573	16
1990/1991	3.555	8
1992/1993	3.257	6
1994/1995	3.094	8
1996/1997	3.185	9
1998/1999	3.070	8
2000/2001	2.567	4
2002/2003	2.449	8
2004/2005	2.207	18
davon: 2004	1.128	12
2005	1.079	6
Insgesamt	34.242	159

Quelle: Bundeskartellamt

Tabelle IV.2

Übersicht über den Stand der Zusammenschlusskontrolle 2004 und 2005

		2004	2005
I.	Fusionskontrolle (national)		
a.)	Eingegangene Anmeldungen nach § 39 GWB	1.451	1.699
b.)	Bekannt gemachte (vollzogene) Zusammenschlüsse	1.128	1.079
II.	2. Phase-Fälle		
	– Entscheidungen	25	26
	davon:		
	– Freigabe	11	16
	– Freigabe mit Auflagen und Bedingungen	2	4
	– Untersagung	12	6
	– Rücknahme/Einstellung oder noch offen	17	6
III.	Vorfeldfälle	21	14

Quelle: Bundeskartellamt

434. Die Auswertung der beim Bundeskartellamt angezeigten Unternehmenszusammenschlüsse nach Art des Zusammenschlusstatbestandes zeigt, dass fast die Hälfte aller Zusammenschlüsse sowohl den Tatbestand des Kontroll- (§ 39 Abs. 2 GWB) als auch des Anteilserwerbs (§ 39 Abs. 3 GWB) erfüllen (vgl. Tabelle IV.3). Der reine Anteils- und der reine Kontrollerwerb spielen demgegen-

über nur eine untergeordnete Rolle. Auch der Auffangtatbestand des wettbewerblich erheblichen Einflusses (§ 39 Abs. 2 GWB) wurde nur in sehr wenigen Fällen angewendet. Dabei handelte es sich jedoch überdurchschnittlich oft um wettbewerblich problematische Fälle, bei denen ein Hauptprüfverfahren eingeleitet und in einigen Fällen auch eine Untersagung ausgesprochen wurde.

Tabelle IV.3

Art des Zusammenschlusstatbestandes der beim Bundeskartellamt 2004 und 2005 angezeigten Unternehmenszusammenschlüsse

Zusammenschlusstatbestände	2004	2005
– Vermögenserwerb	262	227
– Kontrolle mit Anteilserwerb	519	535
darunter: Minderheitsbeteiligungen	6	14
Mehrheitsbeteiligungen	513	521
– Gemeinschaftsunternehmen	95	81
– Gemeinschaftsunternehmen mit gemeinsamer Kontrolle	90	75
– Anteilserwerb < 50 %	28	26
– Anteilserwerb ≥ 50 %	15	11
– Kontrollerwerb ohne Anteilserwerb, z. B. durch Vertrag	104	104
– Sonstige Verbindung	9	6
– Wettbewerblich erheblicher Einfluss	6	14
Insgesamt	1.128	1.079

Quelle: Bundeskartellamt

2.2 Zusammenschlusstatbestand

2.2.1 Vorliegen eines wettbewerblich erheblichen Einflusses

435. Der Auffangtatbestand des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB gibt dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, Zusammenschlüsse auch dann zu prüfen, wenn eine Beteiligung von weniger als 25 Prozent vorliegt, aber dennoch ein „wettbewerblich erheblicher Einfluss“ eines oder mehrerer Unternehmen auf ein anderes entstehen könnte. Im Folgenden werden zwei Fälle vorgestellt, in denen das Vorliegen eines Zusammenschlusses nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB fraglich war. Während das Bundeskartellamt im Falle der Beteiligung des M. DuMont Schauberg-Verlags an der Bonner Zeitungsdruckerei in Höhe von 9 Prozent das Vorliegen eines Zusammenschlusses bejahte, lag nach Ansicht des Amtes im Falle der Beteiligung von EnBW an der MVV Energie AG, Mannheim, in Höhe von 15 Prozent kein Zusammenschluss i. S. d. § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB vor.

Wettbewerblich erheblicher Einfluss bei einer 9-Prozent-Beteiligung im Pressebereich

436. Im September 2004 untersagte das Bundeskartellamt eine Beteiligung von M. DuMont Schauberg an der Bonner Zeitungsdruckerei in Höhe von 9,015 Prozent.¹⁵ M. DuMont Schauberg vertreibt neben dem Express auch die zwei Abonnement-Tageszeitungen im Raum Köln, den Kölner Stadt-Anzeiger und die Kölnische Rundschau. In Bonn vertreibt sie die Bonner Rundschau und den Express. Die Bonner Zeitungsdruckerei vertreibt den Bonner General-Anzeiger. Beide Unternehmen haben marktbeherrschende Stellungen auf den Leser- und Anzeigenmärkten ihres jeweiligen Absatzgebietes inne. Durch den Zusammenschluss würde nach Ansicht des Amtes der Wettbewerbsdruck im südlichen Grenzbereich des Kölner Raumes verringert, da die Anreize zu wettbewerblichen Vorstößen von Seiten der Bonner Zeitungsdruckerei sinken würden, und die marktbeherrschende Stellung des General-Anzeigers in Bonn verstärkt, da die bisherige Konkurrenz von DuMont mit den von ihr in Bonn vertriebenen Zeitungen verringert würde.

437. Das geplante Zusammenschlussvorhaben sah eine Beteiligung von M. DuMont Schauberg an der Bonner Zeitungsdruckerei in Höhe von ca. 9 Prozent vor. Zudem waren wechselseitige Ergebnisbeteiligungen von DuMont und mit der Bonner Zeitungsdruckerei verbundenen Unternehmen vorgesehen. DuMont sollte zudem Vorkaufsrechte an der Bonner Zeitungsdruckerei erhalten. Schließlich planten die Unternehmen, zwei Anzeigenvermittlungsverträge, gültig für das jeweilige Vertriebsgebiet der Zeitungen der beiden Parteien, zu schließen. Die Monopolkommission ist davon überzeugt, dass die beiden Unternehmen ein gemeinsames Interesse daran haben, sich auf den betroffenen Märkten möglichst wenig Konkurrenz zu machen. Durch vertragliche Bindungen der

vorgesehenen Art kann kooperatives Verhalten abgesichert werden, da diese Bindungen die Anreize und die Möglichkeiten, durch kämpferisches Verhalten Marktanteile zu gewinnen und damit den eigenen Gewinn zu erhöhen, beschränken. Eine Untersagung ist insofern gerechtfertigt.

438. In seiner Begründung, warum es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen Zusammenschlusstatbestand handelt, stützt sich das Bundeskartellamt jedoch vor allem auf die ursprünglich vorgesehene Art der Bindung. Dabei stellt es abgesehen von dem Vorkaufsrecht für M. DuMont Schauberg insbesondere darauf ab, dass zunächst eine Beteiligung in doppelter Höhe vorgesehen war. Nachdem das Bundeskartellamt gegenüber den Parteien die Ansicht geäußert hatte, dass bei einer Beteiligung von 18 Prozent die Voraussetzungen eines Zusammenschlusses erfüllt wären, war jedoch die geplante Beteiligungshöhe halbiert worden. Das Bundeskartellamt schließt daraus, dass es den Beteiligten auf die absolute Zahl der Beteiligungshöhe nicht ankomme und diese deshalb für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nicht relevant sei. Obwohl dieses Argument überzeugend sein mag, sollte sich das Bundeskartellamt nach Ansicht der Monopolkommission bei der Prüfung eines Falles ausschließlich auf die Bedingungen des Zusammenschlusses zum Zeitpunkt seiner Entscheidung stützen, denn nur dann haben die Beteiligten grundsätzlich die Möglichkeit, im Laufe eines Verfahrens auf Bedenken des Bundeskartellamtes durch Änderung des Zusammenschlussvorhabens einzugehen. Eine Untersagung bei einer Beteiligung von 9 Prozent sollte dann erfolgen, wenn dadurch eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Diese Bedingung ist unabhängig davon, welche anderen Beteiligungshöhen zu anderen Zeitpunkten vor oder während des Verfahrens vorgesehen waren.

439. Während die Verfahrensbeteiligten auch vor dem OLG Düsseldorf die Ansicht vertraten, dass der Tatbestand des Zusammenschlusses aufgrund der geringen Beteiligungssumme von unter 10 Prozent gar nicht erfüllt sei, sah das Bundeskartellamt darin und in den übrigen Vereinbarungen die Möglichkeit eines wettbewerblich erheblichen Einflusses von DuMont auf die Bonner Zeitungsdruckerei. Das OLG Düsseldorf erklärte die Beschwerde der Zusammenschlussbeteiligten gegen die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes zwar für begründet.¹⁶ Allerdings beruht dieser Beschluss allein auf einer unterschiedlichen Bewertung der so genannten Plusfaktoren, die bei einer Beteiligung in einer Höhe von unter 25 Prozent nötig sind, um einen wettbewerblich erheblichen Einfluss des Erwerbers zu begründen. Im Grundsatz ist auch das OLG der Ansicht, dass eine Beteiligung in Höhe von 9 Prozent bereits einen Zusammenschluss darstellen kann, wenn durch den Anteilserwerb eine Einflussnahme auf die Willensbildung und damit auf das Marktverhalten des Beteiligungsunternehmens ermöglicht werde. Der Anteilserwerb müsse mit Zusatzrechten

¹⁵ BKartA, Beschluss vom 8. September 2004, B6-27/04, WuW/E DE-V 968, Bonner Zeitungsdruckerei.

¹⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Juli 2005, VI-Kart 26/04 (V), WuW DE-R 1581, Bonner Zeitungsdruckerei.

– so genannten Plus-Faktoren – verbunden sein, die trotz der geringen Anteilshöhe die Beteiligung als eine erscheinen lasse, die einem Anteilserwerb von 25 Prozent und mehr als gleichwertig anzusehen sei. Solche Plus-Faktoren können z. B. eine zusätzliche Geschäftsbeziehung zwischen Minder- und Mehrheitsgesellschafter, die für den Mehrheitsgesellschafter von einiger Bedeutung ist, oder eine Stärkung der gesellschaftsrechtlichen Position des Minderheitsgesellschafters durch Einräumung besonderer Befugnisse sein.

Strategische Interessen bei Finanzbeteiligungen im Energiesektor

440. Mit dem Fehlen eben dieser Plus-Faktoren begründete das Amt die Entscheidung, dass im Falle des Verkaufs von 15 Prozent der Anteile an der MVV Energie AG, Mannheim, von E.ON an EnBW der Tatbestand des Zusammenschlusses nicht erfüllt sei.¹⁷ Der Zusammenschluss war auf Initiative von MVV von den Parteien vorsorglich angemeldet worden und wurde schließlich Ende 2004 vollzogen. Ein Zusammenschlusstatbestand nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB liegt vor, wenn die geplante Verbindung einen Wettbewerbsbezug hat und, falls dies erfüllt ist, ein wettbewerblich erheblicher Einfluss erreicht wird. Die Beschlussabteilung ging im vorliegenden Fall davon aus, dass ein Wettbewerbsbezug vorliege. EnBW und MVV betreiben gemeinsam ein Kraftwerk, EnBW ist Vorlieferantin von MVV sowohl im Strom- als auch im Gasbereich, EnBW und MVV sind Konkurrenten auf dem Endkundenmarkt für Strom im Gebiet der Stadt Mannheim. Ein wettbewerblich erheblicher Einfluss der Minderheitsbeteiligten EnBW auf den Mehrheitseigentümer – die Stadt Mannheim – ist dagegen nach Ansicht des Amtes nicht zu erwarten. Derzeit hält die Stadt Mannheim mittelbar 72,8 Prozent der Anteile an der MVV. Die übrigen Anteile befinden sich – abgesehen von den hier betroffenen 15 Prozent – im Streubesitz. Als Minderheitsaktionärin habe die EnBW zunächst wenig Rechte und könne insbesondere bei jeder Abstimmung in der Hauptversammlung vom Mehrheitsaktionär – der Stadt Mannheim – überstimmt werden. Mehr Einfluss und einen besseren Zugang zu unternehmensinternen Informationen hätte EnBW, wenn es einen Sitz im Aufsichtsrat hätte. Dies ist nach Ansicht des Amtes jedoch nicht zu erwarten. Dafür spreche nicht nur, dass EnBW nach eigenen Angaben kein Aufsichtsratsmandat anstrebt, sondern vor allem, dass derzeit nicht zu erwarten sei, dass die Stadt Mannheim in der Hauptversammlung einem Vertreter von EnBW als Aufsichtsratsmitglied ihre Stimme geben würde. Denn da MVV und EnBW Wettbewerber seien, wäre es für MVV nachteilig, wenn EnBW im Zuge ihrer Mitgliedschaft im Aufsichtsrat einseitig Informationen über MVV erhalten oder sogar Einfluss auf die Unternehmenspolitik von MVV nehmen könnte.

¹⁷ Vergleiche Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2003/2004 sowie über die Lage und Entwicklung in seinem Aufgabengebiet, Bundestagdrucksache 15/5790 vom 22. Juni 2005, S. 131.

441. Die Monopolkommission schließt sich der Bewertung des Bundeskartellamtes nicht an. Die Beteiligung gibt MVV und EnBW die Möglichkeit zu einer den Wettbewerb behindernden Kooperation. Die Tatsache, dass MVV derzeit kein Interesse an einer Kooperation mit EnBW zu haben scheint – die MVV selbst war gegen den Verkauf der Anteile von E.ON an die EnBW –, sagt nichts über die mittelfristige Haltung von MVV in dieser Frage aus. Die Stadt Mannheim hält derzeit noch über 70 Prozent der Anteile an MVV. In Anbetracht der schwerwiegenden Finanzprobleme, von denen die Stadt Mannheim, wie viele andere Kommunen auch, betroffen ist, ist jedoch nicht auszuschließen, dass sie sich von dieser Beteiligung zumindest teilweise im Rahmen einer Privatisierung oder Teilprivatisierung trennen wird. Da zudem die Stadt Mannheim als Mehrheitsgesellschafter eine Kommune und kein Energieversorgungsunternehmen ist, ist damit zu rechnen, dass der Einfluss von EnBW größer und der der Stadt Mannheim kleiner ist, als es den zahlenmäßigen Beteiligungsverhältnissen entsprechen würde.

442. Ein Aufsichtsratsmandat bei MVV könnte nicht nur EnBW Zugang zu wettbewerbsrelevanten Informationen und die Möglichkeit der Einflussnahme bei MVV verschaffen, auch MVV könnte von einer Kooperation mit EnBW profitieren. Es ist also möglich und nach Einschätzung der Monopolkommission auch wahrscheinlich, dass EnBW innerhalb des Prognosezeitraums ein Aufsichtsratsmandat bei MVV bekommt, insbesondere, da üblicherweise Anteilseigner bereits bei einer Beteiligung in Höhe von 10 Prozent ein solches Mandat erhalten. Ein wettbewerblich erheblicher Einfluss von EnBW erscheint wahrscheinlich, sobald EnBW ein Aufsichtsratsmandat innehat. Denn das Aufsichtsratsmandat ermöglicht EnBW, auf vielfältige Weise Einblick in das Wettbewerbsunternehmen zu bekommen und Einfluss auf dessen Unternehmenspolitik zu nehmen. Aber selbst wenn gesichert wäre, dass EnBW nicht die Möglichkeit hat, ein Aufsichtsratsmandat zu erhalten, hat sie durch Ausübung der Rechte eines Minderheitsgesellschafters bei der Hauptversammlung die Möglichkeit, Druck auf MVV auszuüben. So könnte beispielsweise MVV zu gewissen Zugeständnissen bereit sein, um eine Abstimmung über die Entlastung eines einzelnen Mitglieds des Vorstands zu vermeiden (§ 120 Abs. 1 Satz 2 AktG). In jedem Fall ist EnBW durch die Beteiligung zu 15 Prozent am wirtschaftlichen Erfolg von MVV beteiligt. Dies reduziert den Anreiz der EnBW, der MVV Konkurrenz zu machen.

443. Auch wenn die Beteiligung der EnBW an MVV in der Konzernbilanz von EnBW als Finanzbeteiligung ausgewiesen ist, handelt es sich aus den angesprochenen Gründen aus ökonomischer Sicht um eine strategische Beteiligung. Dass dies auch EnBW selbst so sieht, zeigt die Aussage des Vorstandsvorsitzenden, Prof. Dr. Utz Claassen, der den Erwerb mit den Worten „Wir verstärken uns wieder im eigenen Kerngeschäft“ kommentierte.¹⁸ Die Aussage im Geschäftsbericht „Die Finanzbeteiligung an der MVV schafft die Grundlage für EnBW

¹⁸ EnBW, Pressemitteilung vom 23. Dezember 2004.

und MVV, künftig zugleich gute Nachbarn und faire Wettbewerber zu sein“¹⁹, stellt klar heraus, dass durch den Zusammenschluss der scharfe Wettbewerb zwischen EnBW und MVV um Groß- und Haushaltskunden künftig nur noch in abgemilderter Form stattfinden wird.

2.2.2. Vorliegen eines Zusammenschlusses bei Lizenzwerb

444. Ob der Tatbestand des Zusammenschlusses erfüllt war, war im Berichtszeitraum auch im Fall National Geographic strittig. Das Bundeskartellamt sah den Erwerb der Lizenz für eine deutschsprachige Ausgabe der Zeitschrift „National Geographic“ als einen Zusammenschluss an. Das OLG lehnte dies – nach Ansicht der Monopolkommission zu Recht – ab.

445. Im Jahr 1999 gründeten Gruner + Jahr und RBA Germany ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen, G+J/RBA, um eine deutschsprachige Ausgabe der Zeitschrift „National Geographic“ sowie dazugehörige Nebenprodukte herauszugeben. Dieser Zusammenschluss wurde seinerzeit dem Bundeskartellamt nicht angezeigt. Im Sommer 2003 meldete Gruner + Jahr beim Bundeskartellamt sein Vorhaben an, die von RBA Germany gehaltenen 50 Prozent der Anteile an dem Gemeinschaftsunternehmen zu übernehmen und damit die alleinige Kontrolle über G+J/RBA zu erwerben. Dieses Vorhaben wurde vom Bundeskartellamt im August 2004 untersagt.²⁰ Das OLG Düsseldorf hat die Klage der Beteiligten gegen diese Untersagung abgewiesen.²¹ Gleichzeitig leitete das Bundeskartellamt ein Verfahren von Amts wegen ein, in dem es die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens im Jahre 1999 untersuchte. Dieses Verfahren wurde ebenfalls mit einer Untersagung im August 2004 abgeschlossen.²² In diesem Fall hat das OLG die Beschwerde der Parteien gegen den Beschluss für zulässig erklärt.²³

446. Bei der Prüfung der beiden Fälle grenzt das Bundeskartellamt einen Lesermarkt für populäre Wissenszeitschriften ab, der ökonomisch auf den deutschsprachigen Raum, rechtlich auf den Geltungsbereich des GWB beschränkt ist. Auf diesem Markt bietet Gruner + Jahr neben der deutschsprachigen Ausgabe von National Geographic die Zeitschriften GEO und P.M. an. Weiterhin werden „Spektrum der Wissenschaft“, herausgegeben vom Holtzbrinck-Konzern, sowie „Bild der Wissenschaft“ und „Natur & Kosmos“, beide herausgegeben von Konradin, dem Markt zugerechnet. Die marktbeherrschende Stellung von Gruner + Jahr vor dem jeweiligen Zusammenschluss ergibt sich aus dem hohen Marktanteil der Gruner + Jahr-Zeitschriften, dem hohen Marktanteilsabstand zu ihren Konkurrenten und den hohen Marktein-

trittskosten. Die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung wird vom Bundeskartellamt vor allem mit der Vergrößerung der strategischen Möglichkeiten begründet, die der Verlag dadurch hat, dass er drei statt zwei Magazine auf dem Markt herausgibt. Die inhaltliche Ausrichtung dieser drei Magazine kann so gewählt werden, dass sie sich untereinander möglichst wenig, den übrigen Magazinen auf dem Markt aber möglichst viel Konkurrenz machen. Die Argumentation des Bundeskartellamtes ist überzeugend und damit zumindest die Untersagung des zweiten Falles, also die Anteilserhöhung von Gruner + Jahr auf 100 Prozent, gerechtfertigt.

447. Unklar ist jedoch, ob der erste der beiden Vorgänge, nämlich die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens von Gruner + Jahr und RBA im Jahre 1999, überhaupt einen Zusammenschluss nach § 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB darstellt, da es die deutschsprachige Ausgabe von National Geographic vor der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens gar nicht gab. Das Bundeskartellamt geht in seinem Beschluss jedoch davon aus, dass der Zusammenschlusstatbestand erfüllt sei, obwohl mit der deutschsprachigen Ausgabe zum Zeitpunkt des Erwerbs der Lizenz noch überhaupt kein Umsatz erzielt worden war. Da es bis zu diesem Zeitpunkt keine deutschsprachige Ausgabe von National Geographic gab, könne damit gar kein Umsatz erzielt worden sein. Entscheidend sei jedoch, dass die Marke „National Geographic“ bereits zuvor auf dem deutschen Markt existiert habe. So sei der Name „National Geographic“ bei Einführung der deutschsprachigen Ausgabe potentiellen Lesern ein Begriff gewesen. Als Indizien für diese Annahme führt das Bundeskartellamt unter anderen an, dass in Deutschland zu diesem Zeitpunkt bereits die englische Ausgabe in einer Auflage von ca. 50 000 Stück verkauft worden sei und dass die verkaufte Auflage der deutschen Version von der ersten Ausgabe an auf einem konstant hohem Niveau verharret habe.

448. Das OLG Düsseldorf sah den Zusammenschlusstatbestand dagegen nicht als erfüllt an. Zwar könne die Übertragung einer Lizenz grundsätzlich einen Kontrollwerb i. S. d. § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB darstellen, da die Lizenz einen wesentlichen Vermögensteil darstellen könne, der durch den Erwerb übergeben wird. Dazu müsse die Lizenz aber dem Erwerber die Möglichkeit geben, in die Marktstellung des Veräußerers auf dem für die Zusammenschlusskontrolle relevanten Markt, hier dem Markt für deutschsprachige Wissenszeitschriften, einzutreten. Da in diesem Fall der Veräußerer auf dem betroffenen Markt gar nicht tätig gewesen sei, könne er dort auch keine Marktstellung, welcher Art auch immer, eingenommen haben. Da keine Marktstellung vorlag, könne sie auch nicht übertragen worden sein. Die Übertragung sei jedoch notwendig dafür, dass der Zusammenschlusstatbestand erfüllt sei.

449. Die Monopolkommission teilt diese Auffassung. Grundsätzlich muss es auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen zulässig sein, ein neues Produkt auf dem Markt einzuführen. Die deutschsprachige Ausgabe von National Geographic ist als neues Produkt anzusehen, da

¹⁹ EnBW, Geschäftsbericht 2004, S. 56.

²⁰ BKartA, Beschluss vom 3. August 2004, B6-45/04, WuW DE-V 955, G+J/RBA.

²¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2005, VI-Kart 25/04 (V), WuW DE-R 1501, G+J/RBA.

²² BKartA, Beschluss vom 2. August 2004, B6-26/04, WuW DE-V 1075, National Geographic.

²³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2005, VI-Kart 24/04 (V), WuW DE-R 1504, National Geographic.

sie sich inhaltlich von anderen deutschsprachigen populären Wissenszeitschriften und in der Sprache von der englischen Ausgabe von National Geographic unterscheidet.

450. Unabhängig davon, ob die Übertragung einer Marke allein einen Zusammenschlusstatbestand darstellen kann, ignoriert das Bundeskartellamt in dieser Entscheidung das unternehmerische Risiko des potentiellen Erwerbers. Das Amt argumentiert in seinem Beschluss, dass die von Beginn an konstante Auflagenzahl dafür spreche, dass die Marke bereits vor Erscheinen der ersten Ausgabe der deutschsprachigen Version in Deutschland bekannt war. Dies ist zwar richtig, es handelt sich dabei aber um Ex-post-Wissen, das das Bundeskartellamt nur nutzen konnte, weil es den Zusammenschluss erst einige Zeit nach dem Vollzug geprüft hat. Ex ante konnten weder die Herausgeber noch das Bundeskartellamt wissen, ob eine Nachfrage für eine deutschsprachige Ausgabe von National Geographic besteht.

451. Die Einführung der Zeitschrift war demnach für Gruner + Jahr mit einem unternehmerischen Risiko verbunden. Denn die Vertragsbedingungen mit National Geographic sahen vor, dass Gruner + Jahr unabhängig vom wirtschaftlichen Erfolg eine Mindestlizenzgebühr zu zahlen hatte. Geht der Erwerber bei einer Transaktion einseitig ein derartiges unternehmerisches Risiko ein, so hat die Transaktion eher den Charakter einer Investition als den eines Zusammenschlusses. In diesem Fall stellte sich die Investition ex post als lohnend heraus. Zu bedenken ist, dass, wenn sie sich als Fehler entpuppt hätte, das Bundeskartellamt den Fall höchstwahrscheinlich nicht nachträglich geprüft hätte. Denn dann hätte es keine Indizien dafür gegeben, dass die Marke „National Geographic“ in Deutschland bereits vor Einführung der deutschen Ausgabe etabliert gewesen war, entsprechend wäre auch nach Auffassung des Amtes der Zusammenschlusstatbestand nicht erfüllt gewesen. Demnach wirkt die Prüfung des Bundeskartellamtes hier wie eine Bestrafung des ökonomischen Erfolgs, die den Anreiz potentieller Unternehmer, das Risiko der Einführung eines neuen Produkts einzugehen, mindert. Da es nicht das Ziel des Wettbewerbsrechts ist, Investitionen zu verhindern, sollte auch aus diesem Grund der Zusammenschlusstatbestand keinesfalls auf mögliche Grenzfälle wie diesen ausgeweitet werden.

2.3 Marktabgrenzung

2.3.1 Ausdehnung des Marktes über das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland hinaus

452. Im Oktober 2004 hat der BGH im so genannten „Staubsaugerbeutel-Urteil“ die Begrenzung des räumlichen Marktes auf die Reichweite des GWB aufgegeben.²⁴ Das Urteil wurde vom Gesetzgeber im Rahmen der Siebten GWB-Novelle bestätigt. Neu eingefügt wurde § 19 Abs. 2 Satz 3: „Der räumlich relevante Markt im Sinne

dieses Gesetzes kann weiter sein als der Geltungsbereich dieses Gesetzes.“

Das Staubsaugerbeutel-Urteil des BGH

453. Bisher war das Bundeskartellamt bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes aufgrund eines BGH-Beschlusses aus dem Jahre 1995²⁵ auf den Geltungsbereich des GWB beschränkt gewesen. Auch wenn der räumlich relevante Markt aus ökonomischer Sicht über das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland hinausging, musste das Amt sich bei der Marktabgrenzung und dementsprechend auch bei der Berechnung von Marktanteilen auf das Bundesgebiet beschränken. Erst im Rahmen der Gesamtbetrachtung eines Falles war die Tatsache, dass der räumlich relevante Markt tatsächlich über das Bundesgebiet hinausging, zu berücksichtigen.

454. Entsprechend ist das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung Melitta/Airflo vorgegangen.²⁶ Der Markt für Staubsaugerbeutel wurde durch das Bundesgebiet abgegrenzt, im Rahmen der Gesamtbetrachtung aller wettbewerbsrelevanten Umstände wurde jedoch berücksichtigt, dass der ökonomische Markt durch das Gebiet Westeuropas gegeben ist. Rein rechnerisch ist die Marktanteilsaddition im Fall Melitta/Airflo für den deutschen Markt sehr gering; der Zusammenschluss führt jedoch in Westeuropa insgesamt zu einer deutlichen Erhöhung des Marktanteils der Melitta-Gruppe, weshalb das Bundeskartellamt die geplante Fusion nicht genehmigte. Das OLG Düsseldorf hob die Entscheidung des Bundeskartellamtes im April 2003 wieder auf.²⁷ Maßgeblich seien allein die Zusammenschlusswirkungen auf dem Inlandsmarkt. Diese seien in diesem Fall zu gering, um eine Untersagung zu rechtfertigen. Die Auswirkungen auf dem übrigen europäischen Markt dagegen seien nicht relevant, solange sie nicht die Entwicklung auf dem deutschen Markt beeinflussen, was das Amt nicht hinreichend nachgewiesen habe.

455. Die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamtes führte zu einer Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs zur räumlichen Marktabgrenzung. Das Gericht hält an der These aus der Backofenmarkt-Entscheidung, der räumlich relevante Markt sei stets auf das Bundesgebiet beschränkt, nicht mehr fest. Vielmehr müsse der Markt grundsätzlich nach ökonomischen Gesichtspunkten abgegrenzt werden. In der Sache wurde der Fall damit an das OLG zurückverwiesen.

Auswirkungen des Urteils auf die Ermittlungsarbeit des Bundeskartellamtes

456. Grundsätzlich begrüßt die Monopolkommission die Entscheidung des Bundesgerichtshofs und die entsprechende Gesetzesänderung. Diese zieht allerdings die

²⁴ BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2004, KVR 14/03, WuW/E DE-R 1355, Staubsaugerbeutelmarkt.

²⁵ BGH, Beschluss vom 24. Oktober 1995, KVR 17/94, WuW/E BGH 3026, Backofenmarkt.

²⁶ BKartA, Beschluss vom 21. Juni 2000, B10-25/00, WuW/E DE-V 275, Melitta.

²⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2003, Kart 9/00 (V), WuW/E DE-R 1112, Melitta/Airflo.

Frage nach sich, ob für die Ermittlung der Bagatellmarktgrenze weiterhin nur auf die Inlandsumsätze oder gegebenenfalls auf die Umsätze eines räumlich größeren Marktes abzustellen ist. Im Übrigen müssen, um die neue Art der Marktabgrenzung sinnvoll anwenden zu können, die Möglichkeiten des Bundeskartellamtes, auch außerhalb des Geltungsbereiches des GWB zu ermitteln, verbessert werden.

457. Die Bagatellmarktgrenze des § 35 Abs. 2 Satz 2 GWB entzieht Zusammenschlüsse auf Märkten, auf denen jährlich weniger als 15 Mio. Euro umgesetzt werden, der Fusionskontrolle. Strittig ist, ob künftig auch Zusammenschlüsse der Fusionskontrolle unterliegen, die Märkte betreffen, auf denen im Inland weniger, insgesamt jedoch mehr als 15 Mio. Euro umgesetzt werden. Dies ergibt sich zunächst aus dem Wortlaut des Gesetzes. Fraglich ist indes, ob eine derartige Auslegung mit Sinn und Zweck der Bagatellmarktgrenze vereinbar ist. Die Bagatellmarktgrenze ist wie die übrigen Aufgreifkriterien des § 35 GWB das Ergebnis einer pragmatischen Abwägung zwischen den möglichen wettbewerblichen Nachteilen von Unternehmenszusammenschlüssen und dem mit der Fusionskontrolle verbundenen Aufwand für Staat und Unternehmen. Diese Grenze *de facto* deutlich herabzusetzen, scheint aus Sicht der Monopolkommission derzeit nicht geboten. Zudem sollte beachtet werden, dass die Abwägung zwischen den Vorteilen einer Fusionskontrolle und den damit verbundenen Kosten vom deutschen Gesetzgeber auch aus Praktikabilitätsgründen auf das Gebiet der Bundesrepublik zu beschränken ist.

458. Durch eine weite Auslegung des § 130 Abs. 2 GWB hat das Bundeskartellamt bereits *de lege lata* die Möglichkeit, bei der Anwendung der Bagatellmarktgrenze lediglich auf Inlandsumsätze abzustellen. Die Monopolkommission würde jedoch eine Klarstellung des Gesetzgebers, dass für die Ermittlung der Schwelle des § 35 Abs. 2 Satz 2 GWB lediglich Inlandsumsätze maßgeblich sind, begrüßen.

459. Durch die Möglichkeit, Märkte weiter als das Gebiet der Bundesrepublik abzugrenzen, ergeben sich für das Bundeskartellamt Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Marktanteile. In der Vergangenheit wurde bewusst eine aus ökonomischer Sicht falsche Marktabgrenzung in Kauf genommen, nur um garantieren zu können, dass auf diesem falsch definierten Markt aufgrund der Ermittlungsbefugnisse des Kartellamtes die richtigen Marktanteile ermittelt werden konnten. Es scheint in jedem Fall sinnvoller zu sein, eine Analyse auf der Basis eines aus ökonomischer Sicht richtig abgegrenzten Marktes durchzuführen, auch wenn wegen mangelnder Ermittlungsbefugnisse nur Schätzungen von Marktanteilen möglich sind. Das Problem, dass das Kartellamt für eine fundierte Entscheidung auf Informationen zurückgreifen muss, die zu ermitteln es aufgrund der Reichweite des GWB nicht befugt ist, ist zudem nicht neu. Es wird in Zukunft lediglich bereits auf der Stufe der Marktanteilsberechnung auftreten, wohingegen es bisher erst dann auftrat, wenn bei der Gesamtbetrachtung der wettbewerblichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses auch die Auswirkungen

auf dem ökonomisch relevanten Markt zu berücksichtigen waren.

460. Die Monopolkommission warnt allerdings davor, das Problem der mangelnden Ermittlungsbefugnisse zu unterschätzen. Sie hat bereits in ihrem letzten Hauptgutachten darauf hingewiesen und Lösungsvorschläge unterbreitet.²⁸ Grundsätzlich bestünde die Möglichkeit, das Intranet, über das die europäischen Wettbewerbsbehörden bei Kartellfällen Informationen austauschen können, auch auf Fusionsfälle zu erweitern. Allerdings konnte die VO 1/2003, die die rechtlichen Grundlagen für das bereits bestehende Behördennetz enthält, auf der Grundlage von Artikel 83 Abs. 1 EGV mit einer qualifizierten Mehrheit im Rat beschlossen werden. Eine Erweiterung dieses Netzes auf eine Zusammenarbeit bei Fusionsfällen müsste sich wie die Fusionskontrollverordnung (FKVO) selbst auf Artikel 308 EGV stützen. Für Vorschriften, die nach Artikel 308 EGV erlassen werden, ist jedoch Einstimmigkeit im Rat erforderlich. Es ist zudem nicht unwahrscheinlich, dass die einzelnen Wettbewerbsbehörden bei Zusammenschlüssen aufgrund nationaler industriepolitischer Erwägungen noch eher als bei Kartellen dazu neigen würden, Informationen über ihre nationalen Unternehmen vertraulich zu behandeln, anstatt mit ausländischen Wettbewerbsbehörden zu kooperieren. Solange eine Zusammenarbeit im Rahmen des Intranet jedoch freiwillig bleibt, funktioniert sie nur, wenn auch alle Teilnehmer an einer guten Zusammenarbeit interessiert sind. Freiwillig sind ausländische Unternehmen offensichtlich nur in geringem Maße bereit, Auskünfte zu erteilen. Auch wenn Auskunftsbefugnisse an deutsche Tochtergesellschaften internationaler Konzerne geschickt werden, werden häufig nur Informationen über die Tätigkeiten des Konzerns auf dem deutschen Markt übermittelt, jedoch keine Zahlen über nichtdeutsche Märkte.

461. Weiterhin hat das Bundeskartellamt die Möglichkeit, Zusammenschlüsse, die geographisch über das Bundesgebiet hinausgehende Märkte betreffen, nach Artikel 22 FKVO an die Kommission zu verweisen. Allerdings ist auch die Ermittlungsbefugnis der Europäischen Kommission beschränkt; für Märkte, die über das Gebiet der Europäischen Union hinausreichen, stellt dies demnach keine Lösung dar.

2.3.2 Aufspaltung des Bundesgebietes in Regionalmärkte

462. Der BGH hat sich im Berichtszeitraum noch in einem weiteren Urteil mit der Frage der räumlichen Marktabgrenzung auseinander gesetzt. Der Beschluss im Fall Sanacorp/Anzag²⁹ betrifft einen Fall, der häufig auftritt. Es geht um Zusammenschlüsse, die zwar das ganze Bundesgebiet betreffen, bei denen jedoch aufgrund hoher Transportkosten aus Sicht der Nachfrager nur Anbieter in Betracht kommen, die in ihrem näheren Umkreis ein

²⁸ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 605 ff.

²⁹ BGH, Beschluss vom 13. Juli 2004, KVR 2/03, WuW/E DE-R 1301, Sanacorp/ANZAG.

Werk oder ein Lager haben. Der BGH hat in seinem Beschluss eine Untergliederung des Bundesgebietes in einzelne (Großhandels-)Märkte durch eine einfache Kreisbetrachtung für unzulässig erklärt. Im Folgenden werden der Fall Sanacorp/Anzag vorgestellt sowie drei weitere Fälle, bei denen jeweils vom Amt eine räumliche Untergliederung vorgenommen wurde. Während im Fall Sanacorp/Anzag vom Bundeskartellamt die Werke des Erwerbers als Ausgangspunkt für die räumliche Marktabgrenzung gewählt wurden, sind es im Fall Schneider/Classen die Lager des zu veräußernden Unternehmens. Beim Zusammenschluss H&R WASAG/Sprengstoffwerke Gnaschwitz schließlich wurde die Abgrenzung der Märkte aus Nachfragersicht vorgenommen; im Zentrum der Märkte steht hier jeweils ein Steinbruch eines Abnehmers. Die Monopolkommission hält dies für den geeigneten Ansatz, um Märkte räumlich abzugrenzen. Sie hält jedoch auch die Vorgehensweise bei der Untersuchung der Übernahme von Spar durch Edeka für angemessen, bei der Märkte als Kreise um Oberzentren definiert wurden.

Aufspaltung räumlicher Teilmärkte um Betriebsstätten der Zusammenschlussparteien

463. Sanacorp und Anzag sind zwei Arzneimittelgroßhändler. Im Herbst 2001 untersagte das Bundeskartellamt die Übernahme von Anzag durch Sanacorp.³⁰ In seinem Beschluss unterteilt das Amt das Bundesgebiet anhand der tatsächlichen Lieferbeziehungen des erwerbenden Unternehmens, Sanacorp, in einzelne räumliche Märkte. Die 14 Liefergebiete um die 14 Niederlassungen von Sanacorp im Bundesgebiet bildeten damit die 14 betrachteten räumlichen Märkte. Die Monopolkommission kritisierte diese Vorgehensweise in ihrem Vierzehnten Hauptgutachten.³¹ Die Entscheidung des Bundeskartellamtes wurde Ende 2002 vom OLG Düsseldorf aufgehoben, das sich in seinem Beschluss ebenfalls ausführlich zur Frage der räumlichen Marktabgrenzung äußerte.³² Eine Abgrenzung der Märkte auf der Basis der tatsächlichen Absatzgebiete hält das Gericht nicht für sachgerecht. Das Bundeskartellamt hatte argumentiert, dass die Großhändler im Laufe der Zeit die Absatzgebiete ihrer eigenen Niederlassungen im Verhältnis zueinander und zu den Absatzgebieten der Wettbewerber optimiert hätten, so dass das potentielle Versorgungsgebiet mit dem tatsächlichen Absatzgebiet weitgehend deckungsgleich sei. Das Gericht hält dem entgegen, dass es eine nicht geringe Zahl von Apotheken gebe, die relevante Umsatzzanteile mit jeweils zwei verschiedenen Sanacorp-Niederlassungen erzielen. Dieses Phänomen sei an sich schon ausreichend, um die Optimalität der Niederlassungsstruktur zu widerlegen. Alternativ zur Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes schlägt das OLG vor, die Märkte als konzentrische Kreise mit einem Radius von 150 km um die jeweilige Sanacorp-Niederlassung zu begrenzen.

³⁰ BKartA, Beschluss vom 18. September 2001, B3-59/01.

³¹ Vergleiche Monopolkommission, Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2003, Tz. 431.

³² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Dezember 2002, VI-Kart 40/01 (V) WUW/E DE-R 1033, Sanacorp/ANZAG.

464. Im Sommer 2004 gab der BGH der Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamtes statt und verwies die Sache an das OLG zur erneuten Entscheidung zurück. Zur räumlichen Marktabgrenzung befand er, dass es unzulässig sei, die Größe der regionalen Teilmärkte durch einen bundeseinheitlichen Kreisradius zu bestimmen. Dies sei zumindest dann der Fall, wenn dadurch wie im vorliegenden Fall gerade in den für die Beurteilung des Falles relevanten Gebieten die tatsächlich bestehenden und zu erwartenden regionalen Marktverhältnisse nicht hinreichend widergespiegelt werden. Zu berücksichtigen seien vielmehr ebenfalls Faktoren wie die geographischen Gegebenheiten und die jeweilige Verkehrsinfrastruktur in den betreffenden Teilmärkten.

465. Bei der Prüfung eines Zusammenschlusses im Papierbereich, Schneider/Classen, hat das Bundeskartellamt versucht, eine entsprechende Marktabgrenzung vorzunehmen.³³ Betroffen war der Großhandelssortimentsmarkt für das Lagergeschäft mit Druckereipapieren. Dabei hat das Amt den Markt um jede der sechs vom zu erwerbenden Unternehmen unterhaltenen Niederlassungen im Bundesgebiet einzeln abgegrenzt. Dazu wurden jeweils in allen zweistelligen Postleitzahlgebieten im Umkreis von bis zu 150 km um die jeweiligen Lager Papiergroßhandelsunternehmen zu ihren Umsätzen und Absatzmengen sowie einige Druckereien nach ihren Nachfragegewohnheiten befragt. Die Menge dieser Postleitzahlgebiete stellt eine Obergrenze für die Größe des räumlich relevanten Marktes dar. Tatsächlich wurden dem räumlich relevanten Markt darunter nur diejenigen Postleitzahlgebiete zugerechnet, bei denen sich aus verschiedenen Indikatoren schließen ließ, dass Anbieter und Nachfrager eine Belieferung vom Standort der Niederlassung aus in Betracht ziehen. Eine Belieferung in größerer Entfernung wird dann wahrscheinlicher, wenn die Druckerei von der Niederlassung aus verkehrstechnisch gut zu erreichen ist, wenn sich zwischen Niederlassung und Druckerei weitere Druckereien befinden, so dass durch Unterwegslieferungen die Transportkosten gesenkt werden können, oder wenn es wenig näher gelegene Lager gibt, von denen aus die Druckerei einfacher zu erreichen ist.

466. Diese Methode der Marktabgrenzung ist deutlich aufwändiger als eine einfache Radiusbetrachtung, dafür trägt sie jedoch den tatsächlichen Marktgegebenheiten Rechnung. In gewisser Weise wird auch hier ein Kreis um jede Niederlassung gezogen, die Einheit des Kreises sind jedoch nicht Luftlinienkilometer, sondern die von den Marktteilnehmern tolerierten Transportkosten oder -zeiten.

467. Die räumliche Marktabgrenzung in den Fällen Sanacorp/Anzag und Schneider/Classen unterscheidet sich jedoch nicht nur in der Art der Begrenzung der Märkte um die Niederlassung. Darüber hinaus wurden im Fall Sanacorp/Anzag die Niederlassungen des erwerbenden, im Fall Schneider/Classen dagegen die Niederlassungen

³³ BKartA, Beschluss vom 28. Oktober 2004, B10-86/04, WuW/E DE-V 1017, Schneider/Classen.

des zu erwerbenden Unternehmens als Ausgangs- oder Mittelpunkt für die Marktabgrenzung verwendet. Auch wenn die räumlichen Märkte ansonsten nach der gleichen Methode ermittelt werden, führt die unterschiedliche Wahl der Mittelpunkte zu Unterschieden in der Anzahl und Form der ermittelten Märkte. Dies wiederum kann zu unterschiedlich hohen Marktanteilen und Marktanteilsadditionen der Zusammenschlussparteien und damit schließlich zu Unterschieden in der Bewertung eines Zusammenschlusses führen. Dies soll in Abbildung IV.1 illustriert werden.

468. Abbildung IV.1 stellt einen Fall dar, in dem ein Unternehmen E, der Erwerber, ein anderes Unternehmen V, das zu veräußernde Unternehmen, erwirbt. Die Liefergebiete um die beiden Unternehmen sind als Kreise dargestellt. Die anderen Anbieter sind mit A₁ bis A₄ bezeichnet. Ist der Erwerber im Zentrum der Betrachtung, werden die Marktanteile in seinem Liefergebiet, dargestellt durch den linken Kreis, ermittelt. Ist dagegen das zu veräußernde Unternehmen im Zentrum der Betrachtung, werden die Marktanteile in dessen Liefergebiet, dargestellt durch den rechten Kreis, ermittelt. Wenn die Unternehmen alle gleich groß sind, ergibt sich für den Erwerber, E, ein moderater Marktanteil, weil drei weitere Anbieter, A₁, A₂ und A₃, auf dem Markt tätig sind. Für das zu veräußernde Unternehmen, V, ergibt sich dagegen ein sehr hoher Marktanteil, weil in seinem räumlichen Markt nur ein weiterer Anbieter, A₄, tätig ist. Als problematisch erscheint der Zusammenschluss bei keiner der beiden möglichen Formen der Marktabgrenzung. Aus Sicht des Nachfragers N, der im Schnittpunkt der beiden Kreise angesiedelt ist, ist diese Bewertung jedoch falsch. E und V sind die von ihm aus gesehen nächstgelegenen Belieferungsmöglichkeiten. Ein Zusammenschluss von E und V nimmt dem Nachfrager N die Möglichkeit, bei überhöhten Preisen von E zu V zu wechseln und umgekehrt.

Aufspaltung räumlicher Teilmärkte um Betriebsstätten der Nachfrager

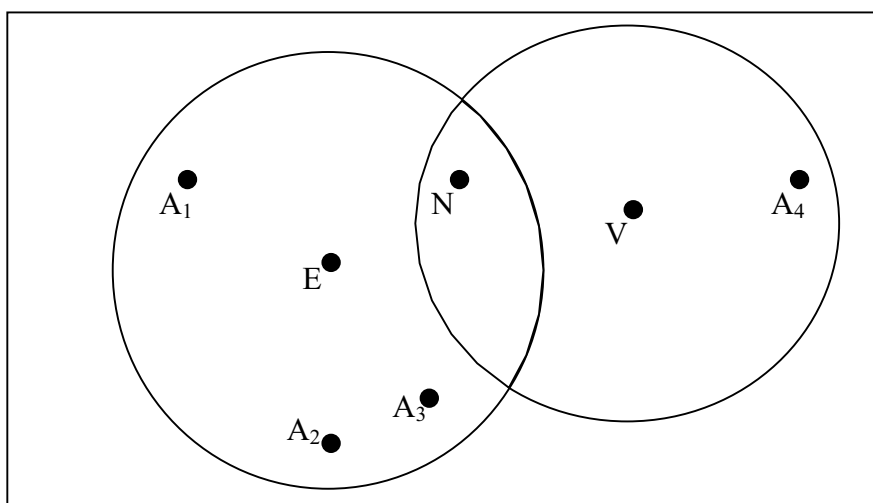
469. Im Zusammenschlussfall H&R WASAG/Sprengstoffwerke Gnaschwitz,³⁴ der mit mehreren Auflagen freigegeben wurde, hat das Amt die Marktgegenseite, also hier die Abnehmer, ins Zentrum der räumlichen Märkte gestellt. H&R WASAG und die Sprengstoffwerke Gnaschwitz sind beide in der Produktion von Industriesprengstoffen tätig. Nachfrager nach Industriesprengstoffen sind in erster Linie die Betreiber von Steinbrüchen. Das Bundeskartellamt bestimmt als räumlich relevanten Markt einen Kreis im Umfang üblicher Lieferdistanzen um die jeweilige Abbauregion. Der Radius des Kreises ist nicht bundesweit einheitlich. Während in Ostdeutschland überwiegend Hartgestein gesprengt wird und die Gewinnungsbetriebe aus historischen Gründen relativ groß sind, überwiegen in Süddeutschland Kalksteinbrüche, die von kleinen Familienunternehmen betrieben werden. Daraus ergeben sich Unterschiede in der Art des verwendeten Sprengstoffs, in der Größe einer Ladung und in der Lieferhäufigkeit. Dies wiederum führt dazu, dass die Lieferradien in Ostdeutschland relativ groß, in Süddeutschland dagegen relativ klein sind. Die Beschlussabteilung identifiziert die räumlichen Märkte, in denen der Wettbewerb durch den Zusammenschluss eingeschränkt würde. Um auf diesen Märkten die Wettbewerbsprobleme aufzuheben, die durch einen Zusammenschluss ohne Auflagen entstehen würden, wurde den Beteiligten die Veräußerung mehrerer Lager und einer Beteiligung sowie die Kündigung eines Exklusivvertrags auferlegt.

470. Der Monopolkommission erscheint dieses Vorgehen bei der Abgrenzung räumlicher Märkte sinnvoll. Dadurch, dass die räumlichen Märkte aus Sicht der Marktgegenseite definiert werden, können die Bereiche, in denen

³⁴ BKartA, Beschluss vom 2. Juni 2005, B3-123/04.

Abbildung IV.1

Abgrenzung räumlicher Märkte um (zu) erwerbendes Unternehmen



wettbewerbliche Bedenken bestehen, leicht identifiziert und diese dann gegebenenfalls durch Veräußerungsaufgaben ausgeräumt werden. Die Unterschiede in der Bereitschaft der Nachfrager, weite Wege und damit entsprechend hohe Transportkosten in Kauf zu nehmen, wird durch unterschiedlich große Kreise um die verschiedenen Typen von Nachfragern hinreichend berücksichtigt. In Abbildung IV.2 wird dargestellt, wie sich dieses Vorgehen auf die wettbewerbliche Beurteilung auswirkt. Die Anordnung der Unternehmen ist die gleiche wie in Abbildung IV.1. Der Kreis stellt den räumlichen Markt aus Sicht des Nachfragers N dar. Offensichtlich kommen für ihn nur zwei Anbieter in Frage, E und V. Die Anbieter A₁ bis A₄ liegen außerhalb des Kreises, der den aus seiner Sicht räumlich relevanten Markt darstellt. Da sich die Wettbewerbssituation des Nachfragers in der Abbildung durch eine Übernahme von V durch E eindeutig verschlechtern würde, ist dieser Zusammenschluss zu untersagen. Ist der vorliegende räumliche Markt einer von mehreren, kann der Zusammenschluss insgesamt nur mit der Auflage, eine der Betriebsstätten V oder E zu veräußern, freigegeben werden.

Räumliche Marktabgrenzung mit Hilfe von Oberzentren im Fall Edeka/Spar

471. Wenn die Zahl der Abnehmer unverhältnismäßig groß ist, kann es aus verfahrensökonomischen Gründen unsinnig oder sogar unmöglich sein, die räumlichen Märkte aus der Sicht jedes einzelnen Kunden zu analysieren. Im Bereich des B2B wird dies typischerweise nicht der Fall sein. Auf Endkundenmärkten macht die große Zahl der Abnehmer eine Kreisziehung um jeden einzelnen Verbraucher jedoch unverhältnismäßig aufwendig und praktisch unmöglich. In diesem Fall gibt es die Möglichkeit, räumliche Märkte durch Kreisziehung um Oberzentren abzubilden.

472. Diese Vorgehensweise wählte das Bundeskartellamt im Falle der Übernahme der Spar Handels AG durch die Edeka Zentrale.³⁵ Konkret wurde der räumlich relevante Markt als ein Gebiet in einem Umkreis von ca. 20 km um das Oberzentrum, dem der Standort der zu erwerbenden Lebensmittelgeschäfte zuzurechnen ist, definiert. Ein Oberzentrum ist der Mittelpunkt einer Stadt oder Gemeinde. Bei der Marktabgrenzung durch Kreisziehung um ein Oberzentrum wird die Tatsache ausgenutzt, dass die Endkunden nicht beliebig verstreut sind, sondern geballt in Städten und Gemeinden wohnen. Ungefähr 20 regionale Märkte, auf denen die Marktanteile eine kritische Grenze überschritten, wurden im Detail analysiert. Ein solches Vorgehen ist geeignet, um die Abgrenzung von räumlichen Märkten bei Endkundenmärkten mit einer sehr großen Zahl von Verbrauchern vorzunehmen.

2.3.3 Substitutionsbeziehungen bei Sortimentsmärkten

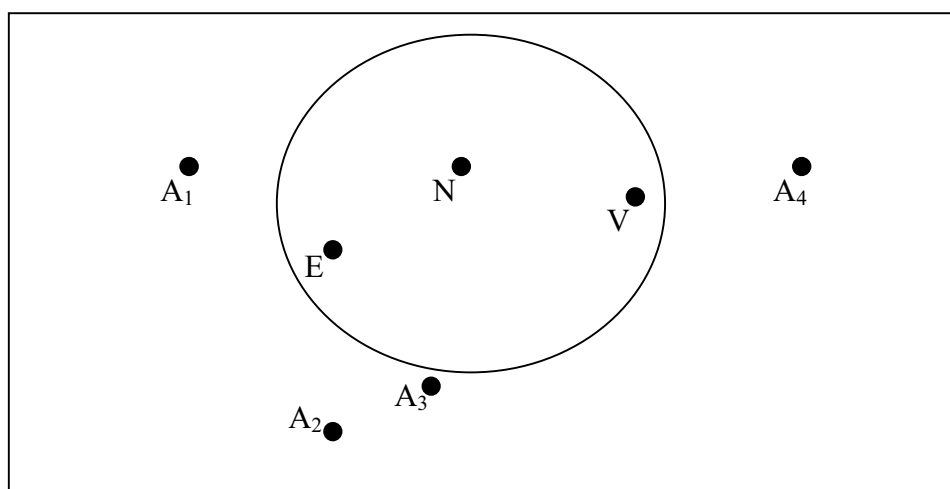
473. Die Monopolkommission hat in ihrem letzten Hauptgutachten die wettbewerbliche Analyse von Märkten diskutiert, die durch Heterogenität von Verbraucherpräferenzen und daraus folgend einem hohen Maße an Produktdifferenzierung gekennzeichnet sind.³⁶ Auf Märkten mit heterogenen Produkten ergeben sich spezielle Probleme bei der Marktabgrenzung und der Prüfung von Marktbeherrschung. Im Fall Edeka/Spar ist zu erwarten, dass die Wettbewerbsbeziehungen zwischen den Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels nicht symmetrisch sind, d. h. dass der Verhaltensspielraum eines Unternehmens nicht durch alle Wettbewerber gleichermaßen eingeschränkt wird. Das Gleiche gilt für Fusionen im

³⁵ BKartA, Beschluss vom 25. August 2005, B9-27/05.

³⁶ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 626 ff.

Abbildung IV.2

Abgrenzung räumlicher Märkte um den Nachfrager



Krankenhausbereich, wo das Bundeskartellamt von einem Sortimentsmarkt ausgeht, der die gesamte stationäre Behandlung von Krankheiten umfasst.

Austauschbarkeit von Vollsortimentern und Discontnern im Einzelhandel

474. Bei der Analyse der sachlichen Marktabgrenzung im Zusammenschlussfall Edeka/Spar ist das Bundeskartellamt zu dem Schluss gekommen, dass im Lebensmittel-einzelhandel die beiden Vertriebsformen Vollsortimenter und Discounter inzwischen einem einheitlichen Markt angehören. In den letzten Jahren seien zahlreiche Kunden der Vollsortimenter dazu übergegangen, auch oder ausschließlich beim Discounter einzukaufen, so dass von den Discountern ein hoher Wettbewerbsdruck auf die Vollsortimenter ausgeübt werde. Spezialanbieter und der Fachhandel wie z. B. Bäckereien oder Reformhäuser werden dem sachlich relevanten Markt dagegen nach wie vor nicht zugerechnet.

475. Die räumliche und sachliche Marktabgrenzung hätte durch eine stichprobenweise Befragung der Kunden der Zusammenschlussbeteiligten, welche Geschäfte sie als Alternative zu dem von ihnen besuchten Laden betrachten, ergänzt und überprüft werden können. Eine solche Befragung würde sich insbesondere auf den Regionalmärkten, auf denen die Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten auf mögliche wettbewerbliche Probleme hindeuten, anbieten. Während bei der Marktabgrenzung die Frage, ob ein angrenzendes Produkt Teil des relevanten Marktes ist oder nicht, immer eine Ja/Nein-Entscheidung erfordert, würde eine Befragung unterschiedlich starke Substitutionsbeziehungen zwischen verschiedenen Produkten abbilden. So mag zwar die Einordnung von Vollsortimentern und Discountern in einen gemeinsamen sachlich relevanten Markt grundsätzlich korrekt sein. Es ist aber dennoch davon auszugehen, dass es eine gewisse Anzahl an Kunden gibt, die als Alternative zu ihrem Vollsortimenter in erster Linie einen anderen Vollsortimenter sehen und erst dann den Einkauf beim Discounter erwägen. Möglicherweise ist die Alternative zum Vollsortimenter auch ein Discounter kombiniert mit Fachhandel. Eine derartige Analyse der Substitutionsbeziehungen scheint insbesondere im vorliegenden Fall, in dem eine Fusion zwischen zwei Vollsortimentern, Edeka und Spar, geprüft wird, notwendig, um wettbewerbliche Probleme auf den einzelnen Regionalmärkten wirklich ausschließen zu können.

476. Aufgrund der großen Zahl an Kunden in einem Edeka- oder Sparmarkt ist es nicht möglich oder unverhältnismäßig aufwendig, alle Kunden auch nur weniger besonders kritischer räumlich relevanter Märkte zu befragen. Es genügt aber, eine repräsentative Stichprobe von Kunden zur Befragung auszuwählen. Repräsentativ ist eine Stichprobe von Kunden dann, wenn sie einen gewissen Anteil aller Kunden ausmacht. Sie muss jedoch nie mehr als ungefähr 1 000 Kunden umfassen, d. h. auch bei einer sehr großen Grundgesamtheit ist es ausreichend, etwa 1 000 Gruppenmitglieder zu befragen. Die befragten Kunden müssen zufällig ausgewählt sein. Eine zufällige Auswahl kann unter anderem dadurch garantiert werden,

dass die Befragten nach gewissen Kriterien wie Einkommen, Geschlecht oder Alter gefiltert werden. Eine repräsentative Stichprobe liefert die gleichen Informationen wie eine Vollerhebung.

Austauschbarkeit von Behandlungen im Krankenhausmarkt

477. Ein ähnliches Verfahren bietet sich auch bei der Marktabgrenzung im Krankenhausbereich an. Das Bundeskartellamt hatte im Berichtszeitraum über eine ganze Reihe geplanter Zusammenschlüsse von Krankenhäusern zu entscheiden. Angemeldet wurden über 30 Zusammenschlussvorhaben. In sechs Fällen hat das Amt ein Hauptprüfverfahren eingeleitet. Davon wurden zwei Fälle untersagt und vier Fälle freigegeben. Untersagt wurden die Übernahmen des städtischen Krankenhauses in Eisenhüttenstadt³⁷ und der Kreiskrankenhäuser in Bad Neustadt an der Saale und Mellrichstadt³⁸ durch die Rhön-Klinikum AG. Ohne Auflagen freigegeben wurde die Übernahme von drei Kreiskrankenhäusern im Nürnberger Umland durch die Stadt Nürnberg.³⁹ Das Vorhaben des städtischen Klinikums Chemnitz, je 49 Prozent der Anteile an den Sozialbetrieben und des Klinikum Mittleres Erzgebirge vom Mittleren Erzgebirgskreis zu übernehmen, wurde nur in modifizierter Form freigegeben, da die Zusammenschlussbeteiligten nach einer Abmahnung das Vorhaben, sich am Klinikum Mittleres Erzgebirge zu beteiligen, zurückgezogen hatten.⁴⁰ Die Übernahme des aus sieben Krankenhäusern bestehenden Landesbetriebs Krankenhäuser (LBK) in Hamburg durch die Asklepios Kliniken wurde mit der Auflage, eines der sieben Krankenhäuser zu veräußern, freigegeben.⁴¹ Die Übernahme des Altonaer Kinderkrankenhauses durch das von der Stadt Hamburg beherrschte Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf wurde ebenfalls mit einer Veräußerungsaufgabe freigegeben.⁴²

478. Das Bundeskartellamt grenzt als sachlich relevanten Markt bei Zusammenschlüssen von Krankenhäusern den Markt für Krankenhausleistungen (Krankenhausmarkt) ab. Da Marktanteile mit der Fallzahl der Krankenhäuser berechnet werden, umfasst der Krankenhausmarkt demnach alle Fälle oder Krankheiten, zu deren Behandlung ein Patient ins Krankenhaus verwiesen wird. Nicht zum sachlich relevanten Markt gehören ambulante praxisärztliche Dienstleistungen sowie die Leistungen von Rehabilitationseinrichtungen, Privatkliniken, Pflege- und Altenheimen. Fachkliniken sind dagegen nach Ansicht des Amtes Teil des sachlich relevanten Marktes. Zwar werde in einer Fachklinik nur eine bestimmte Gruppe von Erkrankungen behandelt. Letztlich entspreche die Leistung einer Fachklinik aus Sicht des Patienten jedoch der

³⁷ BKartA, Beschluss vom 23. März 2005, B10-109/04.

³⁸ BKartA, Beschluss vom 10. März 2005, B10-123/04, WuW DE-V 1087, Rhön-Grabfeld.

³⁹ BKartA, Beschluss vom 16. Dezember 2005, B10-70/05.

⁴⁰ BKartA, Beschluss vom 20. Januar 2006, B10-69/05.

⁴¹ BKartA, Beschluss vom 28. April 2005, B10-161/04.

⁴² BKartA, Beschluss vom 8. März 2006, B10-90/05.

Leistung der entsprechenden Abteilung eines Allgemein-krankenhauses und sei damit mit einer Behandlung in einer Allgemeinklinik austauschbar.

479. Eine genauere Unterscheidung nach medizinischen Fachabteilungen scheidet nach Ansicht des Amtes schon deshalb aus, weil die Zuordnung eines Falles zu einer medizinischen Fachabteilung nicht einheitlich geregelt sei. So werde beispielsweise die gleiche Operation in dem einen Krankenhaus in der Chirurgischen Abteilung, in dem anderen Krankenhaus in einer Fachabteilung wie der Orthopädie oder Urologie vorgenommen.

480. Auch eine noch genauere Unterteilung des Marktes in einzelne Fallgruppen lehnt das Amt ab. Eine solche Aufteilung sei nicht angemessen, weil es sich hier um einen Sortimentsmarkt handle. Ein solcher Markt liegt vor, wenn aus Sicht der Abnehmer regelmäßig nur solche Unternehmen als sinnvolle Bezugsalternative in Betracht kommen, die gleichfalls ein Sortiment anbieten können, das die ganze Warengruppe abdeckt. Demnach sind alle Krankenhausleistungen als eine „bestimmte Art von Waren“ im Sinne des § 19 Abs. 1 GWB anzusehen.⁴³ Der Patient nehme das Angebot an Behandlungen als Gesamtangebot wahr, auch wenn er natürlich nie eine Komplettleistung, sondern im konkreten Bedarfsfall immer nur eine Teilleistung, d. h. eine einzelne oder einige wenige Behandlungen, nachfrage. Das „Grundsortiment“ eines Krankenhauses bestehe aus einer Abteilung für Inneres und Chirurgie sowie in aller Regel einer Abteilung für Gynäkologie und Geburtshilfe, die ungefähr zwei Drittel aller Krankenhausbetten ausmachen.

481. Das OLG Düsseldorf hat sich im Rahmen der Beschwerde über die Untersagung der Übernahme der Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt und Mellrichstadt durch die Rhön-Klinikum AG ebenfalls mit der Frage der sachlichen Marktabgrenzung befasst. Eine Abgrenzung der Märkte nach einzelnen Fallgruppen hält es ebenfalls für nicht angemessen. Eine Zusammenfassung aller Krankenhausleistungen zu einem einzigen Markt sei aber zu unscharf. In einem Beweisbeschluss vom Oktober 2005⁴⁴ fordert es das Amt daher auf, vier sachlich relevante Märkte, nämlich die Grundversorgung, bestehend aus Chirurgie und Innerer Medizin, die Urologie, die Gynäkologie und die Hals-, Nasen- und Ohrenheilkunde zu unterscheiden. Diese Aufteilung orientiert sich an den Abteilungen der in dem konkreten Zusammenschlussfall zu übernehmenden Krankenhäuser. Während das Bundeskartellamt die Tatsache, dass die gleichen Behandlungen je nach Krankenhaus in unterschiedlichen Abteilungen behandelt werden, zum Anlass nimmt, alle Behandlungen zu einem einheitlichen Markt zusammenzufassen, ist das OLG Düsseldorf der Ansicht, dass diese Unterschiede in der Zuordnung lediglich zu Ungenauigkeiten im Randbereich führen würden. Zusätzlich sei zu berücksichtigen, dass die beiden zu übernehmenden Krankenhäuser Kliniken der ersten und zweiten Versorgungsstufe seien, die

mit Krankenhäusern der Versorgungsstufen III und IV vermutlich nur eingeschränkt im Wettbewerb stünden.⁴⁵

482. Aus praktischen Gründen sprechen einige Argumente für eine Marktabgrenzung, bei der ein einheitlicher Markt für alle Krankenhausleistungen angenommen wird. Allerdings ist davon auszugehen, dass eine solche Marktabgrenzung tendenziell zu ungenau ist. Das Argument, ein einheitlicher Markt sei grundsätzlich angemessen, weil der Patient das Angebot eines Krankenhauses als Gesamtangebot wahrnehme, obwohl er es nie als Komplettleistung, sondern im konkreten Bedarfsfall immer nur als Teilleistung nachfrage, vermag nicht zu überzeugen. Es mag dann gelten, wenn ein Patient mit nicht ausreichend diagnostizierten Beschwerden ins Krankenhaus eingeliefert wird. In diesem Fall stellt sich erst durch die Untersuchung vor Ort heraus, welche Teilleistung aus dem Angebot des Krankenhauses er in Anspruch nehmen wird. In vielen Fällen dürfte ein Patient jedoch bereits mit einer relativ klar definierten Diagnose ins Krankenhaus eingewiesen werden, so dass er nur eine konkrete Teilleistung – nämlich die Behandlung seiner speziellen Krankheit – nachfragt.

483. Bei einem Sortimentsmarkt wie im Falle der Krankenhausleistungen bietet sich wie bei Märkten mit einem hohen Maß an Produktdifferenzierung eine Analyse der Substitutionsbeziehungen zwischen den verschiedenen Produktvarianten, hier also den verschiedenen Behandlungsformen, an. Diese würde im Übrigen auch die im Fall der Krankenhausfusionen äußerst aufwendige räumliche Marktabgrenzung obsolet machen. Zur räumlichen Abgrenzung der Krankenhausmärkte untersucht das Bundeskartellamt, aus welchen Postleitzahlgebieten die Patienten aus den Krankenhäusern der Zusammenschlussbeteiligten und den anderen Krankenhäusern der Gegend kommen. Der räumlich relevante Markt umfasst dann alle Krankenhäuser, deren Patienten überwiegend aus dem gleichen Einzugsgebiet wie die Patienten der Zusammenschlussbeteiligten kommen. Alternativ könnte direkt bei der Marktgegenseite, also den Patienten, angesetzt werden, indem man untersucht, welches aus deren Sicht die Alternative zu der gewählten Klinik darstellt. Dazu könnte man die Patienten bzw. eine repräsentative Auswahl der Patienten, die die Kliniken der Zusammenschlussbeteiligten in der letzten Zeit genutzt haben, fragen, welches Krankenhaus sie besucht hätten, wenn es die Klinik, in der sie waren, nicht gegeben hätte. Je größer der Anteil der Patienten ist, die stattdessen in die Klinik der anderen Zusammenschlussbeteiligten gegangen wären, desto problematischer ist aus wettbewerblicher Sicht der Zusammenschluss. Eine zusätzliche räumliche

⁴³ BGH, Beschluss vom 28. April 1992, KVR 9/91, WuW/E BGH 2771/2773, Kaufhof/Saturn.

⁴⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Oktober 2005, VI-Kart 6/05 (V).

⁴⁵ Krankenhäuser der Versorgungsstufe I bieten eine Grundversorgung zumindest in den Bereichen Innere und Chirurgie an. Krankenhäuser der Versorgungsstufe II verfügen im Allgemeinen über zusätzliche Fachrichtungen wie Gynäkologie und Geburtshilfe oder Augenheilkunde. Krankenhäuser der Versorgungsstufe III verfügen über alle Abteilungen von Kliniken der Versorgungsstufe II. Sie erfüllen in Diagnose und Therapie überörtliche Schwerpunktaufgaben. Krankenhäuser der Versorgungsstufe IV sind wie Universitätskliniken Kliniken mit Maximalversorgung.

Marktabgrenzung ist für eine solche Analyse nicht erforderlich, sie ergibt sich ebenfalls aus den Antworten der Patienten. Alle Kliniken, die aus deren Sicht eine Alternative darstellen, sind Teil sowohl des sachlich als auch des räumlich relevanten Marktes.

2.3.4 Substitutionsbeziehungen im öffentlichen Nahverkehr

484. Bereits in ihrem letzten Hauptgutachten hat sich die Monopolkommission mit mehreren Zusammenschlüssen des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) beschäftigt, die vom Bundeskartellamt im Rahmen eines Zweite-Phase-Verfahrens entschieden wurden.⁴⁶ Den Fall DB Regio/üstra intalliance, der den ÖPNV im Raum Hannover betrifft, hat das Bundeskartellamt unter auflösenden Bedingungen und einer Auflage freigegeben.⁴⁷ Die der Freigabe beigegebenen Nebenbestimmungen wurden vom OLG Düsseldorf aufgehoben, da das Zusammenschlussvorhaben nach Ansicht des Gerichts nicht die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB erfüllte. Es sei nicht zu erwarten, dass die beabsichtigte Fusion zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führe.⁴⁸ Die Argumentation hielt der vom Bundeskartellamt eingelegten Rechtsbeschwerde beim BGH nicht stand. Der BGH hob den angefochtenen Beschluss auf und verwies den Fall in der Sache zurück an das Beschwerdegericht.⁴⁹

485. In drei weiteren Fällen im Bereich des ÖPNV wurde im Berichtszeitraum ein Hauptprüfverfahren eingeleitet. In einem der Fälle zogen die Zusammenschlussbeteiligten ihre Anmeldung nach einer Abmahnung durch das Bundeskartellamt zurück. Der Zusammenschluss SW Verkehrsgesellschaft Frankfurt a. M./Offenbacher Verkehrsbetriebe wurde freigegeben.⁵⁰ Der Zusammenschluss zwischen der RSW, einer Tochter der DB Regio, und der KVS, einem saarländischen Verkehrsunternehmen, wurde untersagt.⁵¹ Die Beschwerde der Zusammenschlussbeteiligten wies das OLG Düsseldorf zurück.⁵²

Die Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes im ÖPNV

486. Im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung hat das Bundeskartellamt in seiner bisherigen Amtspraxis offen gelassen, ob der ÖPNV in zwei Teilmärkte, den öffentlichen Straßenpersonennahverkehr (ÖSPV) und den

Schienenpersonennahverkehr (SPNV), zu trennen oder ob dies als ein Markt zu betrachten ist. Zum ÖSPV gehören Bus- und Straßenbahnlinien; gesetzliche Grundlage ist das Personenbeförderungsgesetz (PBefG). Der SPNV umfasst Regionalzüge und S-Bahnen und ist im Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG) geregelt. Offen gelassen hat das Amt auch, ob die relevante Marktgegenseite der Fahrgast oder der Aufgabenträger ist. Einerseits sei der Fahrgast der eigentliche Nachfrager von Verkehrsleistungen; allerdings habe er keinen direkten Einfluss auf Art und Umfang des jeweiligen Verkehrsangebots. Dagegen habe der Aufgabenträger dadurch, dass er im Rahmen einer Ausschreibung oder einer freihändigen Vergabe die Lizenz für die Bedienung eines Verkehrsnetzes vergibt, maßgeblichen Einfluss darauf, welche Verkehrsunternehmen auf dem Markt tätig werden. Nach Ansicht des Amtes kommt ihm damit die Stellung eines Verbrauchsdisponenten zu.⁵³ Nicht in den relevanten Markt einzubeziehen sind nach Ansicht des Amtes sämtliche sonstigen Verkehrsmittel. Damit werden sowohl der Individualverkehr mit Auto, Fahrrad oder zu Fuß als auch der Verkehr mit Taxis oder Anruf-Sammel-Taxis ausgeschlossen.

487. Räumlich grenzt das Bundeskartellamt die betroffenen Märkte regional ab. So ist im Fall DB Regio/üstra intalliance der räumlich betroffene Markt durch die Stadt Hannover und ihre nähere Umgebung abgegrenzt. Bei der Entscheidung, wie weit genau die „nähere“ Umgebung in den räumlich relevanten Markt einzubeziehen ist, richtet sich das Bundeskartellamt z. B. nach dem Verlauf der Linien, der Vertaktung des Verkehrsangebots und den Pendlerverflechtungen, ohne jedoch präzise Kriterien anzugeben, welche Vertaktung oder welche Zahl von Pendlern als hinreichend für eine Zurechnung zum räumlich relevanten Markt angesehen werden. Im Allgemeinen kommt es jedoch für die materielle Beurteilung eines Zusammenschlusses im Ergebnis nicht auf die genaue Zuordnung von Grenzfällen an, so dass die Frage der räumlichen Marktabgrenzung im Detail offen gelassen werden kann.

Die Marktabgrenzung des OLG Düsseldorf im ÖPNV

488. Das OLG Düsseldorf hat sich im Rahmen der Beschlüsse „ÖPNV Saarland“ und „DB Regio/üstra intalliance“ ebenfalls zur Marktabgrenzung im ÖPNV geäußert. Dabei weicht das Gericht sowohl bei der sachlichen als auch bei der räumlichen Abgrenzung der Märkte von der Abgrenzung des Bundeskartellamtes ab. In sachlicher Hinsicht unterscheidet das Gericht vier Märkte. Dabei wird zunächst zwischen dem SPNV und dem ÖSPV unterschieden. Innerhalb dieser beiden Märkte wird wiederum zwischen dem Fahrgastmarkt und dem Aufgabenträgermarkt unterschieden. Der Fahrgastmarkt ist der Markt für die Erbringung liniengebundener Verkehrsdienstleistungen; der Aufgabenträgermarkt ist der Markt für die Errichtung, Unterhaltung und den Betrieb eines Verkehrsnetzes im Zuständigkeitsbereich des jeweiligen Aufgabenträgers. Im Falle „DB Regio/üstra intalliance“

⁴⁶ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 698 ff.

⁴⁷ BKartA, Beschluss vom 2. Dezember 2003, B9-91/03, WuW/E DE-V 891, ÖPNV-Hannover.

⁴⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Dezember 2004, VI-Kart 1/04 (V), WuW/E DE-R 1397, ÖPNV Hannover.

⁴⁹ BGH, Beschluss vom 7. Februar 2006, KVR 5/05, WuW DE-R 1681, DB Regio/üstra.

⁵⁰ BKartA, Beschluss vom 19. Juli 2004, B9-37/04, WuW/E DE-V 989, Offenbacher Verkehrsbetriebe.

⁵¹ BKartA, Beschluss vom 9. Juni 2004, B9-16/04, WuW/E DE-V 937, ÖPNV Saarland.

⁵² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Mai 2005, VI-Kart 19/04 (V), WuW DE-R 1495, ÖPNV Saarland.

⁵³ Vergleiche Bechtold, Rainer, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a. a. O., § 19 Rn. 5.

ist der zuständige Aufgabenträger für den SPNV der Kommunalverband „Region Hannover“, für den ÖPNV sind es die betroffenen Landkreise und kreisfreien Städte. Im Gegensatz zum Bundeskartellamt greift das OLG also nicht auf das Konzept des Verbrauchsdisponenten zurück, um trotz zweier konzeptionell verschiedener Nachfragergruppen einen einheitlichen Nahverkehrsmarkt abzugrenzen; vielmehr grenzt das Gericht für jede der beiden Nachfragergruppen einen eigenen Markt ab.

489. Durch diese Zweiteilung ergibt sich auch die Möglichkeit, je nach Nachfragertyp eine unterschiedliche räumliche Marktabgrenzung vorzunehmen. Das OLG geht auf dem Aufgabenträgermarkt von einer bundesweiten Marktabgrenzung aus, da aus Sicht der Aufgabenträger Anbieter aus dem ganzen Bundesgebiet in Betracht kämen. Es gebe bereits eine Reihe von bundesweit tätigen Unternehmen, die eine weitere räumliche Ausdehnung ihrer Geschäftstätigkeit anstreben und sich dementsprechend auch bundesweit an Ausschreibungen beteiligen würden. Der Fahrgastmarkt ist dagegen nach Ansicht des OLG streckenbezogen abzugrenzen. Das bedeutet, dass jede Linie einen Markt für sich darstellt. Der Fahrgast finde das vom Aufgabenträger zur Daseinsvorsorge geschaffene Verkehrsnetz vor und frage in dessen Grenzen stets nur eine konkrete Beförderungsdienstleistung nach.

490. Das OLG kommt in seiner Analyse zu dem Schluss, dass der Zusammenschluss auf keinem der vier betroffenen Märkte zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Position führe. So sei im Bereich des SPNV die DB Regio auf dem bundesweiten Aufgabenträgermarkt nicht marktbeherrschend. Zwar erbringe sie derzeit (noch) mehr als 90 Prozent der Verkehrsleistungen im SPNV, maßgeblich sei aber nur ihr Marktanteil bei neu vergebenen Aufträgen bzw. ob sie im Rahmen von Vergabeverfahren systematisch bevorzugt werde. Dafür gebe es keinerlei Anhaltspunkte. Da der Kommunalverband „Region Hannover“ beabsichtige, künftig Verkehrsleistungen im Wettbewerb auszuscheiden, sei auch die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung nicht zu erwarten. Im Gegensatz dazu hatte das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung angenommen, dass durch den beabsichtigten Zusammenschluss aufgrund der mittelbaren Verflechtung des Kommunalverbandes mit der DB Regio der Kommunalverband bei der Vergabe künftiger Verkehrsdienstleistungen Rücksicht auf die DB Regio nehmen und damit deren marktbeherrschende Stellung verstärken würde.

491. Die relativ kurze Begründung des Gerichts, warum die DB Regio trotz eines Marktanteils von über 90 Prozent nicht marktbeherrschend sei, überrascht. Zwar kann die Tatsache, dass der Auftragsanteil der DB Regio bezogen auf die Gesamtzahl der ausgeschriebenen Zug-Kilometer bei lediglich 49 Prozent liegt, als Indiz dafür gewertet werden, dass die marktbeherrschende Stellung der DB Regio in der Bundesrepublik erodiert. Als Begründung dafür, dass ein Unternehmen mit einem Marktanteil von über 90 Prozent nicht marktbeherrschend ist, scheint sie jedoch nicht ausreichend. Derzeit wird nur ein sehr kleiner Teil der gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleis-

tungen überhaupt ausgeschrieben, obwohl diese Möglichkeit jedem Aufgabenträger offen steht. Eine Analyse der Marktstruktur kann sich deshalb nicht nur auf die Entscheidungen derjenigen Aufgabenträger beschränken, die sich für eine Ausschreibung entschieden haben, sondern muss auch die vorgelagerte Entscheidung, ob überhaupt ausgeschrieben wird, betrachten. Möglicherweise hängt die Entscheidung eines Aufgabenträgers, ob ausgeschrieben wird oder nicht, davon ab, ob überhaupt zu erwarten ist, dass Wettbewerber der DB Regio Gebote abgeben. In diesem Fall könnte die DB Regio selbst dann als marktbeherrschend angesehen werden, wenn 100 Prozent der wettbewerblich vergebenen Verkehrsleistungen an Wettbewerber der DB Regio vergeben werden.

492. Im so genannten PRIMON-Gutachten zur Privatisierung der Deutschen Bahn AG wird zudem auf die Möglichkeit hingewiesen, dass die Deutsche Bahn Infrastrukturmaßnahmen davon abhängig macht, ob ihre Tochter DB Regio bei einer Vergabe im SPNV berücksichtigt wird. Dort heißt es: „Wettbewerber und Vertreter der Länder bzw. Aufgabenträger nehmen etwa einen Zusammenhang zwischen den Infrastrukturinvestitionen, die die DB AG tätigt, und der Vergabe von SPNV-Verkehrsleistungen an die DB AG wahr. Dies werde als wesentliche Barriere für den intramodalen Wettbewerb im SPNV angesehen. Aus Sicht von Marktteilnehmern sei die Durchführung von Infrastrukturmaßnahmen, wie Strecken-Elektrifizierung, Strecken-Ausbau bzw. das Ausmaß der Instandhaltung oder auch Umbau/Instandhaltung von Bahnhöfen direkt daran geknüpft, ob DB Regio AG einen Verkehrsvertrag oder den Zuschlag bei einer Ausschreibung erhalte.“⁵⁴

493. Das Gericht geht auch nicht von einer marktbeherrschenden Stellung der DB Regio auf den betroffenen Fahrgastmärkten aus. Der Wettbewerb auf dem Fahrgastmarkt sei sowohl im Bereich des SPNV als auch des ÖSPV durch die Regelungen des AEG bzw. des PBefG so stark eingeschränkt, dass während der Laufzeit eines Vertrages kein Wettbewerb stattfinden könne. So bedürfen z. B. die Beförderungsentgelte und -bedingungen einer behördlichen Erlaubnis (§ 12 Abs. 3 AEG, § 39 PBefG), und das Verkehrsunternehmen unterliegt einer gesetzlichen Beförderungspflicht gegenüber jedermann (§ 10 AEG, § 22 PBefG). Es kann davon ausgegangen werden, dass jede Linie nur von einem einzigen Unternehmen bedient wird; im Falle des ÖSPV besteht sogar ein rechtliches Verbot der Doppelbelegung einer Verkehrslinie. Wenn die Märkte des ÖPNV räumlich und sachlich so abgegrenzt werden, dass ein Markt immer nur aus einer einzigen Linie besteht und auf jeder Linie nur ein Unternehmen eine Beförderungslinie anbietet, scheint dieses Unternehmen automatisch eine Monopolstellung gegenüber dem Fahrgast einzunehmen. Das OLG stellt in seinem Beschluss jedoch fest, dass angesichts dieser Marktverhältnisse die marktbeherrschende Position eines Unternehmens nicht alleine damit begründet werden könne,

⁵⁴ Booz Allen Hamilton: „Privatisierungsvarianten der Deutschen Bahn AG „mit und ohne Netz“, Januar 2006, S. 158 f.

dass es für die Dauer seines Verkehrsvertrages ohne Wettbewerber ist. Vielmehr erweise sich die Marktstärke eines Unternehmens auf dem Fahrgastmarkt dann, wenn sein Verkehrsvertrag ausgelaufen sei und die Verkehrsleistungen vom Aufgabenträger neu vergeben werden. Auch die DB Regio sei zwar auf jeder der von ihr betriebenen Linien einziger Anbieter, daraus könne jedoch nicht gefolgert werden, dass sie über eine beherrschende Position verfüge. Dies sei vielmehr erst dann der Fall, wenn das Unternehmen bei der Neubeauftragung durch den Aufgabenträger eine mehr oder wenige unangreifbare Position inne habe. Dafür gebe es keine Anhaltspunkte.

494. Das Gericht hebt bei dieser Argumentation die von ihm selbst vorgenommene Trennung in einen Aufgabenträger- und einen Fahrgastmarkt faktisch wieder auf. Die Unterscheidung in diese beiden Märkte ist nur dann sinnvoll, wenn man auch davon ausgeht, dass auf dem Fahrgastmarkt durch die Möglichkeit der Fahrgäste, ihr Verkehrsmittel zu wählen, direkt Wettbewerb bestehen kann. Gibt es auf dem Fahrgastmarkt nur einen indirekten Wettbewerb im Rahmen der Neubeauftragung durch den Aufgabenträger, fällt die Unterscheidung in Aufgabenträger- und Fahrgastmarkt in sich zusammen.

495. Schließlich führt der Zusammenschluss nach Ansicht des Gerichts im Bereich des ÖPNV nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der üstra, weder auf dem bundesweiten Aufgabenträger- noch auf dem nach Linien abgegrenzten Fahrgastmarkt.

Die Entscheidung des BGH

496. Der BGH bestätigt in seinem Urteil die Marktabgrenzung des OLG insoweit, als er ebenfalls von vier relevanten Märkten ausgeht, die durch die Trennung des ÖPNV in den Schienen- und Straßenpersonennahverkehr und eine Unterscheidung von Aufgabenträger- und Fahrgastmarkt entstehen. Den angefochtenen Beschluss hebt er mit der Begründung auf, dass die Beurteilung der wettbewerblichen Situation auf dem Aufgabenträgermarkt im SPNV und im ÖSPV auf Rechtsfehlern beruhe. Im SPNV sei die DB Regio durchaus als marktbeherrschend anzusehen. Die dagegen vorgebrachten Argumente seien nicht überzeugend. Im ÖSPV sei eine bundesweite Marktabgrenzung nicht angemessen, da die Leistungen im öffentlichen Straßenpersonennahverkehr üblicherweise von in der Region tätigen und ansässigen Unternehmen erbracht und bei einer Ausschreibung auch an diese vergeben würden. Es sei daher nicht auszuschließen, dass die üstra auf dem regionalen Aufgabenträgermarkt über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.

497. Die wettbewerbliche Situation auf den Fahrgastmärkten erörtert der BGH nicht. Er geht davon aus, dass sie schon deshalb nicht entscheidend sei, weil die wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Fahrgastmarkt im Wesentlichen nicht den Wettbewerb in diesem, sondern um diesen Markt betreffen und daher auf dem Aufgabenträgermarkt in Erscheinung treten würden.

Berücksichtigung von Substitutionsbeziehungen bei der Marktabgrenzung im ÖPNV

498. Der Monopolkommission erscheint die Unterscheidung in einen Aufgabenträger- und einen Fahrgastmarkt sinnvoll, da sie eine differenziertere Analyse der wettbewerblichen Konsequenzen eines potentiellen Zusammenschlusses erlaubt. Zusammenschlüsse, die marktbeherrschende Stellungen der Anbieter begründen oder verstärken, sind zu untersagen, weil dadurch eine Schlechterstellung der Marktgegenseite zu erwarten ist. Im Falle des ÖPNV sollte ein Zusammenschluss sowohl untersagt werden, wenn eine Schlechterstellung der Position der Aufgabenträger zu erwarten ist, als auch, wenn sich die Situation für die Fahrgäste verschlechtert. Bei den Aufgabenträgern würde sich eine Schlechterstellung dahingehend auswirken, dass die Zuschüsse, die die Anbieter für die Bereitstellung eines bestimmten Angebots fordern, höher würden. Das würde eine höhere Belastung der öffentlichen Kassen und damit auch der Steuerzahler zur Folge haben. Bei den Fahrgästen äußert sich die Schlechterstellung z. B. durch höhere Preise oder durch eine sinkende Qualität des Angebots bezüglich der Sauberkeit oder Pünktlichkeit der Verkehrsmittel.

499. Ob die Marktabgrenzung auf dem Fahrgastmarkt netz- oder linienbezogen zu erfolgen hat, hängt von den Gewohnheiten der Fahrgäste ab. Für eine netzbezogene Marktabgrenzung würde sprechen, wenn Fahrgäste tatsächlich das Netz als Ganzes als Alternative zu einem anderen Verkehrsmittel nutzen. Wenn der typische Nachfrager kein Auto besitzt, weil ihm das Nahverkehrsnetz die Möglichkeit gibt, seine verschiedenen Wege – zur Arbeit, zum Einkaufen, zum Besuch von Freunden etc. – mit dem ÖPNV zurückzulegen, spricht dies für eine netzbezogene Marktabgrenzung. Wenn der typische Nachfrager jedoch praktisch nur eine einzige Linie nutzt, weil er beispielsweise mit dem ÖPNV zur Arbeit pendelt, ansonsten aber alle Wege mit dem Auto zurücklegt, würde dies für eine streckenbezogene Marktabgrenzung sprechen. Im Allgemeinen scheint der Monopolkommission eine streckenbezogene Marktabgrenzung auf dem Fahrgastmarkt die Realität angemessen widerzuspiegeln. Eine solche Marktabgrenzung nimmt auch das Office of Fair Trading (OFT) in Großbritannien vor.⁵⁵

500. Allerdings ist die Kommission der Auffassung, dass die Alternativen zum ÖPNV – das sind in erster Linie der motorisierte und der nichtmotorisierte Individualverkehr – den wettbewerblichen Spielraum eines Verkehrsunternehmens durchaus wirksam beschränken können und deshalb bei der wettbewerblichen Beurteilung berücksichtigt werden sollten.⁵⁶ Welches die relevanten Alternativen zum ÖPNV sind, hängt von der betrachteten Strecke ab. Eine Linie, die einen Flughafen an eine Stadt

⁵⁵ Vergleiche Abegg, Peter, Die Austauschbarkeit verschiedener Verkehrsmittel im Rahmen von Zusammenschlüssen im öffentlichen Personennahverkehr, in: Wirtschaft und Wettbewerb, Jg. 55, 2005, S. 275–285, S. 277.

⁵⁶ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 624 f.

anbindet, dürfte überwiegend von Fluggästen genutzt werden. Hier könnte das Taxi die wettbewerblich relevante Alternative für den Nutzer des ÖPNV darstellen. Dagegen werden Linien, die Wohngebiete mit einer City verbinden, vor allem von Pendlern genutzt. Je nach Infrastruktur und Streckenlänge können hier statt des ÖPNV Auto oder Fahrrad genutzt werden. Auch wenn die Nutzung von Auto oder Fahrrad eine Eigenleistung darstellt, die nicht marktwirksam ist, darf diese Eigenleistung, sofern sie für den Nachfrager eine ernsthafte Alternative zum ÖPNV darstellt, bei der Wettbewerbsanalyse nicht vernachlässigt werden.

501. Berücksichtigt man die bestehenden Substitutionsbeziehungen zwischen verschiedenen Verkehrsmitteln bei der Analyse des Fahrgastmarktes nicht, läuft die von den Gerichten vorgenommene Trennung des ÖPNV in einen Aufgabenträger- und einen Fahrgastmarkt ins Leere. Durch die im ÖSPV gesetzlich vorgeschriebene Einzelbelegung der zu bedienenden Strecken besteht Wettbewerb dann nur in Form eines Wettbewerbes um den Markt. Diese Form des Wettbewerbs wird aber bereits im Rahmen der Aufgabenträgermärkte analysiert. Geht man dagegen davon aus, dass es aus Sicht der Fahrgäste relevante Alternativen zum ÖPNV gibt, kann der Wettbewerb auf dem Fahrgastmarkt nicht nur indirekt durch den Aufgabenträger erfolgen, sondern auch direkt durch die Entscheidung des Fahrgastes selbst. Zwar muss ein Verkehrsunternehmen seine Beförderungsbedingungen vom Aufgabenträger genehmigen lassen. Dies bedeutet aber nicht zwangsläufig, wie vom OLG Düsseldorf angenommen, dass ein Verkehrsunternehmen für die Dauer seines Verkehrsvertrages ohne Wettbewerber ist und sich seine Marktstärke erst dann erweist, wenn sein Verkehrsvertrag ausgelaufen ist und die Verkehrsleistungen vom Aufgabenträger neu vergeben werden. Vielmehr ist das Verkehrsunternehmen bei seinen Vorschlägen über die Vertragsgestaltung in erster Linie daran gebunden, dass die Fahrgäste sein Angebot annehmen und nicht auf andere Beförderungsmittel ausweichen. Die Genehmigung der Behörde erscheint demgegenüber nur als weitere, aber keinesfalls einzige Beschränkung des Unternehmens. Der Wettbewerb um den Fahrgast ist auch nicht auf die Momente der Neuvergabe eines Streckenbündels beschränkt, denn auch innerhalb der Laufzeit eines Vertrages kann ein Verkehrsunternehmen seine Beförderungskonditionen ändern. Schließlich wird die Attraktivität des ÖPNV auch durch Faktoren bestimmt, die nicht Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen mit dem Aufgabenträger sind und teilweise auch gar nicht sein können, wie z. B. die Freundlichkeit des Personals oder die Sauberkeit der Bahnen.

502. Im Kern kommen das Bundeskartellamt und das OLG Düsseldorf im Fall ÖPNV Hannover jedoch vor allem deshalb zu einer gegensätzlichen Beurteilung des Zusammenschlusses, weil das Bundeskartellamt davon ausgeht, dass der Aufgabenträger bei künftigen Ausschreibungen die DB Regio bevorzugt, wenn er mit dieser mittelbar verbunden ist. Das OLG sieht jedoch keinerlei Anhaltspunkte für ein solches Verhalten von Seiten des Aufgabenträgers. Die Monopolkommission teilt die Auf-

fassung des Bundeskartellamtes. Grundsätzlich wäre es wünschenswert, wenn im ÖPNV ebenso wie in anderen Netzindustrien die Vergabe der Konzessionen für die Nutzung eines Netzes vollständig in den Händen einer Gesellschaft liegt, die keinerlei Beteiligungen auf nachgelagerten Marktstufen hält. Dies würde garantieren, dass immer die Qualität des Angebots und nicht sonstige strategische Überlegungen innerhalb verbundener Unternehmen oder innerhalb eines Konzerns über die Vergabe einer Konzession entscheiden.

2.4 Entstehung und Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

2.4.1 Marktbeherrschung im Oligopol

503. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum in einer Reihe von Fällen das Vorliegen eines Oligopols geprüft. Beispielhaft werden im Folgenden vier Fälle vorgestellt. In drei der vier Fälle hat das Amt ein Hauptprüfverfahren eingeleitet und in zwei Fällen mit einer Untersagung abgeschlossen: Im Bereich Abfallwirtschaft wurde ein Zusammenschluss untersagt, da die Übernahme des größten Außenseiters die Marktmacht eines Vierer-Oligopols verstärkt hätte. In einem ähnlichen Fall, der den Großhandel mit Papier betraf, diagnostizierte das Amt auf regionalen Märkten Oligopole aus zwei, drei oder vier Mitgliedern. Der Zusammenschluss wurde freigegeben. Bei einem Zusammenschluss auf dem Markt für Fruchtzubereitungen befürchtete das Amt, dass ein Zusammenschluss der Marktteilnehmer mit dem zweit- und dem viertgrößten Marktanteil zu einem marktbeherrschenden Dyopol mit dem Marktführer führen würde.

504. Auf den Strommärkten sichern die Verbundunternehmen ihre marktbeherrschende Position auf dem Großhandelsmarkt nach wie vor durch eine Strategie der vertikalen Vorwärtsintegration ab. Eine Beschwerde von E.ON gegen eine vor fast drei Jahren ausgesprochene Untersagung, die diese Praxis unterbindet, ist noch vor dem OLG anhängig. Ähnlich gelagerte Fälle, die jedoch geringere Mengen betreffen, sind in der Zwischenzeit vom Kartellamt freigegeben worden.

505. Die Monopolkommission spricht sich gegen die Trennung in Binnen- und Außenwettbewerb bzw. am Oligopol teilnehmende und nicht teilnehmende Unternehmen rein nach Marktanteilskriterien aus. Oligopole sind auch zwischen Unternehmen mit extrem unterschiedlichen Marktanteilen möglich. Letztlich definiert sich ein Oligopolist durch sein Verhalten und nicht durch Kriterien wie Marktanteile, Finanzkraft oder Eigentümerstruktur. Diese können nur als Indiz dienen. Bei symmetrisch verteilten Marktanteilen, ähnlicher Finanzkraft und gleicher Eigentümerstruktur mag demnach eher mit koordiniertem Verhalten zu rechnen sein als bei ungleichen Marktanteilen, unterschiedlicher Finanzkraft und verschiedenen Organisationsformen. Trotzdem sind diese Kriterien weder notwendig noch hinreichend dafür, dass tatsächlich koordiniertes Verhalten stattfindet.

506. Weiterhin tritt die Monopolkommission dafür ein, koordiniertes Verhalten auf mehreren räumlich getrennten

Märkten nicht isoliert zu analysieren. Wenn bundesweit tätige Unternehmen gemeinsam in verschiedenen Regionalmärkten tätig sind, kann es irreführend sein, das Verhalten auf den einzelnen Regionalmärkten unabhängig vom Verhalten auf den anderen Märkten zu betrachten. Denn falls koordiniertes Verhalten stattfindet, ist zu erwarten, dass dies auf allen oder zumindest der Mehrzahl der Regionalmärkte stattfindet und dass diese Absprachen marktübergreifend getroffen werden.

Oligopolistische Strukturen auf Regionalmärkten in der Entsorgungswirtschaft

507. Im Bereich der Abfallwirtschaft hat das Bundeskartellamt Ende 2004 einen Zusammenschluss untersagt. Drei weitere Zusammenschlussvorhaben, bei denen ein Hauptprüfverfahren eingeleitet wurde, wurden unter Bedingungen und Auflagen freigegeben. In dem Untersuchungsfall planten Rethmann, eines der größten deutschen Entsorgungsunternehmen, und Tönsmeier, ein größeres mittelständisches Entsorgungsunternehmen, je 50 Prozent der Anteile an der Gesellschaft für Abfallwirtschaft Köthen zu übernehmen, die von Stadt und Landkreis Köthen veräußert wurde. Das Kartellamt begründete die Untersagung damit, dass der Zusammenschluss die Marktmacht eines Oligopols aus vier Oligopolisten verstärkt hätte.⁵⁷ Die Untersagung wurde vom OLG Düsseldorf bestätigt.⁵⁸

508. Strittig war in diesem Fall zunächst die räumliche Marktabgrenzung. Das Amt definierte als räumlich relevanten Markt alle Landkreise, deren Gebiet zu mehr als 50 Prozent in einem Radius von 100 km um den Landkreis Köthen liegt. Die Anmelder gingen dagegen in ihrer Anmeldung davon aus, dass die neuen Bundesländer einen gemeinsamen räumlichen Markt bilden. Das Bundeskartellamt lehnte dies mit der Begründung ab, dass die Marktanteile der im Entsorgungsbereich in den neuen Ländern tätigen Unternehmen in den verschiedenen Bundesländern deutliche Unterschiede aufwiesen. So gebe es beispielsweise ein Unternehmen, das in einem Bundesland gar nicht tätig sei, dafür aber in einem anderen einen Marktanteil von knapp 30 Prozent aufweise. Dagegen würden Entsorger mit Infrastruktureinrichtungen in einem Gebiet mit einem Radius von ca. 100 km um den Landkreis Köthen aus Sicht des Nachfragers in realistischer Weise als Anbieter in Betracht kommen. Tatsächlich kamen bei Ausschreibungen in den Gebietskörperschaften der fünf neuen Bundesländer in den letzten fünf Jahren 91,5 Prozent der Angebote von Unternehmen, die weniger als 100 km vom jeweiligen Ausschreibungsort entfernt waren. Den Zuschlag erhielten ausschließlich Unternehmen, die im 100 km-Radius ansässig waren.

509. Im Anschluss an die Marktabgrenzung untersuchte das Bundeskartellamt die Marktanteile für die Sammlung und den Transport von Restmüll im räumlich relevanten Markt, die sich wie in Tabelle IV.4 ergeben.

Tabelle IV.4

Marktanteile auf dem Entsorgungsmarkt um den Landkreis Köthen

Unternehmen	Marktanteil in %
Rethmann	21,6
RWE Umwelt	20,4
Sita	18,0
Alba	15,2
Summe	75,1
Tönsmeier	7,9
GfA Köthen	1,8
Summe	84,8
Sonstige (10 Anbieter)	15,2
Summe	100,0

510. Das Bundeskartellamt ging in seiner Entscheidung davon aus, dass die Unternehmen Rethmann, RWE Umwelt, Sita und Alba auf dem relevanten Markt ein marktbeherrschendes Oligopol bilden. Eine gemeinsame Übernahme der GfA Köthen durch Rethmann und Tönsmeier hätte nach Ansicht des Amtes die marktbeherrschende Stellung des Oligopols verstärkt, da durch die Einbindung von Tönsmeier, dem stärksten Oligopolaußenseiter im Markt, der Außenwettbewerb gegenüber dem Oligopol geschwächt worden wäre.

511. Überzeugend legt das Bundeskartellamt dar, dass die Marktgegebenheiten bei der Sammlung und dem Transport verschiedener Abfallarten oligopolistisches Parallelverhalten begünstigen und gegenwärtig davon auszugehen ist, dass die Marktteilnehmer durch koordiniertes Verhalten Marktmacht ausüben. Die Monopolkommission ist jedoch der Ansicht, dass es nicht angemessen ist, sich bei der Analyse oligopolistischen Verhaltens auf den räumlichen Markt zu beschränken, auf dem der Zusammenschluss vollzogen wird. Im vorliegenden Fall sind die vier Unternehmen, die in der Analyse des Kartellamtes ein Oligopol bilden, nicht nur auf dem räumlichen Markt um die Stadt Köthen herum, sondern in einem um ein Vielfaches größeren Gebiet tätig. Alle vier haben zweistellige Marktanteile in mehreren der neuen Bundesländer, einige sind sogar bundesweit vertreten. Dabei sind große Unterschiede zwischen einzelnen Bundesländern festzustellen. Diese ergeben sich u. a. daraus, dass bei der Entsorgung in benachbarten Gebieten Synergieeffekte auftreten. Entsprechend ist zu erwarten, dass sich Unternehmen in Gegenden, in denen sie bereits tätig sind, verstärkt um Aufträge bemühen.

512. Es ist nicht anzunehmen, dass oligopolistisches Verhalten isoliert im räumlichen Markt „Köthen und

⁵⁷ BKartA, Beschluss vom 16. November 2004, B10-74/04, WuW/E DE-V 995, Rethmann/GfA Köthen.

⁵⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. November 2005, VI-Kart 30/04 (V), WuW DE-R 1625, Rethmann/GfA Köthen.

Umkreis“ stattfindet. Vielmehr ist zu erwarten, dass die Teilnehmer des Oligopols auf allen Märkten, auf denen sie gemeinsam tätig sind, kooperieren, zumindest im Bereich der Versorgungswirtschaft. Eine Beschränkung der Analyse auf den im Einzelfall räumlich relevanten Markt ist daher irreführend. Die Tatsache, dass die vier Teilnehmer am Oligopol auf dem untersuchten Markt ähnliche Marktanteile aufweisen, kann zufällig sein. Es ist ohne weiteres möglich, dass einer der vier Anbieter bei Betrachtung eines größeren Gebietes kleiner und weniger einflussreich erscheint als ein anderer Anbieter, der im Markt „Köthen und Umkreis“ nur mit sehr geringem Marktanteil oder gar nicht vertreten ist. Aussagen über die Verteilung der Marktanteile sind insbesondere dann, wenn nicht offensichtlich ist, welche Märkte bei der Betrachtung überhaupt zusammengefasst werden sollten, wenig aussagekräftig. Es ist ohnehin davon auszugehen, dass sich oligopolistische Absprachen nicht auf Unternehmen gleicher Größe beschränken, solange die Bedingungen für derartiges Verhalten günstig sind. Die eindeutige Zuordnung der vier Unternehmen Rethmann, RWE Umwelt, Sita und Alba als Teilnehmer am Oligopol und von Tönsmeier als Oligopolaußenseiter erscheint demnach wenig sinnvoll.

Oligopolistische Strukturen auf regionalen Großhandelsmärkten für Papier

513. Auch bei einer Übernahme im Bereich des Großhandels mit Papier untersuchte das Bundeskartellamt die Marktstrukturen auf den einzelnen räumlichen Märkten unabhängig voneinander. Die räumliche Marktabgrenzung im Falle der Übernahme von Classen durch die Firma G. Schneider & Söhne (SchneiderSöhne) wurde im Abschnitt 2.3.2 dargestellt. Auf sechs räumlich getrennten Märkten prüfte das Amt die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung für das Lagergeschäft mit Druckereipapieren. Dabei diagnostizierte es auf den einzelnen Märkten die folgenden Strukturen:

- Auf dem Regionalmarkt Darmstadt besteht ein marktbeherrschendes Oligopol aus vier Unternehmen, SchneiderSöhne, Papier Union, Deutsche Papier und Drissler.
- Auf dem Regionalmarkt Hamburg besteht ein marktbeherrschendes Oligopol aus drei Unternehmen, SchneiderSöhne, Papier Union sowie drei Unternehmen der Interessengemeinschaft von Papiergroßhändlern GmbH (Igepa).
- Auf dem Regionalmarkt Essen besteht ebenfalls ein marktbeherrschendes Oligopol aus den drei Unternehmen SchneiderSöhne, Papier Union sowie drei Unternehmen der Igepa.
- Auf dem Regionalmarkt Nürnberg besteht ein marktbeherrschendes Dyopol der Unternehmen SchneiderSöhne und 2H.
- Auf dem Regionalmarkt Stuttgart gibt es keine marktbeherrschenden Stellungen.

- Auf dem Regionalmarkt München gibt es ebenfalls keine marktbeherrschenden Stellungen.

Classen ist demnach auf keinem der vier oligopolistisch geprägten Märkte Mitglied eines Oligopols, sondern gehört zur Gruppe der Oligopolaußenseiter. Das Bundeskartellamt hat den Zusammenschluss freigegeben, weil es auf keinem der kritischen vier Märkte mit hinreichender Prognosesicherheit die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung feststellte.

514. Während das Amt Classen generell die Rolle eines Oligopolaußenseiters zuweist, werden anderen Unternehmen in der Analyse auf den unterschiedlichen räumlichen Märkten unterschiedliche Rollen zugewiesen. So ist die Deutsche Papier ein Oligopolaußenseiter auf den Regionalmärkten Hamburg, Essen und Nürnberg, aber ein Mitglied des Oligopols im Regionalmarkt Darmstadt. Die unterschiedliche Zuordnung von Deutsche Papier scheint nur auf Unterschiede in den Marktanteilen zurückzuführen zu sein. Tatsächlich sollte die Unterscheidung in Oligopolmitglieder und -außenseiter bei der Analyse koordinierter Effekte jedoch nach dem Verhalten erfolgen. Mitglieder eines Oligopols sind demnach Unternehmen, die ihr Verhalten mit anderen Marktteilnehmern abstimmen, um am Markt höhere Preise durchsetzen zu können. Es ist unwahrscheinlich, dass die Koordinierung der gleichen Unternehmen auf den unterschiedlichen räumlichen Märkten unabhängig voneinander erfolgt. Vielmehr ist anzunehmen, dass Absprachen, wenn sie getroffen werden, für alle Märkte getroffen werden, auf denen die Unternehmen gemeinsam tätig sind. Es ist durchaus möglich, dass die Absprachen zudem voneinander abhängen, dass also das Entgegenkommen eines Oligopolisten in einem räumlichen Markt mit dem Entgegenkommen eines anderen Oligopolisten in einem anderen räumlichen Markt kompensiert wird. Rechnet das Amt dennoch ein Unternehmen wie hier die Deutsche Papier in einem Markt den Oligopolisten, in einem anderen jedoch den Außenseitern zu, so würde dies eine besondere Begründung erfordern.

515. Stellt man bei der Zuordnung eines Unternehmens zum Oligopol auf das Verhalten des betreffenden Unternehmens ab, dann wäre im vorliegenden Fall auch Classen ein Oligopolmitglied, obwohl sein Marktanteil in allen Regionalmärkten deutlich unter dem der anderen Oligopolisten liegt. Classen scheint jedoch aktiv an der oligopolistischen Zusammenarbeit der Unternehmen beteiligt gewesen zu sein. So heißt es in der Entscheidung: „Ferner hat Classen viele Jahre gemeinsam mit den Oligopolisten wiederholt in verschiedenen Kartellen zusammengearbeitet, um den Wettbewerb unter den beteiligten Großhandelsunternehmen auf dem vom Zusammenschluss betroffenen Großhandelsmarkt für das Lagergeschäft mit Druckereipapieren auszuschließen.“⁵⁹ Das Amt begründet seine Entscheidung, Classen nicht dem Oligopol zuzurechnen, nicht nur mit dem Marktanteilsabstand zwischen Classen und den Oligopolisten, sondern auch

⁵⁹ BKartA, Beschluss vom 28. Oktober 2004, B10-86/04, Tz. 251.

damit, dass Classen ein mittelständisches Unternehmen sei, die Oligopolisten dagegen internationale Konzerne. Diese Unterschiede sollten jedoch bei der Beurteilung keine Rolle spielen, solange auf anderem Wege koordiniertes Verhalten zwischen den betroffenen Unternehmen nachgewiesen werden kann. Denn die Tatsache, dass zwei Unternehmen sehr unterschiedlich sind, ist zwar ein Indiz dafür, dass die Zusammenarbeit schwierig sein könnte, und senkt insofern die Wahrscheinlichkeit dafür, dass koordiniertes Verhalten stattfindet. Wenn derartige Verhalten jedoch direkt nachgewiesen werden kann, ist die Ex-ante-Wahrscheinlichkeit dafür nicht mehr relevant.

Entstehung eines Dyopols auf dem Markt für Fruchtzubereitungen

516. Im Frühjahr 2004 hat das Bundeskartellamt der Agrana, einer Tochter des Südzucker-Konzerns, die Übernahme von Atys, bis dahin mehrheitlich im Besitz der Butler Capital Partners, Paris, untersagt.⁶⁰ Atys ist eine Holdinggesellschaft. Die mit ihr verbundenen Unternehmen stellen in verschiedenen Ländern Europas Fruchtzubereitungen her und vertreiben diese. Fruchtzubereitungen sind Früchte in pasteurisierter Form, die als Geschmacksträger in Milchprodukten wie Joghurt oder Eis oder in der Backwarenindustrie verwendet werden. In Deutschland ist Atys über die Atys-DSF GmbH, Konstanz, aktiv. In der Sache begründete das Bundeskartellamt seine Untersagung damit, dass durch den Zusammenschluss auf dem nationalen Markt für Fruchtzubereitungen ein marktbeherrschendes Dyopol des Marktführers Zentis mit Agrana entstehe, die nach der Übernahme von Atys den zweithöchsten Marktanteil auf dem betroffenen Markt hätte. Die wertmäßigen Marktanteile auf dem bundesweiten Markt für Fruchtzubereitungen im Jahre 2003 stellen sich wie in Tabelle IV.5 gezeigt dar.

Tabelle IV.5

Marktanteile auf dem Markt für Fruchtzubereitungen

Unternehmen	Marktanteil in %
Zentis	40–50
Atys	15–25
Wild	5–10
Agrana	5–10
IFF	5–10
Sonstige	je < 5
Summe	100

⁶⁰ BKartA, Beschluss vom 21. April 2004, B2-160/03, WuW/E DE-V 923, Agrana/Atys.

517. Marktführer ist Zentis mit einem Marktanteil von etwas unter 50 Prozent. Mit deutlichem Abstand folgt Atys, deren Marktanteil wiederum deutlich über dem Marktanteil der Unternehmen Wild, Agrana und IFF liegt. Rein rechenmäßig war die Dyopolvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB für Zentis und Atys bereits vor dem Zusammenschluss erfüllt. Trotzdem geht das Amt in seiner Entscheidung davon aus, dass der große Marktanteilsabstand zwischen Zentis und Atys dyopolistisches Verhalten vor dem Zusammenschluss verhindert habe. Durch den Zusammenschluss von Agrana und Atys steigt der Marktanteil des zweitgrößten Marktteilnehmers zwar nur wenig und bleibt weiterhin deutlich hinter Zentis zurück. Dieser Abstand werde aber dadurch kompensiert, dass dieses Unternehmen als Südzucker-Tochter über eine überragende Finanzkraft verfüge. Dies werde Zentis in der Zukunft von wettbewerblichen Vorstößen abhalten.

518. Betrachtet man lediglich die Marktanteile auf dem betroffenen Markt, so könnte man nach § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB auch vermuten, dass Zentis mit seinem Marktanteil von weit über einem Drittel alleine marktbeherrschend ist. Der Zusammenschluss von Atys und Agrana würde dann zu keinen wettbewerblichen Bedenken führen. Man könnte sogar argumentieren, dass die Übernahme den Wettbewerb fördert, da es dem neuen Unternehmen Agrana/Atys eher als es bisher Agrana oder Atys alleine möglich wäre, wettbewerblichen Druck auf Zentis auszuüben. Für eine schlüssige Beurteilung des Falles wäre demnach eine tiefergehende Analyse des betroffenen Marktes notwendig gewesen. So hätte man beispielsweise das Verhalten der Abnehmer bezüglich der Zahl der Lieferanten und der Wechselwilligkeit und -möglichkeit oder die Preisentwicklung der verschiedenen Anbieter im Zeitablauf untersuchen können. Unklar ist auch, inwiefern die große Finanzkraft von Südzucker dazu führen sollte, die Wahrscheinlichkeit koordinierter Handlungen des zweitgrößten Marktteilnehmers mit Zentis zu erhöhen.

Vertikale Vorwärtsintegration der Erzeuger auf den Märkten für Strom

519. Im Zusammenhang mit dem immer noch anhängigen Beschwerdeverfahren E.ON Mitte/Stadtwerke Eschwege – die Untersagung des Kartellamtes aus dem September 2003 wurde bereits im letzten Hauptgutachten diskutiert⁶¹ – hat das Bundeskartellamt erneut eine umfangreiche Markterhebung der Strommärkte in Deutschland durchgeführt. Insbesondere durch die steigende Bedeutung des Stromhandels ist eine neue Abgrenzung der Märkte im Strombereich notwendig geworden. Die vier Verbundunternehmen, insbesondere E.ON und RWE, erzeugen jedoch nach wie vor fast allen inländischen Strom und verfügen über hohe Anteile an den Höchst- und Hochspannungsnetzen. Das Bundeskartellamt geht daher davon aus, dass die vier Verbundunternehmen, insbesondere

⁶¹ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 689.

jedoch E.ON und RWE, ein marktbeherrschendes Oligopol bilden.

520. Bisher grenzte das Bundeskartellamt im Strombereich drei Märkte ab. Auf den bundesweiten Märkten für Stromweiterverteiler und Stromgroßkunden waren die Nachfrager die Stromweiterverteiler, also überwiegend Stadtwerke, und die leistungsgemessenen Endkunden. Anbieter waren die Stromproduzenten, also überwiegend die vier Verbundunternehmen, und auf dem Stromgroßkundenmarkt auch Stadtwerke. Auf dem regional abgegrenzten Endkundenmarkt standen die nichtleistungsgemessenen Klein- und Haushaltskunden als Nachfrager den Stadtwerken und vereinzelt wie bei Yello-Strom auch den Verbundunternehmen als Anbieter gegenüber. Der Stromhandel kommt im Rahmen dieser Marktabgrenzung nicht vor. Da inzwischen der Stromhandel jedoch eine zunehmend wichtigere Rolle spielt, ist die klassische Form der Marktabgrenzung zunehmend schlechter geeignet, die tatsächlichen Verhältnisse auf den Strommärkten zu beschreiben. Der Stromhandel umfasst sowohl Handelsgeschäfte an der Börse als auch außerbörslich stattfindende bilaterale Geschäfte, so genannte Over-the-Counter-Geschäfte. Er kann von einem Stadtwerk genutzt werden, das zusätzliche Stromkapazitäten von einem Händler kauft. Dieser wiederum erwirbt den Strom von einem der vier Verbundunternehmen. In diesem Fall wäre der klassische Weiterverteilermarkt vertikal in zwei Märkte aufgespalten, mit dem Händler als neuer Zwischenstufe. Das Bundeskartellamt plant deshalb, bei der Abgrenzung der Strommärkte den Ansatz der Europäischen Kommission zu übernehmen. Dabei werden die Märkte basierend auf fünf Stufen definiert, die die Haupttätigkeitsbereiche im Strombereich darstellen. Diese sind

- die Erzeugung von Strom,
- der Stromtransport auf hoher Spannungsebene,
- der Stromtransport auf niedriger Spannungsebene,
- der Vertrieb von Strom an Endverbraucher und
- der Handel.

521. Wie aus diesen Haupttätigkeitsbereichen Märkte abgeleitet werden, hat das Bundeskartellamt bisher offen gelassen. Letztlich sind wohl drei Märkte zu unterscheiden, der Großhandelsmarkt, auf dem die Stromerzeuger ihren Strom anbieten, der Endkundenmarkt, auf dem Endkunden Strom nachfragen, und der Markt für den Transport von Strom. Auf dem Markt für den Transport von Strom verfügt der Eigentümer des Netzes immer über ein Angebotsmonopol; dieser Bereich unterliegt daher der Regulierung durch die Bundesnetzagentur. Auf dem Großhandels- und dem Endkundenmarkt ist Wettbewerb jedoch grundsätzlich möglich.

522. Der Großhandels- und der Endkundenmarkt sind die erste und letzte Stufe auf dem Weg vom Erzeuger zum Verbraucher. Zwischen dem Erzeuger als erstem Anbieter und dem Verbraucher als letztem Nachfrager kann es beliebig viele Zwischenstufen des Handels geben, der Strom kann aber auch direkt vom Erzeuger an den Endverbraucher geliefert werden. Da auf dieser Zwi-

schenstufe in Deutschland jedoch eine große Zahl von Unternehmen tätig ist und keine ernsthaften wettbewerblichen Probleme bekannt sind, kommt es auf eine genauere Analyse dieser Zwischenstufen nicht an. Zumindest derzeit liegt das Wettbewerbsproblem bei Strom auf dem Großhandelsmarkt. Mehr als 80 Prozent der Erzeugungskapazitäten befinden sich in der Hand von nur vier Verbundunternehmen, die fast 90 Prozent der deutschen Nettostrommenge produzieren. Da diese vier Unternehmen auch über mehr als 95 Prozent der Höchstspannungs- und etwa 70 Prozent der Hoch- und Mittelspannungsnetze verfügen, sind sie in der Lage, den Markt gegen neue Anbieter abzuschotten.

523. E.ON und RWE sind in der Vierer-Gruppe der Verbundunternehmen deutlich größer als die beiden anderen Verbundunternehmen Vattenfall und EnBW. In der Vergangenheit ging das Bundeskartellamt deshalb davon aus, dass lediglich E.ON und RWE über eine marktbeherrschende Stellung beim Angebot von Strom verfügen. Davon weicht das Amt jetzt ab. Künftig sollen alle vier Unternehmen als marktbeherrschend angesehen werden. Die Monopolkommission begrüßt diese Erweiterung. Es ist nicht davon auszugehen, dass von Vattenfall und EnBW ernsthafte wettbewerbliche Impulse ausgehen, nur weil sie über ein kleineres Netzgebiet und geringere Erzeugungskapazitäten verfügen. Entscheidend ist vielmehr, dass auch sie über ein Gebietsmonopol verfügen – Vattenfall in Norddeutschland, EnBW in Baden-Württemberg – und dieses bei einer Kooperation mit den anderen Mitgliedern des Oligopols auch behalten können.

524. Die Markterhebung des Bundeskartellamtes zeigt auch, dass die Verbundunternehmen die Strategie der vertikalen Vorwärtsintegration im Strom- und im Gasbereich weiter verfolgen. Gemeinsam verfügten die vier Verbundunternehmen im Jahr 2004 über mehr als 200 Minderheitsbeteiligungen an Stadtwerken im Strombereich. Im Gasbereich waren es über 250 Beteiligungen dieser Art.

525. Im Gasbereich wurde die vertikale Vorwärtsintegration durch die Tätigkeit des Bundeskartellamtes zumindest gebremst. So wurde im Berichtszeitraum die Beteiligung der Mainova an den Aschaffener Stadtwerken in Höhe von 17,5 Prozent untersagt und die gleichzeitig geplante Beteiligung der E.ON Bayern an den Aschaffener Stadtwerken zurückgenommen.⁶² Die Mainova ist Gasvorlieferantin der Aschaffener Stadtwerke. Nach Ansicht des Amtes hätte die Beteiligung die marktbeherrschende Stellung der Mainova auf dem Weiterverteilermarkt und die marktbeherrschende Stellung der Aschaffener Stadtwerke auf dem Markt für Haushalts- und Kleinkunden verstärkt. Denn durch den Zusammenschluss hätte die Mainova ihre Vorlieferantenposition auf dem Weiterverteilermarkt gesichert, während gleichzeitig nicht mehr zu erwarten gewesen wäre, dass sie in einen Wettbewerb um Endkunden der Aschaffener Stadt-

⁶² BKartA, Beschluss vom 22. Juli 2004, B8-27/04, WuW/E DE-V 983, Mainova/Aschaffener Versorgungs GmbH.

werke eintritt. Die Beschwerde gegen die Untersagung wurde vom OLG Düsseldorf abgewiesen.⁶³

526. Im Strombereich wurde die Vorwärtsintegration der Stromerzeuger durch einen Rückgang in der Zahl der Anmeldungen ebenfalls gebremst. Dies mag darauf zurückzuführen sein, dass die Marktteilnehmer das Ergebnis des Verfahrens E.ON Mitte/Stadtwerke Eschwege vor dem Beschwerdegericht abwarten wollen. Aus Gesprächen der Verbundunternehmen mit dem Bundeskartellamt ist jedoch bekannt, dass sich eine Vielzahl von Beteiligungsprojekten derzeit im Vorstadium einer Anmeldung befinden. Falls das OLG Düsseldorf die Beschwerde von E.ON im Verfahren E.ON Mitte/Stadtwerke Eschwege nicht zurückweisen sollte, wäre daher mit einer großen Zahl von Anmeldungen ähnlich gelagerter Fälle beim Bundeskartellamt zu rechnen. Schon jetzt gibt das Bundeskartellamt Minderheitsbeteiligungen frei, wenn die vom Zusammenschluss betroffenen Stadtwerke nicht mit mehr als ungefähr 100 GWh Strom pro Jahr beliefert werden. So wurde z. B. eine Aufstockung der Anteile an den Stadtwerken Eberswalde von 37 Prozent auf 50 Prozent durch die E.DIS AG, eine Tochter der E.ON AG, in der ersten Phase freigegeben, da von dem Zusammenschluss nur Strommengen in Höhe von gut 120 GWh betroffen waren, von denen ungefähr ein Viertel aus der Eigenproduktion der Stadtwerke Eberswalde stammen. Die Absicherung der Vorlieferantenposition bezieht sich somit auf eine Menge von weniger als 100 GWh.

527. Die Monopolkommission spricht sich gegen die Verwendung einer derartigen Spürbarkeitsgrenze bei der Bewertung von Zusammenschlüssen aus. Problematisch ist die Vorwärtsintegration der Verbundunternehmen in der Summe. Lässt man nur Beteiligungen an kleinen Stadtwerken zu, ist zwar die Anzahl an benötigten Beteiligungen, um einen bestimmten Verschleißeffekt zu erzielen, höher, als wenn Beteiligungen in jeder Höhe zulässig sind. Im Prinzip ist ein Marktverschluss durch Vorwärtsintegration aber trotzdem möglich. Um die Strategie der vertikalen Vorwärtsintegration anzuhalten, muss jede Beteiligung unabhängig von ihrer Höhe und von der betroffenen Strommenge untersagt werden.

528. Problematisch ist die Vorwärtsintegration nicht nur wegen ihrer wettbewerblichen Auswirkungen auf den Endkundenmärkten. Viele Stadtwerke verfügen über eigene Erzeugungskapazitäten. Entsprechend führt die Vorwärtsintegration der Verbundunternehmen durch Mehr- und Minderheitsbeteiligungen an diesen Stadtwerken auch zu einer Konzentration der Erzeugungskapazitäten. Während sich die installierte Gesamtkapazität zwischen 1998 und 2003/2004 nur unwesentlich verändert hat, ist der Kapazitätsanteil der heutigen vier größten Verbundunternehmen in diesem Zeitraum von 77 Prozent auf 90 Prozent gestiegen.⁶⁴ Das Bundeskartellamt berück-

sichtigt diesen Effekt in seinen Entscheidungen nach Ansicht der Monopolkommission nicht ausreichend. Im oben dargestellten Fall der Anteilserhöhung an den Stadtwerken Eberswalde lag zwar die Bezugsmenge der Stadtwerke Eberswalde von E.DIS unter 100 GWh. Berücksichtigt man jedoch auch die nicht unerhebliche Eigenproduktion der Stadtwerke Eberswalde in ihrem Blockheizkraftwerk, sind von dem Zusammenschluss Strommengen von deutlich über 100 GWh betroffen. Der Zusammenschluss führt nicht nur zu einer Absicherung des Stromabsatzes der E.ON AG, sondern auch zu einer Zunahme ihres Anteils an der Gesamterzeugungskapazität.

2.4.2 Marktbeherrschung bei nichthorizontalen Zusammenschlüssen

529. Im Berichtszeitraum wurden einige Zusammenschlüsse im Medienbereich in der zweiten Phase geprüft, bei denen die nichthorizontalen Effekte des jeweiligen Zusammenschlusses im Zentrum der Wettbewerbsanalyse des Bundeskartellamtes standen. Das Zusammenschlussvorhaben Springer/ProSiebenSat.1 wurde untersagt, weil der Zusammenschluss nach Ansicht des Amtes aufgrund marktübergreifender Effekte zu einer Verstärkung der kollektiven Marktbeherrschung von RTL und ProSiebenSat.1 auf dem Fernsehwerbemarkt und einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Axel Springer auf den Anzeigen- und Lesermärkten für Zeitungen geführt hätte. Die Übernahme der DPC Digital Payout Center von Premiere durch SES Global Europe hat das Amt unter Anwendung der Abwägungsklausel freigegeben. Durch den Zusammenschluss wird eine vertikale Integration aufgelöst, gleichzeitig werden zwei Inputmärkte integriert. Schließlich prüfte das Amt mehrere Zusammenschlussvorhaben im Bereich der Breitbandkabelnetze. Da ein derartiges Netz ein natürliches Monopol darstellt, sind Fusionen zwischen zwei Netzbetreibern, die dazu führen, dass die zwei Netze künftig von einem Betreiber gemeinsam betrieben werden, als Markterweiterungszusammenschlüsse einzuordnen.

Das Zusammenschlussvorhaben Springer/ProSiebenSat.1

530. Im Januar 2006 untersagte das Bundeskartellamt der Axel Springer AG, 100 Prozent der Anteile an ProSiebenSat.1 zu übernehmen.⁶⁵ Die Axel Springer AG hat gegen den Beschluss Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingereicht. Das Bundeskartellamt sieht in zwei verschiedenen Bereichen wettbewerbliche Probleme. Zum einen werde die kollektive Marktbeherrschung auf dem Fernsehwerbemarkt, zum anderen die überragende Marktstellung von Springer auf dem Anzeigen- und Lesermarkt verstärkt.

531. Zur Verstärkung der kollektiven Marktbeherrschung auf dem Fernsehwerbemarkt führt das Amt aus, dass nach seiner Ansicht derzeit Bertelsmann und ProSie-

⁶³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. November 2005, VI-2 Kart 14/04(V), WuW DE-R 1639, Mainova/Aschaffenburg Versorgungs-GmbH.

⁶⁴ Vergleiche Eikmeier, Bernd, Gabriel, Jürgen, Quantitative Entwicklung der Erzeugungs- und Absatzstruktur in der deutschen Stromwirtschaft von 1998 bis heute, Gutachten des Bremer Energieinstituts im Auftrag der MVV Energie AG, Mannheim, Februar 2005, S. 41.

⁶⁵ BKartA, Beschluss vom 19. Januar 2006, B6-103/05, WuW DE-V 1163, Springer/ProSiebenSat.1.

benSat.1 ein marktbeherrschendes Dyopol auf dem Fernsehwerbemarkt bilden. Zu Bertelsmann gehören die Sender der RTL-Gruppe, zu ProSiebenSat.1 die Sender ProSieben, SAT.1 und Kabel 1. Die beiden Unternehmen verfügen zwar jeweils nur über Zuschaueranteile von ca. 25 Prozent, während die öffentlich-rechtlichen Sender gemeinsam einen Zuschaueranteil von über 40 Prozent haben. Aufgrund der eingeschränkten Werbemöglichkeiten der öffentlich-rechtlichen Sender verfügen Bertelsmann und ProSiebenSat.1 jedoch bei den Einnahmen aus Fernsehwerbung über ungefähr gleich hohe und im Zeitablauf konstante Marktanteile von je über 40 Prozent; die öffentlich-rechtlichen Sender haben hier nur einen Anteil von weniger als 10 Prozent. Nach Ansicht des Amtes sprechen mehrere Argumente dagegen, dass Binnenwettbewerb zwischen den beiden Dyopolisten stattfindet. Der Zusammenschluss stelle eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Bertelsmann und ProSiebenSat.1 dar, da zusätzliche Verflechtungen zwischen ihnen entstünden, die Symmetrie im Dyopol zunehme und ein wichtiges Substitut zur Fernsehwerbung weg falle. Zusätzliche Verflechtungen entstünden dadurch, dass bereits bestehende Verflechtungen zwischen Bertelsmann und Springer durch die Fusion auch zu Verflechtungen zwischen den beiden Fernsehkonzernen Bertelsmann und ProSiebenSat.1 werden. Die Symmetrie im Dyopol nehme zu, da nach der Fusion nicht nur Bertelsmann, sondern auch ProSiebenSat.1/Springer die Möglichkeit crossmedialer Werbekampagnen hätte, d. h. dass das zusammengeschlossene Unternehmen Anzeigen sowohl in der Bild-Zeitung schalten als auch in ProSiebenSat.1 zeigen könnte. Des Weiteren finde eine Angleichung der Finanzkraft statt. Schließlich stelle die Bild-Zeitung aus Sicht der Werbeträger, die eine bundesweite Erreichbarkeit wünschen, die einzige Alternative zur Fernsehwerbung dar. Das Bundeskartellamt legt dar, dass die Reichweite eines Werbespots im Fernsehen durch kein anderes Medium außer der Bild-Zeitung erzielt werden könne. Die Möglichkeit der Substitution von Fernsehwerbung durch Werbung in der Bild-Zeitung beschränkt demnach derzeit (noch) die wettbewerblichen Freiräume der Dyopolisten. Diese Restriktion würde durch die Fusion wegfallen. Auch sonst sei nicht zu erwarten, dass die Marktmacht der Dyopolisten durch Außenwettbewerb wirksam beschränkt werden könne. Nennenswerte Wettbewerber seien nur die öffentlich-rechtlichen Sender, die aber durch rundfunkrechtliche Restriktionen wie das Werbeverbot ab 20 Uhr kaum in der Lage seien, ihre Marktanteile auf dem Werbemarkt auszuweiten.

532. Des Weiteren sieht das Bundeskartellamt wettbewerbliche Probleme durch die Verstärkung der überragenden Marktstellung von Springer auf dem bundesweiten Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen und die Verstärkung der überragenden Marktstellung ebenfalls von Springer auf dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Zeitungen. Auf dem bundesweiten Lesermarkt für Straßenverkaufszeitungen hat Springer mit der Bild-Zeitung und der BZ einen Marktanteil von über 80 Prozent. Auf dem bundesweiten Anzeigenmarkt für Zeitungen – hier fasst das Amt Straßenverkaufs- und andere Zeitungen zu ei-

nem Markt zusammen – hat Springer mit der Bild-Zeitung und der Welt einen Marktanteil von über 40 Prozent. Durch die Fusion bekomme Springer die Möglichkeit, crossmediale Werbekampagnen anzubieten. Diese Möglichkeit haben andere Zeitungen nicht oder nicht in diesem Ausmaß. Springer könne zudem selbst crossmediale Werbung zugunsten von Konzernprodukten durchführen. So kann in der Bild-Zeitung für ProSiebenSat.1 und in ProSiebenSat.1 für die Bild-Zeitung geworben werden. Schließlich gebe es die Möglichkeit publizistischer Cross-Promotion. Dabei wird zwar nicht im einen Medium für das andere geworben, aber die Nutzer des einen Mediums werden auf die Angebote des anderen aufmerksam gemacht, indem sie durch Berichte im Fernsehen über Artikel in der Bild-Zeitung und umgekehrt durch Berichte in der Bild-Zeitung über Fernsehsendungen informiert werden. Das Bundeskartellamt diskutiert auch verschiedene Möglichkeiten der gemeinsamen Vermarktung bestimmter Themen oder Serien.

533. Insgesamt bewertet das Bundeskartellamt das Vorhaben als eine konglomerate Fusion. Zwar komme es auf keinem der betroffenen Märkte zu Marktanteilsadditionen, der Zusammenschluss führe aber aufgrund marktübergreifender Effekte zur Verstärkung marktbeherrschender Stellungen und sei deshalb zu untersagen.

Horizontaler oder konglomerater Zusammenschluss?

534. Das Bundeskartellamt weist in seinem Beschluss darauf hin, dass durch den Zusammenschluss die marktbeherrschende Stellung des Dyopols mit ProSiebenSat.1 auf dem Fernsehwerbemarkt verstärkt würde, da der Wettbewerb durch die Bild-Zeitung weg falle. Die Bild-Zeitung sei neben den großen Fernsehsendern das einzige Medium in Deutschland, das bundesweit eine breite Bevölkerungsschicht erreicht. Spiegelbildlich argumentiert das Amt, dass durch den Zusammenschluss ebenfalls die marktbeherrschende Stellung der Bild-Zeitung auf dem Anzeigenmarkt für Zeitungen verstärkt würde, da die Bild-Zeitung im Falle einer Fusion als einzige Zeitung in der Lage wäre, gemeinsam mit den Sendern von ProSiebenSat.1 crossmediale Werbekampagnen anzubieten.

535. Beide Argumente beruhen auf der Einschätzung des Amtes, dass es eine Nachfrage nach Werbeformen und -trägern gibt, bei denen mit einer Kampagne breite Schichten der Bevölkerung flächendeckend erreicht werden können. Gleichzeitig nimmt das Amt an, dass die werbenden Unternehmen Werbung in Zeitungen und im Fernsehen nicht als nahe Substitute ansehen. Zumindest werden diese beiden Werbeformen unterschiedlichen Märkten zugeteilt. Aus Sicht der Monopolkommission ist das in dieser Allgemeinheit wenig überzeugend. Bei einer Marktabgrenzung aus Sicht der Marktgegenseite sollte die werbetreibende Wirtschaft die Abgrenzung des Marktes bestimmen. Ziel eines werbenden Unternehmens ist es, durch seine Kampagne möglichst viele potentielle Käufer des beworbenen Produktes anzusprechen. Es bedürfte demnach einer näheren Begründung, warum Märkte nach dem Medium, in dem die Werbung platziert wird, abgegrenzt werden, und nicht nach der Reichweite

der Werbekampagne. Bei Werbekampagnen für Produkte, die von breiten Bevölkerungsschichten bundesweit konsumiert werden sollen, kämen dann als Werbeträger alle Medien in Frage, die bundesweit von breiten Bevölkerungsschichten genutzt werden, also zumindest die großen Fernsehsender und die Bild-Zeitung, eventuell auch andere Tageszeitungen oder Rundfunksender mit bundesweiter Verbreitung. Davon zu unterscheiden wären Werbemärkte für einzelne Regionen oder bestimmte Käufergruppen. Werbeträger für regional angebotene Produkte, z. B. für Fachgeschäfte oder Restaurants, wären in erster Linie lokale oder regionale Tageszeitungen und Rundfunksender; Werbeträger für Produkte, die nur von bestimmten Käufergruppen nachgefragt werden, wären entsprechende Fachzeitschriften, also z. B. für eine Sportart die Fachzeitschrift dieser Sportart.

536. Nimmt man eine Marktabgrenzung nach der Erreichbarkeit der potentiellen Käufer vor, würden die Bild-Zeitung und die Sender von ProSiebenSat.1 einem gemeinsamen Markt angehören. Bei einer derartigen Marktabgrenzung wäre der Zusammenschluss nicht als konglomerate, sondern als horizontale Fusion zu bewerten, da die Werbeplattform der Sender von ProSiebenSat.1 durch die Fusion zum gleichen Konzern gehören würde wie die Werbeplattform der Bild-Zeitung.

Die Berücksichtigung von Synergieeffekten im Fusionskontrollverfahren

537. Das Bundeskartellamt geht in seinem Beschluss ausführlich auf die geschäftlichen Möglichkeiten ein, die sich den Zusammenschlussbeteiligten durch den Zusammenschluss eröffnen: Der zusammengeschlossene Konzern sei in der Lage, crossmediale Werbekampagnen anzubieten. Innerhalb des Konzerns könne nicht nur in dem einen Medium für die Berichte des anderen geworben werden, es gebe auch die Möglichkeit publizistischer Cross-Promotion oder der gemeinsamen Vermarktung von Themen oder Serien. Eine Diskussion dieser Aspekte ist im Rahmen der wettbewerblichen Würdigung eines Zusammenschlusses nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB vorgesehen. Insbesondere ist danach bei Würdigung der marktbeherrschenden Stellung des fusionierten Unternehmens zu berücksichtigen, ob der Zugang zu den Absatzmärkten für die eigenen Erzeugnisse der Zusammenschlusspartner verbessert und ob dadurch auch der Marktzutritt für dritte Unternehmen erschwert wird; diese Diskussion ist vom Bundeskartellamt ausführlich, aber nicht mit letzter Schärfe geführt worden. Das Bundeskartellamt hätte nach Meinung der Monopolkommission den folgenden Aspekt bedenken sollen.

538. Im deutschen Kartellrecht ist die Berücksichtigung der durch einen Zusammenschluss entstehenden Synergieeffekte nicht explizit vorgesehen. Im europäischen Wettbewerbsrecht gibt es die Möglichkeit einer efficiency defense, d. h. dass zusammenschlussbedingte, nachweisbare Effizienzen, die besonders hoch sind und dem Verbraucher zugute kommen, als eine Art Gemeinwohlvorteil dazu führen können, dass eine Fusion trotz wettbewerblicher Probleme freigegeben werden kann.

Dagegen werden im deutschen Kartellrecht Effizienzvorteile durch das Untersagungskriterium der Fusionskontrolle pauschaliert berücksichtigt. Bleibt ein Zusammenschluss unterhalb der Marktbeherrschungsgrenze, dann wird davon ausgegangen, dass mögliche Effizienzvorteile des Zusammenschlusses die durch eine Verstärkung der Marktmacht entstehenden Wettbewerbsbehinderungen überwiegen. Oberhalb der Marktbeherrschungsgrenze wird von einem Überwiegen der Wettbewerbsbehinderungen ausgegangen. Eine Diskussion möglicher Synergieeffekte ist demnach zur Beurteilung eines Zusammenschlusses nicht notwendig.

539. Auch wenn Effizienzvorteile im deutschen Kartellrecht nicht explizit berücksichtigt werden, gibt es dennoch in der Entscheidungspraxis eine Reihe von Fällen, in denen im Rahmen der wettbewerblichen Gesamtwürdigung gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB mit Effizienzvorteilen argumentiert wurde, um die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu begründen.⁶⁶ Denn durch eine Fusion, die mit hohen Synergieeffekten verbunden ist, werden natürlich auch die Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten relativ schlechter gestellt. Der Versuch, besser als die Wettbewerber zu werden, sollte nach Ansicht der Monopolkommission von einer Kartellbehörde jedoch im Allgemeinen nicht unterbunden werden. Eine efficiency offense schützt nicht den Wettbewerb, sondern zerstört ihn. Die Berücksichtigung von Effizienzvorteilen und Synergieeffekten im Fusionskontrollverfahren sollte daher nur zur Ablehnung einer Fusion führen, wenn sie mit strukturell wirkenden Verdrängungseffekten verbunden sind.

540. Nicht immer ist offensichtlich, welche Aspekte eines Falles das Amt im Rahmen der wettbewerblichen Gesamtwürdigung berücksichtigen und welche es ignorieren sollte. Dies gilt auch im Fall Axel Springer/ProSiebenSat.1. Das Amt hätte hier noch deutlicher machen können, inwiefern die Möglichkeiten, die sich den Zusammenschlussbeteiligten durch die Fusion eröffnen – crossmediale Werbekampagnen, publizistische Cross-Promotion, gemeinsame Vermarktung von Inhalten – nicht Synergieeffekte darstellen, sondern Möglichkeiten, Wettbewerber zu behindern und zu verdrängen.

Das Zusammenschlussvorhaben RTL/n-tv

541. Das Zusammenschlussvorhaben RTL/n-tv, das das Bundeskartellamt im April 2006 freigegeben hat, ist dem Vorhaben Axel Springer/ProSiebenSat.1 in Bezug auf die wettbewerblichen Wirkungen auf dem Fernsehwerbe- markt sehr ähnlich.⁶⁷ Die Marktmacht des Dyopols von RTL und ProSiebenSat.1 wird im vorliegenden Fall nicht durch einen Zusammenschluss, der ProSiebenSat.1 betrifft, sondern durch einen Zusammenschluss, der RTL betrifft, verstärkt. Konkret plante RTL, den bisher mit CNN/Time Warner gemeinsam beherrschten Nachrichtenkanal n-tv vollständig zu übernehmen. Zu einer

⁶⁶ Vergleiche Klumpp, Ulrich, Die „Efficiency Defense“ in der Fusionskontrolle, Tübingen 2005, S. 138.

⁶⁷ BKartA, Beschluss vom 11. April 2006, B6-142/05.

Marktanteilsaddition würde es durch den Zusammenschluss nicht kommen. Da RTL im Falle der alleinigen Kontrolle von n-tv jedoch bei der Programmgestaltung keine Rücksicht mehr auf den Mitinhaber nehmen müsse, könne im Fall einer Übernahme die Produktdifferenzierung innerhalb der Sender der RTL-Gruppe so ausgestaltet werden, dass eine maximale Marktdurchdringung aller Sender gemeinsam erreicht werde. Das Amt argumentiert hier wie im Falle National Geographic⁶⁸ und geht davon aus, dass der Zusammenschluss die marktbeherrschende Stellung im Dyopol von RTL und ProSiebenSat.1 auf dem Fernsehwerbemarkt verstärkt. Allerdings sei diese Verstärkung nicht ursächlich. Vielmehr lägen die Voraussetzungen für eine Sanierungsfusion vor. Es sei nicht ersichtlich, dass n-tv allein überlebensfähig sei. Es gebe keine anderen potentiellen Interessenten für die bisher CNN/Time Warner gehörenden Anteile – zumindest keine, die wettbewerblich unbedenklich wären. Schließlich sei zu erwarten, dass im Falle einer Schließung des Kanals die Marktanteile von n-tv auf dem Werbemarkt vollständig dem Dyopol zufallen würden. Das Amt gab das Zusammenschlussvorhaben deshalb als Sanierungsfusion frei.

⁶⁸ Vergleiche Tz. 447.

Die Übernahme der DPC Digital Payout Center durch den Satellitenbetreiber Astra

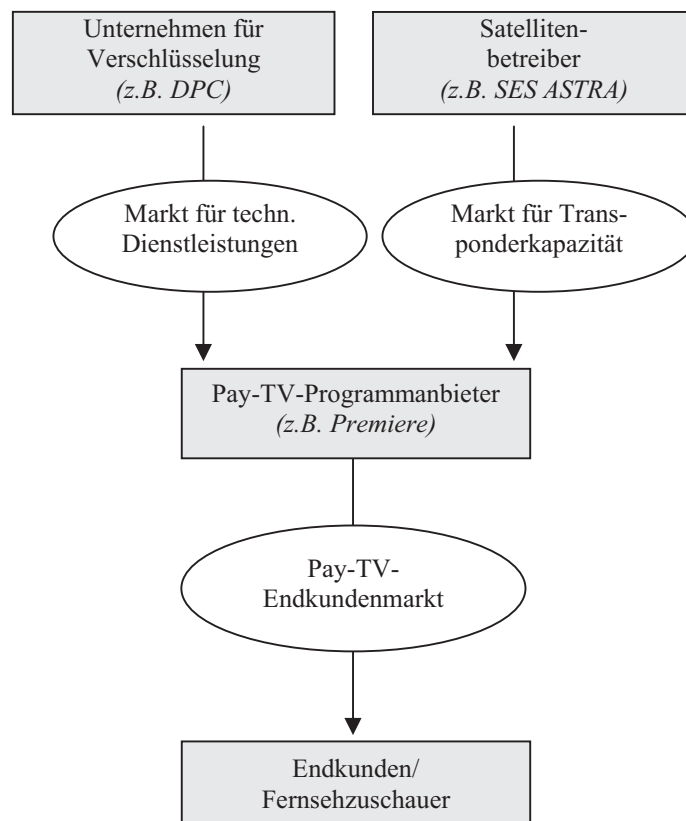
542. Im Dezember 2004 hat das Bundeskartellamt die Übernahme der DPC Digital Payout Center von Premiere durch SES Global Europe unter Anwendung der Abwägungsklausel freigegeben.⁶⁹ SES Astra, eine Tochter von SES Global Europe, betreibt eine Satellitenflotte, die gegenwärtig aus 13 Satelliten besteht. DPC firmiert inzwischen unter dem Namen APS (Astra Platform Services). Die Beigeladene Eutelsat, eine Wettbewerberin der SES, hat gegen die Freigabe Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt, die noch anhängig ist.

543. Von dem Zusammenschluss sind drei Märkte betroffen, die für die Bereitstellung von Pay-TV benötigt werden. Die Vernetzung dieser drei Märkte ist in Abbildung IV.3a dargestellt. Pay-TV-Anbieter bieten auf dem Markt für Pay-TV den Fernsehzuschauern bestimmte Inhalte an. Um diese Inhalte anbieten zu können, sind zwei Vorleistungen nötig. Zum einen benötigt der Programm-anbieter eine digitale technische Plattform für Pay-TV. Diese besteht aus der Bereitstellung eines Verschlüsse-

⁶⁹ BKartA, Beschluss vom 28. Dezember 2004, B7-150/04, WuW/E DE-V 1039, SES/DPC.

Abbildung IV.3a

Märkte im Pay-TV (Übertragungsweg Satellit)



lungssystem, der Verwaltung der Smartcards für die Abonnenten sowie der Bereitstellung einer kompatiblen Set-Top-Boxen-Basis. Aus technischen Gründen wird diese Dienstleistung zusammen mit der Sendeabwicklung und dem Uplink angeboten. Unter der Sendeabwicklung versteht man die Zusammenstellung eines Fernsehkanals. Dabei werden einzelne Inhalte zu einem fortlaufenden Datenstrom verbunden. Der Uplink ist der Transport eines fertigen Signals zum Satelliten. Verschlüsselung, Sendeabwicklung und Uplink werden zu einem Markt für technische Dienstleistungen zusammengefasst. Das zu übernehmende Unternehmen DPC, bisher eine Tochter von Premiere, hat auf diesem Markt unter Berücksichtigung der Innenumsätze mit Premiere einen Marktanteil von ca. 60 Prozent und ist damit marktbeherrschend.

544. Die zweite Vorleistung, die ein Programmanbieter benötigt, ist die Bereitstellung von Transponderkapazität auf einem Satelliten. Als Transponder bezeichnet man die Bandbreite, die einem Kunden zur Übertragung zur Verfügung steht. Von dem Zusammenschluss betroffen ist nur der Markt für Transponderkapazität für die DTH(direct-to-home)-Rundfunkübertragung, der räumlich durch den deutschen Sprachraum begrenzt ist. Auf diesem Markt sind die ASTRA-Satelliten der SES mit der Orbitalposition 19,2° Ost mit einem Marktanteil von über 90 Prozent marktbeherrschend.

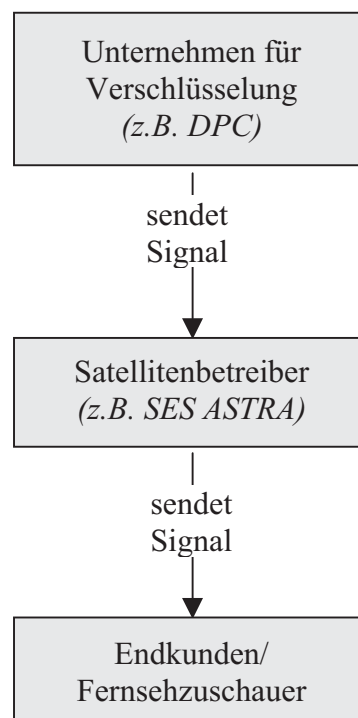
545. Aus ökonomischer Sicht handelt es sich bei den Märkten für Verschlüsselung und für Transponderkapazität um zwei Vorleistungsmärkte, die demnach in horizontaler Beziehung zueinander stehen. Der Signalstrom wird dagegen von dem Verschlüsselungsunternehmen zum Satellitenbetreiber und von dort zum Endkunden, dem Fernsehzuschauer, geschickt. Hier besteht also eine vertikale Beziehung zwischen den beiden Unternehmen, die Anbieter auf den Vorleistungsmärkten sind. Diese Beziehung wird in Abbildung IV.3b dargestellt.

546. Durch den Zusammenschluss von SES mit DPC treten nach Ansicht des Bundeskartellamtes auf beiden Märkten Wettbewerbsverschlechterungen auf. Mit der durch den Zusammenschluss bedingten vertikalen Integration von DPC erhalte SES die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Ausrichtung des Uplinks. Bereits jetzt seien die Sendeantennen der DPC ausschließlich auf die ASTRA-Satelliten der Orbitalposition 19,2° Ost ausgerichtet. Es sei zu erwarten, dass die SES den Zugang zum Uplink dazu nutzen werde, die eigene Marktstellung auf dem Markt für Transponderkapazität auch künftig abzusichern. Auf dem Markt für technische Dienstleistungen für Pay-TV sei eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der DPC zu erwarten, weil DPC über die Verbindung mit SES den Zugang zu deren Satellitenkunden erhalte. Dies stelle eine Verbesserung ihrer Absatzwege für die technischen Dienstleistungen dar und sichere bestehende Kundenbeziehungen weiter ab.

547. Durch den Zusammenschluss verbessere sich jedoch die wettbewerbliche Situation auf dem Endkundenmarkt für Pay-TV. Premiere ist auf diesem Markt derzeit marktbeherrschend. Bisher ist es für potentielle Wettbewerber außerordentlich schwierig gewesen, in den Markt

Abbildung IV.3b

Signalfluss im Pay-TV (Übertragungsweg Satellit)



einzutreten. Da potentielle Pay-TV-Kunden im Allgemeinen nicht bereit sind, mehrere Set-Top-Boxen aufzustellen, waren alternative Anbieter quasi darauf angewiesen, die Verschlüsselungstechnik von DPC und die Premiere-Set-Top-Boxen mit zu nutzen. Premiere hatte jedoch keinen Anreiz, diese Verschlüsselung allgemein zur Verfügung zu stellen und hat dies auch nicht getan. Mit dem Zusammenschluss werden die Lizenzen für die Verschlüsselungstechnik von Premiere an SES unterlizenziiert. SES habe im Gegensatz zu Premiere ein Interesse daran, dass es möglichst viele Pay-TV-Anbieter gibt. Folgerichtig habe sie angekündigt, dass sie die Verschlüsselungstechnik künftig allen Anbietern, nicht nur Premiere, zur Verfügung stellen werde. Damit würden alle Pay-TV-Anbieter nach demselben System verschlüsselt und bekommen Zugang zu der etablierten Premiere-Set-Top-Boxen-Infrastruktur. Mit der Allokation aller Pay-TV-Programme auf einer Smartcard werde eine weitere Hürde beseitigt. Die Set-Top-Boxen verfügen überwiegend nur über einen Smartcard-Slot. Künftig könnten dann mit nur einer Smartcard Programme von mehreren Pay-TV-Anbietern empfangen werden. Die wettbewerblichen Vorteile durch die Öffnung auf diesem Markt überwiegen nach Ansicht des Amtes die Nachteile, die auf den beiden vorgelagerten Märkten entstehen.

548. Im Rahmen des Verfahrens vor dem Beschwerdegericht wurde dem Bundeskartellamt aufgegeben, weitere Ermittlungen zur Möglichkeit alternativer Pay-TV-Anbieter, die Verschlüsselungstechnik von DPC zu nutzen,

durchzuführen.⁷⁰ Da die Lizenzen für die Verschlüsselungstechnik Premiere gehören und lediglich an SES unterlizenziiert wurden, sei nicht klar, ob durch den Zusammenschluss tatsächlich Wettbewerbsverbesserungen auf dem Pay-TV-Endkundenmarkt eingetreten seien.

549. Die Monopolkommission betrachtet die Fusion von SES mit DPC nicht als vertikalen Zusammenschluss, da die Märkte für Transponderkapazität und für technische Dienstleistungen zwar in physischer Hinsicht vertikal verbunden sind, ökonomisch handelt es sich bei der Transponderkapazität und den technischen Dienstleistungen jedoch um zwei komplementäre Inputs, die die Programmanbieter kaufen müssen, um Pay-TV anbieten zu können. Damit hat der Zusammenschluss konglomeraten Charakter; er entspricht in der Struktur dem von der Europäischen Kommission im Jahre 2001 untersagten Zusammenschluss von General Electric und Honeywell. Im Kern führt er zu einer Integration der Märkte für die beiden komplementären Inputs der technischen Dienstleistungen und der Transponderkapazität. Gleichzeitig wird mit der Trennung der Märkte für technische Dienstleistungen und für Pay-TV eine vertikale Integration aufgelöst. Da Premiere bisher seine marktbeherrschende Stellung auf dem vorgelagerten Markt für technische Dienstleistungen dazu genutzt hat, den Zutritt potentieller Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt zu erschweren oder sogar zu verhindern, erwartet die Beschlussabteilung durch die Separierung dieser beiden Märkte eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf dem Endkundenmarkt. Es gebe eine Reihe von Unternehmen, die ernsthaft Interesse an einem Angebot von Pay-TV gezeigt hätten. Angesichts des großen Angebots von Free-TV in Deutschland erscheint es jedoch fraglich, ob die Nachfrage nach Pay-TV groß genug ist, um Marktzutritt in größerem Umfang zu ermöglichen.

550. Berücksichtigt man die besondere Struktur dieser beiden Input-Märkte, besteht die Möglichkeit einer Steigerung der Konsumentenwohlfaht durch den Zusammenschluss. Dazu ist zunächst zu beachten, dass beide Märkte Strukturen aufweisen, die die Möglichkeit eines funktionierenden Wettbewerbs im Vorhinein schon fast ausschließen. Bezüglich des Marktes für Transponderkapazitäten ist es für einen Sender quasi unmöglich, alternative Satelliten zu nutzen. Denn die Satellitenschüsseln der privaten Haushalte müssten dann alle auf diese alternativen Satelliten ausgerichtet werden. Wenn es sich nicht um so genannte Dual-Foot-Antennen handelt, die auf zwei Satellitenpositionen gleichzeitig ausgerichtet werden können, könnten nach der Neuausrichtung ausschließlich Programme dieses Senders empfangen werden, keine Programme von Sendern, die nach wie vor die ASTRA-Satelliten zur Übertragung nutzen. Es ist mehr als fraglich, ob unter diesen Umständen eine breite Zahl der Nachfrager zu einem Wechsel bereit wäre. Es scheint damit quasi unmöglich zu sein, den hohen Marktanteil von SES auf dem Markt für Transponderkapazitäten zu verringern.

551. Der Markt für die technischen Dienstleistungen ist durch Netzwerkeffekte gekennzeichnet, da er die Bereitstellung einer Verschlüsselungstechnik im Rahmen einer Set-Top-Boxen-Infrastruktur enthält. Wenn Nutzer – was anzunehmen ist – nicht bereit sind, mehrere Set-Top-Boxen mit mehreren Smartcards aufzustellen, können nur dann gleichzeitig Angebote von mehreren Pay-TV-Anbietern genutzt werden, wenn die Anbieter eine einheitliche Verschlüsselungstechnik und damit ein einheitliches Netzwerk von Set-Top-Boxen benutzen.

552. Nutzen die monopolistischen Anbieter auf beiden betroffenen Märkten bisher ihre Marktmacht aus, kann der Zusammenschluss auf diesen Märkten möglicherweise zu sinkenden Preisen und damit zu einer Erhöhung der Konsumentenwohlfaht führen. Dies ist der Fall, wenn die den Markt verzerrende Wirkung des Monopols durch eine Bündelung der beiden Monopole nur noch einmal und nicht mehr zweimal innerhalb der Wertschöpfungskette stattfindet.⁷¹

Markterweiterungszusammenschlüsse im deutschen Breitbandkabelnetz

553. Im Berichtszeitraum hat sich das Bundeskartellamt mit einer Reihe von geplanten Zusammenschlüssen im Bereich der Breitbandkabelnetze auf der Netzebene (NE) 3 beschäftigt. Die Netze befanden sich zu Beginn des Berichtszeitraums im Wesentlichen in der Hand von vier Betreibern:

- KBW, Kabelnetz in Baden-Württemberg, beliefert 2,3 Millionen Haushalte,
- iesy, Kabelnetz in Hessen, beliefert 1,2 Millionen Haushalte,
- ish, Kabelnetz in Nordrhein-Westfalen, beliefert 4,3 Millionen Haushalte,
- KDG, übriges Kabelnetz, beliefert 10 Millionen Haushalte.

Zunächst prüfte das Amt die geplante Übernahme sämtlicher Anteile der ish, sämtlicher Anteile der KBW und 83,7 Prozent der Anteile der iesy durch KDG im Rahmen von drei getrennten Verfahren. Alle drei Zusammenschlüsse wurden abgemahnt. Da das Amt auch die daraufhin angebotenen Zusagen als nicht ausreichend für eine Freigabe erachtete, wurden die Verfahren zurückgezogen.

554. Ein knappes Jahr später wurden zwei weitere Zusammenschlussvorhaben in diesem Bereich angemeldet. Aus dem Bieterverfahren um ish, den Betreiber des nordrhein-westfälischen Kabelnetzes, waren zwei Bieter erfolgreich hervorgegangen, nämlich iesy, der Betreiber des hessischen Breitbandkabelnetzes, und Tele Columbus, ein NE-4-Anbieter. Beide Zusammenschlüsse wurden vom Bundeskartellamt mit Abschluss des Hauptprüfverfahrens freigegeben.⁷² Der Zusammenschluss von iesy und ish

⁷⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Februar 2006, VI-Kart 2/05(V).

⁷¹ Vergleiche Tirole, Jean, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge, Mass. 1989, S. 174 f.

⁷² BKartA, Beschluss vom 20. Juni 2005, B7-22/05, und Beschluss vom 21. Juni 2005, B7-38/05, WuW/E DE-V 1127, CIE/Ish.

wurde vollzogen. Im Anschluss an den Zusammenschluss beantragten die Anteilseigner von iesy/ish und BC Partners – Anteilseigner von Tele Columbus – beim Bundeskartellamt den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle von iesy/ish unter Einbringung von Tele Columbus in diese Gesellschaft. Dieses Vorhaben wurde innerhalb der Monatsfrist freigegeben. Iesy, ish und Tele Columbus sind mittlerweile alle drei Töchter der Unity Media GmbH.

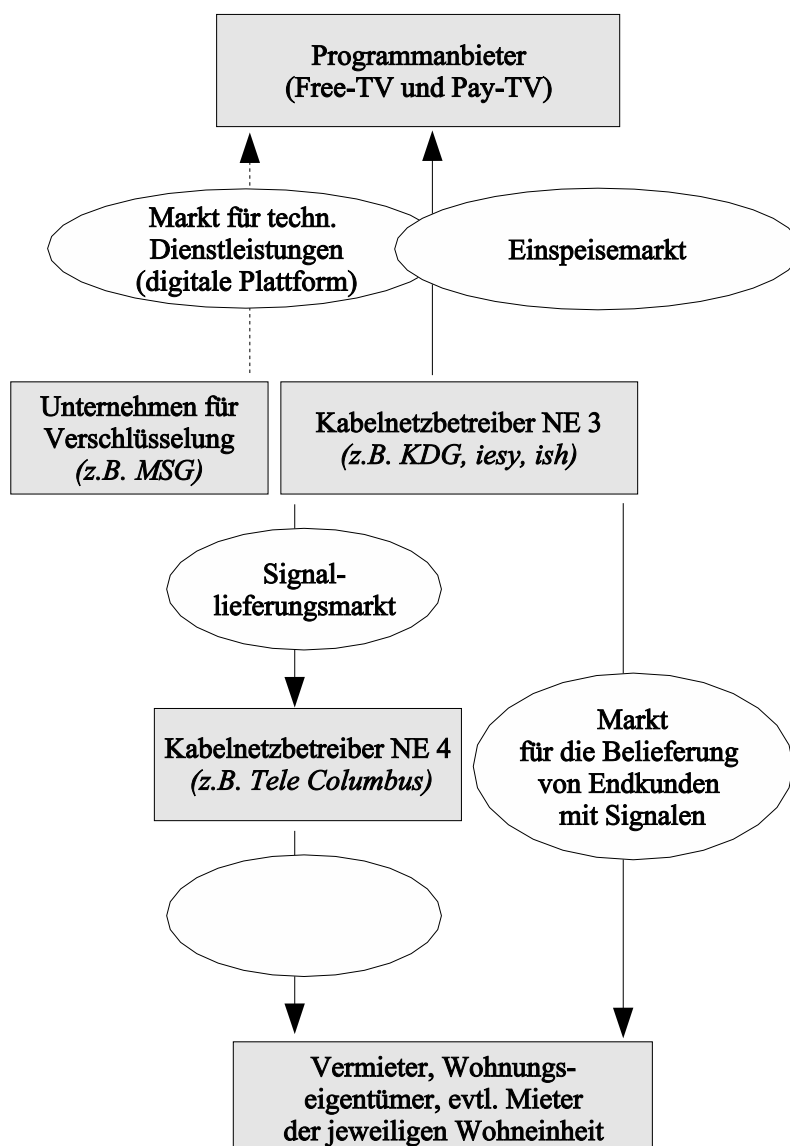
Wettbewerb auf dem Einspeisemarkt und auf dem Markt für technische Dienstleistungen

555. Die Beziehung der Marktteilnehmer über die verschiedenen von den Zusammenschlüssen betroffenen Märkte ist in Abbildung IV.4 dargestellt. Die Programmanbieter fragen die Einspeiseleistung ins Breitbandkabel bei den Kabelnetzbetreibern der NE 3 nach. Räumlich

werden die Einspeisemärkte in Deutschland durch die Netze der vier Regionalgesellschaften abgegrenzt. Ob die mit der digitalen Einspeisung unter Umständen verbundenen technischen Dienstleistungen dem Einspeisemarkt zuzurechnen sind, ob es sich dabei um einen getrennten Markt handelt oder ob überhaupt ein Markt vorliegt, hat das Bundeskartellamt unterschiedlich beurteilt. Bei den technischen Dienstleistungen handelt es sich im Wesentlichen um die Bereitstellung eines Verschlüsselungssystems, der Bereitstellung einer Set-Top-Boxen-Basis und der Verwaltung der dazu gehörigen Smartcards. Für den Empfang von Free-TV werden derartige Dienstleistungen derzeit nicht benötigt. Die Beschlussabteilung geht jedoch davon aus, dass in absehbarer Zeit auch Free-TV-Programme nur noch verschlüsselt gesendet werden. An einer derartigen Grundverschlüsselung sind in erster

Abbildung IV.4

Märkte für Signaltransport im Kabelfernsehen



Linie die Kabelnetzbetreiber interessiert, da sie ihnen den direkten Zugang zu den Endkunden verschafft. Schwarzsehen ist nicht mehr möglich; dafür kann der Kabelnetzbetreiber auf bestimmte Kundengruppen abgestimmte Zusatzpakete vermarkten. Während die Beschlussabteilung bei der Beurteilung der geplanten Einkäufe von KDG davon ausging, dass die Programmanbieter kein Interesse an einer Grundverschlüsselung haben und diese ihnen von KDG aufgenötigt wird, ist sie bei der Analyse der Bieterverfahren für ish davon ausgegangen, dass auch die Programmanbieter Interesse an einer Grundverschlüsselung haben – um selbst eine Endkundenbeziehung aufzubauen und weil die Rechteinhaber Wert darauf legen.

556. Grundsätzlich können die technischen Dienstleistungen getrennt von der Ausstrahlung über Satellit und der Einspeiseleistung in das Breitbandkabel erbracht werden. So wurden im Fall SES/DPC getrennte Märkte für technische Dienstleistungen und für Transponderkapazität angenommen. In den KDG-Fällen ging das Kartellamt dagegen von einem gemeinsamen Markt aus und schloss das auch bei den beiden Bieterverfahren für ish nicht aus. Das Amt argumentiert hier, dass die Programmanbieter darauf angewiesen sind, auf die Set-Top-Boxen-Basis und die Smartcards von KDG bzw. ish zurückzugreifen, wenn sie die Einspeiseleistung nachfragen. Insofern handle es sich bei der technischen Plattform um eine Dienstleistung, die mit der Einspeiseleistung gekoppelt sei und entsprechend mit ihr zusammen einen Markt bilde. Das Tochterunternehmen der KDG, das die technischen Dienstleistungen für die digitale Plattform der KDG erbringt, MSG, erbringt diese Dienstleistungen auch für KBW und iesy. Selbst ish, das eine eigene digitale technische Plattform aufbaut, bezieht diese technische Dienstleistung derzeit zumindest teilweise noch von der MSG.

557. Das Bundeskartellamt hat die Zusammenschlüsse von KDG mit einem anderen Netzbetreiber untersagt, da die Verhaltensspielräume von KDG durch die geplanten Fusionen vergrößert würden. Beim Zusammenschluss zwischen ish und iesy war das Amt zwar ebenfalls der Ansicht, dass sich die Verhaltensspielräume der ish auf das Netz von iesy übertragen würden. Gleichzeitig würden aber durch den Zusammenschluss die strukturellen Voraussetzungen für einen Wettbewerb gegenüber der KDG geschaffen, da iesy dann künftig nicht mehr auf die technischen Dienstleistungen für die digitale Plattform der MSG angewiesen wäre, sondern ebenfalls die digitale Plattform von ish nutzen könnte.

Wettbewerbseffekte auf benachbarten Märkten

558. Aus Sicht der Monopolkommission hat der Zusammenschluss auch auf benachbarten Märkten wettbewerbliche Effekte. Die Preise und Konditionen auf dem Einspeisemarkt sind das Ergebnis von Verhandlungen einzelner Sender oder Sendergruppen mit den einzelnen Netzbetreibern. Grundsätzlich sind die Sender auf jeden einzelnen der vier Netzbetreiber angewiesen, um bundesweit senden zu können. Umgekehrt sind die Netzbetreiber aber auch auf zumindest jeden der großen Sender ange-

wiesen, da eine Kabelnutzung auf Dauer nicht erfolgt, wenn nicht zumindest die wichtigsten Programme eingespeist werden. Man kann davon ausgehen, dass ein Sender um so mehr von einem Netzbetreiber abhängt, je größer der Netzbetreiber ist, und umgekehrt ein Netzbetreiber um so mehr von einem Sender abhängt, je größer der Sender ist. Denn je größer ein Sender, d. h. je höher die Einschaltquote seiner Programme ist, desto wichtiger ist es für den Netzbetreiber, diese Programme zu senden. Sonst ist zu erwarten, dass die Fernsehzuschauer vom Kabel auf Antenne oder Satellit umsteigen. Je größer ein Netzbetreiber ist, desto wichtiger ist es für den Programmanbieter, dass seine Programme eingespeist werden. Denn die Werbeeinnahmen, die Hauptfinanzierungsquelle der Programmanbieter, hängen von der Zahl der Zuschauer des Programms ab. Wenn dann ein Sender mit einem Netzbetreiber über die Einspeisebedingungen verhandelt, ist zu erwarten, dass von dem auf diesem Markt zu verteilenden Überschuss der Netzbetreiber einen um so größeren Anteil erhält, je größer er und je kleiner der Verhandlungspartner ist.

559. Ein Markterweiterungszusammenschluss zwischen zwei Netzbetreibern führt unter diesen Annahmen dazu, dass die Verhandlungsmacht des fusionierten Betreibers höher ist als die der beiden einzelnen Netzbetreiber zuvor. Entsprechend erhält der fusionierte Betreiber für jedes der beiden Gebiete einen höheren Anteil an dem zu verteilenden Überschuss als zuvor. In dem konkreten Fall der Fusion von ish und iesy ist zu erwarten, dass sie als gemeinsames Unternehmen einen höheren Überschuss erhalten als die Summe der Überschüsse von ish und iesy vor dem Zusammenschluss. Dies bedeutet, dass sie pro Haushalt entweder weniger in die Qualität ihrer Netze investieren müssen oder höhere Einspeiseentgelte erhalten. Es ist also anzunehmen, dass durch den Zusammenschluss nicht nur die Verhandlungsmacht von ish auf iesy übertragen wird, wie das Bundeskartellamt schreibt, sondern dass die gemeinsamen Verhaltensspielräume sogar größer als die der ish zuvor werden. Denn das durch den Zusammenschluss entstehende gemeinsame Netz von ish und iesy ist sowohl größer als das von ish als auch das von iesy. Dagegen ermöglicht der Zusammenschluss zwar die künftige Unabhängigkeit der ish von der MSG, es ist aber keineswegs ausgeschlossen, dass trotzdem über die Laufzeit der derzeitigen Verträge hinaus Dienstleistungen von der MSG bezogen werden. Da davon auszugehen ist, dass die Verhandlungsmacht auf Seiten der Netzbetreiber auch bezüglich der Frage technischer Dienstleistungen um so größer ist, je mehr sie in der Lage sind, mit einer Stimme zu sprechen, scheint es für iesy auch in der Prognose nicht unattraktiv zu sein, Verschlüsselungsdienstleistungen über die MSG zu beziehen, die derzeit außer für KDG auch die Verschlüsselung für KBW macht und demnach als größter Anbieter auch die beste Verhandlungsposition gegenüber den Programmanbietern haben dürfte.

560. Wie die Überschüsse auf dem Einspeisemarkt zwischen Kabelnetzbetreibern und Programmanbietern verteilt werden, ist aus wettbewerblicher Sicht nur insofern relevant, als die Verteilung Rückwirkungen auf die benachbarten Märkte hat, auf denen die Überschüsse erwirt-

schaftet werden. Die Überschüsse stammen überwiegend aus zwei Quellen. Zum einen verdienen die Kabelnetzbetreiber die Kabelnetzgebühren, die die Nutzer für den Anschluss ans Kabelfernsehen bezahlen. Zum anderen erwirtschaften die Programmanbieter Werbeeinnahmen, als öffentlich-rechtliche Sender erhalten sie die Rundfunkgebühren und als Pay-TV-Anbieter Gebühren von den Pay-TV-Abonnenten. Ob und wie viel nun von diesen Überschüssen die eine Marktseite auf dem Einspeisemarkt an die andere Marktseite abzugeben hat, ist für die Wettbewerbsbehörde deshalb von Bedeutung, weil die Verteilung der Überschüsse Auswirkungen auf die wettbewerbliche Situation der Märkte haben kann, auf denen die Überschüsse erwirtschaftet werden. Wenn die Programmanbieter einen großen Teil der Überschüsse erhalten, also wenig für das Einspeisen ihrer Programme zahlen müssen oder sogar noch dafür bezahlt werden, dass sie ihre Programme in ein Kabelnetz einspeisen, dann ist ein Marktzutritt neuer Sender zu erwarten. Dies würde tendenziell den Wettbewerb auf den Werbe- und Pay-TV-Märkten erhöhen. Die Kosten der öffentlich-rechtlichen Sender würden niedriger sein, was geringere Rundfunkgebühren rechtfertigen würde. Wenn dagegen die Kabelnetzbetreiber einen großen Teil der Überschüsse erhalten, ist nicht mit Marktzutritt neuer Netzbetreiber zu rechnen, da die einzelnen Netze natürliche Monopole darstellen. Insofern müsste die Wettbewerbsbehörde ein Interesse haben, dass die Programmanbieter als diejenige Marktseite, bei der eher Wettbewerb durch Marktzutritt zu erwarten ist, einen höheren Anteil der Überschüsse erhält. Dies ist tendenziell eher dann der Fall, wenn es viele kleine und nicht wenig große Kabelnetzbetreiber gibt. Dies spricht dagegen, horizontale Fusionen auf der NE 3 zuzulassen.

Wettbewerb auf den Signallieferungsmärkten

561. Die Signallieferungsmärkte werden von der Beschlussabteilung sachlich in zwei getrennte Märkte unterteilt, je nachdem, ob auf dem Weg zum Endkunden noch ein Betreiber der NE 4 zwischengeschaltet ist oder nicht. Die NE 4 umfasst den Betrieb des Kabelnetzes im Haus selbst. Dieser Teil wurde in den achtziger Jahren vom Netz der damaligen Deutschen Bundespost abgetrennt und kleinen und mittleren Unternehmen übergeben. Die Unternehmen der NE 4 beziehen ihre Signale überwiegend von Anbietern der NE 3. Es gibt allerdings auch NE-4-Anbieter, die sich über den Aufbau einer eigenen Kabelkopfstation oder einer Satelliten-Gemeinschaftsanlage von der NE 3 unabhängig gemacht haben. In manchen Fällen gibt es keine NE 4, dann erhält der Endkunde das Rundfunksignal direkt vom Betreiber der NE 3.

562. Marktgegenseite auf den Endkundenmärkten sind private Vermieter und Eigentümer oder Wohnungsbaugesellschaften. Während private Vermieter und Eigentümer im Allgemeinen nur das Angebot des nächstliegenden NE-3-Betreibers einholen, schreiben Wohnungsbaugesellschaften die Versorgung ihrer Häuserblocks regelmäßig bundesweit in Form von so genannten Gestattungsverträgen aus. In der Regel scheint sich jedoch von den vier Regionalgesellschaften nur diejenige, in deren Ge-

biet der Kunde liegt, um den Liefervertrag zu bewerben. Wettbewerb entsteht dadurch, dass sich auch größere NE-4-Betreiber oder integrierte NE-3/NE-4-Netzanbieter um diese Verträge bemühen. Es handelt sich hier überwiegend um Infrastrukturwettbewerb, da insbesondere größere NE-4-Betreiber dann Stichleitungen von ihrem Netz zum neu zu versorgenden Häuserblock legen. Die Tatsache, dass die vier Regionalgesellschaften sich bei derartigen Ausschreibungen auf Angebote in ihrem eigenen Netzgebiet beschränken, lässt eine oligopolistische Marktstruktur vermuten, bei der sich vier Unternehmen einen bundesweiten Markt gebietsweise aufteilen. Das Bundeskartellamt vertritt die Ansicht, dass der Zusammenschluss von ish und iesy nicht als Strukturverschlechterung auf den betroffenen Endkundenmärkten anzusehen sei. Dieser Meinung schließt sich die Monopolkommission nicht an. Die Zahl der potentiellen Oligopolisten sinkt durch die Fusion von vier auf drei. Das vereinfacht die stillschweigende Übereinkunft über die Gebietsaufteilung.

563. Auf den Signallieferungsmärkten haben sowohl ish als auch iesy mit Marktanteilen von über 90 Prozent in ihren Netzgebieten marktbeherrschende Stellungen inne. Durch den Zusammenschluss von ish und iesy fällt potentieller Wettbewerb durch den Ausbau von Stichleitungen im Grenzgebiet zwischen ish und iesy weg. Auch hier ist das Amt jedoch der Ansicht, dass darin keine Strukturverschlechterung auf dem betroffenen Markt zu sehen sei. Wettbewerbsdruck entstehe auf diesem Markt vielmehr dadurch, dass NE-4-Betreiber alternativ zum Signalbezug über einen NE-3-Betreiber die Möglichkeit zum Satellitenbezug haben. Dieser erfolgt im Wege des Aufbaus einer eigenen Kabelkopfstation für Satellitenempfang. Auch beim Zusammenschluss von ish mit Tele Columbus sind nach Ansicht des Amtes keine Wettbewerbsprobleme zu erwarten. Tele Columbus ist ein NE-4-Betreiber, der bundesweit etwa 2,5 Millionen Haushalte mit Rundfunksignalen über Breitbandkabel versorgt, davon knapp 500 000 in Nordrhein-Westfalen. Zwar sei durch die vertikale Integration eines NE-4- mit einem NE-3-Betreiber eine wettbewerbliche Verschlechterung möglich, da infolge eines Zusammenschlusses nicht mehr zu erwarten sei, dass der NE-4-Betreiber sich durch den Aufbau einer eigenen Kabelkopfstation von seinem Vorlieferanten löst. In diesem konkreten Fall sei dies jedoch ohnehin nicht zu erwarten, da das Tele Columbus-Netz durch viele kleine Netzeinseln gekennzeichnet ist, die eine Abkopplung von der NE 3 aus wirtschaftlichen Gründen zumeist ohnehin nicht zulassen.

2.5 Bedingungen und Auflagen

2.5.1 Allgemeine Entwicklungen

564. Im Berichtszeitraum wurden nur wenige Fälle unter Bedingungen und Auflagen freigegeben. Das Bundeskartellamt verwendete dabei fast ausschließlich Veräußerungsauflagen. In mehreren Fällen hat das Amt einen Treuhänder vorgesehen, der die Trennung des zu veräußernden Geschäftsteils und die anschließende Veräußerung durchführt oder zumindest überwacht. Erstmals ist

eine derartige Praxis im Fall Smiths Group/MedVest angewendet worden.⁷³ Um das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Sets für invasive Blutdruckmessung zu vermeiden, wurde die Erwerbergesellschaft verpflichtet, ihren entsprechenden Geschäftsbereich an einen Wettbewerber zu veräußern. Das Bundeskartellamt hat bei der Umsetzung der Auflage auf die Mustertexte für Zusagen und Treuhändermandate der Europäischen Kommission zurückgegriffen.⁷⁴ Dort ist es schon seit längerer Zeit gängige Praxis, Treuhänder zur Durchführung von Zusagen einzusetzen.

565. Die Monopolkommission begrüßt die Tatsache, dass nun auch vom Bundeskartellamt Treuhänder eingesetzt werden, um Veräußerungszusagen umzusetzen. Geeignete Treuhändergesellschaften haben fachspezifisches Wissen aus dem Bereich der Due Diligence, das es ihnen besser als dem Bundeskartellamt ermöglicht, die Auflagen in sinnvoller Weise zu erfüllen. Eine von der Europäischen Kommission erstellte Studie zur Umsetzung von Auflagen in der europäischen Fusionskontrolle hat gezeigt, dass Veräußerungsauflagen in vielen Fällen nicht die von der Kartellbehörde beabsichtigte Wirkung haben.⁷⁵ Die Einsetzung eines Treuhänders garantiert keine reibungsfreie Umsetzung einer Auflage, sie kann aber erheblich dazu beitragen. Es ist zu vermuten, dass diese Ergebnisse zumindest teilweise auf die deutsche Fusionskontrolle übertragbar sind.

2.5.2 Die Auswirkung von Stilllegungsauflagen

566. In einem Fall hat das Bundeskartellamt im Berichtszeitraum eine Stilllegungsauflage verwendet, um die auf einem Markt entstehenden wettbewerblichen Probleme auszuräumen. Der betreffende Fall, Wilhelm Werhahn/Norddeutsche Mischwerke, betrifft die Übernahme der Norddeutschen Mischwerke (NMW) durch die Wilhelm Werhahn KG.⁷⁶ Der Zusammenschluss wurde unter zahlreichen Auflagen freigegeben. Konkret forderte das Amt in 31 Fällen eine Veräußerung, in sechs Fällen Änderungen des Gesellschaftsvertrags und in zwei Fällen die Stilllegung eines Werkes. Gegen die Freigabe wurde von einer der Beigeladenen, einer Wettbewerberin, beim OLG Düsseldorf Beschwerde eingelegt.

567. Von dem Zusammenschluss ist in erster Linie der Markt für Asphaltmischgut betroffen, da beide Unternehmen bundesweit stationäre Aufbereitungsanlagen für die Produktion von Asphalt betreiben. Da das Asphaltmischgut im Heißeinbauverfahren bei einer Temperatur von 150 bis 190° C in den Straßenbau eingebracht wird, ist der Transport von der Aufbereitungsanlage zum Einsatzort relativ teuer und aufwendig. Entsprechend geht die Beschlussabteilung davon aus, dass der räumlich relevante Markt sich im Allgemeinen auf einen Umkreis von ca. 25 km um das betreffende Mischwerk erstreckt. Mo-

difikationen könnten dann erforderlich werden, wenn ein Unternehmen mit mehreren Mischwerken und Beteiligungen an Asphaltmischgutherstellern in der betreffenden Region tätig sei, so dass sich die einzelnen 25-km-Kreise erheblich überschneiden. Diese werden dann zu einheitlichen Marktgebieten zusammengefasst. So bilden in Abbildung IV.5a die drei Werke von Z₁ und die drei Werke von Z₂ einen gemeinsamen räumlichen Markt.

568. Die Zusammenschlussbeteiligten sind überwiegend in unterschiedlichen Gebieten Deutschlands tätig. In knapp 20 Regionalmärkten grenzen die Werke von Werhahn und NMW jedoch derart aneinander, dass durch den Zusammenschluss Wettbewerbsprobleme entstehen. Die Vorgehensweise des Bundeskartellamtes in diesen Fällen wird in den Abbildungen IV.5a und IV.5b illustriert. Abbildung IV.5a stellt die Lage auf einem beispielhaften Markt vor dem Zusammenschluss dar. Die Zusammenschlussbeteiligten werden mit Z₁ und Z₂ bezeichnet. Beide betreiben in dem betroffenen Gebiet je drei Mischwerke. Die grauen Kreise um die Punkte stellen den jeweiligen räumlichen Markt dar. Die Kreise um das am weitesten östlich liegende Werk von Z₁ und um das am weitesten westlich liegende Werk von Z₂ überschneiden sich. Dieser Bereich ist in dunklem Grau gekennzeichnet. Hier findet Wettbewerb statt, der durch den Zusammenschluss eliminiert würde. Das Bundeskartellamt gibt die Fusion unter der Auflage frei, dass das am weitesten im Westen liegende Werk von Z₂ an einen Wettbewerber veräußert wird. Die dadurch nach dem Zusammenschluss entstehende Situation wird in Abbildung IV.5b dargestellt. Das nun zusammengeschlossenen Unternehmen wird mit Z, der Wettbewerber mit W bezeichnet. Wettbewerb kann überall da stattfinden, wo sich der Kreis um W mit einem der Kreise um Z überlappt. Die Veräußerungsauflage ist geeignet, die Wettbewerbsverschlechterungen, die durch den Zusammenschluss entstehen, zu beseitigen.

569. Nicht geeignet ist dagegen die in diesem Fall zweimal vom Bundeskartellamt verwendete Auflage, ein Werk stillzulegen. Die Wirkung einer derartigen Auflage wird in den Abbildungen IV.6a und IV.6b illustriert. Die Bezeichnungen sind die gleichen wie in Abbildung IV.5a und IV.5b; N bezeichnet den Einsatzort, an dem ein Nachfrager, typischerweise ein Bauunternehmen, Asphaltmischgut einzusetzen plant. Wieder besteht vor dem Zusammenschluss teilweise Wettbewerb zwischen dem am weitesten östlich gelegenen Werk von Z₁ und dem am weitesten westlich gelegenen Werk von Z₂. Zudem gibt es Wettbewerb zwischen dem westlich gelegenen Werk von Z₂ und einem nördlich gelegenen Wettbewerber in dem Gebiet, in dem sich die Kreise um Z₂ und W schneiden. Der Zusammenschluss wird hier unter der Auflage freigegeben, dass das westlich gelegene Werk von Z₂ stillgelegt wird. Die dadurch entstehende leere Fläche ist in Abbildung IV.6b durch die Umrisse des Kreises um das ehemalige Werk von Z₂ zu erkennen. Die Beschlussabteilung sieht die Wettbewerbsverschlechterung, die dadurch eintritt, dass die Überschneidung der Märkte um Z₁ und Z₂ wegfällt, dadurch kompensiert, dass der nördlich gelegene Wettbewerber nun die Möglichkeit habe, in das durch den leeren Kreis beschriebene Gebiet zu liefern.

⁷³ BKartA, Beschluss vom 15. März 2005, B4-227/04.

⁷⁴ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 817.

⁷⁵ Vergleiche unten Abschnitt 3.5.1 in diesem Kapitel.

⁷⁶ BKartA, Beschluss vom 22. August 2005, B1-29/05.

Abbildung IV.5a

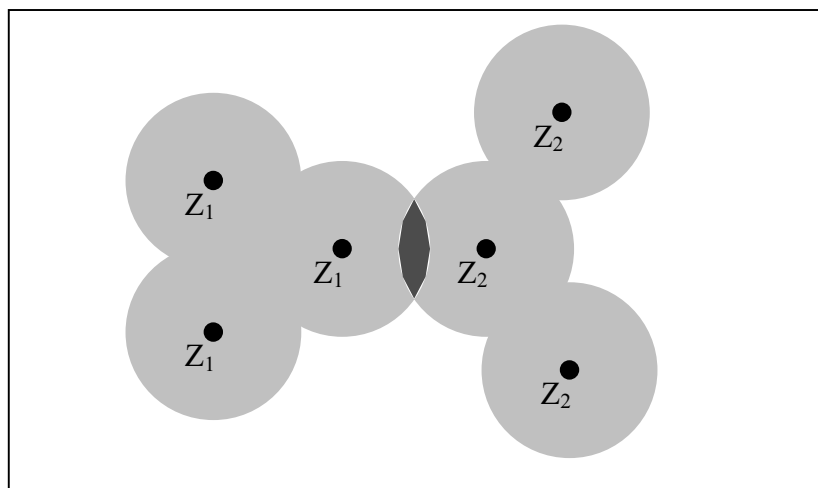
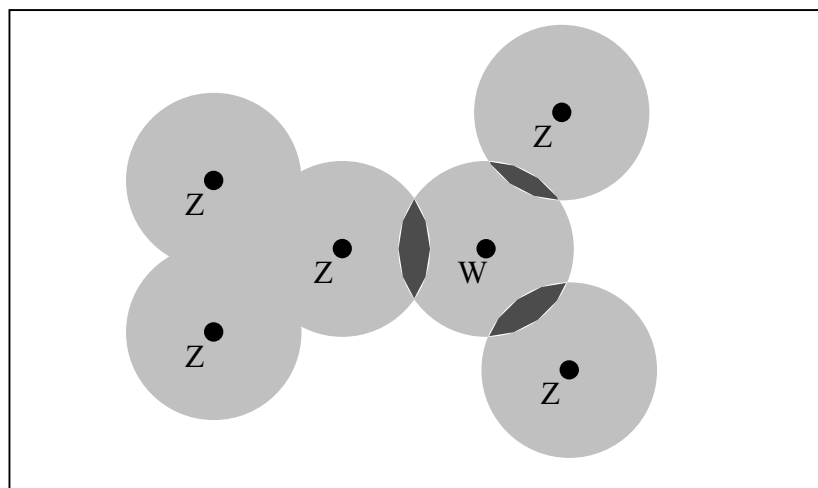
Marktverhältnisse vor dem Zusammenschluss (Veräußerungsauflage)

Abbildung IV.5b

Marktverhältnisse nach dem Zusammenschluss (Veräußerungsauflage)

Dort entstehe durch die Stilllegung Wettbewerb zwischen Z und W.

570. Um die Wirkung der Auflage beurteilen zu können, muss zunächst geklärt werden, welcher Zusammenhang zwischen den Kreisen mit 25 km Radius um die einzelnen Mischwerke und den tatsächlichen Wettbewerbsverhältnissen besteht. In der Realität ist davon auszugehen, dass ein Mischwerk auch an Orte liefert, die weiter als 25 km entfernt sind, wenn jemand dort Asphaltmischgut nachfragt. Umgekehrt ist denkbar, dass bestimmte Nachfrager von einem Mischwerk nie beliefert werden, obwohl sie sich in weniger als 25 km Entfernung befinden, da ein deutlich näher gelegenes Mischwerk günstiger liefern kann. Dass die Grenze, bis zu der ein Wettbewerber als relevant erachtet wird, gerade bei 25 km liegt, ist deshalb

zunächst willkürlich. Die Größenordnung mag darin begründet liegen, dass sich die Transportkosten in Relation zu den Kosten des Unterhalts eines weiteren Mischwerks so verhalten, dass der Abstand zwischen zwei Mischwerken in der Regel ungefähr 50 km beträgt.

571. Ein Nachfrager im Bereich des weißen Kreises in Abbildung IV.6b, z. B. N, hat die Möglichkeit, sich sowohl von den beiden östlichen Mischwerken von Z als auch von W beliefern zu lassen. W und Z stehen insofern in diesem Gebiet im Wettbewerb. Allerdings ist die Entfernung zum Einsatzort sowohl für W als auch für Z relativ groß, entsprechend hoch sind die Transportkosten und demnach auch der Preis für den Nachfrager. Vor dem Zusammenschluss, also im Falle der Abbildung IV.6a, hat sich N vermutlich vom benachbarten Mischgut Z₂

Abbildung IV.6a

Marktverhältnisse vor dem Zusammenschluss (Stilllegungsaufgabe)

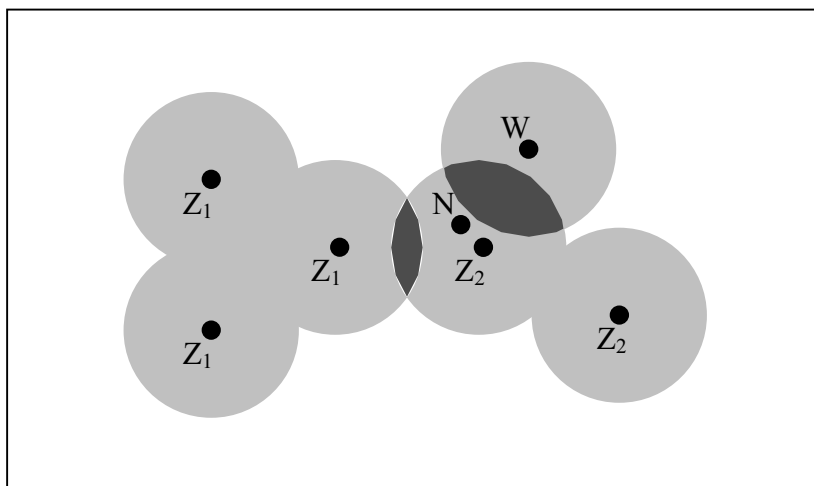
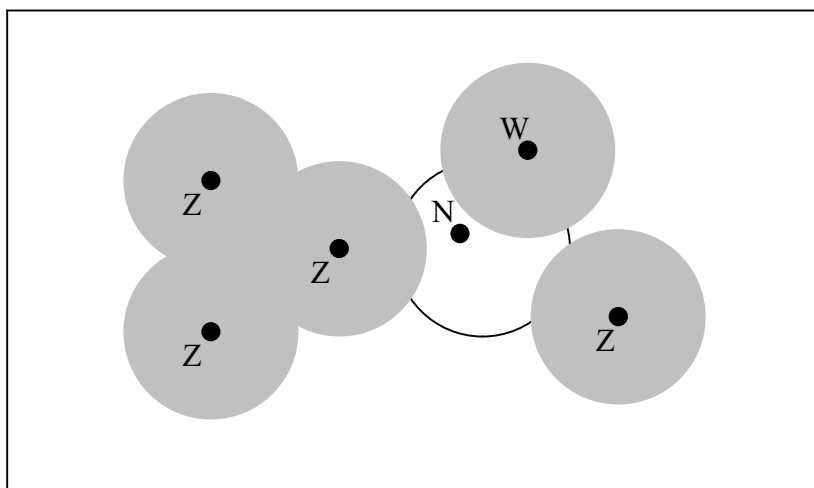


Abbildung IV.6b

Marktverhältnisse nach dem Zusammenschluss (Stilllegungsaufgabe)



beliefern lassen. Die Situation hat sich für N durch den Zusammenschluss und die damit verbundene Stilllegung offensichtlich verschlechtert. Zwar hat er die Auswahl zwischen drei Mischwerken. Vor der Stilllegung konnte er Asphaltgut jedoch von einem deutlich näher gelegenen Mischwerk beziehen. Das Werk des Wettbewerbers W hatte unter Umständen eine Funktion für ihn als Drohpunkt. Denn wären die Preise von Z_2 deutlich überhöht gewesen, hätte er immer noch die weitere Entfernung in Kauf nehmen und bei W kaufen können, so dass die Marktmacht von Z_1 dadurch eingeschränkt wurde.

572. Für den Wettbewerber im Norden hat sich die Situation dagegen eindeutig verbessert. Allerdings ist es nach

Ansicht der Monopolkommission nicht Aufgabe der Fusionskontrolle, die Wettbewerber zu schützen. Geschützt werden soll vielmehr der Wettbewerb. In diesem Fall bedeutet das konkret, dass sich die Vielfalt und Qualität des Angebots für die Nachfrager in dem Gebiet der Überschneidung von Z_1 und Z_2 durch den Zusammenschluss nicht verringern darf. Tatsächlich verschlechtert sich durch die Stilllegung nicht nur das Angebot für die Nachfrager in dem in Abbildung IV.6a dunkelgrau gekennzeichneten Überschneidungsgebiet, sondern im gesamten ehemaligen Gebiet des westlichen Werkes von Z_2 , gekennzeichnet durch den leeren Kreis in Abbildung IV.6b. Eine Stilllegungsaufgabe ist demnach nicht geeignet, wettbewerbliche Bedenken auszuräumen.

2.6 Verfahrensfragen

2.6.1 Feststellungsinteresse bei Zusammenschlussvorhaben

573. Auch wenn sich eine Verfügung der Kartellbehörde bereits durch Zurücknahme oder auf andere Weise erledigt hat, kann das Beschwerdegericht nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB auf Antrag aussprechen, dass eine Verfügung der Kartellbehörde unzulässig oder unbegründet gewesen ist, wenn der Beschwerdeführer ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. Das OLG hat im Berichtszeitraum in zwei Fällen das Vorliegen eines Feststellungsinteresses verneint. Der erste Fall betraf den Markt für Fruchtzubereitung. Obwohl ein nur leicht modifizierter Zusammenschluss geplant war, sah das Gericht keine Gefahr der Wiederholung und lehnte einen Antrag auf Feststellung ab. Der zweite Fall betraf den Krankenhausmarkt. Hier wurde ein Antrag auf Feststellung ebenfalls abgelehnt. Der Antragsteller hatte argumentiert, dass er ein berechtigtes Interesse an der Klärung einer Rechtsfrage habe; dies wurde vom Gericht verneint. Die Monopolkommission kritisiert die zu enge Auslegung der Gesetzesvorschrift, die die Möglichkeit einer Feststellungsklage praktisch ausschließt.

Keine Wiederholungsgefahr beim Zusammenschluss Agrana/Atys

574. Der Fall Agrana/Atys ist nicht nur wegen seiner Analyse der Entstehung eines marktbeherrschenden Dyopols,⁷⁷ sondern auch aus verfahrensrechtlicher Sicht von Interesse. Im Frühjahr 2004 hatte das Bundeskartellamt der Agrana, einer Tochter des Südzucker-Konzerns, die Übernahme von Atys, bis dahin mehrheitlich im Besitz der Butler Capital Partners, Paris, untersagt. Atys ist eine Holdinggesellschaft, die in Deutschland über die Atys-DSF GmbH, Konstanz, aktiv ist. In den übrigen europäischen Ländern, in denen der nationale Markt für Fruchtzubereitungen ebenfalls betroffen war, wurde der Zusammenschluss freigegeben. Deshalb konnte Agrana wie geplant die Atys-Holding übernehmen, nachdem diese die Atys-DSF GmbH aus Konstanz mit einer Rückwerboption an ihre Minderheitsgesellschafter veräußert hatte. Praktisch wurde damit der deutsche Teil des Zusammenschlussvorhabens ausgeklammert und als einziger nicht vollzogen. Unabhängig davon legten die Zusammenschlussbeteiligten, Agrana und die Atys-Holding, gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes Beschwerde beim OLG Düsseldorf ein. Das OLG erklärte die Beschwerde für unzulässig, da Erledigung vorliege. Auch der hilfsweise gestellte Antrag auf Feststellung der formellen und materiellen Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB wurde vom OLG für unzulässig erklärt.⁷⁸

575. In seiner Begründung stellt das OLG zunächst zutreffend fest, dass sich bei rein wirtschaftlicher Betrachtung

der ursprünglich und der derzeit geplante Zusammenschluss nicht unterscheiden. Das Ziel des zuerst angemeldeten Zusammenschlusses war die Übernahme der Atys, einschließlich ihrer deutschen Tochter Atys-DSF GmbH, Konstanz, durch Agrana. Vom Bundeskartellamt geprüft wurden die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem deutschen Markt. Ziel des derzeit geplanten Zusammenschlusses ist die Übernahme des noch nicht übernommenen deutschen Teils der Atys, der Atys-DSF GmbH, Konstanz, ebenfalls durch Agrana. Entsprechend erhöhe sich, so das Gericht, in beiden Fällen der Marktanteil der Agrana auf dem nationalen Markt für Fruchtzubereitungen um und auf die gleiche Zahl.

576. Trotzdem handelt es sich nach Ansicht des Beschwerdegerichts bei dem Rückerwerb der Atys-DSF GmbH um ein seinem Wesen nach verändertes Vorhaben, da auf der Veräußererseite unterschiedliche Parteien beteiligt sind. Ursprünglicher Veräußerer war Butler Capital Partners, bei dem geplanten Rückerwerb wären es die ehemaligen Minderheitsgesellschafter der Atys-DSF GmbH, an die Atys DSF verkauft wurde, um den übrigen Zusammenschluss vollziehen zu können. Da die Minderheitsgesellschafter der Atys-DSF an dem ursprünglichen Verfahren nicht beteiligt waren, sei nicht nur die Untersagung gar nicht an sie adressiert worden, sondern sie hätten auch nicht die Möglichkeit gehabt, an dem betreffenden Verfahren mit allen ihnen zustehenden Verfahrensrechten teilzunehmen. Die Untersagungsverfügung habe sich demnach erledigt.

577. Der Hilfsantrag auf Feststellung wurde ebenfalls für unzulässig erklärt. Die Wiederholungsgefahr wäre nach Ansicht des Gerichts im vorliegenden Fall der einzige Grund für ein Feststellungsinteresse der Zusammenschlussbeteiligten. Wiederholungsgefahr bestehe, wenn die Rechtslage unklar ist und ihre Klärung für den Beschwerdeführer im Hinblick auf sein künftiges Verhalten von Interesse ist. Dafür sei ausreichend, aber auch erforderlich, dass künftig gleiche tatsächliche Verhältnisse herrschen, die gleichen Tatbestandsvoraussetzungen gelten und es um dieselben Personen gehen wird. Dieser letzte Punkt sei nicht erfüllt, weil Veräußerer des nunmehr geplanten Zusammenschlusses nicht mehr Butler Capital Partners, sondern die ehemaligen Minderheitsgesellschafter der Atys-DSF GmbH seien.

578. Die Monopolkommission hält die Bedingungen, die das Gericht für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr stellt, für zu eng. Faktisch führen sie dazu, dass immer dann, wenn sich ein Verfahren erledigt hat, auch keine Wiederholungsgefahr mehr anerkannt werden kann. Im vorliegenden Fall würde sich an der kartellrechtlichen Beurteilung des Falles bei einer erneuten Anmeldung jedoch nichts ändern, nur weil das veräußernde Unternehmen ein anderes ist. Natürlich müsste eine Übernahme neu angemeldet werden, schon damit auch der neue Veräußerer alle ihm als Beteiligten zustehenden Verfahrensrechte nutzen kann. Der Beschwerdeführer hat aber ein Recht darauf, dass das Gericht sich zu der kartellrechtlichen Analyse des Bundeskartellamtes – Entstehung eines marktbeherrschenden Dyopols – äußert, da diese auch bei

⁷⁷ Vergleiche Abschnitt 2.4.1 in diesem Kapitel.

⁷⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. November 2004, VI-Kart 13/04 (V), WuW DE-R 1435, Agrana/Atys.

der nunmehr geplanten Übernahme der Atys-DSF von den neuen Eigentümern beim Kartellamtsverfahren zur Diskussion stehen würde.

579. Die Betroffenen haben zunächst gegen den Beschluss des OLG Rechtsbeschwerde beim BGH eingelegt. Die Rechtsbeschwerde wurde zurückgenommen, nachdem eine modifizierte Form des deutschen Teils des geplanten Zusammenschlusses in der ersten Phase vom Bundeskartellamt freigegeben wurde.⁷⁹ Dazu wurde der Erwerb der Atys-DSF GmbH, Konstanz, gemeinsam mit dem Verkauf des größten Teils der Betriebsstätte Nauen, die etwa 25 Prozent der insgesamt produzierten Menge an Fruchtzubereitung herstellt, angemeldet.

Unzulässigkeit einer Beschwerde bei einem Zusammenschluss im Krankenhausbereich

580. Im März 2005 hat das Bundeskartellamt die Übernahme des Krankenhauses Eisenhüttenstadt durch die Rhön-Klinikum AG untersagt. Die Rhön-Klinikum hatte gegen den Beschluss zunächst Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt. Sie beantragte die Aufhebung des Kartellamtsbeschlusses und hilfsweise die Feststellung, dass die Untersagung unzulässig, jedenfalls unbegründet war. Nachdem die Rhön-Klinikum ihre Beschwerde zurückgenommen hatte, entschied das Gericht, dass die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die dem Beschwerdegegner entstandenen notwendigen Auslagen von der Rhön-Klinikum AG zu tragen seien, da davon auszugehen ist, dass sowohl der Haupt- als auch der Hilfsantrag unzulässig gewesen wären.⁸⁰

581. Der Hauptantrag wäre wegen Erledigung unzulässig gewesen, da die Stadt Eisenhüttenstadt von dem Kaufvertrag mit der Rhön-Klinikum AG zurückgetreten war. Das Gericht hielt die Beschwerde aber auch bezüglich des Hilfsantrages auf Feststellung für unzulässig. Ein Feststellungsinteresse lasse sich weder aus dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr noch mit einer unklaren Rechtslage begründen. Ein Feststellungsinteresse wegen unklarer Rechtslage setze voraus, dass die Feststellung geeignet ist, den Beteiligten eine verlässliche Beurteilungsgrundlage für künftige Entscheidungen zu verschaffen. Dies sei hier nicht der Fall, da nicht zu erwarten sei, dass in einem künftigen Fall tatsächlich gleiche Verhältnisse herrschen sowie gleiche Tatbestandsvoraussetzungen gelten würden. Vielmehr seien künftige Fälle schon allein deshalb verschieden, weil unterschiedliche Personen beteiligt wären und weil der Zusammenschluss zu einem anderen Zeitpunkt stattfinden würde. Für die Beurteilung eines künftigen Zusammenschlussvorhabens im kartellbehördlichen Verfahren sei die Tatsachenlage im Entscheidungszeitpunkt maßgebend. Es spreche indes nichts dafür, dass die ermittelten Marktverhältnisse und deren rechtliche Beurteilung ohne weiteres als verbindlich auch für alle zukünftigen Zusammenschlussvorhaben in dem relevanten Markt gelten sollten. Die Gegebenhei-

ten des Marktes seien schon ihrer Natur nach veränderbar. Jedes weitere Zusammenschlussvorhaben könne deshalb nur dann verlässlich beurteilt werden, wenn konkret auf die aktuellen Umstände des Einzelfalles abgestellt wird. Dass zukünftig die gleichen tatsächlichen Marktverhältnisse herrschen würden wie zum Zeitpunkt der Erledigung des ursprünglichen Fusionsvorhabens Anfang Juli 2005, sei überdies schon deshalb zweifelhaft, weil durch die angestrebte Veräußerung des Krankenhauses Eisenhüttenstadt an einen Dritten Bewegung in den Markt kommen wird.

582. Durch die überaus enge Auslegung des Feststellungsinteresses läuft die Vorschrift des § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB zumindest für den Bereich der Fusionskontrolle ins Leere. Denn wenn allein die Tatsache, dass sich Märkte kontinuierlich verändern, als Grund dafür angesehen wird, dass nicht nur keine Wiederholungsgefahr, sondern auch keine unklare Rechtslage, an deren Klärung der Antragsteller ein berechtigtes Interesse hat, bestehen, dann ist kein Fall denkbar, in dem das Gericht ein Feststellungsinteresse tatsächlich anerkennt. Dies widerspricht jedoch dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Man steigt nie zweimal in den gleichen Fluss. Dennoch sind Fälle denkbar, in denen eine Entscheidung des Beschwerdegerichts über eine unklare Rechtslage bei der Bewertung künftiger Zusammenschlussvorhaben durch das Bundeskartellamt nützlich sein kann, auch ohne dass das Ergebnis der Bewertung eines konkreten Falles damit schon vorweg genommen wird. Im vorliegenden Fall ging es beispielsweise um die Anwendbarkeit der Fusionskontrolle im Krankenhausbereich. Die Zusammenschlussbeteiligten argumentierten schon im Verfahren beim Bundeskartellamt, dass das Kartellrecht wegen der Vorschrift des § 69 SGB V nicht anwendbar sei. Das Bundeskartellamt ist dagegen nicht der Ansicht, dass durch § 69 SGB V eine Bereichsausnahme geschaffen werde. Die Rhön-Klinikum AG hat ein berechtigtes Interesse daran, dass diese Frage gerichtlich geklärt wird, da sie den Erwerb weiterer Krankenhäuser plant. Dies ist schon dadurch belegt, dass sie zum Zeitpunkt des Gerichtsverfahrens bereits neue Zusammenschlussvorhaben beim Bundeskartellamt angemeldet hat.

583. Die überaus enge Auslegung des § 71 Abs. 2 GWB ist insbesondere deshalb problematisch, da es im Bereich des Kartellrechts relativ leicht zur Erledigung einer Untersagungsverfügung kommt – z. B. wenn nur einer der beiden Zusammenschlussbeteiligten von dem Kaufvertrag zurücktritt – und es im Kartellrecht nicht wie in anderen Rechtsgebieten (§ 256 ZPO, § 43 VwGO) die Möglichkeit der allgemeinen Feststellungsklage gibt. Die einzige Möglichkeit eines Unternehmens, bei Erledigung eines konkreten Falles dennoch Rechtssicherheit über eine grundsätzlichere Frage zu bekommen, besteht demnach in der Möglichkeit, ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse nach § 71 Abs. 2 GWB zu bekunden.

584. Freilich sollten sich die Gerichte schon aus Effizienzgründen im Allgemeinen darauf konzentrieren, aktuelle Streitigkeiten und nicht ehemalige Streitigkeiten zu klären. Diesem Anliegen hat die Auslegung der Vor-

⁷⁹ BKartA, Beschluss vom 7. Dezember 2005, B2-92/05.

⁸⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Dezember 2005, VI-Kart 8/05(V).

schrift des § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB Rechnung zu tragen. Im Falle der Anwendbarkeit der Fusionskontrolle im Krankenhaussektor ist jedoch davon auszugehen, dass diese Frage ohnehin gerichtlich geklärt werden muss, da die privaten Klinikbetreiber und das Bundeskartellamt in diesem Punkt grundsätzlich anderer Meinung sind. Es würden also voraussichtlich keine zusätzlichen Ressourcen des Gerichts verbraucht, wenn die Frage schon jetzt geklärt würde.

2.6.2 Verjährung und Bußgeldhöhe bei Verstößen gegen das Vollzugsverbot

585. Im Bereich der Pressefusionskontrolle wurden im Berichtszeitraum eine Reihe von Verstößen gegen das Vollzugsverbot aufgedeckt, Verfahren von Amts wegen eingeleitet und Bußgelder verhängt. Grundsätzlich sind Unternehmen dazu verpflichtet, Zusammenschlüsse vor dem Vollzug beim Bundeskartellamt anzumelden (§ 39 Abs. 1 GWB). Der Zusammenschluss darf nicht vor Ablauf der Monatsfrist bzw. vor einer Freigabeentscheidung des Bundeskartellamtes vollzogen werden (§ 41 Abs. 1 GWB). Erfährt das Bundeskartellamt von einem nicht angemeldeten, aber vollzogenen Zusammenschluss, konnte es zumindest vor Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle von Amts wegen ein Fusionskontrollverfahren einleiten und den Zusammenschluss damit nachträglich prüfen.⁸¹ Im Falle einer Untersagung muss eine Entflechtung der fusionierten Unternehmen erfolgen. Das Amt kann zudem ein Bußgeld wegen Verstoßes gegen die Anmeldepflicht bzw. gegen das Vollzugsverbot verhängen (§§ 81 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3, 81 Abs. 4 GWB).

586. Konkret hat die für Presse zuständige Beschlussabteilung beim Bundeskartellamt in mindestens vier Fällen wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot ein Verfahren von Amts wegen eingeleitet und den Beteiligten ein Bußgeld auferlegt. Einer der Zusammenschlüsse wurde untersagt. In mindestens drei weiteren Fällen wurde zwar ein Fusionskontrollverfahren durchgeführt, das zweimal mit einer Untersagung abgeschlossen wurde. Das Amt sah aber davon ab, ein Bußgeldverfahren durchzuführen. In einem Fall wurde ein Bußgeld wegen Verstoßes gegen die Anzeigepflicht verhängt, aber kein Verfahren eingeleitet. Nach Aussage des Amtes sei ein Fusionskontrollverfahren in diesem Fall nicht mehr möglich oder zumindest nicht mehr sinnvoll gewesen, da der betreffende Zusammenschluss schon fünfzehn Jahre zurückliegt. Schließlich wurde in einem Fall ein angemeldeter Zusammenschluss bereits vor Abschluss des Prüfverfahrens zumindest teilweise vollzogen. Dieser Verstoß gegen das Vollzugsverbot wurde ebenfalls mit einem Bußgeld geahndet.

⁸¹ An dieser Stelle soll nicht geklärt werden, ob durch die Neufassung des § 41 Abs. 3 GWB in der Siebten GWB-Novelle eine nachträgliche Anmeldung inzwischen noch möglich ist oder ob ein vollzogener Zusammenschluss, der vor dem Vollzug nicht angemeldet worden ist, nur noch im Rahmen eines nicht fristgebundenen Auflösungsverfahrens geprüft werden kann. Die Frage ist hier nicht von Belang, da die hier geführte Diskussion über die Verjährung und die Höhe des Bußgeldes auf Auflösungsverfahren nach § 41 Abs. 3 GWB n. F. übertragbar ist.

Verstöße gegen das Vollzugsverbot als Dauer- oder Zustandsdelikt

587. In einem der mit einem Bußgeld geahndeten Verstöße gegen das Vollzugsverbot liegt der geprüfte Zusammenschluss zehn Jahre zurück. Die Betroffenen haben gegen den Bußgeldbescheid Beschwerde eingelegt. Sie begründeten diese in der Hauptsache damit, dass Verjährung vorliege. Der betreffende Zusammenschluss ist durch einen im Juni 1995 unterzeichneten und am 1. Juli 1996 in Kraft getretenen Vertrag zustande gekommen. Da es sich beim Verstoß gegen das Vollzugsverbot um ein Zustandsdelikt handle, beginne die fünfjährige Verjährungsfrist mit der Schaffung des rechtswidrigen Zustands. Demgegenüber argumentiert das Bundeskartellamt, dass es hier nicht auf die Vollendung, sondern auf die Beendigung der Ordnungswidrigkeit ankomme. Vollendet sei die Ordnungswidrigkeit tatsächlich mit Vollzug des Zusammenschlusses gewesen. Allerdings solle durch das Vollzugsverbot verhindert werden, dass Marktstrukturen entstehen, bei denen ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnehme. Solange das kartellrechtswidrig zusammengeschlossene Unternehmen am Markt auftrete, sei daher auch der Angriff auf das geschützte Rechtsgut noch nicht abgeschlossen. Es handle sich demnach um ein Dauerdelikt, dessen Verjährung frühestens mit Beendigung des rechtswidrigen Zustands beginne.

588. Inhaltlich überzeugt die Argumentation des Bundeskartellamtes, dass es sich beim Verstoß gegen das Vollzugsverbot um ein Dauerdelikt handelt. Denn der Schaden, der durch einen Zusammenschluss entsteht, der eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, entsteht nicht im Moment des Zusammenschlusses, sondern dauerhaft. Dadurch, dass das zusammengeschlossene Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, kann es seinen Gewinn auf Kosten anderer Marktteilnehmer erhöhen.

589. Da in diesem überhöhten Gewinn der Vorteil liegt, den das Unternehmen aus dem Verstoß gegen das Vollzugsverbot zieht, sollte zudem die Höhe des Bußgeldes von der Höhe dieses Vorteils abhängen. In § 17 Abs. 4 OWiG ist auch explizit vorgesehen, dass die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen soll. Tatsächlich hat das Bundeskartellamt in den genannten Fällen die Vorschrift des § 17 Abs. 4 OWiG nicht angewendet. Das ergibt sich schon daraus, dass in den betreffenden Bußgeldbescheiden keinerlei Abschätzung über die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils vorgenommen wurde. Eine solche ist aber notwendig, um sicherzustellen, dass das Bußgeld die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils nicht unterschreitet. Die Höhe des Bußgeldes bestimmte sich vielmehr ausschließlich nach Kriterien wie der Wirtschaftskraft der Betroffenen, danach ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorlag oder danach ob das Unternehmen ernsthaft versucht, künftig derartige Verstöße zu vermeiden, beispielsweise durch Veränderungen in der Organisationsstruktur. Es wäre jedoch konsequent, ein höheres Bußgeld zu verhängen, je länger und je stärker ein Unternehmen aus seiner marktbeherrschenden Stellung Nutzen

gezogen hat. Insofern ist es zu bedauern, dass in der Siebten Novelle des GWB die Vorschrift des § 17 Abs. 4 OWiG für den Bereich des Kartellrechts von einer Soll- in eine Kann-Vorschrift abgemildert wurde (§ 81 Abs. 5 GWB n. F.).

Allgemeine Verletzungen der Anmeldepflicht

590. Die Tatsache, dass eine ganze Reihe von Verstößen gegen das Vollzugsverbot im Bereich Presse während der letzten zwei Jahre aufgedeckt wurde, wirft die Frage auf, ob es sich hier um einen Sonderfall handelt. Dafür spricht die Tatsache, dass einige der Bußgelder in Fällen verhängt wurden, die nur wegen der niedrigeren Aufgreifschwelle im Pressebereich anmeldepflichtig gewesen wären. Die betroffenen Unternehmen sind teilweise sehr klein, so dass davon ausgegangen werden kann, dass sie die Vorschriften des GWB nicht kennen. Allerdings gilt dies nur für einen Teil der Zusammenschlüsse. In einigen Fällen ist die Anmeldung offensichtlich vorsätzlich unterlassen worden. Zudem gab es auch in anderen Sektoren eine Reihe von Zusammenschlüssen, die nicht angemeldet wurden. Teilweise handelt es sich dabei um Fälle, in denen nach Ansicht der Zusammenschlussbeteiligten gar kein Zusammenschlussstatbestand vorliegt, das Amt aber eine zumindest vorsorgliche Anmeldung für notwendig gehalten hätte. Beispielsweise seien hier einige Zusammenschlüsse im Bereich der Krankenhausfusionskontrolle genannt sowie die Übernahme der Blutspendedienste der Universitätskliniken Tübingen und Heidelberg durch den DRK-Blutspendedienst Baden-Württemberg-Hessen. Es kann demnach davon ausgegangen werden, dass die Verletzung der Anmeldepflicht kein sektorspezifisches, sondern ein allgemeines Problem darstellt. Da das Motiv, eine Anmeldung zu unterlassen, darin besteht, einen Zusammenschluss zu vollziehen, der ansonsten wahrscheinlich untersagt würde, kann auch schon eine kleine Zahl von Verletzungen der Anmeldepflicht relativ gravierende Auswirkungen haben. Denn die Wahrscheinlichkeit, dass ein vorsätzlich nicht angemeldeter Zusammenschluss untersagt worden wäre, ist deutlich höher als die Wahrscheinlichkeit, dass ein vorschriftsgemäß angemeldeter Zusammenschluss untersagt wird.

591. Um beurteilen zu können, wie ernst das Problem des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot ist, ist demnach eine zweistufige Untersuchung durch die Kartellbehörden anzuraten. Zunächst muss abgeschätzt werden, wie oft gegen das Vollzugsverbot verstoßen wird. Dazu könnte beispielsweise die Fusionstätigkeit einer Stichprobe von Unternehmen in einem bestimmten Zeitraum untersucht und die dabei ermittelten Zusammenschlüsse mit den beim Bundeskartellamt vorliegenden Anmeldungen verglichen werden. Als zweites muss ermittelt werden, wie viele der nicht angemeldeten Zusammenschlüsse untersagt worden wären. Bei einer solchen Untersuchung können auch Erkenntnisse darüber gewonnen werden, bei welcher Art von Unternehmen ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot eher zu erwarten ist. Solche Erkenntnisse sind hilfreich, wenn Ermittlungen durchgeführt werden sollen, um die Durchsetzung des Vollzugsverbotes zu verbessern.

3. Europäische Fusionskontrolle*

3.1 Einführung

592. Der Berichtszeitraum 2004/2005 stand ganz im Zeichen der zweiten Reform der europäischen Fusionskontrollregeln. Am 1. Mai 2004 trat die Verordnung 139/2004 in Kraft, mit der die Verordnung 4064/89 abgelöst wurde.⁸² Die wohl wichtigste Änderung betrifft das materielle Untersagungskriterium in Artikel 2 der Fusionskontrollverordnung (FKVO), das durch die Aufnahme des so genannten SIEC (Significant Impediment of Effective Competition)-Tests erweitert wurde. Nach der neuen Regelung sind Zusammenschlüsse zu untersagen, sofern durch sie wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung. Eine weitere materielle Neuerung besteht in der Möglichkeit, künftig Effizienzvorteile zu berücksichtigen, wie sie in Erwägungsgrund 29 der neuen FKVO erwähnt sind. Daneben wurde das Verweisungsregime grundlegend geändert. Insbesondere haben jetzt auch die Zusammenschlussparteien die Befugnis, eine Verfahrensabgabe an die Mitgliedstaaten bzw. die Europäische Kommission anzulegen. Neben anderen verfahrensrechtlichen Reformen ist ferner vor allem auf die Änderung der Fristen bei Zusammenfällen hinzuweisen.

Im Berichtszeitraum konnte die Europäische Kommission erste Erfahrungen mit der Anwendung der geänderten Vorschriften sammeln. Dabei hat sie auch den *more economic approach*, also eine stärker ökonomisch orientierte Vorgehensweise, weiterverfolgt. Dies schlägt sich zum einen in den Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen nieder, welche die Kommission im Februar 2004 veröffentlichte.⁸³ Zum anderen lässt sich an der Brüsseler Entscheidungspraxis ablesen, dass bei der Beurteilung einzelner Zusammenschlüsse verstärkt ökonomische Ansätze und quantitative Untersuchungsmethoden herangezogen worden sind.

593. Einen weiteren Schwerpunkt der Diskussion um die Anwendung der europäischen Fusionskontrolle bilden die konglomeraten und vertikalen Zusammenschlüsse. Diese Auseinandersetzung gewinnt vor dem Hintergrund der Gerichtsverfahren in den Fällen Europäische Kommission/Tetra Laval, General Electric/Europäische Kommission und Honeywell/Europäische Kommission besondere Aktualität. Im Berichtszeitraum äußerten sich sowohl der Europäische Gerichtshof (EuGH) als

* Die Monopolkommission hat bisher im Anhang C ihrer Hauptgutachten eine Übersicht über die Fusionskontrollentscheidungen der Europäischen Kommission veröffentlicht. Auf diese Übersicht wird mit dem nun vorliegenden Hauptgutachten erstmals verzichtet, da die Entscheidungen der Europäischen Kommission auf deren website <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/> zu finden sind.

⁸² Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. EU Nr. L 24 vom 29. Januar 2004, S. 1.

⁸³ Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU Nr. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5.

auch das Gericht erster Instanz (EuG) zu dem Themenkomplex. Die ergangenen Urteile werden für die künftige Ausrichtung der Fusionskontrolle bei nichthorizontalen Zusammenschlüssen von besonderer Bedeutung sein. Im Berichtszeitraum bestätigte die Rechtsprechung außerdem zum ersten Mal seit drei Jahren eine Untersagungsverfügung der Europäischen Kommission.

594. Nach Angaben der Europäischen Kommission wurden im Berichtszeitraum 562 Zusammenschlussvorhaben in Brüssel angemeldet. Davon entfielen 249 Fälle auf das Jahr 2004, die restlichen 313 Notifizierungen gingen im Jahr 2005 ein. Damit stieg die Zahl der Anmeldungen im Vergleich zum Berichtszeitraum 2002/2003 (491 Fälle) um etwa 15 Prozent. Sie blieb allerdings immer noch weit hinter den 680 Notifizierungen in den Jahren 2000/2001 zurück.

595. Im Berichtszeitraum beantragten die Mitgliedstaaten elfmal eine Verfahrensabgabe an die nationalen Behörden gemäß Artikel 9 FKVO. Hiervon kam es in vier Fällen zur teilweisen, in weiteren fünf Verfahren zur vollständigen Verweisung. Dem von deutscher Seite gestellten Verweisungsantrag im Fall Bertelsmann/Springer kam die Europäische Kommission nicht nach, sondern behandelte das Zusammenschlussvorhaben selbst. Von den Mitgliedstaaten gingen außerdem fünf Anträge nach Artikel 22 FKVO auf Verweisung an die Kommission aus. Nur in einem Fall verweigerte Brüssel die Übernahme des Verfahrens.

Seit dem 1. Mai 2004 hat sich das Verweisungsregime grundlegend geändert. Mit dem Inkrafttreten der VO 139/2004 verfügen nicht mehr nur die Mitgliedstaaten über die Befugnis, einen Verweisungsantrag nach Artikel 9 oder Artikel 22 FKVO zu stellen. Die Regelungen des Artikel 4 Abs. 4 und 5 FKVO erlauben es nunmehr auch den Zusammenschlussparteien, eine Änderung der Zuständigkeit zu beantragen. Im Berichtszeitraum haben die Unternehmen in 16 Fällen eine Verweisung an den betroffenen Mitgliedstaat nach Artikel 4 Abs. 4 FKVO angefordert. Die Zahl der Anträge auf Verweisung an die Europäische Kommission liegt mit 47 noch deutlich höher. In zwei Fällen haben die betroffenen Mitgliedstaaten von ihrem Vetorecht Gebrauch gemacht, so dass es bei der ursprünglichen Zuständigkeit der nationalen Behörden blieb.

Wie erwartet hat das neue Verweisungsregime zu einem deutlichen Anstieg der Verfahrensabgaben geführt. Die Unternehmen haben in großem Umfang von ihren neuen Befugnissen Gebrauch gemacht. Im Gegenzug ist die Zahl der Verweisungsanträge nach Artikel 9 FKVO deutlich gesunken. Viele der möglichen Verweiskandidaten sind wohl schon auf Initiative der Unternehmen in die nationale Zuständigkeit gelangt. Die Zahl der Fälle nach Artikel 22 FKVO ist dagegen sogar noch angestiegen. Das dürfte mit der Neuformulierung der genannten Regelung zusammenhängen, die ihre Anwendung wesentlich erleichtert.

596. In den zurückliegenden zwei Jahren gab die Europäische Kommission insgesamt 523 Zusammenschluss-

vorhaben in der ersten Verfahrensphase frei. Sämtliche angemeldeten Vorhaben fielen in den Anwendungsbe- reich der FKVO, so dass keine Entscheidung nach Artikel 6 Abs. 1 lit a FKVO ergehen musste. In 496 Fäl- len sah die Europäische Kommission keinen Anlass zu wettbewerblichen Bedenken und erließ Freigabeentschei- dungen nach Artikel 6 Abs. 1 lit b FKVO. 27 Vorhaben wurden gemäß Artikel 6 Abs. 1 lit b i. V. m. Abs. 2 FKVO unter Bedingungen und Auflagen genehmigt. Im Vergleich zum vorigen Berichtszeitraum mit 21 Entschei- dungen dieser Art ist ein leicht überproportionaler An- stieg der Verfahren zu verzeichnen, die innerhalb der ers- ten Prüfungsphase unter Bedingungen und Auflagen abge- schlossen wurden.

597. Die Europäische Kommission eröffnete in 18 Fällen die zweite Verfahrensphase mit einer Entscheidung nach Artikel 6 Abs. 1 lit c FKVO. Davon wurden zwölf Fälle im Berichtszeitraum abgeschlossen: Vier Zusammenschluss- vorhaben – Oracle/Peoplesoft, Sony/BMG, Bertelsmann/ Springer sowie Blackstone/Acetex – gab die Kommission nach vertiefter Prüfung ohne Bedingungen und Auflagen frei. Die ersten beiden Entscheidungen ergingen noch auf- grund der alten Gesetzeslage gemäß Artikel 8 Abs. 2 FKVO, die beiden letztgenannten Verfügungen wurden auf der Basis der reformierten Fusionskontrollverordnung gemäß Artikel 8 Abs. 1 FKVO genehmigt. In sieben Ver- fahren mussten die beteiligten Unternehmen Abhilfemaß- nahmen anbieten. Daraufhin wurden auch die Zusammen- schlüsse Lagardère/Natexis/VUP, Areva/Urenco/ETC JV, Sonoco/Ahlstrom, Continental/Phoenix sowie Siemens/ VA Tech, Johnson & Johnson/Guidant und E.ON/Mol ge- mäß Artikel 8 Abs. 2 FKVO erlaubt. Damit liegt die An- zahl der Zweite-Phase-Entscheidungen mit Bedingungen und Auflagen deutlich unter dem Niveau früherer Be- richtszeiträume: 2002/2003 ergingen bei einer niedrigeren Gesamtzahl von Anmeldungen immerhin elf derartiger Verfügungen, in den Jahren 2000/2001 und 1998/1999 wa- ren es sogar 22 bzw. zwölf.

598. Die zu beobachtende Zurückhaltung der Europäi- schen Kommission erstreckt sich auch auf die Untersa- gung von Zusammenschlüssen. Damit setzt sich eine Ent- wicklung fort, die im Jahr 2002 begonnen hat. Nachdem sowohl 2002 als auch 2003 kein einziges Zusammen- schlussverbot ergangen war, sprach die Kommission im Dezember 2004 erstmals wieder eine Untersagung aus. Das Vorhaben EDP/ENI/GDP betraf die portugiesischen Gas- und Strommärkte und hätte nach Ansicht der Euro- päischen Kommission zur Verstärkung marktbeherr- schender Positionen auf verschiedenen Märkten geführt. Inzwischen hat das Gericht erster Instanz die Verbotsver- fügung bestätigt. Weitere Untersagungsentscheidungen ergingen im Berichtszeitraum nicht. Die Gesamtzahl der Untersagungen erhöhte sich daher nur leicht von 18 auf 19 Fälle.

Nur wenig relativiert wird dieses Bild, wenn man die Rücknahme der Anmeldungen seitens der Zusammen- schlussbeteiligten in die Betrachtung einbezieht. Waren in den Jahren 2002/2003 lediglich vier Rücknahmen zu ver- zeichnen, sind im jetzt vorliegenden Berichtszeitraum

immerhin 14 Vorhaben aufgegeben worden. Eine gewisse Vorfeldwirkung der behördlichen Fusionskontrolle ist also zweifellos zu konstatieren. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass diese Wirkung in den Jahren 1998/1999 bei 527 Anmeldungen und 2000/2001 bei 680 Anmeldungen mit 21 bzw. 26 Fällen noch deutlich ausgeprägter war.

599. Die Gründe für die anhaltende Zurückhaltung der Europäischen Kommission dürften vielgestaltig sein. Mit einer deutlichen Abnahme der Fusionstätigkeit wie im letzten Berichtszeitraum ist sie allerdings nicht zu erklären. Denn das Niveau der Anmeldungen in den beiden letzten Jahren übertrifft schon wieder den Stand des Berichtszeitraums 1998/1999, in dem immerhin drei Untersagungen bei 527 Anmeldungen ergingen. In den Jahren 2000/2001 wurden bei 680 Notifizierungen sogar sieben Verbote ausgesprochen. Erklären lassen dürfte sich das Verhalten der Europäischen Kommission jedenfalls zum Teil mit gewissen rechtlichen Unsicherheiten bei der Anwendung der FKVO. Diese betrafen z. B. die Frage, ob auch unilaterale Effekte im Oligopol von den bisherigen gesetzlichen Regelungen erfasst waren. Wie der Fall Sony/BMG nahe legt, hat es die Kommission insofern nicht auf eine gerichtliche Klärung ankommen lassen, so dass Rechtssicherheit erst mit dem Inkrafttreten der neuen Fusionskontrollregeln am 1. Mai 2004 eingetreten ist. Unsicherheiten rechtlicher sowie ökonomischer Natur bestehen ferner bei der Anwendung der FKVO auf konglomerate und vertikale Zusammenschlüsse, beispielhaft seien hier nur die Fälle Tetra Laval/Sidel und General Electric/Honeywell genannt. Es ist davon auszugehen, dass die Europäische Kommission die Rechtsprechung in den betroffenen Fällen abgewartet hat, um ihre künftige Praxis bei der Behandlung nichthorizontaler Zusammenschlüsse darauf abzustimmen. Die richtungsweisenden Urteile des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz ergingen jedoch erst in der zweiten Hälfte bzw. am Ende des Berichtszeitraums. Eine gewisse Rolle dürfte ferner die Rechtsprechung zur behördlichen Zusammenpraxis spielen. In mehreren Urteilen bekräftigten die Gerichte ihre Auffassung, dass die Europäische Kommission auch verhaltensorientierte Zusagen im Einzelnen prüfen muss und nicht ohne weiteres zurückweisen darf. Damit erhöhen sich die Chancen, dass ein wettbewerblich problematischer Zusammenschluss aufgrund von Bedingungen und Auflagen letztlich doch genehmigungsfähig ist.

600. Daneben wirken wahrscheinlich die Urteile, mit denen im Jahr 2002 drei Untersagungsentscheidungen der Kommission aufgehoben worden sind, noch nach. Damals hatte die Rechtsprechung insbesondere die fehlerhafte Beweisführung und ökonomische Fundierung der behördlichen Beschlüsse gerügt. In der Zurückhaltung der Europäischen Kommission dürften sich auch die Schwierigkeiten widerspiegeln, den vom Gericht aufgestellten hohen Beweisanforderungen im Einzelfall gerecht zu werden. So hat die Kommission zwar in mehreren Zweite-Phase-Fällen noch nach der vertieften Untersuchung des Zusammenschlussvorhabens ernsthafte wettbewerbliche Probleme angenommen, auf eine Unter-

sagung aber ausdrücklich wegen unzureichender Beweislage verzichtet. Diese Entwicklung wird sich möglicherweise in Zukunft etwas abschwächen. Die jüngere Rechtsprechung enthält nämlich gewisse Anzeichen dafür, dass die Gerichte geneigt sind, den behördlichen Beurteilungsspielraum wieder etwas auszudehnen.

3.2 Zuständigkeitsverteilung

3.2.1 Änderung der Zwei-Drittel-Regelung?

601. Der Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung wird in Artikel 1 FKVO geregelt. Die gemeinschaftsweite Bedeutung eines Zusammenschlusses und damit die Zuständigkeit der Europäischen Kommission sind gemäß Artikel 1 Abs. 2 und 3 FKVO gegeben, wenn die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bestimmte Umsatzschwellen erreichen und jeweils nicht mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen. Von der Reform der FKVO wurden diese Regelungen nicht tangiert. Sowohl die Höhe der Umsatzschwellen als auch die so genannte Zwei-Drittel-Regelung standen in der Vergangenheit jedoch immer wieder im Mittelpunkt von Diskussionen. So hatte die Europäische Kommission erst im Rahmen der letzten Reform versucht, die in Abs. 3 genannten Umsatzschwellen ganz zu streichen, um auf diese Weise sämtliche so genannte Mehrfachanmeldungsfälle in den Kompetenzbereich Brüssels zu ziehen. Dieses Vorhaben war allerdings an der Kritik der Mitgliedstaaten gescheitert.

602. Den Auslöser für erneute Reformüberlegungen bildete der Fall Gas Natural/Endesa, der im September 2005 bei den spanischen Wettbewerbsbehörden angemeldet wurde und die Fusion des etablierten spanischen Gasunternehmens mit einem der beiden größten spanischen Stromerzeuger betraf. Endesa, die sich gegen ihre Übernahme durch Gas Natural wehrte, bestritt die Zuständigkeit der nationalen Behörden und reichte bei der Europäischen Kommission Beschwerde wegen unterlassener Anmeldung des Zusammenschlusses in Brüssel ein. Nach eingehender Prüfung der Beschwerde kam die Europäische Kommission zu dem Ergebnis, dass beide Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Umsatzes in Spanien erzielen. Die Kommission konnte daher keine gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlusses i. S. d. Artikel 1 FKVO feststellen und erklärte sich für unzuständig.⁸⁴

Das Verfahren veranlasste die Europäische Kommission jedoch dazu, über eine Änderung bzw. Aufgabe der Zwei-Drittel-Regelung nachzudenken. Der Fall Gas Natural/Endesa zeige deutlich, dass diese Regelung auch solche Fälle von der europäischen Jurisdiktion ausschließe, die beträchtliche grenzüberschreitende Effekte aufwiesen. Das Zusammenschlussvorhaben falle nicht in den An-

⁸⁴ Endesa hat am 29. November 2005 Klage beim Gericht erster Instanz gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission eingelegt, Rs. T-417/05. Endesas Antrag auf einstweilige Anordnung wurde mit Beschluss vom 1. Februar 2006 vom Präsidenten des EuG zurückgewiesen, Rs. T-417/05 R.

wendungsbereich der FKVO, obwohl es zur Entstehung eines der größten Energieunternehmen in Europa führe und mit erheblichen Auswirkungen auf den europäischen Energiemarkt zu rechnen sei. Außerdem komme es durch die Zwei-Drittel-Regelung zu einer unerwünschten Kompetenzaufteilung zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden. Es müsse stattdessen gewährleistet sein, dass substantiell vergleichbare Zusammenschlussvorhaben konsistent beurteilt würden. Inzwischen hat die Europäische Kommission die Mitgliedstaaten aufgefordert zu untersuchen, in wie vielen Fällen die Zwei-Drittel-Regelung für die nationale Zuständigkeit maßgebend war. Konkrete Reformvorschläge seitens der Kommission sind bislang noch nicht veröffentlicht.

603. Die Monopolkommission hält die in Artikel 1 FKVO enthaltene Zwei-Drittel-Regelung im Grundsatz für geeignet, nationale und Gemeinschaftskompetenzen sachgerecht abzugrenzen. Sie sieht jedoch das Bedürfnis für eine Ergänzung dieser Regelung, die der Gemeinschaftsdimension Rechnung trägt, welche auch rein nationalen Zusammenschlüssen anhaften kann. Eine Änderung der gegenwärtigen Kompetenzverteilung empfiehlt sich insbesondere mit Hinblick auf Zusammenschlüsse in Netzindustrien. Diesen Branchen ist gemeinsam, dass traditionell nationale oder kleinere Märkte mit monopolistischer Prägung vorliegen. Die Zwei-Drittel-Regelung führt hier zu einer rückwärts gewandten Beurteilung der Kompetenzverteilung, die sich vornehmlich an den Verhältnissen der Vergangenheit orientiert. Zusammenschlussvorhaben in diesen Branchen werden indes gerade auch mit der Ausrichtung auf eine künftige europaweite Unternehmens-tätigkeit geplant und erhalten vor dem Hintergrund sich öffnender nationaler Märkte eine gemeinschaftsweite Dimension.

Darüber hinaus erscheint in Netzindustrien das Risiko besonders groß, dass sich bei der Beurteilung von Fusionen durch nationale Behörden industriepolitische Interessen unter Vernachlässigung wettbewerblicher Kriterien durchsetzen. Während die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt in den Fällen Veba/Viag und RWE/VEW noch eng miteinander kooperierten, ist die Gefahr industriepolitischer Einflussnahme auf der Ebene einzelner Mitgliedstaaten in jüngerer Vergangenheit offensichtlich. Die Regierungen dieser Mitgliedstaaten bemühen sich mit allen ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln bis hin zu legislativen Aktivitäten, Übernahmen aus dem Ausland zu verhindern und nationale Lösungen zu schaffen. Die Europäische Kommission prüft gegenwärtig, ob dabei möglicherweise sogar gegen geltendes EG-Recht verstoßen wurde. Zu erinnern ist ferner an die „poison pill“, mit der der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie die Ministererlaubnis im Fall E.ON/Ruhrgas verknüpft hat. E.ON musste sich verpflichten, vor der Veräußerung einer Kapital- oder Stimmrechtsmehrheit an der Ruhrgas an ein drittes Unternehmen die Einwilligung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie einzuholen. Außerdem wurde E.ON auferlegt, unter bestimmten Umständen auf Verlangen des Ministeriums sämtliche von ihr oder von verbundenen Unternehmen

gehaltenen Aktien der Ruhrgas an einen Dritten zu veräußern. Vor diesem Hintergrund kann die Regelung zur Zuständigkeitsverteilung zur Folge haben, dass auch wettbewerbsbeschränkende Zusammenschlüsse genehmigt und Marktzutrittsbarrieren erhöht werden. Auf diese Weise wird die europäische Wettbewerbspolitik, die sich gerade um den Abbau von Marktzutrittsschranken bemüht, konterkariert.

604. Die Europäische Kommission verfügt zwar seit der jüngsten FKVO-Reform über die Möglichkeit, Mitgliedstaaten zu einer Verfahrensabgabe nach Brüssel aufzufordern. Eine solche Aufforderung dürfte aber angesichts der genannten nationalstaatlichen Interessen kaum Erfolg versprechen. Die Monopolkommission plädiert daher für eine gesetzgeberische Lösung, die es der Europäischen Kommission in bestimmten Fällen erlaubt, die Kontrolle von Zusammenschlussvorhaben unabhängig vom Eingreifen der Zwei-Drittel-Regelung an sich zu ziehen. Eine entsprechende Ausnahmeregelung sollte zwei Kriterien enthalten: Zum einen muss der Zusammenschluss Auswirkungen auf einen Markt haben, der in der Vergangenheit für den grenzüberschreitenden Wettbewerb geschlossen war, zum anderen muss dieser Markt inzwischen aufgrund europarechtlicher Regelung für den grenzüberschreitenden Wettbewerb geöffnet worden sein.

605. Die Monopolkommission geht davon aus, dass die für eine Gesetzesänderung notwendige Zustimmung seitens der Mitgliedstaaten aus den oben genannten Gründen nur schwer zu erlangen sein wird. Sie hat sich mit dem Aspekt der Kompetenzverteilung bereits in ihrem Sondergutachten zur Ministererlaubnis im Verfahren E.ON/Ruhrgas befasst und auf Prüfungsbefugnisse hingewiesen, über welche die Europäische Kommission schon de lege lata verfügt.⁸⁵ Möglicherweise könnten diese Überlegungen der Europäischen Kommission Argumentationshilfe in den Verhandlungen über eine Gesetzesänderung liefern. Der Bundesregierung wird empfohlen, ein entsprechendes Gesetzesvorhaben zu unterstützen.

3.2.2 Verweisungsregime und -praxis

3.2.2.1 Die Reform der Verweisungsregeln

606. Die Fusionskontrollverordnung sah von Anfang an Ausnahmen von den starren quantitativen Zuständigkeits-schwellen des Artikel 1 FKVO vor, um eine gewisse „Feinsteuerung“ der Kompetenzverteilung zu ermöglichen. So benennt Artikel 9 FKVO die Voraussetzungen, unter denen ein Zusammenschlussvorhaben, das die Umsatzschwellen des Artikel 1 FKVO erreicht, zur Prüfung an die nationalen Wettbewerbsbehörden verwiesen werden kann. Umgekehrt können die Mitgliedstaaten gemäß Artikel 22 FKVO darum ersuchen, dass die Europäische Kommission einen Zusammenschluss beurteilt, obwohl dieser die Kriterien des Artikel 1 FKVO nicht erfüllt.

⁸⁵ Vergleiche Monopolkommission, Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH, Sondergutachten 34, Baden-Baden 2002, Tz. 221 ff.

607. Mit der neuen VO 139/2004 wurden die Verweisungsregeln einerseits grundlegend erweitert, andererseits bestehende Vorschriften modifiziert.⁸⁶ Völlig neu ist die Befugnis der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, um eine Verweisung zu ersuchen. Gemäß Artikel 4 Abs. 4 FKVO können die Parteien die Prüfung ihres Zusammenschlussvorhabens bei einem Mitgliedstaat beantragen, obwohl an sich die Zuständigkeit der Europäischen Kommission gegeben ist. Zur Begründung müssen die Parteien vortragen, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb in einem Markt innerhalb eines Mitgliedstaats erheblich beeinträchtigen könnte. Umgekehrt sieht Artikel 4 Abs. 5 FKVO die Möglichkeit vor, dass ein rein nationaler Fall auf Betreiben der Unternehmen in die Zuständigkeit Brüssels übergeht. Die Antragsoption besteht immer dann, wenn der Zusammenschluss nach dem Wettbewerbsrecht mindestens dreier Mitgliedstaaten geprüft werden könnte. Bei beiden Alternativen muss der Verweisungsantrag vor der Anmeldung gestellt werden. Die Mitgliedstaaten verfügen sowohl im Rahmen des Artikel 4 Abs. 4 als auch des Abs. 5 FKVO über ein Vetorecht. Die Europäische Kommission ist nur im Fall des Absatz 5 an den Verweisungsantrag gebunden, im Fall einer Verfahrensabgabe an eine nationale Wettbewerbsbehörde steht ihr ein Ermessensspielraum zu. Die Regelungen sollen dem Bedürfnis der Wirtschaft nach Verfahrenserleichterung und -beschleunigung nachkommen. Gemäß Artikel 4 Abs. 6 FKVO hat die Europäische Kommission dem Rat spätestens bis 1. Juli 2009 einen Bericht über das Funktionieren der Absätze 4 und 5 vorzulegen. Der Rat kann im Anschluss an diesen Bericht auf Vorschlag der Kommission die genannten Absätze mit qualifizierter Mehrheit ändern.

608. Lediglich geringfügig verändert findet sich Artikel 9 FKVO im Gesetzestext wieder, auf dessen Grundlage ein Mitgliedstaat die Verweisung an die nationale Wettbewerbsbehörde beantragen kann. Es bleibt weiterhin bei den zwei Antragsalternativen nach Artikel 9 Abs. 2 lit. a und b FKVO. Allerdings muss der antragstellende Mitgliedstaat in der ersten Alternative jetzt nicht mehr die Gefahr der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung darlegen, sondern die Drohung einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung. Damit dürfte der Gesetzgeber auf die Neuformulierung des Untersagungskriteriums reagiert haben, obwohl festzuhalten ist, dass in Artikel 2 Abs. 2 und 3 FKVO nicht von einer Beeinträchtigung, sondern einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs die Rede ist. In Artikel 9 Abs. 6 FKVO werden die Mitgliedstaaten nunmehr aufgefordert, einen verwiesenen Fall ohne unangemessene Verzögerung zu entscheiden. Dem Ziel der Beschleunigung dient auch die Verpflichtung der nationalen Wettbewerbsbehörden, den Zusammenschlussparteien innerhalb von 45 Arbeitstagen nach der Verweisung das Ergebnis ihrer vorläufigen Untersuchung sowie die geplanten Maßnahmen mitzuteilen.

609. Verbessert wurde die Regelung des Artikel 22 FKVO, wonach ein oder mehrere Mitgliedstaaten einen Zusammenschluss an die Europäische Kommission abgeben können. In der Vergangenheit wies die Vorschrift erhebliche verfahrensrechtliche Defizite auf, die nun wenigstens teilweise ausgeräumt scheinen. Mit der neuen Fassung des Artikel 22 FKVO wurde unter anderem der Beginn der Antragsfrist konkretisiert und festgestellt, dass die nationalen Prüffristen bis zur Entscheidung über die Zuständigkeit gehemmt bleiben. Eine weitere Neuerung enthält Artikel 22 Abs. 5 FKVO, wonach die Europäische Kommission einen oder mehrere Mitgliedstaaten auffordern kann, einen Antrag auf Verweisung zu stellen. Eine entsprechende Befugnis der Kommission enthält auch Artikel 9 Abs. 1 FKVO. Eine Verpflichtung der aufgeforderten Mitgliedstaaten zur Antragstellung resultiert daraus allerdings in beiden Fällen nicht. Auch ist bislang kein Zusammenschluss ersichtlich, in dem die Kommission von ihrem neu eingeführten Recht Gebrauch gemacht hat.

610. Ergänzt werden die Artikel 4, 9 und 22 FKVO durch die Erwägungsgründe der FKVO⁸⁷ und die Mitteilung der Europäischen Kommission über die Verweisung von Fusionsfällen.⁸⁸ Letztere sollen in allgemeiner Form die Überlegungen erläutern, die dem Verweisungssystem zugrunde liegen und eine allgemeine Orientierungshilfe geben. Dargelegt werden unter anderem die Neuerungen des Systems, die rechtlichen Voraussetzungen für eine Verweisung sowie die Faktoren, die bei der Entscheidung über Verweisungsanträge berücksichtigt werden. Sowohl die Erwägungsgründe als auch die erwähnte Mitteilung der Kommission nennen als wesentliche Prinzipien der Zuständigkeitsverteilung das Subsidiaritätsprinzip, die Rechtssicherheit sowie den Grundsatz der einzigen Anlaufstelle (one-stop-shop). Entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip soll die jeweils geeignetste Wettbewerbsbehörde über den Zusammenschluss entscheiden. Das Ziel der Rechtssicherheit wird hingegen am ehesten durch eine möglichst konsequente Anwendung der festen Umsatzkriterien erreicht. Die genannten Prinzipien sind in jedem Einzelfall in Einklang zu bringen, wobei den Wettbewerbsbehörden ein hohes Maß an Flexibilität und Ermessen zugebilligt wird. Insgesamt soll die Verweisung die Ausnahme im System der Kompetenzverteilung bleiben.

3.2.2.2 Verfahrensabgabe auf Antrag der Unternehmen

611. Im Berichtszeitraum haben die Unternehmen 47 Anträge auf Verweisung an die Europäische Kommission gestellt. Nur in zwei Fällen machten die betroffenen Mitgliedstaaten Gebrauch von ihrem Vetorecht, dies waren je einmal Deutschland und einmal Großbritannien. Die Verfahrensabgabe an einen Mitgliedstaat wurde lediglich in 16 Verfahren beantragt, von denen die Europäische Kom-

⁸⁶ Vergleiche Monopolkommission, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden 2005, Tz. 887 ff.

⁸⁷ Erwägungsgründe 11 ff.

⁸⁸ Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionsfällen, ABl. EU Nr. C 56 vom 5. März 2005, S. 2.

mission bisher 13 positiv beschied. Festzuhalten bleibt, dass die Zusammenschlussparteien nur bei einer Verweisung an den Mitgliedstaat mitteilen müssen, dass ihr Vorhaben den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen könnte. Bei dem Ersuchen auf Verfahrensabgabe an die Europäische Kommission ist eine derartige Mitteilung nicht erforderlich. Obwohl die Zusammenschlussparteien die erwähnte Wettbewerbsbeeinträchtigung laut Erwägungsgründen und Bekanntmachung der Kommission nicht „nachweisen“ müssen, könnte sich diese Verpflichtung doch als gewisse Hürde bei der Antragstellung erwiesen haben.

612. Die hohen Antragszahlen zeigen, dass aus Sicht der Wirtschaft ein großes Bedürfnis besteht, die starren quantitativen Kriterien des Artikel 1 FKVO zu durchbrechen. Insgesamt lässt sich eine deutliche Tendenz hin zur Zuständigkeit der Europäischen Kommission erkennen, in der sich unter anderem der Wunsch der fusionswilligen Unternehmen nach einem „one-stop-shop“ und der Drang hin zu einer weniger stringenten Kontrolle widerspiegeln dürfte. So hat beispielsweise das Bundeskartellamt in den letzten vier Jahren 26 Untersagungen ausgesprochen, während auf europäischer Ebene lediglich ein Verbot erging. Auch unter Berücksichtigung der höheren Gesamtzahl von Verfahren in Deutschland wird deutlich, dass die Unternehmen in Brüssel seltener mit einer Untersagung ihrer Vorhaben rechnen müssen. Soweit die Unternehmen auch den entgegengesetzten Weg hin zu den nationalen Behörden eingeschlagen haben, kommen als Gründe die größere Nähe zu den betroffenen Märkten und der zum Teil geringere bürokratische Aufwand auf nationaler Ebene in Betracht. Außerdem mag die Hoffnung, das Wettbewerbsrecht werde durch eine nationale Industriepolitik überlagert, ein weiteres Motiv für die Verweisungsersuchen darstellen. Derartigen unerwünschten Auswüchsen eines „forum shopping“ sollte nach Auffassung der Monopolkommission grundsätzlich das Vetorecht der Mitgliedstaaten bzw. der Europäischen Kommission entgegenstehen, mittels dessen eine Verfahrensabgabe von Seiten der ursprünglich zuständigen Wettbewerbsbehörde verhindert werden kann.

613. In diesem Zusammenhang ist die mangelnde Transparenz der Verfahren nach Artikel 4 Abs. 4 und 5 FKVO zu bemängeln. Entscheidungen nach Artikel 4 Abs. 4 FKVO veröffentlicht die Europäische Kommission nur mit Zustimmung der beteiligten Unternehmen. Zwar erfolgte diese Zustimmung während des Berichtszeitraums in zehn von 13 Fällen. Aus den publizierten Entscheidungen lässt sich auch ablesen, dass jeweils drei Verfahren an Deutschland und Großbritannien sowie je zwei Verfahren an Frankreich und Finnland abgegeben wurden. Es bleibt aber bei dem grundsätzlichen Problem, dass ohne Einwilligung der Zusammenschlussparteien nicht erkennbar wird, welche Verfahren an welche nationalen Behörden abgegeben worden sind. Im Falle von Entscheidungen nach Artikel 4 Abs. 5 FKVO stellt die Europäische Kommission der Öffentlichkeit keine gesonderte Statistik darüber zur Verfügung, welche Verfahren im Einzelnen betroffen sind. Lediglich aus den das jeweilige Fusionskontrollverfahren abschließenden Entschei-

dungen geht hervor, dass die Zuständigkeit der Europäischen Kommission auf einem Antrag nach Artikel 4 Abs. 5 FKVO basiert. In etwa der Hälfte dieser Entscheidungen wird nur auf das Vorliegen eines Antrags nach Artikel 4 Abs. 5 FKVO hingewiesen, in einem weiteren Viertel der Entscheidungen lediglich der Gesetzestext zitiert. Nur in einer kleinen Zahl der Fälle werden die Mitgliedstaaten, die ursprünglich für die Beurteilung des Zusammenschlusses zuständig gewesen wären, ausdrücklich genannt. Ein verlässliches Bild darüber, in welchem Umfang die einzelnen Mitgliedstaaten von Verweisungen nach Brüssel betroffen sind, lässt sich auf dieser Grundlage nicht bilden. Zu kritisieren ist ferner, dass die Europäische Kommission nicht darüber informiert, in welchen Fällen die Mitgliedstaaten ein Veto gegen die Verfahrensabgabe eingelegt haben. Die Bundesregierung sollte nach Ansicht der Monopolkommission darauf hinwirken, dass die Europäische Kommission ihre Informationspolitik in diesem Bereich verbessert.

Befürchtungen, Unternehmen könnten systematisch falsche oder unvollständige Angaben machen, um in den Zuständigkeitsbereich einer bestimmten Wettbewerbsbehörde zu gelangen, haben sich bislang nicht bestätigt. Für ausreichende Abschreckung mag insoweit die Bekanntmachung zu Verweisungen sorgen. Wie in Rz. 60 ausgeführt, kann die Europäische Kommission gegebenenfalls bereits ergangene Entscheidungen nach Artikel 6 und 8 FKVO widerrufen und sich für unzuständig erklären. Im umgekehrten Fall ist sie berechtigt, eine Anmeldung nach Artikel 4 FKVO von den zusammenschlussbeteiligten Unternehmen zu fordern. Im Vorfeld verbleibt den nationalen Wettbewerbsbehörden wie der Europäischen Kommission die Befugnis, eine Verfahrensabgabe zu verweigern, sollten sie an der Richtigkeit oder Vollständigkeit von vorgelegten Informationen zweifeln.

614. Die große Zahl von Verfahrensabgaben – fast 60 seit Einführung der Regelung im Mai 2005 – gibt Anlass zu der Frage, ob es sich bei den Vorschriften des Artikel 4 Abs. 4 und 5 FKVO wirklich noch um eine „Ausnahmeregelung“ handelt und der Grundsatz der Rechtssicherheit ausreichend gewährleistet ist. Dies erscheint um so zweifelhafter angesichts der absehbaren Tendenz steigender Antragszahlen. Bis Ende Februar 2006 sind bereits weitere sieben Ersuchen auf Verweisung gemäß Artikel 4 Abs. 5 FKVO bei der Europäischen Kommission eingegangen.

Beim Erlass der VO 4064/89 waren Rat und Kommission noch davon ausgegangen, dass Fusionen nur ausnahmsweise verwiesen würden, wenn die Wettbewerbsinteressen des betreffenden Mitgliedstaates nicht auf andere Weise hinreichend geschützt werden könnten. In der Praxis hat die Europäische Kommission dann auch Fälle gemäß Artikel 9 FKVO verwiesen, in denen nationale Behörden besser geeignet erschienen, die wettbewerbslichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses zu beurteilen. Solange sich die Verweisungspraxis nur auf Artikel 9 und 22 FKVO stützte, blieb der Umfang der Verfahrensabgaben überschaubar und ließ keinen Zweifel an ihrem Ausnahmecharakter entstehen. Noch in ihrer Mitteilung

(Rz. 7) betont die Europäische Kommission zwar, dass Verweisungen gerade aus Gründen der Rechtssicherheit auch weiterhin eine Ausnahme darstellen würden; die Regel bleibe die Kompetenzzuweisung mittels objektiver Umsatzschwellen. Diese Feststellung steht allerdings in deutlichem Widerspruch zu der aktuellen Entwicklung. Für den Fall, dass diese Entwicklung anhalten oder noch verstärkt werden sollte, empfiehlt die Monopolkommission der Bundesregierung, sich im Rahmen des für 2009 geplanten Revisionsprozesses dafür einzusetzen, dass die Voraussetzungen für Verweisungen auf Antrag der Zusammenschlussbeteiligten Unternehmen erhöht werden.

615. Ganz anders als die Zahl der Verweisungsanträge hat sich die Ausübung des Vetorechts durch die Mitgliedstaaten entwickelt. Soweit ersichtlich haben die nationalen Wettbewerbsbehörden insgesamt nur in zwei Fällen von ihrem gesetzlichen Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht. Dies ist um so erstaunlicher, wenn man die Entstehungsgeschichte des Artikel 4 Abs. 4 und 5 FKVO bedenkt. Im Rahmen der geplanten FKVO-Reform hatte die Europäische Kommission ursprünglich versucht, ihren Zuständigkeitsbereich auf sämtliche Fälle der Mehrfachanmeldung auszudehnen, ohne dass in diesen Fällen die quantitativen Umsatzschwellen noch eine Rolle spielen sollten. Auf den vehementen Widerstand der Mitgliedstaaten hin – allen voran Deutschland – sah sich die Europäische Kommission gezwungen, dieses Vorhaben aufzugeben und konzentrierte sich stattdessen auf eine Änderung der Zuständigkeitsverteilung im Rahmen der Verweisungsregeln. Als Kompromiss kam schließlich die Regelung des Artikel 4 Abs. 5 zustande: Jeder Zusammenschluss, der nach dem Wettbewerbsrecht von mindestens drei Mitgliedstaaten geprüft werden könnte, kann ohne Ansehung der Umsatzschwellen in die Zuständigkeit der Europäischen Kommission gelangen. Dies erfolgt allerdings nur auf Antrag der beteiligten Unternehmen und unter Beibehaltung eines Vetorechts der mitgliedstaatlichen Behörden.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht nachzuvollziehen, dass die Mitgliedstaaten bislang kaum von ihrem Recht Gebrauch gemacht haben, einer Verfahrensabgabe zu widersprechen. Es erscheint zumindest zweifelhaft, ob die Europäische Kommission tatsächlich in allen bereits verwiesenen Fällen die sachlich oder räumlich geeignetere Behörde im Sinne des Subsidiaritätsprinzips war, um die wettbewerbliche Beurteilung des jeweiligen Zusammenschlusses vorzunehmen. Die Monopolkommission empfiehlt den zuständigen deutschen Behörden daher, in Zukunft bei sämtlichen sie betreffenden Verweisungsanträgen genau zu prüfen, ob eine Verfahrensabgabe nach Brüssel sachdienlich ist. Im gegenteiligen Fall sollte Deutschland nicht vor dem Gebrauch des Vetorechts zurückschrecken. Ein Widerspruch sollte insbesondere stets dann erfolgen, wenn es sich um nationale oder kleinere Märkte handelt, die Zusammenschlussparteien ihre Umsätze hauptsächlich in Deutschland erwirtschaften und die Auswirkungen der Fusion im Wesentlichen in Deutschland spürbar sind. Nur auf diese Weise kann gewährleistet werden, dass die Regelung des Artikel 4 Abs. 5 FKVO zu einer Verbesserung der Feinststeuerung und nicht lediglich

zu einer willkürlichen Verschiebung von Kompetenzgrenzen beiträgt.

3.2.2.3 Verweisung nach behördlichem Antrag

616. Im Berichtszeitraum erließ die Europäische Kommission neun Mitteilungen nach Artikel 9 FKVO. Sie gab fünf Verfahren vollständig an die Mitgliedstaaten ab, vier Fälle verwies sie teilweise und erließ im Übrigen Entscheidungen nach Artikel 6 Abs. 1 lit b FKVO. In zwei weiteren Fällen – Bertelsmann/Springer und Belgacom/Telindus – erging keine Entscheidung nach Artikel 9 FKVO. Die Europäische Kommission überprüfte die Zusammenschlüsse selbst und erließ je eine Verfügung nach Artikel 8 Abs. 1 und nach Artikel 6 Abs. 1 lit b FKVO. Dem stehen 22 Verweisungsentscheidungen in den Jahren 2002/2003 gegenüber. Der signifikante Rückgang der Anträge nach Artikel 9 FKVO beruht wahrscheinlich zum größten Teil auf der Einführung des Artikel 4 Abs. 5 FKVO. Viele der für eine Verfahrensabgabe nach Artikel 9 FKVO in Frage kommenden Fälle dürften schon auf Betreiben der Parteien in die Zuständigkeit der nationalen Behörden übergegangen sein.

Das Bundeskartellamt hat insgesamt fünf Anträge auf Verweisung gestellt. In den Zusammenschlussfällen Kabel Deutschland/ish, iesy Repository/ish sowie Strabag/Dywidag und Fimag/Züblin waren die Ersuchen von deutscher Seite erfolgreich. Die ersten beiden Verfahren wurden vollständig verwiesen, in den Fällen Strabag/Dywidag und Fimag/Züblin erging neben Teilverweisungen jeweils eine Entscheidung nach Artikel 6 Abs. 1 lit b FKVO. Nur den Fall Bertelsmann/Springer untersuchte die Europäische Kommission selbst. Bei der Zuständigkeit Brüssels blieb es auch in dem Fall Belgacom/Telindus, in dem Belgien um Verfahrensabgabe ersucht hatte. An die britischen Behörden gab die Europäische Kommission zwei Fälle – Blackstone (TBG CareCo)/NHP sowie MAG/Ferrovial Aeropuertos/Exeter Airport – vollständig ab. Die Verfahren Shell Espana/Cepsa/SIS JV und Accor/Colony/Desseigne-Barrière/JV wurden vollständig bzw. teilweise zur Prüfung an Spanien bzw. Frankreich übermittelt. In dem Verfahren Tesco/Carrefour beantragte erstmals die Slowakei die Teilverweisung eines Falles, die von der Europäischen Kommission gewährt wurde.

617. Der Fall Kabel Deutschland/ish zeichnet sich dadurch aus, dass die Europäische Kommission ihre Ermessensentscheidung, den Fall an das Bundeskartellamt zu verweisen, ausführlich begründete. Die Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG (KDG) betreibt das früher der Deutschen Telekom AG gehörende Breitbandkabelnetz in sämtlichen deutschen Bundesländern mit Ausnahme von Hessen, Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen. In Nordrhein-Westfalen wird das Kabelnetz von ish unterhalten. Beide Parteien bieten in ihrem jeweiligen Tätigkeitsgebiet die Übermittlung von Rundfunksignalen (Fernseh- und Hörfunk) und in geringerem Ausmaß auch Internetzugang an. Nach Auffassung des Bundeskartellamts, der sich die Europäische Kommission anschloss, bestand die Gefahr, dass durch

den Zusammenschluss die beherrschende Position von KDG auf verschiedenen Märkten verstärkt würde.

618. Soweit die genauen Marktdefinitionen und Zusammenschlussauswirkungen in der Verweisungsentscheidung noch offen blieben, überließ die Europäische Kommission die weitere Bewertung dem Bundeskartellamt. Nach Auffassung der Kommission war eine fundierte Ermittlung lokaler Gegebenheiten sowohl hinsichtlich der Fallbeurteilung als auch in Bezug auf die Lösung möglicher Wettbewerbsprobleme durch Zusagen notwendig. Eine besondere Nähe zu den betroffenen Märkten sei darüber hinaus insbesondere bei der Überwachung der Zusageumsetzung vorteilhaft. Außerdem verfüge das Bundeskartellamt aus verschiedenen Verfahren über Erkenntnisse hinsichtlich der Marktstrukturen im Bereich der Kabelnetze und der damit verbundenen Märkte. Als ausschlaggebend erwies sich daneben, dass beim Bundeskartellamt bereits zwei weitere Vorhaben, die in engem Zusammenhang mit dem Zusammenschluss KDG/ish standen, angemeldet worden waren. Mit dem geplanten Kontrollerwerb an icsy in Hessen und Kabel BW in Baden-Württemberg, den letzten beiden anderen regionalen NE-3-Kabelgesellschaften, hätte KDG das gesamte NE-3-Netz auf sich vereinigt. Da alle drei Verfahren ähnliche Fragen beinhalteten und eine einheitliche Unternehmensstrategie ausdrückten, hielt es die Kommission aus verfahrensökonomischen Gründen für angebracht, die Ermittlungen bei einer Wettbewerbsbehörde zu konzentrieren. Nur auf diesem Weg lasse sich eine einheitliche Prüfung der drei Verfahren sicherstellen. Damit führt die Europäische Kommission eine Entscheidungspraxis fort, die sich bereits in der Vergangenheit bewährt hat. Verfügt eine nationale Wettbewerbsbehörde über besondere Erfahrungen hinsichtlich der betroffenen Märkte oder sind bei ihr gleich gelagerte Zusammenschlussfälle anhängig bzw. bereits abgeschlossen, trifft die Europäische Kommission auch dann positive Verweisungsentscheidungen, wenn es sich nicht nur um lokale, sondern um regionale oder sogar nationale Märkte handelt.

619. In den vergangenen zwei Jahren haben die Mitgliedstaaten in fünf Zusammenschlussfällen Anträge nach Artikel 22 FKVO gestellt. Viermal hielt die Europäische Kommission die Voraussetzungen für eine Verfahrensübernahme für erfüllt, nur in einem Fall – Gas Natural/Endesa – lehnte sie die Verweisung ab. Die Zahl der Fälle hat sich damit im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum mit drei Verfahrensabgaben deutlich erhöht, wenn sie auch absolut gesehen niedrig bleibt. In drei Fällen – Areva/Urenco, Omya/J.M.Huber und AMI/Eurotecnica – leitete die Europäische Kommission die zweite Verfahrenphase ein. Der Zusammenschluss Areva/Urenco wurde inzwischen unter Bedingungen und Auflagen freigegeben.

In dem Verfahren Gas Natural/Endesa bestand Streit darüber, ob der Zusammenschluss gemeinschaftsweite Bedeutung i. S. d. Artikel 1 FKVO hatte. In der Annahme, dass die Voraussetzungen des Artikel 1 Abs. 2 FKVO nicht erfüllt waren, beantragte zunächst Portugal gemäß Artikel 22 Abs. 1 FKVO die Verfahrensabgabe nach

Brüssel. Diesem Antrag schloss sich Italien später an, während Spanien ausdrücklich von einem entsprechenden Ersuchen Abstand nahm. Am 27. Oktober 2005 lehnte die Europäische Kommission die Prüfung der Zusammenschlussauswirkungen auf die portugiesischen und italienischen Märkte ab. Ihrer Auffassung nach waren die jeweiligen nationalen Wettbewerbsbehörden besser geeignet, die notwendige Untersuchung durchzuführen.

3.3 Marktabgrenzung

3.3.1 Marktabgrenzung bei differenzierten Produkten

620. Der Fall Oracle/PeopleSoft verdeutlicht nach Auffassung der Monopolkommission die erheblichen Probleme, die bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Zusammenschlüssen mit differenzierten Produkten auftreten können. Diese Probleme betreffen insbesondere die sachliche Marktabgrenzung sowie die Berechnung von Marktanteilen, auf die im Rahmen des Marktbeherrschungstests traditionell besonderes Gewicht gelegt wird. Als Indiz für die Schwierigkeiten bei der Marktabgrenzung wertet die Monopolkommission den Umstand, dass die Europäische Kommission diesem Aspekt etwa vier Fünftel ihrer Entscheidung widmet. Auffällig ist dabei, dass den umfangreichen Überlegungen zur Marktdefinition Schlussfolgerungen gegenüberstehen, die kaum aussagekräftig sind. Sie lassen vielmehr nur eine erste Beurteilung des Falles zu, wie die Europäische Kommission selbst einräumt. Dies erweckt den Eindruck, dass die Kommission in einem großen Teil der Entscheidung an der eigentlichen Kernfrage der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung vorbeigegangen ist.

621. Am 14. Oktober 2003 erhielt die Europäische Kommission die Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens, mit dem das US-amerikanische Unternehmen Oracle Corporation die alleinige Kontrolle über PeopleSoft Inc. erlangen wollte. Der Fall wurde parallel in Europa und den USA untersucht, wobei die zuständigen Wettbewerbsbehörden eng kooperierten. In beiden Jurisdiktionen bestand das zentrale Problem der behördlichen Beurteilung in der Abgrenzung des relevanten Produktmarktes. In Bezug auf die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen konzentrierten sich beide Wettbewerbsbehörden auf mögliche unilaterale Effekte im Oligopol. Am 9. September 2004 erging das Urteil des District Court of Northern California, mit dem die kartellrechtlichen Einwände des Department of Justice gegen den Zusammenschluss zurückgewiesen wurden.⁸⁹ Am 26. Oktober 2004 gab die Europäische Kommission den Fall unter Heranziehung von Beweismaterial aus dem amerikanischen Prozess ohne Auflagen frei.

Oracle und PeopleSoft sind beide in den Bereichen Gestaltung, Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von Unternehmensanwendungs-Software (Enterprise Application Software, EAS) und den damit zusammenhängenden Dienstleistungen tätig. EAS wird für wichtige Geschäftsvorgänge wie die Finanzplanung und -berichterstattung

⁸⁹ <http://i.i.com.com/cnwk.1d/pdf/ne/2004/FinalOracleOrder.pdf>

(Finance Management Systems, FMS), die Personalverwaltung (Human Resources Processes, HR) sowie die Kundenbeziehungen und das Lieferkettenmanagement eingesetzt. EAS lässt sich als so genannte „Paketsoftware“ oder in Einzelteilen kaufen, in aller Regel werden die Produkte an die Bedürfnisse der jeweiligen Kunden angepasst. Im Bereich EAS sind große Anbieter wie Oracle, PeopleSoft und SAP tätig, die sich durch ein breites Spektrum an Produkten und Dienstleistungen auszeichnen. Daneben existieren Anbieter von so genannten Best-of-Breed-Lösungen, die sich vertieft mit speziellen Software-Problemen auseinandersetzen, bis hin zu Nischenanbietern. EAS wird daneben von so genannten Outsourcing-Unternehmen und von externen Beratern bereitgestellt. Durch den Zusammenschluss hätte sich die Zahl der großen Anbieter von drei auf zwei verringert. SAP ist Marktführer und bliebe dies bei FMS-Anwendungen auch nach dem Zusammenschluss. Im HR-Bereich hätte die neue Unternehmenseinheit die Marktführerschaft übernommen.

622. Bei der sachlichen Marktabgrenzung ging die Europäische Kommission von Märkten für funktionsstarke FMS- und HR-Anwendungen aus, die dem Bedarf großer komplexer Unternehmen (large and complex enterprises, LCE) entsprechen. Die Kommission zog also zur Marktabgrenzung einerseits produktbezogene, andererseits kundenspezifische Kriterien heran. Auf das Produkt bezogen führte die Kommission aus, dass funktionsstarke Software besonders komplex ausgestaltet sei und mehr horizontale und vertikale Funktionen biete als Software für mittlere Unternehmen. Die Grundarchitektur funktionsstarker Software sei in der Regel mehrschichtig und weise komplexe Anwendungsprogrammierschnittstellen auf. Sie müsse ferner mit den verschiedenen Rechts- und Rechnungslegungssystemen der wichtigsten Wirtschaftszonen konform und auf mehrere Sprachen gleichzeitig ausgelegt sein. Außerdem sei sie auf eine größere Benutzerzahl gerichtet und wesentlich teurer als Mittelstands-Software. Als Käufer dieser Art von Software kommen nach Auffassung der Kommission nur große und komplexe Unternehmen in Frage. Diese hätten einen sehr großen Funktionsbedarf und erwarteten eine hohe Leistungsfähigkeit in Bezug auf die Skalierbarkeit, die Konfigurierbarkeit und den technischen Stand der Software. Außerdem stellten sie besondere Anforderungen an die Zuverlässigkeit und Qualität des Produkts sowie an das Markenimage.

Die beschriebenen Märkte für hochfunktionale Software sind nach Auffassung der Kommission insbesondere von dem Bereich der Mittelstands-Software zu unterscheiden. Zur Begründung führte die Kommission im Wesentlichen die geringe Angebotsumstellungsflexibilität von Mittelstands-Software an. Nicht zum relevanten Markt zählten außerdem Best-of-Breed-Software, der Outsourcing-Bereich sowie die von externen Beratern bereitgestellten Dienstleistungen, da diese nach Auskunft von Kunden keine Substitute, sondern eher komplementäre Produkte darstellten.

623. Oracle griff diese Marktabgrenzung, die ebenfalls vom Department of Justice vertreten worden war, als zu vage an und warf der Kommission das Argumentieren mit

Zirkelschlüssen vor. Der Bereich der „hochfunktionalen Software“ sei ebenso wenig klar definiert wie der Begriff „LCE mit komplexen Funktionalitätsbedürfnissen“, beide Termini seien auch in der Branche nicht anerkannt. Nach Ansicht von Oracle handelt es sich bei der in Rede stehenden Software vielmehr um „ein multidimensionales Kontinuum von Kundenbedürfnissen und Anbieterlösungen“. Es gebe daher auch keine geeigneten Kriterien, um dieses Kontinuum in die Segmente für hochfunktionale und für Mittelstandslösungen aufzuteilen. Oracle forderte die Kommission – insbesondere im Hinblick auf das US-amerikanische Verfahren – auf, ihre Entscheidung auf eine breitere Faktenbasis zu stellen.

624. Obwohl sich Oracle in den USA mit seinen Einwänden durchsetzen konnte, blieb die Europäische Kommission bei der von ihr im Statement of Objections vorgenommenen sachlichen Marktabgrenzung. Während die Kommission allerdings zunächst von nur drei Anbietern auf den sachlich relevanten Märkten, nämlich Oracle, PeopleSoft und SAP, ausgegangen war, ermittelte sie im weiteren Verlauf des Verfahrens eine Reihe zusätzlicher Anbieter. Hierzu griff die Kommission auf Beweisdokumente aus dem amerikanischen Prozess zurück, die einige hundert Ausschreibungen erfassten, und analysierte selbst eine Reihe von weiteren Ausschreibungsdaten. Bei der Auswertung verwendete die Kommission aus Praktikabilitätsgründen gewisse Ersatzkriterien, um einerseits hochfunktionale Software und andererseits LCE zu identifizieren. Als Kriterium für die Komplexität der relevanten Software erachtete die Kommission eine Netto-Lizenzgebühr in Höhe von 1 Mio. Euro als angemessen, räumte allerdings sogleich ein, dass auch Angebote unter diesem Wert nicht notwendigerweise von den betroffenen Märkten ausgeschlossen seien. LCE wurden als Unternehmen mit mehr als 10 000 Mitarbeitern oder mit einem Umsatz von mehr als 1 Mrd. Euro definiert. Die Kommission gab dabei selbst zu, dass es schwierig sei, einen klaren Schnitt zwischen LCE und Mittelstandskunden bzw. zwischen hochfunktionaler und Mittelstands-Software zu machen.

Die Analyse der untersuchten Daten ergab laut Kommission, dass Oracle, PeopleSoft und SAP zwar die Hauptanbieter auf den betroffenen Märkten sind. Auch andere Anbieter hätten aber gelegentlich Ausschreibungen für hochfunktionale FMS- und HR-Software für LCE gewonnen oder seien in die engere Wahl gekommen. Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse und des Umstands, dass die gewählten Ersatzkriterien eher hoch gegriffen seien, ging die Kommission davon aus, dass die Unternehmen Lawson, IFS, Microsoft und QAD auf den betroffenen Märkten tätig sind.

Die Ermittlung der Anbieter aufgrund von Ausschreibungsunterlagen wurde durch eine ökonomische Analyse ergänzt, mit der die Kommission untersuchte, ob sich das Angebotsverhalten von Oracle je nach der Identität seiner jeweiligen Konkurrenten unterschied. Die Kommission kam zu dem Schluss, dass Oracle gegenüber PeopleSoft oder SAP keine aggressivere Rabattpolitik betrieb als gegenüber sonstigen Wettbewerbern. Damit stand für die Kommission fest, dass es keine Grundlage

für die Abgrenzung eines engen Marktes gab, auf dem nur Oracle, PeopleSoft und SAP als Anbieter auftreten.

625. Die anschließende Analyse der wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlusses fällt bemerkenswert kurz aus. Die Kommission spricht auf lediglich drei Seiten der Entscheidung die möglichen unilateralen, auf zwei weiteren Seiten die koordinierten Effekte des Vorhabens an. Zuvor versuchte die Kommission, die Marktgröße und die jeweiligen Marktanteile der verschiedenen Unternehmen zu ermitteln. Dabei stieß sie auf erhebliche Schwierigkeiten, da keine direkten Informationen über die Umsätze in den von der Kommission definierten Märkten existierten. Die Kommission behalf sich daher unter anderem mit Umsatzzahlen, die nicht zwischen Erlösen mit LCE einerseits und mit mittelständischen Unternehmen andererseits unterscheiden. Bei ihren Berechnungen kam die Kommission auf Anteile von Oracle/PeopleSoft in Höhe von 25 bis 30 Prozent bei FMS- und von 45 bis 50 Prozent bei HR-Software. SAP ist mit 50 bis 55 Prozent bei FMS-Software weiterhin Marktführer und verfügt bei HR-Software über Anteile in Höhe von ca. 40 Prozent. Die Kommission betonte jedoch, dass diese „Anteile“ nicht mit Marktanteilen in den von ihr definierten Märkten gleichgesetzt werden können. Sie dienten lediglich als ein erstes Indiz für die relative Stärke der genannten Unternehmen. Die gemeinsamen Marktanteile von Lawson, IFS, Microsoft und QAD schätzte die Kommission auf 10 bis 15 Prozent.

626. In Bezug auf unilaterale Effekte hatte die Europäische Kommission noch im Statement of Objections die Gefahr gesehen, dass nach dem Zusammenschluss die Wahlmöglichkeiten der Kunden ernstlich beschränkt würden. Durch die Reduzierung von drei auf zwei Anbieter gebe es für eine Reihe von Kunden, z. B. solche, die Software und Datenbanksysteme von zwei verschiedenen Anbietern erwerben oder die Geschäftsbeziehungen mit einem Anbieter beenden wollten, de facto überhaupt keine Wahlmöglichkeiten mehr. Diese Argumentation konnte die Kommission nicht mehr aufrechterhalten, nachdem sie zusätzliche Anbieter ermittelt hatte. Aus demselben Grund konnten auch frühere quantitative Analysen nicht mehr zur Begründung unilateraler Effekte herangezogen werden. So hatte ein Modell zur Preissimulation in einem frühen Verfahrensabschnitt zu dem Ergebnis geführt, dass durch den Zusammenschluss die Preise erhöht und die Wahlmöglichkeiten reduziert würden. Eine Modellrechnung auf der Grundlage der neuen Erkenntnisse nahm die Kommission – möglicherweise aus Zeitgründen – nicht vor. Eine weitere ökonomische Analyse von etwa 100 Ausschreibungen und den dabei angebotenen Rabatten vermochte die Annahme unilateraler Effekte ebenfalls nicht zu stützen. Die Untersuchung ergab lediglich eine enge Beziehung zwischen dem Volumen des jeweiligen Auftrags und den von Oracle und PeopleSoft offerierten Preisnachlässen. Eine eigenständige Bedeutung der Zahl oder Identität der Konkurrenten für die Höhe der Rabatte konnte daneben nicht festgestellt werden.

Aufgrund der anfänglichen Annahme, dass nach dem Zusammenschluss nur zwei Anbieter auf dem Markt verblei-

ben, hatte die Kommission im Statement of Objections außerdem die Möglichkeit koordinierter Effekte angesprochen. Anreize für ein koordiniertes Verhalten wären ihrer Ansicht nach etwa von den symmetrischen Marktanteilen und dem Umstand ausgegangen, dass SAP der größte Wiederverkäufer von Oracles Datenbanksystemen sei. Wegen der zusätzlichen Anbieter änderte die Kommission auch insoweit ihren Standpunkt. Die Existenz mehrerer Unternehmen verringere die Transparenz des Marktes und erschwere Vergeltungsmaßnahmen. Unter Berücksichtigung der kleineren Anbieter entfalle ferner das Argument der symmetrischen Marktanteile.

627. Nach Auffassung der Monopolkommission belegen die Ausführungen zur Marktabgrenzung die beträchtlichen Schwierigkeiten, bei differenzierten Produkten eine unanfechtbare Marktabgrenzung vorzunehmen.⁹⁰ Der entsprechende Vorwurf von Oracle im vorliegenden Fall, die von der Kommission ausgewählten Kriterien seien zu vage und führten zu einem Zirkelschluss, lassen sich nicht von der Hand weisen. Einerseits definiert die Kommission hochfunktionale Software mittels besonderer Skalierbarkeit, Konfigurierbarkeit und Qualität, andererseits beschreibt sie die möglichen Kunden als Unternehmen, die besondere Anforderungen an ebendiese Aspekte stellen. Die geringe Eignung, mit Hilfe der genannten Kriterien eine stringente Abgrenzung verschiedener Teilmärkte vorzunehmen, belegt auch der Umstand, dass die Kommission im weiteren Verlauf der Marktabgrenzung auf Ersatzkriterien zurückgreift. Nicht die zunächst genannten qualitativen Aspekte machen die vorzunehmende Marktabgrenzung praktikabel, sondern erst die Auswahl bestimmter quantitativer Kriterien wie Lizenz Erlöse, Unternehmensumsätze und Mitarbeiterzahlen.

Diese quantitativen Kriterien wiederum sind dem berechtigten Vorwurf der Willkür ausgesetzt. Es stellt sich die Frage, wieso die relevante Lizenzgebühr für hochfunktionale Software gerade bei 1 Mio. Euro und nicht bei 500 000 Euro oder 1, 5 Mio. Euro liegt. Dieselbe Frage erhebt sich in Bezug auf die gewählten Unternehmensumsätze und Mitarbeiterzahlen. Im US-amerikanischen Prozess folgte das Gericht der Marktabgrenzung des Department of Justice unter anderem deshalb nicht, weil die von der Wettbewerbsbehörde benannten Zeugen voneinander abweichende Kriterien nannten.⁹¹ Besonders bezeichnend war der Umstand, dass PeopleSoft noch einen Tag vor dem Übernahmeangebot die maßgebliche Grenze für LCE bei einem Umsatz von 500 Mio. Dollar und 2 000 Mitarbeitern gezogen hatte, kurz danach aber die Grenze auf 1 Mrd. Dollar heraufsetzte. SAP wiederum ging von einem relevanten Umsatz in Höhe von 1,5 Mrd. Dollar aus, während einer der auftretenden Experten einen Wert von 500 000 Mio. Dollar genügen ließ. Auf dieser Grundlage war nach Ansicht des Gerichts keine eindeutige Grenzziehung möglich. Die Europäische Kommission hat die Problematik ebenfalls erkannt und begegnete entsprechenden

⁹⁰ Vergleiche zu dieser Problematik bereits die Ausführungen der Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 613 ff.

⁹¹ Urteil des District Court, S. 87, 102, 110.

Vorwürfen mit dem Argument, dass die aufgrund der gewählten Kriterien ermittelten Ergebnisse nur eine erste Beurteilung zuließen und im Zweifelsfall eine weitere Prüfung zu erfolgen habe. Eine gründlichere Überprüfung von Einzelfällen erübrigte sich dann allerdings, da die Kommission bereits auf der gewählten Bewertungsgrundlage zusätzliche Anbieter auf den definierten Teilmärkten anerkannt hatte.

628. Die Probleme der Europäischen Kommission bei der Abgrenzung des sachlichen und räumlichen Marktes setzen sich ungebrochen bei dem Versuch fort, das Marktvolumen und die Marktanteile der Anbieter zu berechnen. Im vorliegenden Fall musste die Kommission zur Berechnung der Marktanteile im Wesentlichen auf Umsatzzahlen zurückgreifen, bei deren Aufstellung gerade nicht zwischen Software für LCE einerseits und Software für den Mittelstand andererseits unterschieden worden war. Die Zusammenschlussparteien verfügten nämlich nicht über Unterlagen, in denen die Umsätze nach den von der Kommission herangezogenen Kriterien getrennt wurden. Der Kommission stand lediglich eine Branchenstudie zur Verfügung, die nach der Größe des Kunden unterschied, allerdings ohne Aussagen über den Umfang der jeweiligen Aufträge zu machen. Wegen der damit verbundenen Ungenauigkeiten ließ die Kommission die von ihr ermittelten Näherungswerte auch nicht als Marktanteile gelten, sondern als „Anteile“, die die relative Stärke der einzelnen Anbieter wiedergeben und ebenfalls nur Indizien für eine erste Beurteilung des Zusammenschlusses darstellen sollen. Offen bleibt in diesem Zusammenhang, warum die Kommission darauf verzichtete, entsprechend aufgeschlüsselte Daten von den Zusammenschlussparteien und sonstigen Marktteilnehmern anzufordern.

629. Der Fall zeigt mehr als deutlich, dass die traditionelle Vorgehensweise zur Analyse der Marktbeherrschung bei differenzierten Produkten problematisch ist. Diese Vorgehensweise sieht zwei Schritte vor – die Marktabgrenzung und die Marktanalyse. Die traditionell aus Sicht des vernünftigen Verbrauchers vorgenommene Marktabgrenzung ist jedoch bei differenzierten Produkten stets mit einer gewissen Gefahr der Willkür verbunden. Klare und eindeutige Marktgrenzen lassen sich wegen der Heterogenität der Verbraucherinteressen nicht angemessen ziehen. Produkte, die keine vollkommenen Substitute darstellen, werden in den Markt einbezogen und andere Produkte vom definierten Markt ausgeschlossen, obwohl sie gewisse Substitutionsbeziehungen aufweisen. Als Folge davon geben die Marktanteile, die den einbezogenen Produkten zugerechnet werden, die von diesen Produkten ausgehende Wettbewerbsintensität nur ungenau wieder. Die Bedeutung der in den Markt einbezogenen Produkte für den Wettbewerbsprozess nach dem Zusammenschluss wird überschätzt. Den ausgeschlossenen Produkten werden hingegen keine Marktanteile zugerechnet, so dass ihre Bedeutung für den Verhaltensspielraum der Zusammenschlussparteien unterschätzt wird.

Die Bedeutung des Randwettbewerbs um Kunden, bei denen ein Abwandern zu benachbarten Produkten droht, wird zu wenig in den Blick genommen. Die hier angespro-

chen Probleme lassen sich teilweise umgehen, wenn man unmittelbar auf Nachfrageelastizitäten abstellt und anhand dieser Nachfrageelastizitäten ermittelt, welche Preiserhöhungsspielräume sich durch die Fusion ergeben. Jedoch bedingt dieses Verfahren, dass die Trennung von Marktabgrenzung und Marktanalyse aufgeweicht, wenn nicht gänzlich aufgehoben wird.

630. Die dargestellte Problematik hat neben der wettbewerbspolitischen auch eine verfahrensrechtliche Dimension. Die Beweislast für die wettbewerbslichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses – seien sie positiv, neutral oder negativ – trägt nämlich die Wettbewerbsbehörde. Damit trägt sie auch das Risiko einer falschen Marktabgrenzung oder fehlerhaften Berechnung der Marktanteile. Können ihr hier Fehler nachgewiesen werden, besteht schon allein deshalb die Gefahr, dass die behördliche Entscheidung – sei es eine Freigabe oder eine Untersagung – vor Gericht keinen Bestand haben wird. Vor diesem Hintergrund ist es bezeichnend, dass Oracle und PeopleSoft weder in dem europäischen noch in dem US-amerikanischen Kartellverfahren einen eigenen Vorschlag zur Marktabgrenzung vorgelegt haben. Die Unternehmen griffen lediglich die behördlicherseits vorgenommene Marktdefinition an und überzeugten den District Court, ihren Einwänden zu folgen und den Zusammenschluss freizugeben.

In der Neufassung der FKVO ist der Marktbeherrschungstest durch den SIEC-Test ersetzt worden. Es ist zu hoffen, dass dieser Test die Möglichkeit bietet, die hier angesprochenen Schwierigkeiten zu umgehen, indem man die Frage, um welchen Markt genau es sich handelt, hinter die Frage nach den Wettbewerbswirkungen der Fusion zurückstellt.

631. Beim Versuch einer Analyse der Wettbewerbswirkungen kommt es stets darauf an, welche Daten zur Verfügung stehen. Die Europäische Kommission hat im vorliegenden Fall Marktuntersuchungen durchgeführt, Ausschreibungsdaten ausgewertet und Verbraucher befragt. Das Department of Justice war im US-amerikanischen Verfahren ähnlich vorgegangen. Der District Court war mit dieser Vorgehensweise allerdings nicht zufrieden. Zur Durchführung des SSNIP (Small but Significant Price Increase)-Tests genügte es seiner Ansicht nach nicht, dass die vom Department of Justice benannten Zeugen die fehlende Substituierbarkeit von Mittelstands-Software bejahten, denn sie gäben damit nur ihre persönlichen „Präferenzen“ wieder. Es müsse vielmehr untersucht werden, welche Kosten den Kunden durch die Umstellung auf ein Konkurrenzprodukt entstünden. Nur anhand solcher objektivierbarer Berechnungen sei eine Aussage zur Substituierbarkeit für das Gericht nachvollziehbar. Die Monopolkommission hält diese Einschätzung des Gerichts in ihrer Allgemeinheit für problematisch. Wenn die vom Gericht geforderten Informationen zur Verfügung stehen, sollten die Wettbewerbsbehörden selbstverständlich davon Gebrauch machen. Sind die vom Gericht geforderten Daten jedoch nicht erhältlich, muss für die Wettbewerbsbehörden die Möglichkeit bestehen, zum Beleg ihrer Ausführungen Marktteilnehmer oder Experten zu befragen.

Beim SSNIP-Test, mit dessen Hilfe eine angemessene sachliche Marktabgrenzung erfolgen soll, geht die Europäische Kommission der Frage nach, ob und in welchem Umfang eine Preiserhöhung bei dem betroffenen Produkt zur Verlagerung der Nachfrage auf ein anderes Produkt führt. In der Regel befragt die Kommission zu diesem Zweck die Kunden der fusionierenden Parteien, wie sie auf eine geringe, aber noch spürbare Preiserhöhung reagieren würden. Von besonderem Interesse ist dabei, ob die Kunden bei einem derartigen Preisanstieg zu einem anderen Produkt wechseln und welchem konkreten anderen Produkt sie den Vorzug geben würden. Aus den Antworten auf diese hypothetischen Fragen lassen sich Hinweise dafür entnehmen, welche Produkte in den relevanten Markt einzubeziehen sind. Die erforderlichen Auskünfte kann die Kommission gemäß Artikel 11 FVKO bei den Marktteilnehmern einholen. Welchen Beweiswert die Ergebnisse einer solchen Befragung im Einzelfall erlangen, wird unter anderem von der Rücklaufquote der Antworten sowie von ihrer Begründung und Plausibilität abhängen. Die Europäische Kommission muss bei der Auswertung der Antworten insbesondere berücksichtigen, dass die korrekte Beantwortung derartiger Fragen – insbesondere bei stark differenzierten Produkten – einen hohen Aufwand für die Befragten bedeuten kann.

632. Wie sich die Praxis der Europäischen Kommission bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen mit differenzierten Produkten seit Oracle/PeopleSoft weiterentwickelt hat, belegt z. B. der Fall Siemens/VA Tech, der am 13. Juli 2005 unter Bedingungen und Auflagen freigegeben wurde. Die Europäische Kommission stellte nach eingehender Untersuchung fest, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für die Ausrüstung von Wasserkraftwerken zu einer erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs durch die Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung führen würde. In sachlicher Hinsicht grenzte die Kommission einen Gesamtmarkt für die Ausrüstung von Wasserkraftwerken ab, wobei sie eine deutliche Produktdifferenzierung feststellte. Eine weitergehende Unterteilung dieses Marktes vermied sie jedoch und lehnte eine Unterscheidung zwischen mechanischen und elektronischen Komponenten unter anderem wegen der angebotsseitigen Substituierbarkeit dieser Produkte ab. Außerdem verwies sie darauf, dass die in Ausschreibungen nachgefragten Produktpakete stark variierten. Die Kommission lehnte ferner eine Unterteilung nach der Größe der Wasserkraftwerke ab, weil die notwendige Ausrüstung in einem Kontinuum von Leistungsstufen angeboten werde, ohne dass eine offensichtliche Trennlinie existiere.

Im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung ging die Kommission zunächst auf die Marktanteilsstruktur ein, legte dann die Ergebnisse ihrer Marktuntersuchung dar und berichtete in einem dritten Schritt über die von ihr vorgenommene Auswertung von Ausschreibungsdaten. Im Rahmen der Marktuntersuchung befragte die Europäische Kommission Kunden und Wettbewerber der Zusammenschlussparteien. Aus deren Antworten ergab sich laut Kommission, dass Siemens, VA Tech, Alstom und GE

Hydro im Markt als eine führende Gruppe von Wettbewerbern wahrgenommen wurden, die sich von den übrigen Anbietern im Hinblick auf Know-how und Marktdurchdringung eindeutig abhoben. Die verbleibenden Wettbewerber wurden deutlich schwächer eingeschätzt, häufig waren außereuropäische Anbieter sogar unbekannt. In einem weiteren Schritt analysierte die Kommission Ausschreibungslisten von Siemens, VA Tech, Alstom und GE Hydro, um Informationen über das Näheverhältnis zwischen diesen Anbietern zu erhalten. Die Kommission räumte ein, dass die Auswertung der Ausschreibungsdaten idealerweise auf der Basis einer aggregierten Liste von allen Wettbewerbern erfolgen sollte. Dies sei jedoch nicht möglich gewesen, da sowohl VA Tech als auch Alstom und GE Hydro ihre Ausschreibungslisten als vertraulich eingestuft hätten. Außerdem gelinge die Zuordnung der vier Anbieter auf eine einheitliche Liste in zahlreichen Fällen nicht, weil die jeweiligen Ausschreibungen in den verschiedenen Listen unter unterschiedlichen Bezeichnungen auftauchten und auch das Ausschreibungsdatum meist abweiche. Die Kommission hat daher die von Siemens vorgelegten Ausschreibungsdaten separat analysiert. Trotz dieser ungünstigen Datenlage war es ihr möglich, aus den von Siemens übermittelten Informationen abzuleiten, dass die Zusammenschlussparteien die am häufigsten im direkten Wettbewerb gegeneinander bietenden Unternehmen waren. Der Zusammenschluss wurde daher nur unter strengen Auflagen freigegeben.

633. Die Europäische Kommission hat es hier zutreffenderweise bei einer weiten Marktabgrenzung belassen und nicht den Versuch unternommen, kleinere Teilmärkte exakt abzugrenzen. Ein solcher Versuch wäre aufgrund der ausgeprägten Produktdifferenzierung mit hoher Wahrscheinlichkeit fehlgeschlagen. Die auf dem Gesamtmarkt ermittelten Marktanteile konnten daher zwar nur einen ersten Anhaltspunkt für die Wettbewerbssituation liefern. Dieser wurde aber durch die Ergebnisse der durchgeführten Befragungen und Analysen bestätigt. Dabei konzentrierte sich die Kommission auf die Ermittlung der direkten Wettbewerbseffekten des Zusammenschlusses. Der erste Untersuchungsschritt ergab, dass eine Gruppe von vier Anbietern – zu der auch die Zusammenschlussparteien gehörten – in einem relativ engen Konkurrenzverhältnis miteinander stand. Die anschließende Analyse von Ausschreibungsdaten belegte, dass im Verhältnis dieser vier Anbieter die Zusammenschlussparteien die engsten Wettbewerber bildeten, was die Wahrscheinlichkeit wettbewerbsbeeinträchtigender Auswirkungen des Zusammenschlusses erhöhte.

3.3.2 Räumliche Marktabgrenzung und more economic approach

634. Am 13. Juli 2005 gab die Europäische Kommission den Zusammenschluss Blackstone (Celanese)/Acetex nach Durchführung der zweiten Prüfphase ohne Bedingungen und Auflagen frei. Betroffen waren insbesondere die Märkte für Essigsäure, Vinylacetatmonomere und Essiganydrid. Einen Schwerpunkt der Entscheidung bilden die Überlegungen der Europäischen Kommission zur räumlichen Marktabgrenzung.

635. Nach Auffassung der Zusammenschlussbeteiligten bestanden bei allen vier Produkten weltweite Märkte. Beispielsweise bei Essigsäure beriefen sich die Parteien darauf, dass gegenwärtig 20 Prozent der westeuropäischen Nachfrage importiert, große globale Hersteller Westeuropa ausschließlich über Einfuhren beliefern und die globalen Handelsströme in Reaktion auf Veränderungen bei den lokalen Angebots- und Nachfragebedingungen fluktuieren würden. Diese Aussagen wurden von den Ermittlungen der Kommission bestätigt. Außerdem argumentierten die Parteien damit, dass der weltweite Handel weder durch Transportkosten noch durch Zölle behindert werde und die Preise weltweit in engem Zusammenhang stünden. Die Parteien stützten ihr Vorbringen auf vier von ihnen in Auftrag gegebene Studien. Zunächst legten sie eine Preiskorrelationsanalyse vor, die den engen Zusammenhang zwischen den Essigsäurepreisen in den verschiedenen Erdteilen untermauern sollte. Da die Europäische Kommission an der Eindeutigkeit der Ergebnisse zweifelte, übermittelten die Parteien ein zweites Gutachten zur Ergänzung. Die Kommission äußerte allerdings auch hieran Kritik, weil das zugrunde gelegte Modell fehlspezifiziert sei und die Studie zwar Parallelen in der Preisentwicklung aufzeige, aber nicht in der Lage sei, die wettbewerbliche Ursache hierfür zu identifizieren. Die Ergebnisse der beiden Gutachten betrachtete sie daher nicht als zwingend, denn sie böten keine Beweise für das Vorhandensein eines Weltmarktes. Allerdings räumte die Kommission ein, dass die Studien Zweifel an der Annahme enger gefasster Märkte für Essigsäure aufkommen ließen.

Zwei weitere ökonomische Gutachten befassten sich mit den Folgen von unerwarteten Produktionsausfällen auf die Preise von Essigsäure sowie auf die Handelsströme zwischen den verschiedenen Kontinenten. In der ersten Studie wurde dargelegt, dass unerwartete Produktionsausfälle in Asien Konsequenzen für die Preise in Westeuropa nach sich zogen. Die Kommission betrachtete allerdings auch dieses Ergebnis nicht als zwingenden Beweis für eine geographische Integration der Märkte Westeuropa und Asien. Dabei stützte sie ihre Kritik insbesondere auf den Umstand, dass umgekehrt Produktionsausfälle in Europa anscheinend keine nennenswerten Auswirkungen auf die Preise in Asien hatten. Die Europäische Kommission selbst duplizierte die Studie und nahm zusätzlich statistische Tests vor, um das Ausmaß der Preisfolgen zu bestimmen. Anders als die Parteien konzentrierte die Kommission ihre Untersuchung auf unerwartete Produktionsausfälle in Westeuropa und stellte fest, dass diese sich in anderen Erdteilen nicht statistisch signifikant auswirkten. Sie räumte allerdings ein, dass dies an der geringen Zahl der festgestellten Produktionsausfälle gelegen haben könnte. Aus dem Gutachten der Parteien zur Auswirkung auf die Handelsströme ließ sich nach Auffassung der Kommission ebenfalls nicht eindeutig ableiten, dass asiatische Produzenten einen Wettbewerbsdruck auf den EWR-Markt ausübten. Daraufhin verfasste die Kommission eine eigene Studie über die Folgen unerwarteter Produktionsausfälle auf die Handelsströme. Aus dieser zog sie den Schluss, dass der EWR für

sich genommen keinen gesonderten geographischen Markt für Essigsäure bilde, dieser vielmehr zumindest den EWR und Nordamerika umfasse. Die für die Studie zur Verfügung stehenden Daten reichten jedoch nach Aussage der Kommission nicht aus, um Schlussfolgerungen im Hinblick auf die Folgen der Produktionsausfälle auf Ausfuhren von Asien in den EWR zu ziehen. Die Kommission nahm daneben eine Untersuchung von Transaktionskosten vor und kam zu dem Ergebnis, dass die Beförderungs- und Lagerkosten sowie die Einfuhrzölle zwar nicht unbedeutend seien, im Verhältnis zum Verkaufspreis jedoch keine nennenswerte materielle Schranke für interkontinentale Handelsströme darstellten. Nach Auffassung der Kommission sprach die damit verfügbare Beweislage trotz der nicht immer zwingenden Ergebnisse einiger Studien für die Schlussfolgerung, dass es sich um einen Weltmarkt für Essigsäure handelte.

636. Die Entscheidung macht einerseits die gestiegene Bedeutung ökonomischer Analysen – gerade auch im Bereich der Marktabgrenzung – deutlich. Die Parteien legten insgesamt vier Gutachten vor, daneben erstellte die Europäische Kommission weitere Studien. Zwar waren selbst Letztere aufgrund der Datenknappheit nicht in der Lage, sämtliche Unsicherheiten bezüglich der Marktdefinition zu beseitigen. Sie verhalfen der Kommission jedoch in Bezug auf bestimmte Teilfragen zu wichtigen Erkenntnissen und förderten die Transparenz und bessere Nachvollziehbarkeit ihrer Entscheidung. Andererseits ist bemerkenswert, dass die Europäische Kommission im vorliegenden Fall alle vier von den beteiligten Unternehmen vorgelegten Gutachten nicht als ausreichenden Beleg für die Existenz eines globalen Marktes hat gelten lassen. Ihre Kritik entzündete sich entweder an dem der Analyse zugrunde gelegten Modell oder an der Vernachlässigung wesentlicher Faktoren bei der durchgeführten Untersuchung. Für die beteiligten Unternehmen ergibt sich daraus die Notwendigkeit, reiflich zu überlegen, unter welchen Voraussetzungen die Vorlage von ökonomischen Gutachten in Zusammenschlussverfahren tatsächlich sinnvoll ist. Auch angesichts des hohen ökonomischen Sachverständnisses innerhalb der Europäischen Kommission wird es nicht ausreichen, eine „Gutachten-Schlacht“ zu beginnen, ohne dass die erstellten Studien tragfähige Ergebnisse vorweisen.

3.4 Untersagungskriterium

637. Mit der VO 139/2004, die am 1. Mai 2004 in Kraft getreten ist, hat sich das Untersagungskriterium der europäischen Fusionskontrolle wesentlich geändert. Im Mittelpunkt des Artikel 2 Abs. 2 und 3 FKVO steht nun der so genannte SIEC-Test. Das bisher gültige Marktbeherrschungskriterium bleibt als eine wesentliche Konkretisierung der „erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ bestehen.⁹² Nach der neuen Regelung sind Zusammenschlüsse zu untersagen, sofern durch sie wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem

⁹² Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 211 ff.

wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung. Neu hinzu tritt außerdem die Möglichkeit, Effizienzvorteile von Zusammenschlüssen ausdrücklich zu berücksichtigen.⁹³

638. Ergänzt wird die neue FKVO durch Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen, mit denen die Kommission darüber informiert, welche Kriterien sie bei der Beurteilung derartiger Vorhaben anwendet.⁹⁴ Die angekündigten Leitlinien zu vertikalen und konglomeraten Fusionen stehen noch aus. Die Europäische Kommission erläutert in den Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen die Bedeutung von Marktanteilen und Konzentrationshöhen sowie von Nachfragemacht und Marktzutritten. Ferner geht sie auf mögliche Effizienzgewinne und Sanierungsfusionen ein. Außerdem diskutiert sie die möglichen wettbewerbswidrigen Wirkungen horizontaler Zusammenschlüsse, wobei sie zwischen unilateralen und koordinierten Effekten unterscheidet. In den Randziffern 24 ff. nennt die Kommission verschiedene Faktoren, die darüber entscheiden könnten, ob spürbare unilaterale Wirkungen von einem Zusammenschluss zu erwarten sind. Allerdings sei die Aufzählung weder erschöpfend, noch müssten alle Faktoren gleichzeitig vorliegen, damit nichtkoordinierte Effekte festgestellt werden könnten. Zu den entscheidungserheblichen Faktoren zählen:

- hohe Marktanteile der fusionierenden Unternehmen,
- die fusionierenden Unternehmen sind nahe Wettbewerber,
- begrenzte Möglichkeiten der Kunden, zu einem anderen Anbieter überzuwechseln,
- Erhöhung des Angebots durch die Wettbewerber bei Preiserhöhung unwahrscheinlich,
- Fähigkeit des fusionierten Unternehmens, die Wettbewerber am Wachstum zu hindern und
- Beseitigung einer wichtigen Wettbewerbskraft durch den Zusammenschluss.

In den Randziffern 39 ff. geht die Kommission näher auf koordinierte Wirkungen von Zusammenschlüssen ein. Als maßgebliche Prüfungspunkte nennt sie insoweit

- das Erzielen von Übereinstimmung über Koordinierungsmodalitäten,
- die Überwachung der Abweichungen,
- Abschreckungsmechanismen sowie
- die Reaktionen von Außenstehenden.

639. Die Diskussion um ein neues Untersagungskriterium war eng verbunden mit Überlegungen, einen verstärkten ökonomischen Ansatz in der Fusionskontrolle zu verankern. Der SIEC-Test ist zwar konzeptionell keine notwendige Voraussetzung des so genannten *more economic approach*. Vielmehr wäre eine stärker ökonomisch

orientierte Vorgehensweise in der Fusionskontrolle nach Auffassung der Monopolkommission auch unter dem Marktbeherrschungskriterium möglich.⁹⁵ Dies belegen mehrere Verfahren der Europäischen Kommission, in denen bereits während des letzten Berichtszeitraums, also unter Geltung des Marktbeherrschungstests, quantitative Analysen durchgeführt worden sind.⁹⁶ Im jetzigen Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission ebenfalls in verschiedenen Fällen einen *more economic approach* bei gleichzeitiger Anwendung des Marktbeherrschungstests verfolgt. Nach Auffassung der Monopolkommission kann allerdings nicht bezweifelt werden, dass die Diskussion um den SIEC-Test die Überlegungen zu einer vermehrt ökonomischen Betrachtungsweise wesentlich befördert hat. Auch die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission hat sich seit Einführung des neuen Untersagungskriteriums in den Begründungen, wenn auch nicht in den Ergebnissen, erkennbar gewandelt.

640. Dieser Wandel betrifft zum einen das Untersagungskriterium selbst, zum anderen den *more economic approach* der Europäischen Kommission bei der Beurteilung von Zusammenschlussfällen. Soweit das Untersagungskriterium betroffen ist, erfolgte die Entwicklung hin zum SIEC-Test in der Fallpraxis relativ langsam, denn zu Beginn des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission noch hauptsächlich das Marktbeherrschungskriterium herangezogen. Dies hängt damit zusammen, dass die VO 139/2004 erst am 1. Mai 2004 in Kraft getreten ist und gemäß Artikel 26 FKVO für gewisse „Altfälle“ die Fusionskontrollregeln in ihrer alten Fassung anwendbar blieben. Im Lauf der Zeit nahm die Anwendung des SIEC-Kriteriums aber deutlich zu. Am Ende des Berichtszeitraums war zu beobachten, dass die Europäische Kommission selbst in den Freigabeentscheidungen, die unter Bedingungen und Auflagen ergingen, häufig nur den Wortlaut des Untersagungskriteriums in Artikel 2 FKVO wiederholte und offen ließ, ob neben einer beträchtlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auch die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Position zu befürchten war. Neben dieser zeitlichen Komponente ist eine gewisse Tendenz der Europäischen Kommission erkennbar, bei hohen absoluten und relativen Marktanteilen nach wie vor bevorzugt auf den Marktbeherrschungstest zurückzugreifen. Der SIEC-Test wird dagegen eher herangezogen, wenn die beteiligten Unternehmen durch den Zusammenschluss nicht die Marktführerschaft erlangen oder kein weiterer Marktanteilsabstand zu ihrem nächsten Wettbewerber besteht. Die beobachteten Änderungen in der Entscheidungspraxis beziehen sich vornehmlich auf Fälle der zweiten Verfahrensphase. Bei Entscheidungen in der ersten Verfahrensphase spielte das Untersagungskriterium nur eine untergeordnete Rolle, weil das maßgebliche Kriterium in Artikel 6 Abs. 1 FKVO nach wie vor die „ernsthaften Bedenken hinsicht-

⁹³ Vergleiche hierzu Erwägungsgrund 29 der VO 139/2004.

⁹⁴ Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ..., a. a. O.

⁹⁵ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 228 ff.

⁹⁶ Vergleiche insbesondere die Entscheidungen der Europäischen Kommission, M. 3083, GE/Instrumentarium, und M. 2861, Siemens/Drägerwerke.

lich der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt“ sind.

641. Größeren Einfluss als das neue Untersagungskriterium hatte der *more economic approach* auf die Entscheidungspraxis. Zum einen wirkte er sich stärker auf Fälle der ersten Verfahrensphase aus, jedenfalls sofern die Freigabe unter Bedingungen und Auflagen erging. Zum anderen ist der Wandel hin zu einer vermehrt ökonomischen Betrachtungsweise, die bereits in den letzten Jahren und somit unabhängig von dem neuen Untersagungskriterium begonnen hat, im vorliegenden Berichtszeitraum deutlich fortgeschritten. Er drückt sich in verschiedenen Veränderungen der Entscheidungspraxis aus. Es fällt auf, dass die ermittelten Marktanteile zwar immer noch in den meisten Fällen den Ausgangspunkt der vorgenommenen Prüfung bilden, ihre Bedeutung aber zunehmend in Frage gestellt wird. Die Europäische Kommission nimmt häufiger eine ausdrückliche Relativierung der Marktanteile vor und stützt sich dabei verstärkt auf Argumente wie das Vorliegen von Ausschreibungsmärkten oder die Existenz von freien Produktionskapazitäten. In Fällen mit differenzierten Produkten fanden regelmäßig Untersuchungen der Substitutionsbeziehungen statt, auf deren Grundlage in einigen Fällen ebenfalls die zuvor ermittelten Marktanteile relativiert wurden. Darüber hinaus nehmen Marktuntersuchungen und quantitative Analysen einen wesentlich breiteren Raum in den Entscheidungen der Europäischen Kommission ein als in der Vergangenheit. Dazu gehört die Berechnung von Marktkonzentration nach dem Hirschman-Herfindahl-Index (HHI) ebenso wie die Befragung von Marktteilnehmern und die Auswertung von Ausschreibungsdaten. Ferner untermauert die Europäische Kommission ihre Aussagen vermehrt durch ökonomische Analysen, die die qualitative Einschätzung von Zusammenschlüssen ergänzen oder sogar im Vordergrund der Überlegungen stehen. Zum Teil wurden derartige Studien von den Parteien in das Verfahren eingebracht, zum Teil führte die Europäische Kommission die Analysen selbst durch. Es lässt sich ferner feststellen, dass Befragungen und quantitative Analysen – beispielsweise in Bezug auf die untersuchten Fragestellungen, das methodische Vorgehen oder die ermittelten Ergebnisse – während des Berichtszeitraums häufig detaillierter erläutert worden sind als in früheren Entscheidungen.

Im Prinzip drückt sich der *more economic approach* auch in der neu im Gesetz verankerten Möglichkeit der beteiligten Unternehmen aus, die mit einem Zusammenschluss verbundenen Effizienzvorteile geltend zu machen. Im Berichtszeitraum hat diese Möglichkeit allerdings kaum eine Rolle gespielt. Nur in einer Zweite-Phase-Entscheidung – Areva/Urenco/ETC JV – wurde die Problematik angesprochen, auf nähere Ausführungen hat die Europäische Kommission hier allerdings verzichtet. Damit haben sich Befürchtungen, die Europäische Kommission könnte sich zu großzügig bei der Berücksichtigung von Effizienzvorteilen verhalten, jedenfalls bislang nicht bestätigt.

642. Die Monopolkommission hat sich schon im letzten Hauptgutachten positiv zu einem verstärkt ökonomischen

Ansatz geäußert.⁹⁷ Sie befürwortet die Anwendung quantitativer Analysen in der Fusionskontrolle, soweit die Datenlage sie im konkreten Fall ermöglichen. Quantitative Analysen können die qualitative Beurteilung von Zusammenschlüssen sinnvoll ergänzen und dort, wo die traditionelle Vorgehensweise keinen Erfolg verspricht, sogar teilweise ersetzen. Sie stellen ein wichtiges Mittel der Beweiserhebung dar, das der Europäischen Kommission helfen kann, ihre qualitative Einschätzung überzeugend zu belegen und den von den Gerichten geforderten Beweisstandard zu erfüllen. Eine wesentliche Voraussetzung für die Anwendung des ökonomischen Instrumentariums – die Ausstattung der Wettbewerbsbehörde mit ökonomischem Sachverstand – hat die Europäische Kommission mit der Etablierung eines Chefökonom und seines Teams bereits in den letzten Jahren erfüllt.

643. Im Berichtszeitraum lag der Schwerpunkt der Untersuchungen auf der Entstehung oder Verstärkung von Einzelmarktbeherrschung. In mehreren Fällen – unter anderem Sony/BMG, Blackstone/Acetex und Areva/Urenco/ETC JV – stand allerdings die Gefahr einer oligopolistischen Marktbeherrschung im Vordergrund der Prüfung. In der Mehrzahl der Zusammenschlüsse führten deren horizontale Auswirkungen zu Wettbewerbsbedenken seitens der Europäischen Kommission, zum Teil wurden daneben vertikale Effekte der Zusammenschlüsse geprüft, z. B. in den Verfahren Bertelsmann/Springer, Piaggio/Aprilia und Cytec/UCB-Surface-Specialities. Von maßgeblicher Bedeutung waren die vertikalen Auswirkungen etwa in den Fällen EDP/ENI/GDP, E.ON/Mol und Honeywell/Novar. Einer der wenigen Zusammenschlüsse, in denen die Europäische Kommission näher auf die konglomeraten Effekte des Zusammenschlusses einging, ist der Fall Johnson & Johnson/Guidant, in dem mehrere Märkte für medizinische Produkte betroffen waren. Durch den Zusammenschluss hätten die Parteien ihr Portfolio in den Märkten für interventionäre kardiologische Geräte, endovaskuläre Produkte und Herzchirurgie erweitert und gestärkt. Die Kommission prüfte daher, ob die neue Unternehmenseinheit die Fähigkeit und die Anreize für eine Produktbündelung haben würde. Gegen solche negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses sprach jedoch, dass Paketangebote schon vor dem Zusammenschluss in ca. 30 Prozent der Verkäufe üblich waren. Außerdem fanden Ausschreibungen auch für Einzelprodukte statt und die Nachfrager verfolgten eine Zwei-Lieferanten-Strategie. Daneben waren auch andere Wettbewerber in der Lage, Paketangebote zu unterbreiten.

3.4.1 Marktanteile

644. Ein wichtiges Kriterium bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen bilden nach wie vor die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und ihrer Wettbewerber. In der FKVO findet sich lediglich in Erwägungsgrund 32 eine Erwähnung von Marktanteilen. Ausführlichere Erläuterungen sind den Leitlinien zu hori-

⁹⁷ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 222.

zontalen Zusammenschlüssen zu entnehmen.⁹⁸ In der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission gaben hohe Marktanteile von über 50 Prozent mehrfach Anlass, das Vorhandensein einer beherrschenden Marktstellung zu vermuten. Es handelte sich dabei allerdings stets nur um ein erstes Indiz, das aufgrund sonstiger Untersuchungsergebnisse bestätigt oder verworfen wurde. In der Entscheidung Continental/Phoenix etwa führte die Europäische Kommission aus, dass der gemeinsame Anteil von über 60 Prozent auf dem Markt für Luftfedern von Nutzfahrzeugen die Vermutung einer beherrschenden Stellung nahe lege. Auch aus dem gemessenen HHI-Wert von 3 500 bis 4 000 bzw. der Veränderung dieses Wertes um 1 250 bis 1 750 lasse sich die Vermutung ableiten, dass die Fusion den Unternehmen einen wettbewerblichen Verhaltensspielraum eröffne, den die verbleibenden Wettbewerber nicht wirksam begrenzen könnten. Die Kommission gab den Zusammenschluss insoweit nur unter Bedingungen frei. Im Gegensatz dazu verursachten die Anteile auf dem Markt für Luftfedern von Schienenfahrzeugen, die immerhin eine Höhe von 55 bis 65 Prozent erreichten und damit auch über der Vermutungsschwelle lagen, keine wettbewerblichen Bedenken. Die Europäische Kommission verneinte aufgrund der sonstigen Marktstrukturen die Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung.

3.4.1.1 Monopolistische Marktstrukturen

645. Selbst monopolistische oder quasimonopolistische Marktstrukturen führten im Berichtszeitraum nicht ohne weiteres zu Untersagungsentscheidungen. Hohe gemeinsame Marktanteile waren zwar mitursächlich für die Verbotsverfügung in dem Verfahren EDP/ENI/GDP, trotz Marktanteilen bis zu 100 Prozent gab die Europäische Kommission aber die Zusammenschlüsse Total/Gaz de France sowie Areva/Urenco/ETC JV unter Bedingungen und Auflagen frei.

646. Am 9. Dezember 2004 hat die Europäische Kommission den beabsichtigten Erwerb von Gás de Portugal (GDP) durch Energias de Portugal (EDP) und ENI verboten.⁹⁹ Mit EDP und GDP hätten sich das etablierte Elektrizitätsunternehmen in Portugal und das angestammte portugiesische Gasunternehmen vereint. Die Europäische Kommission ging davon aus, dass der Zusammenschluss zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Position von EDP auf dem Markt für die Stromerzeugung, für den Groß- sowie für den Einzelhandel mit Strom geführt hätte. Außerdem hätte GDP seine beherrschende Stellung auf verschiedenen Gasmärkten gefestigt. Dieses Resultat ergab sich nach Ansicht der Kommission unabhängig davon, ob die gegenwärtigen Marktstrukturen oder die zukünftig liberalisierten Märkte betrachtet wurden.

647. Nach Auffassung der Europäischen Kommission wirkte sich der Zusammenschluss auf die portugiesischen

Märkte für die Erzeugung und den Großhandel mit Strom, für die Bereitstellung von Ausgleichsenergie sowie für den Stromeinzelhandel aus. Auf dem Markt für die Stromerzeugung und den Großhandel kontrollierte EDP bereits vor dem Zusammenschluss ca. 70 Prozent der Erzeugungskapazität sowie etwa 70 Prozent der Stromproduktion und war wichtigster Importeur von Strom. Außerdem könne EDP im Vergleich zu seinen Wettbewerbern auf ein breiteres Erzeugungsportfolio auf der Basis von Öl-, Kohle-, Gas- und Wasserkraftwerken zurückgreifen. Stromimporte größeren Umfangs seien wegen der niedrigen Zahl von Interkonnektoren und der gemeinsamen Projekte von EDP und dem wichtigsten spanischen Stromanbieter Endesa nicht zu erwarten. Die Position von EDP wird nach Ansicht der Kommission durch die horizontalen und vertikalen Effekte des Zusammenschlusses noch verstärkt. In horizontaler Hinsicht entfalle mit GDP der wesentliche potentielle Wettbewerber von EDP bei der Stromerzeugung. Angesichts der zunehmenden Bedeutung von Erdgas als Rohstoff für die Stromerzeugung sah die Kommission es als wahrscheinlich an, dass GDP ohne den Zusammenschluss in den Strommarkt eingetreten wäre. Das Unternehmen verfüge über einen bevorzugten Zugang zu großen Gasmengen und einen etablierten Kundenkreis. Außerdem hätte es eine gemeinsame Belieferung mit Gas und Strom anbieten können (dual-fuel-offer).

Daneben führe der Zusammenschluss zur vertikalen Integration von EDP mit dem einzigen portugiesischen Gasanbieter. Auf diese Weise erlange EDP bedeutende Einflussrechte auf und privilegierten Zugang zu der portugiesischen Gasinfrastruktur, über die kein anderer Stromanbieter verfüge. EDP erhalte durch den Zusammenschluss Informationen über die Input-Kosten und den täglichen Verbrauch ihrer Wettbewerber, weil diese wohl auch in Zukunft auf die Belieferung durch GDP angewiesen seien. Ferner habe die neue Unternehmenseinheit die Möglichkeit, den Gaspreis für Wettbewerber von EDP zu erhöhen oder die Lieferqualität zu verschlechtern. Somit könne das zusammengeschlossene Unternehmen aktuelle Wettbewerber vom Markt ausschließen und neue Wettbewerber von einem Marktzugang abschrecken. Selbst wenn eine solche Behinderung von Konkurrenten gegen Artikel 82 EGV verstoße, habe EDP/GDP starke Anreize für entsprechende Verhaltensweisen, da eine rechtzeitige Aufdeckung durch Wettbewerber oder Wettbewerbsbehörden aufgrund der Komplexität der Gasversorgungsverträge unwahrscheinlich sei. Ähnliche Argumente führte die Kommission auch hinsichtlich der Märkte für die Bereitstellung von Ausgleichsenergie und für den Einzelhandel an.

648. Im Gassektor definierte die Europäische Kommission vier unterschiedliche Teilmärkte, die von dem Zusammenschlussvorhaben beeinflusst würden. Dies waren die – jeweils auf Portugal beschränkten – Märkte für die Lieferung von Gas an Stromerzeuger, an lokale Verteilungsunternehmen, an große industrielle Kunden und an kleine Industrie-, Geschäfts- und Privatkunden. Die Kommission nahm an, dass der Zusammenschluss die beherrschende Position von GDP auf den genannten Märkten

⁹⁸ Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ..., a. a. O., Rz. 14 ff., 27.

⁹⁹ Vergleiche zur Bestätigung der Untersagungsentscheidung durch das EuG unten Abschnitt 3.6.3 in diesem Kapitel.

verstärken würde. GDP ist der angestammte Monopolist auf allen Gasmärkten Portugals (mit Ausnahme des Gebiets um Porto) und wird nach Auffassung der Kommission auch nach der Liberalisierung marktbeherrschend bleiben. Zur Begründung nannte die Kommission den Erfahrungsvorsprung von GDP im Gasbereich, ihre breite Kundenbasis und Kenntnis der Kundenprofile sowie ihr Markenportfolio. Des Weiteren kontrolliere das Unternehmen fünf der sechs lokalen Weiterverteilern. Mit einer Einschränkung seines Verhaltensspielraums durch spanische Gasanbieter sei nicht zu rechnen.

Auf dem Markt für die Belieferung von Stromproduzenten erwartete die Kommission eine Abschottung der aktuellen Nachfrage zugunsten von GDP. Die einzigen Betreiber von Gaskraftwerken in Portugal – EDP und Turbogás – verlören durch den Zusammenschluss den Anreiz oder die rechtliche Möglichkeit, ihren Gasbedarf bei Wettbewerbern von GDP zu decken. EDP habe ein starkes Interesse an einer guten Ertragslage von GDP, die zudem vertraglich berechtigt sei, in das jeweils günstigste Angebot eines Wettbewerbers einzutreten. An Turbogás halte EDP 20 Prozent der Anteile, so dass auch insoweit mit einer Bevorzugung von GDP gerechnet werden müsse. Da der Bau konkurrierender Gaskraftwerke in nächster Zukunft eher unwahrscheinlich sei, gebe es für potentielle Wettbewerber von GDP nach dem Zusammenschluss mangels Nachfrage keine Marktzutrittsmöglichkeiten mehr. Mit ähnlichen Erwägungen begründete die Kommission auch die Verstärkung der beherrschenden Position von GDP auf dem Markt für die Belieferung von lokalen Weiterverteilern. Das einzige Verteilerunternehmen, das bislang nicht GDP alleine gehöre, werde von EDP mitkontrolliert. Nach dem Zusammenschluss sei auch der Bedarf dieses Unternehmens nicht mehr für konkurrierende Gaslieferanten zugänglich.

Auf den Märkten für die Gasversorgung von industriellen Großkunden und kleineren Kunden werde die Stellung von GDP gestärkt, weil ohne den Zusammenschluss ein Markteintritt von EDP wahrscheinlich gewesen wäre. EDP verfüge als Betreiber eines Gaskraftwerks über den Zugang zu großen Gas Mengen und damit über die Flexibilität, das erworbene Gas entweder zur Stromerzeugung zu nutzen oder selbst weiterzuverkaufen. Außerdem könne das Unternehmen auf einen aktuellen Kundentamm, eine gute Reputation im Energiebereich sowie auf die Erfahrungen des von ihr mitkontrollierten Gasvertellers Portgás zurückgreifen. Daneben würde der Zusammenschluss potentielle Wettbewerber vom Marktzutritt abschrecken, denn sie müssten, um wettbewerbsfähig zu sein, ebenfalls die gemeinsame Belieferung von Strom und Gas anbieten können.

649. Die vorliegende Entscheidung ist besonders interessant vor dem Hintergrund, dass das Bundeskartellamt seine Marktabgrenzung im Strombereich künftig an der Marktsegmentierung der Europäischen Kommission orientieren will.¹⁰⁰ Das Bundeskartellamt hat bislang zwi-

schen den Märkten zur Belieferung von Stromweiterverteilern, von Großkunden sowie von Klein- und Haushaltskunden unterschieden. Auf der Grundlage dieser Marktabgrenzung ist es in jüngerer Vergangenheit wegen der zunehmenden Bedeutung des Stromhandels auf Schwierigkeiten bei der Marktanteilermittlung gestoßen. Beim Stromhandel – z. B. über die Börse – ist weder für die Stromproduzenten noch für die Wettbewerbsbehörden nachzuverfolgen, welche Strommengen von Weiterverteilern einerseits und Großkunden andererseits erworben wurden. Die Europäische Kommission hingegen unterscheidet im Strombereich lediglich zwischen dem Großhandelssegment und dem Segment für den Einzelhandel. Auf der Ebene des Großhandels erfolgt keine weitere Unterscheidung nach Kundengruppen, nur im Bereich des Einzelhandels differenziert sie zwischen dem Einzelhandel mit Großkunden einerseits und dem mit Haushalts- und Kleinkunden andererseits. Die Monopolkommission hält die von der Europäischen Kommission vorgenommene Marktabgrenzung, die im Bereich des Großhandels nicht weiter nach Kundengruppen trennt, für sinnvoll. Die oben beschriebenen Schwierigkeiten bei der Berechnung von Marktanteilen der Stromproduzenten, die angesichts der wachsenden Bedeutung des Stromhandels noch zunehmen werden, lassen sich auf der Basis dieser Marktdefinition vermeiden. Im Bereich des Einzelhandels sind entsprechende Probleme nicht zu erwarten. Hier ist eine Differenzierung nach verschiedenen Kundengruppen – angesichts abweichender Nachfragemengen und Vertragsgestaltung – nach wie vor sachgerecht und praktikabel.

650. Im Gasbereich decken sich die Marktabgrenzung der Europäischen Kommission und die des Bundeskartellamtes weitgehend. Beide Wettbewerbsbehörden differenzieren bei der Belieferung mit Gas nach verschiedenen Kundengruppen. So hat die Europäische Kommission im vorliegenden Fall eine Unterscheidung zwischen der Belieferung von Stromerzeugern, lokalen Verteilerunternehmen, großen industriellen Kunden und kleinen Industrie-, Geschäfts- und Privatkunden vorgenommen. Sie verwarf ausdrücklich die Forderung der Parteien, die ersten drei Märkte zu einem Gesamtmarkt für den Großhandel mit Gas zusammenzufassen. Gegen einen Gesamtmarkt sprächen unter anderem die unterschiedlichen Versorgungsbedürfnisse und Verbrauchsmuster, die unterschiedliche Vertragsausgestaltung sowie die abweichenden Margen und Kundenbeziehungen der jeweiligen Kundengruppen. Die Abgrenzung eines Gesamtmarktes für den Großhandel war auch nicht aus pragmatischen Gründen erforderlich, da die Marktanteilsberechnung auf der Grundlage von Lieferungen an einzelne Kundengruppen keine ermittlungstechnischen Probleme zur Folge hatte. Im vorliegenden Fall hätte im Übrigen auch die Abgrenzung eines Gesamtgroßhandelsmarktes kaum etwas am Ergebnis der fusionskontrollrechtlichen Prüfung geändert, da GDP als angestammter Monopolist auf sämtlichen Teilmärkten über eine sehr starke Stellung verfügte.

651. Als maßgeblich für das ausgesprochene Verbot erwies sich die von der Kommission vorgenommene räumliche Marktabgrenzung. Entgegen der Ansicht der

¹⁰⁰ Vergleiche oben Tz. 519 ff. in diesem Kapitel.

Parteien ging die Kommission nicht von einem gesamt-iberischen Markt aus, sondern definierte die sachlichen Märkte als höchstens national. Als Gründe führte sie unter anderem die geringe Interkonnektoren-Kapazität, die beträchtlichen Preisdifferenzen zwischen Portugal und Spanien sowie die unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen an. Soweit sich die Parteien auf die geplante Gründung des iberischen Strommarkts beriefen, widersprach die Kommission, da mit der Entwicklung eines einheitlichen Gesamtmarkts jedenfalls in naher Zukunft nicht zu rechnen sei. Die Überlegungen zu der räumlichen Marktabgrenzung nehmen mit 30 Seiten einen breiten Raum der Entscheidung ein. Anders als das Bundeskartellamt, das für Deutschland inzwischen wieder zu einer netzbezogenen Abgrenzung der Kleinkundenmärkte zurückgekehrt ist, ging die Kommission im vorliegenden Fall wegen der Besonderheiten der portugiesischen Verhältnisse auch insoweit von nationalen Märkten aus. Nach den Erkenntnissen der Kommission hat EDP sein zuvor lokal organisiertes Einzelhandelsgeschäft auf nationaler Ebene integriert. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass dieser Prozess nach der Liberalisierung des Stromsektors umgekehrt würde.

652. Ähnlich wie das Bundeskartellamt in dem Fall E.ON/Ruhrgas begründete die Europäische Kommission die Verstärkung der beherrschenden Stellung im Strommarkt vor allem mit dem strukturell abgesicherten Zugang zu der Ressource Erdgas und dem Zugriff auf die Gasinfrastruktur, die eine Behinderung von Wettbewerbern ermögliche. Die Kommission ging daneben ausführlich auf den Umstand ein, dass GDP als wichtigster potentieller Wettbewerber von EDP entfalle. Auf den Gasmärkten weichen die Argumentationslinien der beiden Wettbewerbsbehörden stärker voneinander ab. Das Bundeskartellamt hatte entschieden, dass die Fusion zum einen die Position von Ruhrgas in den Ferngasmärkten und zum anderen die Position der E.ON-Gesellschaften in den Gasweiterverteilungsmärkten verstärke, da nach der Fusion die E.ON-Gesellschaften als sichere Kunden für Ruhrgas und Ruhrgas als sicherer Lieferant für die E.ON-Gesellschaften zur Verfügung stünden. Die Monopolkommission hatte bereits im letzten Hauptgutachten Zweifel an der Richtigkeit dieser Argumentation geäußert.¹⁰¹ Ihrer Ansicht nach ergeben sich die eigentlichen Wettbewerbswirkungen der vertikalen Integration weniger auf den Märkten, die durch die vertikale Integration ganz oder teilweise auf das konzerninterne Geschäft verlagert werden, als vielmehr auf den Zuliefermärkten „stromauf“ und den Absatzmärkten „stromab“ in der Wertschöpfungskette. Entscheidend ist, dass künftigen Wettbewerbern ein Marktzutritt schwerer fällt, wenn sie dazu jeweils in zwei Märkte gleichzeitig eintreten müssen. In diesem Sinne argumentiert auch die Europäische Kommission, wenn sie die durch die vertikale Integration resultierenden Marktverschlusseffekte betont. Potentielle Wettbewerber von GDP werden ihrer Ansicht nach von einem Marktzutritt abgehalten, weil sie keine unabhängi-

gen Nachfrager mehr vorfinden, die sie mit Gas beliefern können.

653. Mit der vorliegenden Entscheidung hat die Europäische Kommission zum ersten Mal nach mehr als drei Jahren wieder ein Fusionsverbot ausgesprochen. Dies ist um so bemerkenswerter, als das Zusammenschlussvorhaben auf großes politisches Interesse gestoßen ist. Der derzeitige Präsident der Europäischen Kommission, Barroso, hatte sich in seiner Funktion als Ministerpräsident von Portugal für den Zusammenschluss eingesetzt. Die Untersagungsentscheidung kann somit zumindest auch als Beleg für die Unabhängigkeit der Kommission von Partikularinteressen einzelner Mitgliedstaaten gewertet werden. Großes Gewicht bei der endgültigen Entscheidungsfindung dürfte allerdings auch der Umstand gehabt haben, dass die etablierten Energieunternehmen in anderen Mitgliedstaaten für den Fall einer Genehmigung des Zusammenschlusses EDP/ENI/GDP ihrerseits vergleichbare Fusionsvorhaben angekündigt hatten. Laut Presseberichten wollte die Kommission es vor diesem Hintergrund vermeiden, einen Präzedenzfall zu schaffen.

654. Trotz monopolistischer Strukturen gab die Europäische Kommission den Zusammenschluss Total/Gaz de France am 8. Oktober 2004 frei. Der Zusammenschluss fand vor dem Hintergrund der Liberalisierung des französischen Gasmarktes statt und hatte unter anderem die Auflösung von zwei Gemeinschaftsunternehmen der Zusammenschlussbeteiligten zum Inhalt. Betroffen waren die Märkte für den Gastransport, für die Lagerung und für die Belieferung von Weiterverteilern sowie von Endkunden. In räumlicher Hinsicht sah die Kommission sowohl Anhaltspunkte für eine nationale wie für eine regionale Abgrenzung der betroffenen Märkte und prüfte den Zusammenschluss auf der Basis beider Alternativen. Selbst bei einer engen geographischen Marktabgrenzung konnte die Europäische Kommission allerdings keine Veränderung der Marktanteilsstrukturen durch den Zusammenschluss feststellen. Im Südwesten Frankreichs verfügte Total auf den Märkten für den Transport und die Lagerung von Gas – über seine Beteiligung an dem Gemeinschaftsunternehmen mit Gaz de France – bereits vor dem Zusammenschluss über ein Monopol. Auch bei der Belieferung von Weiterverteilern hielt Total schon bislang einen Marktanteil von 100 Prozent, bei der Belieferung von Endkunden immerhin noch 45 bis 55 Prozent. Durch den geplanten Zusammenschluss änderte sich an diesen Marktstrukturen nichts, es fand lediglich ein Übergang von gemeinsamer Kontrolle an dem bisherigen Gemeinschaftsunternehmen zu alleiniger Kontrolle statt. Prinzipiell bewertete die Europäische Kommission den Zusammenschluss positiv, weil er zur Auflösung von Überkreuzbeteiligungen zwischen Total und Gaz de France führte. Sie ging allerdings davon aus, dass Total nach dem Zusammenschluss über die Fähigkeit und die Anreize verfügen würde, neu eintretenden Wettbewerbern den Zugang zu seiner Infrastruktur hinsichtlich Transportnetzen und Lagerhaltungskapazitäten zu erschweren oder vorzuenthalten. Daher erteilte sie die Freigabeentscheidung nur unter Bedingungen und Auflagen. Die Monopolkommission bezweifelt, dass die Auflösung von

¹⁰¹ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 635 ff., 641 ff.

Überkreuzbeteiligungen zu den erhofften wettbewerbsförderlichen Auswirkungen auf den betroffenen Märkten führen wird. Schon in den Verfahren Veba/Viag und RWE/VEW sind sowohl die Europäische Kommission als auch das Bundeskartellamt davon ausgegangen, dass mit der Bereinigung von gemeinsamen Beteiligungen positive wettbewerbliche Effekte verbunden sein würden. Wie die Erfahrungen auf dem deutschen Strommarkt zeigen, haben sich diese Prognosen jedoch als zu optimistisch herausgestellt.

3.4.1.2 Marktanteile und Ausschreibungsmärkte

655. Die an Zusammenschlüssen beteiligten Unternehmen haben in mehreren Fällen versucht, die von der Europäischen Kommission ermittelten Marktanteile mit dem Hinweis auf das Vorliegen von Ausschreibungsmärkten zu relativieren. Diese Argumentation findet sich z. B. in den Verfahren Continental/Phoenix, Siemens/VA Tech, Air Liquide/Messer Targets sowie Honeywell/Novar. Die Europäische Kommission setzte sich mit dem Vorbringen der Parteien auseinander und nahm eine Beurteilung auf der Grundlage des konkreten Einzelfalls vor.

656. In dem Verfahren Continental/Phoenix argumentierten die Parteien, dass es sich bei dem Markt für Nutzfahrzeug-Luftfedern um einen Ausschreibungsmarkt handle und auch nach der Fusion noch mindestens drei glaubwürdige, marktstarke Mitbieter existierten. Zur Untermauerung ihrer These legte Continental ein Gutachten vor, das sich mit den Wettbewerbsverhältnissen auf Ausschreibungsmärkten beschäftigte. Dieses vermochte die Europäische Kommission jedoch nicht zu überzeugen. Zwar trafen die in dem vorgelegten Gutachten getroffenen Modellannahmen möglicherweise auf andere Ausschreibungsmärkte zu, ihrer Ansicht nach bilde der Markt für Nutzfahrzeug-Luftfedern aber allenfalls in Teilen einen Ausschreibungsmarkt. Unstreitig liege jedenfalls kein „offener“ Ausschreibungsmarkt vor, bei dem ein transparentes Verfahren gewährleistet sei und jeder Anbieter die gleiche Teilnahmemöglichkeit erhalte.

657. In dem Verfahren Siemens/VA Tech stellte die Kommission fest, dass der Zusammenschluss unter anderem zu einer erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs durch die Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für die Ausrüstung von Wasserkraftwerken führen würde. Siemens und VA Tech verfügten vor dem Zusammenschluss über 10 bis 20 Prozent bzw. 30 bis 40 Prozent der Marktanteile und würden gemeinsam einen hohen absoluten Marktanteil sowie einen weiten Abstand zu ihren nächsten Wettbewerbern erreichen. Siemens argumentierte, dass es sich bei der Wasserkraftwerksausrüstung um einen Ausschreibungsmarkt mit der Folge handle, dass Marktanteile an sich wenig aussagekräftig seien. Die Kommission teilte diese Ansicht jedenfalls in ihrer Generalität nicht. Ihrer Ansicht nach lasse die Tatsache, dass es in einem Markt Ausschreibungen gebe, für sich genommen noch keine Schlussfolgerung auf die zu erwartende Intensität des Wettbewerbs oder auf die Aussagefähigkeit von Marktanteilen im Hinblick auf eine mögliche Marktmacht zu. Ent-

scheidend sei vielmehr die Struktur der Bietsituationen im Einzelfall. Im vorliegenden Fall komme es zu häufigen Ausschreibungen mit sehr kleinem Auftragsvolumen. Insbesondere angesichts der großen Zahl von Ausschreibungen müsse davon ausgegangen werden, dass die beobachtete Marktanteilsstruktur nicht zufällig zustande gekommen sei, sondern das Ergebnis des von den verschiedenen Herstellern angebotenen Produktportfolios, ihrer Kostenstruktur und der Kundenpräferenzen sei. Die Marktanteile enthielten somit erhebliche Informationen über die Marktmacht der verschiedenen Anbieter.

Anders beurteilte die Kommission das Ausschreibungsargument nur in Bezug auf den Markt für Energieübertragung und -verteilung. Hier erreichen die Parteien im Jahr 2003 bei einer engen Marktabgrenzung auf dem Teilmarkt für Turnkey-Hochspannungsprojekte 60 bis 70 Prozent der Anteile. Außerdem verringerte sich durch den Zusammenschluss nach Auffassung der Kommission die Anzahl der glaubwürdigen Anbieter von vier auf drei, es verblieben lediglich Siemens/VA Tech, ABB und Areva im Markt. Ähnlich wie im Wasserkraftmarkt machte Siemens geltend, dass die Marktanteile in den betroffenen Märkten keinen unmittelbaren Aufschluss über die Marktmacht der Anbieter gäben, weil Aufträge über Ausschreibungen vergeben würden. Die Kommission folgte dem Vortrag der Parteien, weil nach ihren Ermittlungen der Markt für Turnkey-Hochspannungsprojekte stark projektabhängig sei. Der Großteil der Umsätze in einem Jahr ergebe sich aus einer kleinen Anzahl von Großprojekten, dementsprechend schwankten die Marktanteile der Wettbewerber im Zeitablauf stark. So habe im Fünfjahreszeitraum von 1999 bis 2003 der jährliche Marktanteil von Siemens zwischen 5 bis 10 Prozent und 50 bis 60 Prozent gelegen, VA Tech erzielte in der gleichen Periode einen Marktanteil zwischen > 2 Prozent und 15 bis 20 Prozent. Die übrigen Umsätze entfielen jeweils auf ABB und Areva.

658. In dem Verfahren Honeywell/Novar, das die Europäische Kommission in der ersten Verfahrensphase unter Auflagen abschloss, ergaben sich wettbewerbliche Bedenken vor allem auf dem italienischen Markt für die Lieferung von Feueralarmsystemen an Installateure. Die Parteien kamen zusammen auf Marktanteile in Höhe von 50 bis 60 Prozent und versuchten, diese mit dem Argument zu relativieren, dass es sich bei dem nachgelagerten Markt für die Installation von Feueralarmsystemen um einen Ausschreibungsmarkt handle. Als Nachweis legten sie einige an sie gerichtete Preisanfragen von Endkunden vor. Diese vermochten die Europäische Kommission allerdings nicht zu überzeugen, zumal sie einen nachgelagerten und nicht den untersuchten Markt betrafen. Der Letztere zeichne sich dadurch aus, dass sich die Preise nach Preislisten richteten und nur gelegentlich nachverhandelt würden. Lediglich bei sehr großen Projekten komme es vor, dass Installateure nach einem besonderen Rabatt fragten.

659. Auch nach Auffassung der Monopolkommission liefern Marktanteile nur einen ersten Anhaltspunkt für die Beurteilung der wettbewerbslichen Stärke der Zusammen-

schlussparteien. Insbesondere in Ausschreibungsmärkten können sich Marktanteile relativ schnell und gravierend ändern. Die Europäische Kommission muss daher einem entsprechenden Vortrag der Parteien nachgehen und untersuchen, ob ein Ausschreibungsmarkt vorliegt. Maßgeblich ist ferner, wie ein solcher Ausschreibungsmarkt im Einzelfall ausgestaltet ist: Können die Lieferanten ihre Angebote nur bei wenigen großvolumigen Projekten pro Jahr abgeben, sind Marktanteile weniger aussagekräftig als bei der Ausschreibung vieler kleiner Projekte. Das Gewicht der Marktanteile nimmt auch dann wieder zu, wenn diese – wie im Fall Air Liquide/Messer Targets – über mehrere Jahre stabil geblieben sind, besonders enge Kunden-Lieferanten-Beziehungen bestehen, Informationsvorsprünge des bisherigen Lieferanten existieren oder die Verlässlichkeit von Lieferungen eine besondere Rolle spielt.

3.4.1.3 EWR-weite Marktanteile bei nationaler Marktabgrenzung

660. Kritisch beurteilt die Monopolkommission die Praxis der Europäischen Kommission, bestimmte räumlich relevante Märkte abzugrenzen, bei der anschließenden wettbewerblichen Beurteilung aber auf Marktanteile in weiter definierten Märkten zurückzugreifen. Eine solche Vorgehensweise hat die Europäische Kommission z. B. in den Verfahren Owen-Illinois/BSN Glasspack und Johnson & Johnson/Guidant gewählt. In dem letzteren Fall ging es um medizinische Geräte und Zubehör, wobei im Wesentlichen drei Bereiche betroffen waren: interventionäre kardiologische Geräte, endovaskuläre Produkte sowie Geräte für die Herzchirurgie. Alle drei Bereiche setzten sich aus mehreren Teilmärkten für einzelne Geräte und Zubehörteile zusammen. In räumlicher Hinsicht gelangte die Kommission zu einer nationalen Marktabgrenzung, da sich die Beschaffung der Produkte durch Krankenhäuser u.ä. sowie die Kostenerstattung durch die Krankenkassen in den einzelnen Mitgliedstaaten wesentlich unterschieden. Trotzdem hat die Europäische Kommission bei einer Vielzahl von sachlichen Märkten die EWR-weiten Marktanteile zur Grundlage ihrer Beurteilung gemacht, die häufig erheblich von den nationalen Marktanteilen abwichen. So ermittelte die Kommission bei verschiedenen Geräten im kardiologischen Bereich EWR-weite Marktanteile in Höhe von bis zu 35 Prozent. Betrachtet man die Marktanteile auf nationaler Basis, erreichten die Parteien jedoch häufig Anteile bis zu 60 Prozent, in Einzelfällen sogar bis zu 85 oder 95 Prozent. Mit Hinweis auf die EWR-weiten Marktanteile und die EWR-weite Marktführerschaft zweier Konkurrenten von Johnson & Johnson/Guidant verneinte die Kommission das Vorliegen von wettbewerblichen Beeinträchtigungen selbst in den Mitgliedstaaten, in denen die Zusammenschlussparteien sehr hohe Marktanteile hielten.

661. Angesichts der erheblichen nationalen Unterschiede ist die Feststellung der Europäischen Kommission, die EWR-weiten Marktanteile seien im Großen und Ganzen repräsentativ, nicht nachzuvollziehen. Ebenfalls zweifelhaft bleibt die von der Kommission gezogene Schlussfolgerung, es bestünden auch hinsichtlich dieser

Mitgliedstaaten keine Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeeinträchtigung. Zu erklären ist das Vorgehen der Europäischen Kommission wohl nur mit der erheblichen Anzahl zu untersuchender Teilmärkte. Möglicherweise hat sich die Kommission auf die Prüfung der Märkte konzentriert, auf denen negative Zusammenschlussfolgen ihrer Ansicht nach am ehesten nachweisbar waren. Diese Vorgehensweise spiegelt die Schwierigkeiten wider, in den relativ kurzen Verfahrensfristen der FKVO hunderte von Märkten eingehend zu untersuchen und gegebenenfalls geeignete Zusagen zu bestimmen. Eine gewisse Abhilfe kann in solchen Fällen eine Verfahrensverlängerung um bis zu 20 Arbeitstage schaffen, wie sie seit der jüngsten Reform in Artikel 10 Abs. 3 FKVO vorgesehen ist. Jedenfalls muss die Europäische Kommission künftig darauf hinwirken, derart offensichtliche Widersprüche in ihren Entscheidungen zu vermeiden.

662. Auf dem Markt für bestimmte Gefäßprothesen für Herzkranzgefäße (Stents) hat die Europäische Kommission den aktuellen Marktanteilen dagegen kaum Beachtung geschenkt. Obwohl auf dem Markt nur zwei aktuelle Wettbewerber, Johnson & Johnson und Boston Scientific mit 40 bis 50 Prozent bzw. 50 bis 60 Prozent der Marktanteile tätig sind, hatte die Kommission insoweit keine Bedenken gegen den Zusammenschluss. Sie konzentrierte sich auf die Untersuchung des potentiellen Wettbewerbs, der ihrer Ansicht nach genügte, um Verhaltensspielräume der neuen Unternehmenseinheit zu verhindern. Diese Einschätzung traf die Kommission wahrscheinlich, weil der Markt für kardiologische Geräte stark innovativ geprägt ist und schnell wächst. Auch nach Ansicht der Monopolkommission können sich Marktanteile unter diesen Voraussetzungen kurz- bis mittelfristig erheblich verändern und erlangen nicht dieselbe Aussagekraft wie bei einem ausgereiften Markt. Nähere Erläuterungen in der Entscheidung zu diesem Zusammenhang und den Beweggründen der Europäischen Kommission wären allerdings wünschenswert gewesen.

3.4.2 Substitutionsverhältnis

663. Ein Ausdruck des von der Europäischen Kommission angestrebten more economic approach ist die Prüfung des Substitutionsverhältnisses zwischen den Zusammenschlussparteien einerseits und ihren Wettbewerbern andererseits. Die Leitlinien der Europäischen Kommission zu horizontalen Zusammenschlüssen führen dazu aus, dass ein solches Vorgehen insbesondere bei differenzierten Produkten sinnvoll ist.¹⁰² Die Monopolkommission teilt diese Auffassung. Vor allem bei differenzierten Produkten können die ermittelten Marktanteile allenfalls einen ersten Anhaltspunkt für die Bewertung von Zusammenschlussfällen bilden. Daher sollte die Europäische Kommission stets versuchen, die auf dem untersuchten Markt vorhandenen Substitutionsbeziehungen in ihre Gesamtbetrachtung einzubeziehen. Dies gilt vor dem Hintergrund, dass ein Zusammenschluss zwischen zwei

¹⁰² Vergleiche Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ..., a. a. O., Rz. 28 ff.

Unternehmen, die weit entfernte Substitute anbieten, aus wettbewerbsrechtlicher Sicht weniger kritisch zu bewerten ist als bei Vorliegen eines besonders engen Näheverhältnisses. Eine Untersuchung von Substitutionsbeziehungen hat die Europäische Kommission bereits während des letzten Berichtszeitraums vorgenommen und besonders in den Fällen Siemens/Drägerwerke und GE/Instrumentarium weiterentwickelt.¹⁰³ Auch in der jüngsten Entscheidungspraxis findet sich eine Reihe von Fällen, in denen das Substitutionsverhältnis zwischen den verschiedenen Produkten auf einem Markt eine wichtige Rolle spielte. Zum Teil deckten sich die Untersuchungsergebnisse der Kommission mit der Einschätzung, die aus der ermittelten Marktanteilshöhe resultierte, zum Teil wurden hohe Marktanteile der Parteien aber auch relativiert.

664. In dem Verfahren Continental/Phoenix bestätigte die Befragung der Kunden in Bezug auf den Markt für Nutzfahrzeug-Luftfedern, dass bei den meisten der sechs abgefragten Kategorien technische Kompetenz/Innovation, Qualität/Zuverlässigkeit, Kundendienst/Support sowie bisherige Erfahrungen, Preis und freie Kapazität entweder Continental oder Phoenix auf Platz eins oder zwei lagen. Bestärkt sah sich die Kommission in dieser Feststellung durch die Ergebnisse einer von ihr durchgeführten Analyse der Lieferbeziehungen von insgesamt 18 Kunden. Nach Ausschluss der Aufträge, die ohne Ausschreibung vergeben worden waren, verblieben 18 Anforderungen zur Angebotsabgabe. Bei neun dieser 18 Anfragen nahmen nach den Ermittlungen der Kommission sowohl Continental als auch Phoenix teil. Nach den Berechnungen der Kommission wurden die Zusammenschlussparteien in 70 bis 80 Prozent aller Aufträge, für die sich beide bewarben bzw. in 30 bis 40 Prozent aller offenen Auftragsvergaben als engste Wettbewerber eingestuft. Der größte Wettbewerber Firestone dagegen wurde nur fünfmal zusammen mit Continental angefragt und war lediglich in zwei dieser Fälle bzw. in 11 Prozent aller Angebotsanfragen der engste Wettbewerber von Continental. Durch den Zusammenschluss wäre daher ein Unternehmen aus dem Markt ausgeschieden, das von den Kunden als stärkster Wettbewerber von Continental angesehen wurde. Dies hätte den Wettbewerbsdruck, dem Continental bisher ausgesetzt war, erheblich gemindert.

665. In dem Fall Siemens/VA Tech prüfte die Kommission auf dem Markt für Turnkey-Hochspannungsprojekte ebenfalls, ob Siemens und VA Tech von einer erheblichen Anzahl von Kunden als erste und zweite Wahl eingeschätzt wurden oder ob die beiden Unternehmen aufgrund ihrer Kostenstruktur bei Ausschreibungen gegenseitig besonders wichtige Wettbewerber waren. Allerdings ließen weder die Marktbefragung noch die Ausschreibungsdaten eine solche Annahme zu. Aus Letzteren ergab sich, dass ABB, gefolgt von Areva, die bei weitem am häufigsten im direkten Wettbewerb zu Siemens bietenden Unternehmen darstellten. Des Weiteren überprüfte die Kommission anhand der Ausschreibungsdaten, ob Siemens und

VA Tech möglicherweise in einer signifikanten Anzahl von Bietsituationen als niedrigster und zweitniedrigster Anbieter auftraten und damit im Wettbewerb einen besonders wichtigen Einfluss auf den Transaktionspreis ausübten. Auch diese Annahme konnte anhand der Daten nicht bestätigt werden.

666. Der Fall Bayer Healthcare/Roche betraf verschiedene Märkte für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel. Auf dem österreichischen Markt für Magensäuremittel erreichten die Parteien Anteile von 55 bis 60 Prozent, was zunächst erhebliche wettbewerbliche Befürchtungen der Kommission auslöste. Bei der Marktuntersuchung stellte sich allerdings heraus, dass die Produkte von Bayer und Roche relativ weit entfernte Substitute bildeten, während zwei engere Ersatzprodukte von Wettbewerbern auf dem Markt verblieben. Außerdem ermittelte die Kommission drei potentielle Konkurrenten, die bereits auf benachbarten Märkten aktiv waren. Sie kam daher zu dem Schluss, dass die hohen gemeinsamen Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten die Wettbewerbssituation nicht richtig wiedergaben und verneinte die Gefahr einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung.

Auf dem österreichischen Markt für Schmerzmittel bestätigte die Marktuntersuchung hingegen die zuvor geäußerten Wettbewerbsbedenken. Nach dem Zusammenschluss hätten sich die Anteile der Parteien auf 50 bis 55 Prozent summiert. Außerdem waren die beiden Produkte der Parteien in der Marktuntersuchung stets bei den besten drei Arznei-Alternativen genannt worden. Der weite Marktanteilsabstand zu den Konkurrenten, der Zuwachs von Bayers Anteilen in der jüngeren Vergangenheit sowie die erheblichen Marktanteilsadditionen wirkten sich erschwerend aus. Zu Lasten der Parteien bewertete die Kommission ferner die hohen Marktzutrittsbarrieren in Form von Werbekosten, die ausgeprägte Markentreue der Kunden sowie die begrenzte Nachfragemacht. Als problematisch beurteilte die Kommission schließlich auch den irischen Markt für Medikamente gegen lokale Pilzkrankungen. Die gemeinsamen Marktanteile der Zusammenschlussbeteiligten erreichten hier 55 bis 60 Prozent, wobei es zu signifikanten Anteilsadditionen kam. Der weite Marktanteilsabstand zu den Konkurrenten sowie erhebliche Marktzutrittshindernisse sprachen ebenfalls für eine Gefährdung des Wettbewerbs. Auf das Maß an Substituierbarkeit zwischen den Produkten der Parteien und ihrer Wettbewerber ging die Kommission nicht mehr ein.

667. Im vorliegenden Fall fällt auf, dass die Europäische Kommission bei dem ersten der betrachteten Märkte fast ausschließlich die Marktanteile und die Substitutionsbeziehungen heranzieht und kaum weitere Marktmerkmale untersucht. Eine solche Vorgehensweise erscheint der Monopolkommission verkürzt. Die Beurteilung eines Zusammenschlusses sollte stets auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung erfolgen, die alle wesentlichen Kriterien berücksichtigt. Die Einbeziehung der Substitutionsbeziehungen in die wettbewerbliche Einschätzung darf nicht dazu führen, dass sich die Beurteilung auf dieses Kriterium beschränkt und sonstige Marktmerkmale vernachlässigt werden. Überzeugender erscheint daher die

¹⁰³ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 798 ff.

Beurteilung der beiden anderen genannten Märkte – Schmerzmittel in Österreich und Medikamente gegen Pilzerkrankungen in Irland. Hier werden neben Marktanteilen noch mehrere weitere Strukturmerkmale, insbesondere die hohen Marktzutrittsschranken, berücksichtigt. Allerdings bleibt insofern festzustellen, dass die Europäische Kommission zwar auf dem österreichischen Schmerzmittelmarkt der Frage der Substituierbarkeit nachgeht, eine entsprechende Untersuchung in Bezug auf den irischen Markt jedoch unterlässt. Bei Marktanteilen von 50 bis 55 Prozent in Österreich und 55 bis 60 Prozent in Irland ist diese unterschiedliche Vorgehensweise nicht ohne weiteres nachvollziehbar.

668. In dem Verfahren Piaggio/Aprilia ging die Europäische Kommission zwar anhand des traditionellen Konzepts der Einzelmarktbeherrschung und einer konventionellen Marktabgrenzung vor, der Schwerpunkt der Untersuchung lag jedoch auf den jeweiligen Substitutionsverhältnissen in den betroffenen Märkten. Im Mittelpunkt der Prüfung standen die italienischen Märkte für Motorroller unter 50 cc und für Zweiräder über 50 cc. Auf ersterem Markt hätte der Zusammenschluss den Marktführer Piaggio mit einem Anteil von 35 bis 40 Prozent und den zweiten Anbieter Aprilia mit 15 bis 20 Prozent der Marktanteile vereint. Die Parteien verfügten in Italien über zahlreiche bekannte Marken und Modelle. Darüber hinaus ging die Europäische Kommission der Frage nach, welche Substitutionsverhältnisse auf dem Markt bestanden. Die Kommission nutzte hierbei den Umstand, dass Aprilia im Jahr 2004 in eine schwere finanzielle Krise gekommen war und seine Produktion in der ersten Hälfte 2004 zeitweise hatte einstellen müssen. Dadurch hatte Aprilia einen erheblichen Teil seiner Umsätze und Marktanteile verloren. Die Kommission untersuchte nun, welche Fahrzeuge von Aprilias Umsatzrückgang besonders profitiert hatten. Dabei stellte sich heraus, dass Piaggio seine Marktanteile in der fraglichen Zeit um etwa 11 Prozent hatte steigern können. Aus dem Zusammenspiel von hohen gemeinsamen Marktanteilen, engem Näheverhältnis sowie dem breiten Portfolio bei Marken und Modellen folgte die Kommission, dass die Fusion die neue Unternehmenseinheit in die Lage versetzen würde, den italienischen Markt für Motorroller unter 50 cc zu dominieren.

Anders beurteilte die Europäische Kommission dagegen den Markt für Zweiräder über 50 cc. Hier hielten die Parteien immerhin gemeinsame Anteile in Höhe von ca. 40 bis 45 Prozent, Honda und Yamaha folgten mit jeweils etwa 20 Prozent. Soweit die Substitutionsbeziehungen zwischen den verschiedenen Anbietern betroffen waren, stellte die Kommission fest, dass die Umsatzverluste von Aprilia von allen drei großen Wettbewerbern aufgefangen worden waren, in erster Linie allerdings von Honda. Daraus und aus den breiten Portfolios, dem starken Markenimage sowie den etablierten Distributionsnetzen der japanischen Produzenten schloss die Kommission, dass diese auch nach dem Zusammenschluss noch starken Wettbewerbsdruck ausüben würden.

669. Die Kommission war in dem Verfahren Piaggio/Aprilia in der Lage, die besonderen Umstände im Umfeld des Zusammenschlusses für ihre Beurteilung zu nutzen. Dadurch dass Aprilia in der jüngeren Vergangenheit einen großen Teil seiner Marktanteile verloren hatte, ließ sich das Substitutionsverhältnis zwischen dem Unternehmen und den sonstigen Marktteilnehmern relativ einfach ermitteln. Die Kommission musste hierzu nicht auf Kundenbefragungen zurückgreifen oder Preisdaten analysieren, sondern lediglich untersuchen, wie sich diese verloren gegangenen Marktanteile tatsächlich auf die Wettbewerber von Aprilia verteilt hatten.

670. Die auf einem Markt angebotenen Produkte können auf unterschiedliche Weise voneinander abweichen. Zum einen kommt eine sachliche Produktdifferenzierung in Frage, die sich z. B. nach der chemischen Zusammensetzung, den technischen Merkmalen, der Qualität sowie der Marke, dem Werbungsumfang oder dem Image des Produktes vornehmen lässt. In diesem Sinne haben sich die Ermittlungen in den oben dargestellten Fällen auf das sachliche Näheverhältnis konzentriert. In Betracht kommt aber auch eine Unterscheidung in räumlicher Hinsicht. Ein besonders enges Substitutionsverhältnis ist bei benachbarten Produktions- oder Verkaufsstätten anzunehmen, während weiter entfernte Standorte weniger Wettbewerbsdruck aufeinander ausüben. Nach den Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen ist der Standort insbesondere beim Einzelhandelsvertrieb, bei Banken, Reisebüros und Tankstellen von Bedeutung.¹⁰⁴

671. Dementsprechend stand bei der Entscheidung Owen-Illinois/BSN Glasspack vom 9. Juni 2004 die besondere räumliche Nähe der Zusammenschlussparteien im Mittelpunkt der Überlegungen zum Ausmaß der Substituierbarkeit. Das Vorhaben betraf verschiedene räumliche Märkte für Glasverpackungen. Nach der Untersuchung der Europäischen Kommission waren Lieferbeziehungen durch die hohen Transportkosten determiniert, so dass regionale Märkte in einem Umkreis von 300 bis 400 km um die jeweiligen Produktionsstätten als angemessen angesehen wurden. Das Einzugsgebiet der Produktionsanlagen konnte dabei durchaus grenzüberschreitend sein. Auf dieser Grundlage stellte die Kommission fest, dass sich die Verkaufsaktivitäten der Parteien in mehreren Ländern, nämlich Frankreich, Italien, Benelux, Deutschland, Spanien und Vereinigtes Königreich, überschneiden. Wettbewerbliche Nachteile befürchtete die Kommission vor allem in den Regionen Nordostspanien/Südwestfrankreich sowie Südostfrankreich/Norditalien.

672. Auf dem nationalen Markt Frankreich ermittelte die Kommission BSN als Marktführer mit einem Anteil von 40 bis 50 Prozent, gefolgt von St. Gobain mit 35 bis 45 Prozent, dem einzigen großen Wettbewerber mit ebenfalls inländischer Produktion. In Italien wiederum stelle Owen-Illinois den größten Anbieter mit Anteilen von 35 bis 45 Prozent dar. Nächster Wettbewerber sei hier ebenfalls St. Gobain mit 25 bis 35 Prozent. Die

¹⁰⁴ Vergleiche Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ..., a. a. O., Rz. 28, Fn. 32.

Kommission beobachtete zwar auf nationaler Ebene nur jeweils geringe Marktanteilsadditionen in Höhe von 0 bis 10 Prozent bzw. 0 bis 5 Prozent, ihren Ermittlungen zufolge bildeten die Zusammenschlussparteien jedoch auf den maßgeblichen regionalen Märkten jeweils eine wichtige Bezugsalternative für die Nachfrager. Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass die Europäische Kommission die Marktanteile lediglich auf nationaler Basis nennt, obwohl sie zuvor regionale Märkte abgegrenzt hat. Möglicherweise hielt sie die sonstigen Marktmerkmale für so gewichtig, dass sie auf eine Ermittlung der regionalen Anteile verzichtete. Nicht auszuschließen ist allerdings, dass die kurzen Fristen in der ersten Verfahrensphase nicht ausreichten, um weitere Ermittlungen auf regionaler Basis anzustellen. Eine solche Vorgehensweise würde die Monopolkommission für bedenklich halten. Es ist in einem solchen Fall vorzugswürdig, die zweite Verfahrensphase einzuleiten und der Beurteilung – nach eingehender Untersuchung – die regionalen Marktanteile zugrunde zu legen.

673. In Hinsicht auf den zweiten betroffenen regionalen Markt betonte die Kommission ausdrücklich das besonders enge geographische Substitutionsverhältnis der beteiligten Unternehmen. Sie verfügten beide über Produktionsstätten in Barcelona und exportierten ihre Produkte von dort nach Südwestfrankreich. Hinzu kamen auch hier ein hoher gemeinsamer Kapazitätsanteil der Parteien von über 50 Prozent sowie erhebliche Marktzutrittshindernisse. Neben St. Gobain seien lediglich kleinere, lokale Anbieter auf dem Markt tätig, die im Wesentlichen nicht für den Export produzierten. Die Bedenken der Kommission konnten durch Veräußerungszusagen ausgeräumt werden, die zu einem Wegfall sämtlicher durch den Zusammenschluss verursachter Überschneidungen führten.

3.4.3 Anbieterwechsel und Kapazitäten

674. Die Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen nennen neben den Marktanteilen und den Substitutionsbeziehungen zwischen verschiedenen Konkurrenten weitere Faktoren, die darüber entscheiden können, ob spürbare unilaterale Wirkungen von einem Zusammenschluss zu erwarten sind. Hierzu gehören die Möglichkeiten der Kunden, zu anderen Anbietern zu wechseln, und die Frage, ob Konkurrenten über ausreichende Kapazitäten verfügen.¹⁰⁵ Zu Wettbewerbsbedenken gibt ein Zusammenschluss hiernach besonders dann Anlass, wenn die Kunden der fusionierenden Parteien Schwierigkeiten haben, zu anderen Anbietern überzuwechseln, wenn nur wenige alternative Anbieter vorhanden sind oder erhebliche Umstellungskosten entstehen würden. Dasselbe gilt, wenn es aufgrund der Marktbedingungen unwahrscheinlich ist, dass die Wettbewerber der fusionierenden Parteien ihr Angebot bei Preiserhöhungen spürbar steigern. Falls umgekehrt Marktbedingungen vorherrschen, bei denen Wettbewerber über ausreichende Kapazitäten verfügen und eine entsprechende Absatzsteigerung für sie ge-

winnbringend ist, sind Wettbewerbsbedenken in der Regel unbegründet. Diese Grundsätze fanden in einigen Entscheidungen während des Berichtszeitraums Anwendung.

675. Die Produktionskapazitäten und Ausweichmöglichkeiten standen in dem Verfahren Blackstone (Celanese)/Acetex, das am 13. Juli 2005 mit einer Freigabe ohne Bedingungen und Auflagen endete, im Mittelpunkt der Überlegungen. Von dem Zusammenschluss waren insbesondere die weltweiten Märkte für Essigsäure, für Vinylacetatmonomere und für Essiganhydrid betroffen. Die Europäische Kommission ging davon aus, dass es sich um sehr homogene Güter handelte, so dass Produktionskapazität und Auslastungsgrad zu den wichtigsten Kriterien für die Bewertung der Wettbewerbsposition zählten. Daneben legte die Kommission besonderes Augenmerk auf die Fähigkeit der Abnehmer, den Lieferanten zu wechseln.

Auf dem Markt für Essigsäure würde das fusionierte Unternehmen mit jeweils 20 bis 30 Prozent der Anteile an den Produktionskapazitäten und dem Handelsmarkt zum größten bzw. zweitgrößten Anbieter. Ähnlich hohe Anteile hält der Wettbewerber BP. Die Kommission ermittelte außerdem den HHI, der infolge des Zusammenschlusses um 184 Punkte auf 1.328 bei den Kapazitäten und auf dem Handelsmarkt um 216 auf 1.514 Punkt ansteigen würde. Mit ausdrücklichem Verweis auf die Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen wertete die Kommission diese Zahlen als ersten Hinweis darauf, dass keine horizontalen Wettbewerbsbedenken bestehen.¹⁰⁶ Zur weiteren Begründung griff die Europäische Kommission auf eine unabhängige Marktstudie zurück, der zufolge die globale Produktionskapazität zwischen 2004 und 2009 um 34 Prozent und die weltweite Nachfrage um 17 Prozent wachsen werde. Damit stand nach Auffassung der Kommission fest, dass die Kapazitäten auch weiterhin über der Nachfrage liegen, der Abstand zwischen beiden sogar noch zunehmen würde. Die Kommission folgerte daraus ein Absinken des Auslastungsgrads der tatsächlichen Kapazitäten von 85 auf 76 Prozent. Ferner stellte sich heraus, dass hauptsächlich die großen Hersteller neue Kapazitäten in Asien und im Nahen Osten planten. Diese Anlagen würden von einer besonders wettbewerbsfähigen Kostenstruktur profitieren, die eine Ausfuhr in andere Erdteile wirtschaftlich rentabel mache. Nach den Ermittlungen der Kommission hatte die Mehrheit der Abnehmer ihre Versorgungsquellen diversifiziert, die Käufer bezogen Essigsäure im Durchschnitt von drei verschiedenen Lieferanten. Rund 80 Prozent der Abnehmer bekundeten, dass sie den Lieferanten wechseln würden, wenn die Anmelder ihren Preis um 10 Prozent anheben würden.

676. Grundsätzlich sind die Erwägungen der Kommission in diesem Teil der Entscheidung nachvollziehbar. Gerade bei sehr homogenen Gütern kann dem Aspekt der Kapazitäten und der Frage von Ausweichmöglichkeiten besonderes Gewicht zukommen. Im vorliegenden Fall ist

¹⁰⁵ Vergleiche Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ..., a. a. O., Rz. 31 und 32 ff.

¹⁰⁶ Vergleiche Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse ..., a. a. O., Rz. 20.

allerdings nicht verständlich, inwieweit die geplanten Kapazitätserweiterungen in Asien und im Nahen Osten den unilateralen Effekten des Zusammenschlusses entgegenwirken können. Wie die Europäische Kommission selbst ausführt, soll ein Großteil der geplanten Kapazitäten von den Zusammenschlussparteien selbst bereitgestellt werden. So ist Blackstone/Celanese alleine für die Hälfte der Kapazitätserweiterungen in Asien verantwortlich, Ace-tex wird ca. 45 Prozent des Kapazitätsausbaus in Saudi Arabien vornehmen. Die Kommission setzt sich ferner in ihrer Entscheidung nicht mit der Möglichkeit auseinander, dass die Parteien ältere Produktionsstätten, die im Vergleich zu den geplanten Anlagen sehr ungünstige Kostenstrukturen aufweisen, nach dem Zusammenschluss schließen könnten. Vor diesem Hintergrund kann dem Aspekt der Kapazitätserweiterung nicht ohne weiteres eine wettbewerbsfördernde Wirkung zugesprochen werden.

Zweifel bleiben auch hinsichtlich der wettbewerblichen Würdigung des Marktes für Essiganhydrid bestehen. Die Zusammenschlussbeteiligten würden hier zwar nur zum zweitgrößten Hersteller zusammenwachsen, auf dem Handelsmarkt aber 30 bis 40 Prozent der Anteile auf sich vereinigen und Marktführer werden. Der HHI würde immerhin um 361 auf 2 139 Punkte steigen – nach den Leitlinien ein erstes Indiz für Wettbewerbsbedenken. Diese Bedenken werden von den Ausführungen der Kommission insbesondere zu den Kapazitäten nur unvollkommen ausgeräumt. Nach den Ermittlungen der Kommission beträgt der Auslastungsgrad auf dem Markt für Essiganhydrid über 90 Prozent, Kapazitätserweiterungen sind nicht geplant bzw. werden in der Entscheidung jedenfalls nicht genannt. Die Kommission gibt sich im Wesentlichen damit zufrieden, dass die Abnehmer ihre Versorgungsquellen gegenwärtig breit streuen. Sie geht jedoch nicht darauf ein, wie sich der Zusammenschluss auf die Möglichkeit, zwischen verschiedenen Anbietern zu wechseln, auswirkt. Dies wäre insbesondere vor dem Hintergrund der festgestellten hohen Kapazitätsauslastung und mangelnder Kapazitätserweiterungen von besonderem Interesse gewesen.

677. In dem Verfahren Bertelsmann/Springer planten die beteiligten Unternehmen die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, in das fünf Druckereistandorte in Deutschland und eine im Bau befindliche Druckerei in Großbritannien eingebracht werden sollten. Von dem Zusammenschluss betroffen waren verschiedene Märkte für den Tiefdruck von Zeitschriften, Katalogen und Werbebeilagen. Bei der wettbewerblichen Würdigung konzentrierte sich die Europäische Kommission auf den deutschen Markt für den Tiefdruck von Zeitschriften. Hier führte der Zusammenschluss zu einer Vereinigung des Marktführers mit dem drittgrößten Wettbewerber. Die hohen absoluten und relativen Marktanteile der Parteien sowohl bei den Kapazitäten als auch auf dem Handelsmarkt verursachten zwar zunächst gewisse Wettbewerbsbedenken bei der Europäischen Kommission, diese wurden aber durch ihre Überlegungen zu den verfügbaren Kapazitäten ausgeräumt.

Gegen eine wettbewerbsbehindernde Wirkung des Zusammenschlusses sprach nach Ansicht der Kommission insbesondere der Umstand, dass aktuelle Wettbewerber in der Lage seien, im Fall einer Preiserhöhung durch die neue Unternehmenseinheit zusätzliche Kapazitäten bereitzustellen. Dies könne einerseits durch die Aktivierung bisher ungenutzter Kapazitäten und andererseits über die in den nächsten zwei bis drei Jahren geplanten Kapazitätserweiterungen erfolgen. Außerdem ermittelte die Kommission, dass sich eine Umschichtung von Produktionskapazitäten weg von Katalogen und Werbebeilagen hin zu Zeitschriften für die Wettbewerber als technisch möglich und gewinnbringend erweisen würde. Insgesamt ergab sich aufgrund der durchgeführten Marktuntersuchung eine zusätzliche Kapazität von ca. 200 Kilotonnen. Diese Kapazität übertraf laut Kommission den Kapazitätsanteil, den die Parteien insgesamt für den Zeitschriftendruck benötigten, um ca. 50 Kilotonnen. Darüber hinaus machte die Kommission mindestens drei konkrete potentielle Wettbewerber im nahe gelegenen Ausland aus, deren Kapazitäten im Falle einer Preiserhöhung genutzt und ihrerseits noch aufgestockt werden könnten. Vor diesem Hintergrund verneinte die Europäische Kommission einen Preiserhöhungsspielraum seitens der Zusammenschlussbeteiligten auf dem Markt für den Tiefdruck von Zeitschriften. Die Kapazitätsumschichtung würde auch nicht zu höheren Preisen bei Katalogen und Werbebeilagen führen, denn insoweit könnte auf Anbieter aus dem nahe gelegenen Ausland ausgewichen werden.

678. Die Monopolkommission steht dem Ansatz der Europäischen Kommission, die Möglichkeit eines Anbieterwechsels zu untersuchen, grundsätzlich positiv gegenüber. In diesem Zusammenhang spielen die existierenden und die für die nähere Zukunft geplanten Kapazitäten der Konkurrenten eine wichtige Rolle. Die beiden Aspekte können insbesondere bei homogenen Gütern hohe gemeinsame Marktanteile und erhebliche Marktanteilsadditionen relativieren und somit wichtige Anhaltspunkte für das tatsächliche Ausmaß der negativen Effekte eines Zusammenschlusses liefern. Allerdings ist auch zu beachten, dass die Produktionskapazitäten alleine die Position eines Unternehmens am Markt nicht eins zu eins widerspiegeln.

Trotz der grundsätzlich positiven Haltung der Monopolkommission gegenüber der Berücksichtigung von alternativen Anbietern und freien Kapazitäten verbleiben im vorliegenden Fall gewisse Zweifel an der Freigabeentscheidung. Angesichts des von der Europäischen Kommission zitierten Umstands, dass die Kundenbeziehungen sehr stabil sind und manche Zeitschriften bereits über mehrere Jahrzehnte von ein und demselben Unternehmen gedruckt werden, wurde die Neigung zu einem Anbieterwechsel möglicherweise überschätzt. Die Vertragslaufzeiten, die bei immerhin zwei bis fünf Jahren liegen, könnten einem schnellen Anbieterwechsel ebenfalls entgegenstehen. Daneben ist die vorliegende Entscheidung in einigen Punkten unklar, welche die konkreten Berechnungsmethoden der Europäischen Kommission und die ihren Analysen zugrunde liegenden Daten betreffen. Fragen dieser Art ergeben sich insbesondere im Hinblick auf

die ermittelten Anreize für eine Kapazitätsumschichtung hin zu Zeitschriften. Zu bemängeln ist vor allem, dass die Europäische Kommission lediglich Unternehmenszahlen der Zusammenschlussparteien nennt und – obwohl schon diese stark differieren – daraus Folgerungen für das künftige Verhalten der Konkurrenten zieht, statt die entsprechenden Zahlen der Wettbewerber selbst heranzuziehen. Außerdem greift die Europäische Kommission in diesem Zusammenhang auf „gewichtete Mittelwerte“ zurück, ohne zu erklären, wie sie die Gewichtung vorgenommen hat. Die Kommission sollte sich in künftigen Fällen um angemessenere Daten bemühen oder zumindest im Entscheidungstext erläutern, warum diese nicht verwendet wurden.

679. Der Zusammenschluss Sonoco/Ahlstrom wirkte sich unter anderem auf dem Markt für hochwertige Papierfabrikhülsen aus, auf dem die Kommission die Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung in der Region Skandinavien befürchtete. Neben hohen gemeinsamen Marktanteilen der Parteien zeichnete sich der Markt durch erhebliche Zutrittsschranken und das Fehlen von Nachfragemacht aus. Vor diesem Hintergrund hielt die Kommission selbst hohe Überschusskapazitäten – die große Mehrzahl der Konkurrenten gab an, dass sie ihre Produktion kurzfristig um 25 bis 30 Prozent steigern könnte – nicht für ausreichend, um die Marktmacht der fusionierten Einheit vollständig auszugleichen.

In dem Verfahren Continental/Phoenix untersuchte die Europäische Kommission den Aspekt der Produktionskapazitäten auf mehreren betroffenen Märkten. Ihrer Ansicht nach führte der Zusammenschluss auf dem Markt für schwere Stahlseilfördergurte zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Kommission begründete dies unter anderem damit, dass für die Kunden kaum Möglichkeiten bestünden, auf Wettbewerber der Zusammenschlussparteien auszuweichen. Zwar verfügten alle Hersteller über freie Produktionskapazitäten, dieser Umstand spiele aber wegen des von den Kunden geforderten Qualifikationsverfahrens keine entscheidende Rolle. Ein solches Verfahren umfasse verschiedene Stufen und dauere z. T. mehrere Jahre. Es stelle somit ebenso wie die existierenden Exklusivlizenzen eine wichtige Markteintrittsbarriere für neue Anbieter dar. Nach den Erfahrungen der Vergangenheit genügte viele Anbieter den Qualitätsanforderungen der Kunden nicht, die deutschen Hersteller verfügten insoweit über einen maßgeblichen technologischen Vorsprung.

680. Die beiden Entscheidungen verdeutlichen, dass in jedem einzelnen Zusammenschlussfall eine Gesamtbeurteilung der Wettbewerbssituation vorgenommen werden muss. Auch freie Produktionskapazitäten der Konkurrenten stellen lediglich ein Kriterium von mehreren Marktstrukturmerkmalen dar, welche die Europäische Kommission bei ihrer Beurteilung von Zusammenschlüssen in Rechnung zu stellen hat. Insbesondere das Vorliegen hoher Marktzutrittsschranken kann die Existenz freier Kapazitäten relativieren. Diese Erkenntnis setzt die Europäische Kommission in den vorliegenden Entschei-

dungen in die Praxis um, indem sie in zutreffender Weise auf die Besonderheiten der betroffenen Märkte eingeht.

3.4.4 Quantitative Analysen

681. Am 7. Januar 2004 gab die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben Lagardère/Natexis/VUP, mit dem das französische Unternehmen Lagardère die Kontrolle über die Vermögenswerte von Vivendi Universal Publishing (VUP) erwerben wollte, unter weitreichenden Zusagen frei. Lagardère ist unter anderem in dem Bereich Kommunikation/Medien/Verlagswesen präsent, VUP betätigt sich in verschiedenen Bereichen des Verlagswesens und nimmt Logistik- und Distributionsaufgaben wahr. Der Zusammenschluss wirkte sich auf verschiedenen Segmenten des Buchmarktes aus. Die Europäische Kommission nahm während des Verfahrens umfangreiche Ermittlungen vor, wertete mehrere ihr vorgelegte Studien aus und ließ selbst Gutachten anfertigen.

Die Europäische Kommission definierte innerhalb des Buchmarktes den Markt für Verlegerrechte in französischer Sprache, den Markt für Vertriebs- und Auslieferungsdienstleistungen sowie den Markt für den Verkauf von Büchern. Sämtliche dieser Märkte umfassen eine Reihe von separaten Teilmärkten: Auf dem Markt für Verlegerrechte differenzierte die Kommission zwischen dem Markt für die Erstverwertung von Titeln und dem Markt für die Zweitverwertung. Der Markt für die Erstverlegerrechte, bei dem sich Verlage und Autoren gegenüberstehen, sei weiter nach verschiedenen Buchkategorien – unter anderem allgemeine Literatur, Kinderbücher, Comics sowie akademische und berufsbezogene Titel – zu unterteilen. Darüber hinaus lasse sich der Markt für die Erstverlegerrechte bei allgemeinen Literaturtiteln in ein Segment für französische Originaltitel und ein Segment für ausländische Originaltitel einteilen. Bei den Zweitverlegerrechten, bei denen sich in der Regel zwei Verlage gegenüberstehen, sei zwischen Taschenbuchrechten an allgemeinen Literaturtiteln einerseits und Buchklubrechten andererseits zu unterscheiden.

Die Erbringung von Vertriebsdienstleistungen für Verlage und die Erbringung von Auslieferungsdienstleistungen für Verlage bilden nach Ansicht der Kommission separate Märkte. Bei Vertriebsdienstleistungen sei zu unterscheiden, ob der Verkauf an Fachmärkte und Stadtteilbuchhandlungen, an Verbrauchermärkte oder an Großhändler erfolge. Im Rahmen von Auslieferungsleistungen nahm die Kommission keine weitere Abgrenzung vor. In dem Markt für den Verkauf von Büchern grenzte die Kommission die Teilmärkte danach ab, ob der Verkauf an Wiederverkäufer durch Verlage oder durch Großhändler erfolgt. Im ersteren Fall unterschied die Kommission den verlegerseitigen Verkauf an Fachmärkte und Stadtteilbuchhandlungen, an Verbrauchermärkte und an Großhändler. Ferner sei zu berücksichtigen, ob es sich um großformatige Bücher oder um Taschenbücher handele. Außerdem stellten die verschiedenen Kategorien von Büchern, unter anderem Werke der allgemeinen Literatur, Kinderbücher, Führer/Handbücher, Nachschlagewerke, Comics, Schulbücher, Bücher mit Schulbuchcharakter, Kunstbücher,

kleinere Spezialenzyklopädien, große Nachschlagewerke in Multimediaform oder Loseblattsammlungen, getrennte Produktmärkte dar. Von dem Verkauf an Wiederverkäufer sei der Endverbrauchermarkt zu unterscheiden. Bei diesem sei nur zwischen dem Markt für den Verkauf von größeren Nachschlagewerken in Buchform und von Büchern allgemein zu trennen.

682. Die Europäische Kommission kam zu dem Ergebnis, dass der Zusammenschluss auf einer ganzen Reihe von Einzelmärkten zur Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen führen würde. Hiervon erfasst waren unter anderem die Märkte für die Erstverleger- und Zweitverlegerrechte an allgemeiner Literatur, die Märkte für die Erbringung von Verkaufs- und Auslieferungsdienstleistungen für Verlage sowie die Märkte für den Verkauf von allgemeiner Literatur, von Kinder-, Sach-, Wörter- und von Schulbüchern. Zur Begründung führte die Kommission das Zusammenwirken von horizontalen, vertikalen und konglomeraten Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses an. In erster Linie betonte die Kommission die hohen absoluten und relativen Marktanteile der fusionierten Einheit, die in der Regel aufgrund deutlicher Marktanteilsadditionen zustande kämen. Darüber hinaus seien die Zusammenschlussparteien – im Gegensatz zu ihren Konkurrenten – auf allen Stufen des Buchmarktes tätig und nähmen auf verschiedenen Märkten der Buchkette starke Stellungen bzw. marktbeherrschende Positionen ein. Die neue Unternehmenseinheit würde über ein weitreichendes Vertriebsnetz verfügen und hätte über den Verkauf von Taschenbüchern die Möglichkeit zur Zweitverwertung. Die Anziehungskraft der fusionierten Einheit auf Autoren werde noch wegen ihrer besonderen Finanzkraft und der starken Präsenz in Werbung und Medien erhöht.

Weder aktuelle noch potentielle Wettbewerber sind nach Auffassung der Kommission imstande, den Verhaltensspielraum der neuen Unternehmenseinheit zu beschränken. Die aktuellen Wettbewerber seien deutlich kleiner und entweder gar nicht oder nur in geringem Umfang vertikal integriert. Ihre Position auf den verschiedenen Märkten der Buchkette reiche nicht an die der Zusammenschlussparteien heran. Den Markteintritt neuer Konkurrenten hielt die Kommission für unwahrscheinlich. Insbesondere die Notwendigkeit, eigene Vertriebs- und Auslieferungswege sowie eine eigene Taschenbuchreihe aufzubauen, stellten erhebliche Hindernisse für einen Marktzutritt dar. Auch die stark fragmentierte Marktgegenseite sei nicht in der Lage, ein ausreichendes Gegengewicht zu bilden. Sie setze sich aus zahlreichen Einzelakteuren – den Autoren – zusammen, deren Größe und wirtschaftliche Stärke in keinem Verhältnis zu derjenigen der fusionierten Einheit stehe. Zudem legten die Autoren besonderen Wert auf das Renommé eines Verlages, die Dichte seines Vertriebs- und Auslieferungsnetzes sowie seine vertikale Integration in den Taschenbuchsektor, alles Bedingungen, welche die neue Unternehmenseinheit in besonderem Maße erfülle.

683. Aus der Entscheidung geht hervor, dass die Europäische Kommission umfassende und detaillierte Markt-

untersuchungen vorgenommen hat. Sie richtete mehrere Auskunftsverlangen an Verlage und holte Informationen von Autoren, Literaturagenten und Wiederverkäufern ein. Einzelne Auskunftsverlangen betrafen „Verbraucher-/Supermärkte“, „Buchhandlungen“, „Vertrieb/Auslieferung“, „Konglomerate Effekte“ sowie „Taschenbuchrechte“. Außerdem forderte sie von verschiedenen Verlagen und Wiederverkäufern bestimmte Verträge und Dokumente an. Die Kommission stützte ihre Entscheidung daneben auf öffentlich zugängliche Statistiken, die Studie eines unabhängigen ökonomischen Beratungsunternehmens sowie auf eine von der Anmelderin zu Verfügung gestellte Studie eines Marktforschungsinstituts. Im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung gab die Kommission selbst eine Vergleichsstudie in Auftrag. Diese sollte Aufschluss darüber geben, welche Rabatte die Zusammenschlussparteien den Wiederverkäufern in Frankreich, Belgien und Luxemburg für Bücher der allgemeinen Literatur, für Schulbücher und für Werke mit Schulbuchcharakter gewähren und nach welchem Verfahren die jeweiligen Rabatte festgelegt werden. Aus den Ergebnissen der Studie schloss die Kommission, dass die Märkte für Bücher der allgemeinen Literatur und für Werke mit Schulbuchcharakter das französischsprachige Becken Europas umfassen, wohingegen die Märkte für Schulbücher national abgegrenzt werden müssten.

684. Um die Bedeutung unilateraler Effekte auf dem Markt für allgemeine Literatur zu messen, ließ die Europäische Kommission eine ökonometrische Studie anfertigen. Diese Studie entwickelt quantitative empirische Schätzungen eines integrierten Modells der Nachfrageseite und der Angebotsseite der französischen Büchermärkte. Diese Schätzungen bilden die Grundlage für Prognosen darüber, um wie viel die Ladenverkaufspreise für allgemeine Literatur aufgrund des Zusammenschlusses steigen und wie groß die sich daraus ergebenden Wohlfahrtsverluste der Konsumenten sein würden.

Zur Schätzung der Nachfrageseite wird unterstellt, dass Bücher differenzierte Güter sind, welche die Verbraucher in gewissem Maß, aber nicht vollkommen als Substitute betrachten. Die Intensität des Wettbewerbs zwischen zwei Titeln hängt von der Enge der Substitutionsbeziehungen ab. Diese werden auf der Grundlage des Modells für mehrere tausend Buchtitel, die zudem in verschiedenen Ladentypen verkauft werden, geschätzt. Die Schätzung beruht auf einem zweistufigen Ansatz, bei dem Substitutionsbeziehungen zwischen Titeln derselben Literaturgattung von Substitutionsbeziehungen zwischen Titeln verschiedener Literaturgattungen unterschieden wird. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass die Preiserhöhung für einen Kriminalroman die Kunden eher auf einen anderen Kriminalroman ausweichen lässt als auf ein Buch einer anderen Literaturgattung.

Auf der Angebotsseite wird ein Modell des Preiswettbewerbs zugrunde gelegt, bei dem die Anbieter erwägen, dass die Erhöhung des Preises für ein Buch den Erlös pro Kunden steigert, gleichzeitig aber – entsprechend den für die Nachfrageseite ermittelten Substitutionsbeziehungen – eine gewisse Abwanderung von Kunden zu anderen

Büchern zur Folge hat.¹⁰⁷ Wechseln die Kunden zu anderen Büchern des eigenen Verlags, so bewirkt der Abwanderungseffekt nicht unbedingt eine Erlösminderung; werden die Preise für alle Bücher desselben Verlags gleichzeitig erhöht, so ist ein solcher Wechsel wohl überhaupt vernachlässigbar. Das Wettbewerbsverhalten des einzelnen Anbieters hängt vor allem davon ab, welche Abwanderung zu Büchern anderer Verlage bzw. zu den Nichtlesern, im Falle einer Preiserhöhung zu gewärtigen ist. Dies wiederum hängt davon ab, wie viele andere Verlage es gibt, wie viele Titel sie anbieten und welche Preise sie verlangen. Im Gleichgewicht hängt die Höhe des Preisaufschlags über die Grenzkosten von der Zahl der Firmen im Markt und von der Verteilung der Titelzahlen über diese Firmen ab. Je weniger Firmen es gibt und je stärker die angebotenen Titel sich auf wenige Firmen konzentrieren, desto höher sind die Preisaufschläge.

685. Nach dieser Logik führt die durch den Zusammenschluss zweier Verlage bewirkte Reduktion der Zahl der Anbieter dazu, dass die Gleichgewichtspreise der Bücher steigen, weil die Kunden im Fall von Preiserhöhungen weniger Wechselmöglichkeiten haben, mithin die Nachfrage für jeden einzelnen Anbieter weniger elastisch wird. Die ökonomische Schätzung versucht, diesen Effekt zu quantifizieren. Allerdings bleibt unklar, ob bzw. auf welche Weise dabei auch mögliche Änderungen in der Zahl der angebotenen Titel berücksichtigt wurden. Zu denken wäre einerseits an eine monopolistische Reduktion des Titelangebots, andererseits an einen Marktzutritt neuer Verlage mit anderen Titeln. Ebenfalls ausgeblendet werden die Reaktionen des Handels. Mangels geeigneter Daten wird davon ausgegangen, dass die Erhöhungen der Endkundenpreise den Verlegern zugute kommen und nicht teilweise bei den Händlern verbleiben. Unter diesen Annahmen begründet die empirische Schätzung die Vorhersage, dass als Folge der hier zur Diskussion stehenden horizontalen Effekte des Zusammenschlusses die Nettoladenverkaufspreise um durchschnittlich 4,5 Prozent ansteigen würden. Für die Verbraucher würden sich Wohlfahrtsverluste in Höhe von 6,0 Prozent der Konsumentenrente, entsprechend 1,5 Prozent des Umsatzes, ergeben.

686. Im Gegensatz zur Entscheidung der Kommission, bei der unterschiedliche Märkte für großformatige und Taschenbücher sowie für die verschiedenen Distributionskanäle abgegrenzt werden, wird in der ökonomischen Studie angenommen, dass alle Verkäufe allgemeiner Literatur in einem übergreifenden Modell erklärt werden können, in dem diese Unterscheidungen als solche keine Rolle mehr spielen, es sei denn sie spiegeln sich in den ökonomischen Schätzergebnissen. Auf diese Unstimmigkeit ist die Kommission in ihrem Beschluss jedoch nicht eingegangen.

Außerdem fällt auf, dass die Kommission nur sehr knapp erläutert, welche Schlussfolgerungen sie aus dem Preis-

steigerungsspielraum der fusionierten Einheit zieht. Insbesondere verzichtet sie darauf zu erklären, ob sie jedwede Möglichkeit zur Preissteigerung negativ beurteilt oder ob bestimmte Schwellen überschritten sein müssen. Aus dem vorliegenden Fall lässt sich eindeutig nur feststellen, dass ein Preissteigerungspotential in Höhe von 4,5 Prozent als bedenklich gewertet wird.

687. Der vorliegende Fall ist ein Beispiel für die Anwendung des more economic approach bereits vor Inkrafttreten der VO 139/2004 und vor der Einführung des SIEC-Tests. Die Kommission stützte ihre Entscheidung durchgängig auf das Untersagungskriterium der Marktbeherrschung. Dies bestätigt die Feststellung der Monopolkommission in ihrem letzten Hauptgutachten, wonach die Anwendung eines more economic approach nicht notwendigerweise eine Änderung des bisherigen Untersagungskriteriums voraussetzt.¹⁰⁸ Vielmehr kann ein verstärkt ökonomischer Ansatz auch im Rahmen des Marktbeherrschungstests verfolgt werden.

3.4.5 Oligopolistische Marktbeherrschung

688. Die Europäische Kommission hat in mehreren Zusammenschlussfällen die Entstehung oder Verstärkung oligopolistischer Marktbeherrschung geprüft. Daraus resultierte etwa in den Verfahren Air Liquide/Messer Targets und Areva/Urenco/ETC JV die Auferlegung von Abhilfemaßnahmen. Eine entsprechende Untersuchung in den Fällen Blackstone/Acetex, Group 4 Falck sowie Sony/BMG ergab hingegen keine Bedenken der Kommission in Bezug auf gemeinsame marktbeherrschende Positionen.

Der Zusammenschluss zwischen der Sony Corporation und der Bertelsmann AG (BMG) betraf die Märkte für bespielte Tonträger, für Online-Musik und für Musikverlag. Die Kommission setzte sich in der vorliegenden Entscheidung hauptsächlich mit dem Markt für bespielte Tonträger auseinander, auf dem die Zusammenschlussparteien zu den führenden Unternehmen gehörten. Der Markt ist durch die Existenz von fünf großen, finanzstarken, überwiegend vertikal integrierten und weltweit tätigen Unternehmen sowie einer Vielzahl von kleinen, unabhängigen Musikanbietern charakterisiert. Die Kommission ging in einem ersten Schritt der Frage nach, ob in der Vergangenheit bereits kollektive Marktbeherrschung vorgelegen hat, die durch den Zusammenschluss verstärkt worden wäre. Dabei legte sie das Hauptgewicht ihrer Untersuchung auf eine Analyse der Preise in den vergangenen drei bis vier Jahren und kam zu dem Schluss, dass sie für eine entsprechende Feststellung nicht genug Beweise vorlegen könne. Daneben lasse sich der Nachweis einer kollektiven Marktbeherrschung auch nicht auf die bestehenden Marktstrukturen stützen. Anschließend untersuchte die Kommission die Entstehung von kollektiver Marktbeherrschung und räumte ein, dass die Verringerung der Anzahl der führenden Unternehmen von fünf auf

¹⁰⁷ Vergleiche Schwalbe, Ulrich, Ökonomisierung der Fusionskontrolle – Nichtkoordinierte Effekte und der SIEC-Test, Vorträge und Berichte des Zentrums für europäisches Wirtschaftsrecht Nr. 148, Bonn 2005, S. 11 ff.

¹⁰⁸ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 228 ff.

vier eine Koordination der verbleibenden Wettbewerber grundsätzlich erleichtere. Es gebe aber keine Beweise dafür, dass durch den Zusammenschluss die Transparenz derart erhöht und Vergeltungsmaßnahmen derart erleichtert würden, dass kollektive Marktbeherrschung angenommen werden könnte.

689. Die Argumentation der Europäischen Kommission zur fehlenden Markttransparenz erscheint weder bei der von ihr vorgenommenen Preis- noch bei der Marktstrukturanalyse durchweg überzeugend. In beiden Fällen stützte sie ihre Feststellung auf die transparenzverringende Wirkung von campaign discounts, denen sie maßgebliches Gewicht beimaß. Die Bedeutung der campaign discounts (Werbekostenzuschüsse) – etwa im Verhältnis zu anderen Rabatten – wird jedoch in der Entscheidung nicht näher erläutert oder mit Zahlen belegt. Anzumerken bleibt ferner, dass die Europäische Kommission im vorliegenden Fall im Wesentlichen die Entstehung oder Verstärkung oligopolistischer Marktbeherrschung geprüft hat, obwohl sich im Sinne eines more economic approach auch eine Untersuchung unilateraler Effekte im Oligopol angeboten hätte. Die nationalen Märkte sind jeweils hoch konzentriert, der Zusammenschluss verbindet den europaweit viert- und fünftgrößten Wettbewerber und verringert die Zahl der Majors von fünf auf vier. Möglicherweise verzichtete die Kommission auf eine entsprechende Untersuchung, weil der Zusammenschluss bereits im Januar 2004 und somit vor Inkrafttreten der VO 139/2004 angemeldet worden war. Der in Artikel 2 FKVO aufgenommene SIEC-Test war somit noch nicht auf den Zusammenschluss anzuwenden (Artikel 26 FKVO). Damit hätte die Kommission allerdings zum Ausdruck gebracht, dass unilaterale Effekte im Oligopol ihrer Ansicht nach nicht mit dem Marktbeherrschungstest erfasst werden. Zumindest kann man die vorliegende Entscheidung so deuten, dass es die Kommission hinsichtlich dieser Frage nicht auf ein Gerichtsverfahren ankommen lassen wollte. Zu einer gerichtlichen Überprüfung wird es aller Wahrscheinlichkeit dennoch kommen, da das Unternehmen Impala Klage gegen die Freigabeentscheidung eingereicht hat. Es bleibt abzuwarten, ob das Gericht auf den Aspekt der unilateralen Effekte im Oligopol eingehen wird.

3.4.6 Effizienzvorteile

690. Mit der geplanten Reform der FKVO hat auch die Diskussion um eine Berücksichtigung von Effizienzvorteilen neue Impulse erhalten. Sie hat ihren Niederschlag in Erwägungsgrund 29 des neuen Gesetzestextes gefunden, wonach bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen begründeten und wahrscheinlichen Effizienzvorteilen Rechnung getragen werden sollte. Nach Aussage des Gesetzgebers ist es möglich, dass die durch einen Zusammenschluss bewirkten Effizienzvorteile seine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen, insbesondere den möglichen Schaden für die Verbraucher, ausgleichen könnten, so dass durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb nicht erheblich behindert würde. Außerdem enthält der Erwägungsgrund den Auftrag an die Europäi-

sche Kommission, in Leitlinien die Bedingungen darzulegen, unter denen sie Effizienzvorteile bei der Prüfung eines Zusammenschlusses berücksichtigen könne. Diesem Auftrag ist die Kommission mit den Randziffern 76 ff. der Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse nachgekommen. Hiernach müssen die Effizienzvorteile den Verbrauchern zugute kommen, fusionsspezifisch und überprüfbar sein, damit die Kommission geltend gemachte Effizienzvorteile bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses berücksichtigen und diesen genehmigen kann. Die genannten Bedingungen müssen kumulativ vorliegen und von den Zusammenschlussparteien belegt werden.

691. Während des Berichtszeitraums hatte die Europäische Kommission in dem Verfahren Areva/Urenco/ETC JV Gelegenheit, sich auch praktisch mit Effizienzgesichtspunkten auseinanderzusetzen. Das vom französischen Staat kontrollierte Unternehmen Areva ist unter anderem bei der Urananreicherung tätig, die das Unternehmen auf der Basis der als überholt und teuer geltenden Gasdiffusionstechnologie durchführt. Der britische Urenco-Konzern bietet weltweit Dienstleistungen auf dem Gebiet der Urananreicherung mit der modernen Zentrifugentechnik an und entwickelt, konstruiert und produziert Zentrifugen für die Urananreicherung. Nach Auffassung der Europäischen Kommission hätte der Zusammenschluss eine gemeinsame beherrschende Stellung von Areva und Urenco auf dem europaweiten Urananreicherungsmarkt begründet. Die Europäische Kommission teilte ihre durch den Zusammenschluss hervorgerufenen Bedenken im Wesentlichen in drei Kategorien ein: Zum einen könnten die Parteien laut Gesellschaftsvertrag die Entscheidungen der jeweils anderen Seite über eine Aufstockung von deren Anreicherungskapazitäten kontrollieren. Zum anderen wären die beiden Hauptkonkurrenten auf dem betroffenen Markt nach dem Zusammenschluss in der Lage, explizite Absprachen über Kapazitäten zu treffen. Zum dritten sah die Kommission die Gefahr, dass durch das Gemeinschaftsunternehmen eine stillschweigende Verhaltensabstimmung über Lieferungen in der Europäischen Union erleichtert wird.

Den Ausführungen der Kommission zu den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Zusammenschlusses folgt ein kurzer Absatz zu möglichen Effizienzvorteilen des Vorhabens. Offenbar hatten die Parteien derartige Gesichtspunkte vorgetragen, die allerdings in der Entscheidung selbst nicht dargestellt, geschweige denn näher erläutert werden. Die Europäische Kommission äußerte lediglich ihre Zweifel daran, ob die vorgebrachten Effizienzgesichtspunkte kausal auf den Zusammenschluss zurückzuführen seien. Eine weitere Erörterung hielt sie mit Hinweis auf die abgegebenen Verpflichtungszusagen für verzichtbar. Zwei weitere Textziffern der Entscheidung befassen sich mit den „positiven Aspekten“ des Vorhabens. Sie geben einen Hinweis darauf, was die Parteien vorgetragen haben könnten, nämlich dass der Zusammenschluss Areva den Zugang zu moderner Technologie eröffnet und damit einen Beitrag zur Versorgungssicherheit in Europa leistet.

692. An dem Vorgehen der Europäischen Kommission ist in mehrfacher Hinsicht Kritik zu üben. Zum einen bleibt aufgrund der Kürze der Ausführungen unklar, welche Art von Effizienzvorteilen die Parteien vorgetragen haben. Mangels eingehender Begründung kann auch nicht nachvollzogen werden, warum die Kommission die geltend gemachten Vorteile des Zusammenschlusses als nicht fusionsspezifisch abgelehnt hat. Ein solche Vorgehensweise wird der Problematik nicht gerecht, bildet doch gerade die mögliche Berücksichtigung von Effizienzvorteilen ein kontroverses Thema in der Diskussion um die Anwendung der Fusionskontrollregeln. Zum anderen lässt die Entscheidung an verschiedenen Stellen erkennen, dass die Europäische Kommission durchaus von „positiven Aspekten“ des Zusammenschlusses ausgegangen ist. Dadurch, dass gleichzeitig fusionsspezifische Effizienzvorteile kurzerhand abgelehnt worden sind, verursacht die Europäische Kommission selbst Zweifel daran, ob sie bei ihrer Fallbeurteilung nur reine Effizienzkriterien geprüft oder vielmehr auch industriepolitische Erwägungen zugrunde gelegt hat.

693. Darüber hinaus erscheint der Umgang mit möglichen Effizienzvorteilen im vorliegenden Fall aus systematischen Gründen verfehlt, soweit auf eine Prüfung der geltend gemachten Vorteile mit Hinweis auf die abgegebenen Verpflichtungszusagen verzichtet wird. Vielmehr wären zunächst die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen des Zusammenschlusses und die mit ihm verbundenen Effizienzvorteile umfassend zu untersuchen gewesen. In einem zweiten Schritt hätte die Abwägung von negativen und positiven Auswirkungen des Zusammenschlusses erfolgen müssen, und erst danach wäre zu entscheiden gewesen, ob Abhilfemaßnahmen überhaupt aufgelegt werden können. Ein Zusammenschluss ist ohne Bedingungen und Auflagen freizugeben, wenn bei einer Abwägung die positiven Aspekte überwiegen. Abhilfemaßnahmen sind nur dann gerechtfertigt, wenn die Prüfung ergibt, dass keinerlei Effizienzvorteile entstehen oder die vorgenommene Abwägung zu dem Ergebnis führt, dass die wettbewerbsbeeinträchtigenden Aspekte des Zusammenschlusses die mit ihm verbundenen Effizienzvorteile überwiegen. Auch für den letztgenannten Fall ist nach Ansicht der Monopolkommission eine fundierte Auseinandersetzung mit den vorgebrachten Effizienzvorteilen unerlässlich. Denn vom Umfang und Gewicht dieser Vorteile hängt nicht nur das „Ob“, sondern auch das zulässige Ausmaß und der erforderliche Inhalt von Verpflichtungsmaßnahmen ab.

3.4.7 Verfahrensrechtliche Implikationen des more economic approach

694. Die Einführung des more economic approach in die europäische Fusionskontrolle ist Teil eines umfassenden Prozesses, der das gesamte europäische Wettbewerbsrecht erfasst. Eine stärkere ökonomische Betrachtungsweise wurde bereits im Recht der Kartellaufsicht implementiert, bei der Missbrauchskontrolle und im Beihilfenrecht sind entsprechende Bemühungen weit fortgeschritten. In der Fusionskontrolle wurde diese Entwicklung durch die Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz beschleunigt, das im Jahr 2002 drei Untersa-

gungsentscheidungen der Europäischen Kommission aufgehoben hat. Der Kommission wurden eine mangelhafte Beweisführung und grobe Fehler bei der Einschätzung ökonomischer Sachverhalte vorgeworfen. Der more economic approach ist auch als Reaktion auf diese Vorwürfe zu verstehen. Der Versuch, die Beweisführung in Fusionskontrollfällen mittels einer verstärkt ökonomischen Betrachtungsweise zu verbessern, ist grundsätzlich zu begrüßen. Quantitative Analysen können die qualitative Beurteilung von Zusammenschlüssen sinnvoll ergänzen, indem sie die Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Argumentation erhöhen. Bei der Einschätzung von Zusammenschlussfolgen auf Märkten mit hoher Produktdifferenzierung können sie die traditionelle Betrachtungsweise sogar zum Teil ersetzen.

695. Die Monopolkommission warnt allerdings davor, an die quantitative Beweisführung der Europäischen Kommission überzogene Anforderungen zu stellen. Vielmehr müssen die Beweisanforderungen in jedem Einzelfall an dem Umfang und der Qualität der verfügbaren Daten ausgerichtet werden. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die quantitative Beweisführung im Fall Lagardère/Natexis/VUP eine Ausnahme darstellt, die keinesfalls als Maßstab für einen allgemeinen Beweisstandard herangezogen werden darf. Nur aufgrund der außergewöhnlich umfangreichen Datenbasis war es in diesem Fall möglich, mehrere tausend Märkte in die quantitative Analyse einzubeziehen. Es wäre verfehlt, aufgrund des in diesem Fall betriebenen Aufwands zu fordern, dass die Europäische Kommission künftig in jedem anderen Verfahren vergleichbare Analysen durchzuführen hätte. Vielmehr ist der Einsatz quantitativer Methoden davon abhängig zu machen, welche Daten – im Hinblick auf Umfang, Qualität und Vergleichbarkeit – die Europäische Kommission im Einzelfall vorfindet oder mit vertretbarem Aufwand ermitteln kann. Beispielsweise zeigen die Fälle Blackstone/Acetex und Siemens/VA Tech, dass auch bei ungünstiger Datenlage wichtige Erkenntnisse mittels quantitativer Analysen möglich sind. Diese tragen zur Klärung von Zweifelsfragen bei und fördern die Transparenz und Nachvollziehbarkeit von behördlichen Entscheidungen.

696. Die Monopolkommission erkennt nicht, dass mit dem more economic approach auch Probleme verbunden sind. Eine verstärkt ökonomische Vorgehensweise verlangt die Erhebung von Daten, die früher nicht erhoben worden sind, sowie deren eingehende Analyse. Damit können die Auswahl der Daten, das Verfahren der Datenerhebung sowie die Auswertung der Daten zum Gegenstand rechtlicher Streitigkeiten werden. Ein Beispiel dafür ist der US-amerikanische Prozess im Fall Oracle/PeopleSoft, in dem der zuständige District Court die vom Department of Justice beigebrachten Zeugenaussagen im Zusammenhang mit dem SSNIP-Test nicht als Beweis genügen ließ. Das Gericht forderte vielmehr die Vorlage von Berechnungen über die bei einem Anbieterwechsel anfallenden Kosten.¹⁰⁹ Auf europäischer Ebene ist insbesondere deshalb mit Rechtsstreitigkeiten in Bezug auf den

¹⁰⁹ Vergleiche oben Tz. 631.

more economic approach zu rechnen, weil dieser in der Fusionskontrollpraxis eine relativ neue Entwicklung darstellt. Mit zunehmender Erfahrung der Europäischen Kommission und der betroffenen Unternehmen dürften sich die angesprochenen Probleme aber verringern. Soweit in Einzelfällen Zweifelsfragen verbleiben, muss die Rechtsprechung Leitlinien für die Datenerhebung und -analyse vorgeben, welche die Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit von Entscheidungen auch insoweit sicherstellen.

697. Der more economic approach und die gerichtlich festgestellten Beweisanforderungen an die Europäische Kommission erfordern in verstärktem Maß die Erhebung von Informationen und die Analyse großer Datenmengen. Die Frage, ob sich dies negativ auf die Verfahrensdauer ausgewirkt hat, lässt sich nach den bisherigen Erfahrungen nicht eindeutig beantworten. Während des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission drei Zweite-Phase-Verfahren auf der Basis von Auskunftsbeschlüssen nach Artikel 11 i. V. m. Artikel 10 Abs. 4 FKVO ausgesetzt. Nach Artikel 10 Abs. 4 FKVO sind die Verfahrensfristen gehemmt, bis die durch die Kommission angeforderten Informationen von den Zusammenschlussparteien übermittelt werden. Mit Oracle/PeopleSoft wurde zwar das bislang längste Verfahren der europäischen Fusionskontrolle beendet. Von der Anmeldung des Zusammenschlusses bis zur Entscheidung vergingen rund zwölf Monate. Dies dürfte allerdings kein Ausfluss des more economic approach sein, sondern auf das US-amerikanische Parallelverfahren zurückzuführen sein. Sowohl die Kommission als auch die Zusammenschlussparteien waren daran interessiert, den Ausgang des kartellrechtlichen Prozesses in den USA abzuwarten, was dazu führte, dass die Fristhemmung in beiderseitigem Einvernehmen stattgefunden hat. In den Verfahren Lagardère/Natexis/VUP und E.ON/Mol ging es dagegen um reine Informationsbeschaffung, die zu einer Verlängerung der Verfahrensfrist um ca. acht Wochen bzw. um acht Tage führte. Ansonsten sind keine Aussetzungsbeschlüsse in der zweiten Verfahrensphase ergangen.

Es bleibt daher abzuwarten, ob die Europäische Kommission den neuen Anforderungen in den derzeit geltenden Fristen gerecht werden kann oder sich in Zukunft Auskunftsbeschlüsse und Fristhemmungen häufen werden. Vieles wird auch von der Informationspolitik der beteiligten Unternehmen abhängen. Gegebenenfalls muss über weitere gesetzliche Änderungen der allgemeinen Prüfungsfristen oder eine Aufstockung des Personals insbesondere beim Team des Chefökonom nachgedacht werden. Es wird darüber hinaus zu beobachten sein, ob die Kommission sich in Zukunft verstärkt auf die ihrer Ansicht nach schwerwiegenden Fälle konzentriert, eine Entwicklung, die im Bereich der Kartell- und Missbrauchsaufsicht durch die VO 1/2003 bereits gesetzlich verankert ist und sich im Bereich der Fusionskontrolle z. B. durch eine vermehrte Beanspruchung des vereinfachten Verfahrens durchsetzen könnte.

3.5 Abhilfemaßnahmen

698. Im Berichtszeitraum hat die Europäische Kommission 27 Erste-Phase-Fälle und sieben Zweite-Phase-Fälle

nur unter Bedingungen und Auflagen erlaubt. In beiden Verfahrensabschnitten haben die Unternehmen größtenteils Veräußerungszusagen abgegeben, z. T. in Verbindung mit weiteren Zusagen. Die Verpflichtung zur Veräußerung hat etwa in den Fällen Siemens/VA Tech, Syngenta/Advanta, Group 4 Falck/Securicor, Owen-Illinois/BSN Glasspack und Cytec/UCB-Surface Specialities dazu geführt, dass sämtliche oder fast alle durch den Zusammenschluss herbeigeführten Marktanteilsüberschneidungen wieder entfielen. In dem Verfahren Sonoco/Ahlstrom gaben die Parteien zusätzlich eine so genannte Upfront-Buyer-Zusage ab. Daraus folgte, dass der geplante Zusammenschluss erst vollzogen werden durfte, nachdem ein verbindlicher Kaufvertrag für den von der Zusage betroffenen Unternehmensteil geschlossen worden war und die Europäische Kommission ihre Zustimmung zu dem Erwerber erteilt hatte.

699. Wettbewerbliche Bedenken der Europäischen Kommission konnten während des Berichtszeitraums nicht nur mit Veräußerungszusagen, sondern auch im Wege von verhaltensorientierten Zusagen beseitigt werden. Dies gelang den Zusammenschlussparteien z. B. in den Verfahren Areva/Urenco/ETC JV und E.ON/Mol sowie Total/Gaz de France und Piaggio/Aprilia. In den drei erstgenannten Fällen griff die Kommission auf ihre seit einigen Jahren zunehmende Praxis zurück, nationale Wettbewerbs- oder Regulierungsbehörden bzw. europäische Aufsichtsbehörden in die Überwachung der Zusageumsetzung einzubeziehen. Diese Art der Arbeitsteilung birgt zweifellos Vorteile. Zum einen kann die Europäische Kommission ihren eigenen Kontrollaufwand erheblich reduzieren und ihre knappen Ressourcen verstärkt der Fallentscheidung widmen. Angesichts der beträchtlichen Zahl kontrollpflichtiger Abhilfemaßnahmen bestünde ohne die Kooperation mit anderen Behörden sogar die Gefahr, dass eine gründliche Begleitung und Beobachtung des Umsetzungsprozesses unterbliebe. Hinzu kommt, dass die nationalen Aufsichtsbehörden aufgrund ihrer räumlichen Nähe zu den betroffenen Märkten und ihrer besonderen Erfahrungen etwa im Energiebereich häufig besser zur Beobachtung der Zusageumsetzung geeignet sind als die Europäische Kommission. Mit der Einbeziehung von nationalen Behörden wird schließlich auch dem Subsidiaritätsprinzip Rechnung getragen.

Problematisch wäre es allerdings, wenn die Europäische Kommission sich völlig aus der Kontrolle der Zusageumsetzung zurückziehen würde. Gerade im Hinblick auf die in vielen Mitgliedstaaten zu beobachtenden industriepolitischen Strömungen ist zu fordern, dass die Europäische Kommission letztentscheidende Kontrollinstanz bleibt und über die Möglichkeit verfügt, jederzeit in den Prozess der Zusageumsetzung einzugreifen. In diesem Zusammenhang ist positiv zu vermerken, dass die Europäische Kommission beispielsweise in dem Verfahren Total/Gaz de France neben der Kooperation mit der französischen Energiebehörde auch für die Einsetzung eines Treuhänders gesorgt hat, der ihr direkt zu berichten hat. In diesem Sinne ebenfalls begrüßenswert ist die Einschaltung der Euratom-Versorgungsagentur (ESA) im Fall

Areva/Urenco/ETC JV, die unter der Aufsicht der Europäischen Kommission steht.

700. Die Europäische Kommission hat im Berichtszeitraum erneut unverbindliche Zusagen entgegengenommen. In dem Fall Cytec/UCB-Surface Specialities genehmigte die Kommission den Erwerb des Oberflächenspezialitätengeschäfts von UCB durch Cytec wegen der wettbewerblichen Bedenken auf zwei Aminoharzmärkten nur unter Bedingungen und Auflagen. Cytec verpflichtete sich zur Veräußerung eines Werkes in Deutschland, auf das fast seine gesamte europäische Fertigung dieser Produkte entfiel. Daneben boten die Parteien an, ein Werk in den USA zu veräußern sowie einen Lohnfertigungsvertrag in Kanada aufzulösen. Dieses Angebot wurde nicht zum Inhalt von verbindlichen Bedingungen und Auflagen gemacht. Die schon früher geäußerten Bedenken gegen unverbindliche Zusagen bestehen fort. Die Europäische Kommission hat keinerlei Handhabe gegen die Zusammenschlussparteien, um die Durchführung derartiger Zusagen zu erzwingen. Ferner stehen bei fehlender Umsetzung der Zusagen keine Sanktionsmöglichkeiten bereit. Dem Wesen nach sind unverbindliche Zusagen reine Absichtserklärungen der Parteien, die deshalb nicht entscheidungserheblich sind. Die Europäische Kommission hat diesen Bedenken im vorliegenden Fall Rechnung getragen und ausdrücklich festgestellt, dass die auf die USA und Kanada bezogenen Zugangsangebote keinen Einfluss auf ihre Entscheidung hatten.

3.5.1 Die Studie der Europäischen Kommission über Abhilfemaßnahmen

701. Im Oktober 2005 legte die Europäische Kommission einen Bericht über eine von ihr durchgeführte Untersuchung von Abhilfemaßnahmen bei Zusammenschlüssen vor.¹¹⁰ Die Kommission hat 40 Entscheidungen aus den Jahren 1996 bis 2002, in denen 96 Abhilfemaßnahmen auferlegt worden waren, auf ihre Konzipierung, Umsetzung und Effizienz geprüft. Die Kommission untersuchte 84 Veräußerungszusagen, die im Mittelpunkt der Prüfung standen, sowie zwölf andere Zusagen. Bei den 84 Veräußerungszusagen ermittelte die Kommission 194 ernsthafte Probleme in Bezug auf ihre Konzipierung und Durchführung. Davon wurden lediglich ca. 70 Prozent innerhalb von drei bis fünf Jahren seit Abgabe der jeweiligen Zusage gelöst, die restlichen Probleme blieben ungelöst. Als besonders schwierig erwies sich die Bestimmung des richtigen Umfangs des zu veräußernden Geschäftsbereichs sowie dessen Getrennthaltung während der Zeit bis zur Veräußerung. Häufig bereiteten auch die mangelnde Eignung des Erwerbers, die Bestellung eines qualifizierten Treuhänders, das Monitoring sowie der Veräußerungsprozess und der Transfer des erworbenen Unternehmenseils Probleme. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass nur 57 Prozent der Abhilfemaßnahmen effektiv waren, in 24 Prozent der Fälle werden sie als teilweise wirksam und in 7 Prozent der Fälle als unwirksam bezeichnet. 12 Pro-

zent der Fälle entzogen sich einer Beurteilung. Es stellte sich heraus, dass der Erwerb von Anteilen an Gemeinschaftsunternehmen durch die jeweiligen JV-Partner besonders wirksam gewesen ist, während die Vereinbarung von Zugangsrechten zu Infrastruktur oder Technologie die am wenigsten effektive Maßnahme bildete.

702. Die Monopolkommission begrüßt die Durchführung der vorliegenden Untersuchung ausdrücklich. Sie hält es darüber hinaus für wünschenswert, dass die Europäische Kommission regelmäßig über die Implementierung von Abhilfemaßnahmen berichtet. Bislang hat die Europäische Kommission Informationen darüber, ob und wie die in Zusammenschlussfällen auferlegten Abhilfemaßnahmen realisiert wurden und welche Probleme dabei aufgetreten sind, nur selten veröffentlicht. Eine Ex-post-Betrachtung kann jedoch wichtige Informationen über die Wirksamkeit von Zusagen im Einzelfall geben und darüber hinaus notwendige Anhaltspunkte für die Zugestaltung im Allgemeinen liefern. Die Monopolkommission empfiehlt daher, die in der Studie enthaltenen Verbesserungsansätze möglichst zeitnah in die Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen, die Leitlinien über Best Practices und die Musterformulare für Veräußerungszusagen einzuarbeiten. Die Monopolkommission unterstützt insbesondere den mehrfach in der Studie geäußerten Vorschlag, stärkeren Gebrauch von Upfront-Buyer-Zusagen zu machen. Dabei verkennt sie nicht, dass einige – auch wettbewerbsrechtlich bedenkliche – Transaktionen überhaupt erst dadurch möglich werden, dass Teile des zu erwerbenden Unternehmens im Vorhinein an einen Dritten verkauft werden. Mit Hilfe des hierbei erzielten Verkaufserlöses wird dann die Finanzierung der eigentlichen Übernahme sichergestellt. Die Monopolkommission bewertet die damit eventuell verbundenen Nachteile aber geringer als die Vorteile, die mit Upfront-Buyer-Zusagen einhergehen. Diese geben den Zusammenschlussparteien einen wirksamen Anreiz, sich unverzüglich und nach Kräften um einen Erwerber für den problematischen Unternehmensteil zu bemühen und dessen Transfer ohne Verzögerung oder sonstige Behinderungen des Käufers vorzunehmen. Da der Zusammenschluss erst nach dem Verkauf des zu veräußernden Unternehmenseils vollzogen werden darf, können viele der in der Studie dargestellten Probleme mittels einer Upfront-Buyer-Zusage umgangen werden.

Daneben bestärken die Ergebnisse der vorgelegten Studie die Monopolkommission in ihrer Zurückhaltung gegenüber Zusagen, die den Zugang von Wettbewerbern zur Infrastruktur der Zusammenschlussparteien beinhalten. Sie haben sich unter allen Zusagetypen als am wenigsten effektiv herausgestellt. Außerdem zeigt die vorgenommene Untersuchung, dass eine gewisse Skepsis auch gegenüber Veräußerungszusagen angebracht ist. Aus der Studie geht hervor, dass viele der im Zusammenhang mit Veräußerungszusagen auftretenden Schwierigkeiten erst nach mehreren Jahren ausgeräumt werden konnten und immerhin 30 Prozent der auftretenden Schwierigkeiten ungelöst blieben. Selbst die Verpflichtung zur Aufhebung sämtlicher Unternehmensüberschneidungen, die grundsätzlich als ein geeignetes Mittel zur Beseitigung von Wettbe-

¹¹⁰ DG COMP, European Commission, Merger Remedies Study, October 2005, <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/others/#study>.

werbsbedenken angesehen wird, führte in der Vergangenheit zu erheblichen Problemen. Aufgrund der Untersuchungsergebnisse muss die Wirksamkeit von Zusagen insgesamt als erheblich eingeschränkt angesehen werden, da nur gut die Hälfte der untersuchten Abhilfemaßnahmen ihr Ziel erreichten. Dieser Umstand sollte die Europäische Kommission dazu veranlassen, ihre Haltung gegenüber Abhilfemaßnahmen in grundlegender Weise zu überdenken. Die relativ geringe Wirksamkeit von Zusagen ist bei jeder Abwägung zwischen einer Freigabeentscheidung unter Auflagen einerseits und einer Untersagungsentscheidung andererseits in Rechnung zu stellen. Dies muss um so mehr in Fällen gelten, bei denen eine Genehmigung nur mittels umfangreicher Maßnahmenpakete möglich ist. Hier dürften die beobachteten Schwierigkeiten bei der Prognose der Zusagenfolgen, bei der Bestimmung des geeigneten Verpflichtungsumfangs und bei der Überwachung der Zusagendurchführung vermehrt auftreten.

3.5.2 Grenzen des Verpflichtungsumfangs?

703. In dem Verfahren Lagardère/Natexis/VUP konnten die ernsthaften Bedenken der Europäischen Kommission gegen den Zusammenschluss nur mittels weitreichender Zusagen ausgeräumt werden. Lagardère musste sich verpflichten, den größten Teil des erworbenen Unternehmens VUP wieder zu veräußern. Auf den Veräußerungsgegenstand entfielen rund 65 Prozent des weltweiten Umsatzes von VUP und rund 75 Prozent des Umsatzes, den VUP auf den französischsprachigen Buch- bzw. Verlagsmärkten erzielte. Dieser Umstand wirft die Frage auf, ob es von den Regelungen der FKVO gedeckt ist, einen Zusammenschluss mit der Verpflichtung freizugeben, den größeren Teil des erworbenen Geschäfts wieder zu veräußern. Im Extremfall könnte die Europäische Kommission dann einen Zusammenschluss unter der Bedingung genehmigen, das gesamte erworbene Unternehmen sofort wieder zu verkaufen. Nach Ansicht der Monopolkommission sprechen die besseren Gründe dafür, Zusammenschlussvorhaben, die derartig starke Wettbewerbsbedenken hervorrufen, zu verbieten. Gerade vor dem Hintergrund der oben erwähnten Studie erscheint die Festlegung umfangreicher Maßnahmenpakete als äußerst bedenklich. Es ist daran zu erinnern, dass sich nach den Untersuchungen der Europäischen Kommission lediglich 57 Prozent der vereinbarten Zusagen als wirksam erwiesen haben. Die mit der Zusagenumsetzung verbundenen Schwierigkeiten dürften mit dem Umfang der auferlegten Abhilfemaßnahmen noch zunehmen. Außerdem erhöht sich mit zunehmendem Umfang der Abhilfemaßnahmen die Gefahr, dass die Wettbewerbsbehörden übermäßigen Einfluss auf die Gestaltung der Marktstrukturen nehmen. Die Höchstgrenze für Bedingungen und Auflagen, bei der eine Freigabe noch tolerabel erscheint, liegt nach Auffassung der Monopolkommission bei etwa 50 Prozent des Erwerbsgegenstands. Dabei ist der Europäischen Kommission eine gewisse Flexibilität zuzubilligen, damit auch im Einzelfall praktikable Lösungen gefunden werden können. Um die Zusammenschlussparteien nicht durch eine Verbotsentscheidung zu belasten, müsste den Unter-

nehmen durch rechtzeitige Information seitens der Kommission die Möglichkeit gegeben werden, ihre Anmeldung im Vorfeld zurückzuziehen und den modifizierten Zusammenschluss neu anzumelden.

3.5.3 Veräußerungszusagen

704. In einer ganzen Reihe von Fällen hat die Europäische Kommission Veräußerungsverpflichtungen von den Zusammenschlussparteien gefordert. Veräußerungszusagen weisen einen strukturellen Charakter auf und sind daher grundsätzlich geeignet, auf der Änderung von Marktstrukturen beruhende Wettbewerbsbehinderungen zu beseitigen. Im Einzelfall kann ihre nähere Ausgestaltung dennoch zu Bedenken Anlass geben. Das Zusammenschlussvorhaben Johnson & Johnson/Guidant wirkte sich auf dem Sektor für medizinische Geräte und Zubehör aus und hätte zu erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf dem Markt für steuerbare Herz-Führungsdrähte, auf mehreren Märkten für Stents sowie auf einem Markt im Bereich Herzchirurgie geführt. Die Abhilfemaßnahmen, deren strukturellen Charakter die Kommission betonte, sahen für jeden der genannten Märkte die Veräußerung bestimmter Unternehmensteile vor. Im Bereich steuerbarer Führungsdrähte sollten Johnson & Johnsons Kundenlisten, Lagerbestände und Markenrechte verkauft werden. Im Bereich Stents verpflichteten sich die Parteien zur Veräußerung der EWR-weiten Aktivitäten von Guidant. Allerdings sollte die Veräußerung in den genannten Bereichen jeweils unter Ausschluss von Produktionsstätten und -mitteln erfolgen. Damit klammern die Zusagen einen wichtigen Teil der Wertschöpfungskette – die Produktion – völlig aus. Es erscheint daher fraglich, ob die eingegangenen Verpflichtungen dennoch geeignet sind, die geäußerten Wettbewerbsbedenken zu beseitigen.

705. Dies dürfte im Fall der Führungsdrähte zu bejahen sein. Aus der Entscheidung der Europäischen Kommission geht hervor, dass Johnson & Johnson ebenso wie viele seiner Konkurrenten die von ihm verwendeten Führungsdrähte von Dritten bezieht. Diese Möglichkeit stehe für den Erwerber des Geschäftsbereichs ebenfalls offen, so dass der zu veräußernde Unternehmensteil auch ohne Übertragung von Produktionsstätten lebensfähig sei. Laut Kommission hat die Marktuntersuchung dieses Ergebnis bestätigt. Weniger überzeugend ist die Argumentation der Europäischen Kommission in Hinsicht auf die Märkte für Stents. Hier dürften eher pragmatische Gründe ausschlaggebend gewesen sein, die Veräußerung des Geschäftsbereichs ohne Produktionsanlagen zu fordern. Offenbar fehlte es nämlich an veräußerungsfähigen Produktionsstätten innerhalb des EWR, da die Zusammenschlussparteien ihre Produktions- sowie Forschungs- und Entwicklungsstätten in den USA zentralisiert hatten. Die Kommission erklärte die auferlegten Abhilfemaßnahmen dennoch für ausreichend, weil sich die Parteien zusätzlich zur Veräußerung verpflichtet hatten, den Käufer beim Aufbau eigener Produktionskapazitäten zu unterstützen und zwischenzeitlich mit von ihnen hergestellten Produkten zu beliefern. In Bezug auf Forschung und Entwicklung hatten die Parteien zugesagt, dem Erwerber alle für

den Geschäftsbereich notwendigen Informationen in angemessener und verständlicher Weise mitzuteilen.

706. Obwohl die dargestellte Veräußerungszusage auf den ersten Blick rein struktureller Natur ist, weist sie doch bei näherer Betrachtung eine ganze Reihe verhaltensbezogener Bestandteile auf. Die Verpflichtungen zur Aufbauhilfe und zur Datenübermittlung in Bezug auf die Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten bieten zahlreiche Möglichkeiten für eine Behinderung des Erwerbers und sind kaum zu kontrollieren. Daran ändert auch das im Zusagentext verankerte Schiedsverfahren für Streitigkeiten zwischen der neuen Unternehmenseinheit und dem Erwerber des betroffenen Unternehmensteils nur wenig. Darüber hinaus bleibt die Kommission auch im Rahmen dieses Schiedsverfahrens letztentscheidend, so dass sich ihr Tätigwerden über Jahre hinweg als erforderlich erweisen kann. Die Unterstützung beim Aufbau der Produktionsanlagen gibt den Zusammenschlussparteien darüber hinaus die Gelegenheit, detaillierte Einblicke in den Geschäftsbereich ihres künftigen Wettbewerbers zu nehmen. Aus dem Entscheidungstext geht ferner nicht hervor, über welchen Zeitraum hinweg der Erwerber auf Informationen aus der Forschungs- und Entwicklungsabteilung der Parteien angewiesen sein wird. Die entsprechende Zusage bezieht ganz allgemein auch künftige Forschungsergebnisse mit ein.

An der Eignung der Zusage bestehen darüber hinaus deshalb Zweifel, weil die Befragung der Marktteilnehmer ergeben hatte, dass der veräußerte Geschäftsbereich ohne Produktionsanlagen nur dann lebensfähig sein werde, wenn der Käufer einer der wenigen großen Wettbewerber ist. Im Rahmen der Wettbewerbsanalyse hatte die Kommission festgestellt, dass die betroffenen Märkte eine hohe Konzentration aufwiesen, bei der die drei bzw. vier größten Unternehmen gemeinsame Marktanteile in Höhe von ca. 70 bis 95 Prozent auf sich vereinigten. Es besteht daher die Gefahr, dass aufgrund der Freigabeentscheidung der Kommission nicht nur die sowieso schon geringe Anzahl großer Anbieter um einen vermindert, sondern im Wege der Zusage wahrscheinlich auch die Position eines weiteren Incumbent verstärkt wird. Die Veräußerung an einen kleineren Konkurrenten hätte sich hier möglicherweise positiver auf die Wettbewerbssituation ausgewirkt. Sie kam jedoch – laut Europäischer Kommission – aus finanziellen Gründen von vornherein nicht in Betracht.

3.5.4 Verhaltensorientierte Zusagen

707. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung Europäische Kommission/Tetra Laval die vom Gericht erster Instanz aufgestellten Kriterien für die Behandlung verhaltensorientierter Zusagen bestätigt.¹¹¹ Das EuG hatte bereits in den Urteilen Gencor/Kommission und ARD/Kommission erläutert, dass strukturorientierten Abhilfemaßnahmen bei fusionskontrollrechtlichen Ent-

scheidungen zwar grundsätzlich der Vorzug zu geben sei.¹¹² Es sei aber nicht a priori auszuschließen, dass sich auf den ersten Blick verhaltensbezogene Verpflichtungen ebenfalls eignen, die Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung zu verhindern. Daher müssten angebotene Zusagen im Einzelnen untersucht werden, ohne dass es darauf ankomme, ob sie jeweils als verhaltensbezogene oder als strukturorientierte Verpflichtung qualifiziert werden könnten. Dieser Ansicht schloss sich der EuGH an und zog den Schluss, dass die Europäische Kommission im Fall Tetra Laval/Sidel die verhaltensbezogenen Abhilfemaßnahmen nicht pauschal hätte ablehnen dürfen. Vielmehr hätte sie sich auf jeden Fall näher mit den Zusagen auseinandersetzen und eine Einzelprüfung vornehmen müssen, die hier unterblieben war.

Die Aufforderung der Rechtsprechung, sich mit jeder angebotenen Zusage detailliert auseinanderzusetzen, hat die Europäische Kommission im Berichtszeitraum z. B. im Verfahren EDP/ENI/GDP in die Praxis umgesetzt. Dies bestätigte das Gericht erster Instanz in dem Prozess, den EDP gegen die Untersagung des Zusammenschlusses angestrengt hatte.¹¹³ Das Gericht stellte – entgegen dem Vortrag der Klägerin – fest, dass die Kommission die angebotenen Verhaltenszusagen nicht ohne weitere Begründung zurückgewiesen, sondern im Einzelnen ausgeführt habe, warum die Zusagen nicht zur Beseitigung der Wettbewerbsbedenken ausreichten. Ferner ist den Ausführungen des Gerichts zu entnehmen, dass der Europäischen Kommission bei der Beurteilung verhaltensbezogener Zusagen ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, sofern sie ihrer grundsätzlichen Pflicht zur Prüfung solcher Zusagen nachgekommen ist.

708. In dem Verfahren Total/Gaz de France stellte die Europäische Kommission erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf mehreren Gasmärkten in Frankreich fest. Sie gab den Zusammenschluss daher nur unter der Bedingung frei, dass Total den nicht diskriminierenden und transparenten Zugang zu seinen Transport- und Speichereinrichtungen im Südwesten Frankreichs sicherstellte. Diese Zusage wurde durch weitere Verpflichtungen ergänzt. Insbesondere sollten im Falle eines Lieferantenwechsels seitens eines Kunden die nötigen Transport- und Speicherkapazitäten von dem bisherigen Lieferanten auf den neuen Lieferanten übergehen. Total sollte ferner für den Fall, dass es bei den Eintrittspunkten zu seinen Netzen zu Engpässen komme, einen Allokationsplan veröffentlichen. Zudem musste Total einen Release-Mechanismus bezüglich ungenutzter Transportkapazitäten entwickeln, um die missbräuchliche Zurückhaltung von Kapazitäten zu verhindern. Schließlich sollte Total den Verkauf von Transport- und Lagerkapazitäten durch Dritte erlauben, damit sich ein Zweitmarkt entwickeln könne.

¹¹¹ EuGH, Urteile vom 15. Februar 2005, Rs. C-12/03 P und C-13/03, Kommission/Tetra Laval.

¹¹² EuG, Urteil vom 25. März 1999, Rs. T-102/96, Gencor/Kommission, Tz. 319; EuG, Urteil vom 30. September 2003, Rs. T-158/00, ARD/Kommission, Tz. 193.

¹¹³ EuG, Urteil vom 21. September 2005, Rs. T-87/05, EDP/Kommission.

709. Festzuhalten ist einerseits, dass die Rechtsprechung Zusagen hinsichtlich des diskriminierungsfreien Zugangs zu Infrastruktureinrichtungen für zulässig hält, sofern die Verpflichtungen über eine reine Wiederholung bestehender Gesetze hinausgehen.¹¹⁴ Zwar schreiben sowohl die zweite Gasrichtlinie als auch das französische Recht einen diskriminierungsfreien Zugang vor. Der Zusagentext enthält aber eine ganze Reihe weiterer Verpflichtungen, die über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehen. Andererseits bestehen gegen die Eignung von Zugangszusagen ernsthafte Bedenken grundsätzlicher Natur. Sie beinhalten ein hohes Missbrauchs- und Behinderungspotential und erfordern eine umfängliche Kontrolle seitens der Behörden. Die erheblichen Schwierigkeiten bei der Umsetzung derartiger Abhilfemaßnahmen werden von der oben erwähnten Studie der Europäischen Kommission bestätigt. Hiernach haben sich Zugangszusagen in der Vergangenheit als besonders ineffektiv erwiesen. Zudem hat die Europäische Kommission bereits in dem Verfahren Veba/Viag vergleichbare Durchleitungsmaßnahmen beschlossen, ohne dass diese zu den erhofften positiven Wettbewerbswirkungen geführt hätten. Die Monopolkommission bedauert, dass die Europäische Kommission aus diesen negativen Erfahrungen mit Durchleitungszusagen im jetzt zu beurteilenden Fall keine Konsequenzen gezogen hat.

710. In dem Zusammenschluss Areva/Urenco/ETC JV, der sich auf dem Markt für Urananreicherung auswirkte, umfassen die von den Parteien eingegangenen Verpflichtungen im Wesentlichen folgende Punkte: erstens die Abschaffung des Vetorechts der Parteien bei Kapazitätsaufstockungen und zweitens die Verstärkung von Firewalls, um den Informationsfluss zwischen den Parteien sowie zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und den Parteien zu unterbinden. Drittens sehen die Zusagen die Weitergabe von Informationen an die ESA zwecks Überwachung der Preise für die Urananreicherung vor, so dass die Behörde gegebenenfalls korrigierend eingreifen kann, insbesondere durch Erhöhung der Einfuhren anderer Anbieter.

711. Die Monopolkommission hält es für fraglich, ob die Zusagen ausreichen, um die wettbewerblichen Bedenken gegen den Zusammenschluss auszuräumen. Die Abschaffung des Vetorechts bei Kapazitätserweiterungen ist zwar grundsätzlich zu begrüßen, weil dadurch die wechselseitigen Kontrollmöglichkeiten der Parteien über unternehmerische Entscheidungen beseitigt und der Spielraum für eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussparteien verringert wird. Allerdings hat schon das Bundeskartellamt in seinem Verweisungsantrag nach Artikel 22 FKVO auf die Gefahr hingewiesen, dass Areva durch den Zusammenschluss eine einzelmarktbeherrschende Stellung erlangen oder verstärken könnte. Dafür spricht unter anderem, dass Areva bereits vor dem Zusammenschluss über einen doppelt so hohen Marktanteil wie sein nächster Wettbewerber Urenco ver-

fügte. Außerdem ist das Unternehmen in hohem Grade vertikal integriert und erlangt über das Gemeinschaftsunternehmen ETC Zugang zu der modernen Zentrifugentechnologie. Eine Prüfung der möglichen Einzelmarktherrschaft von Areva nimmt die Europäische Kommission jedoch an keiner Stelle vor. Fraglich erscheint darüber hinaus die Wirksamkeit der vereinbarten Firewalls. Aller Erfahrung nach lässt sich bei strukturell verbundenen Unternehmen ein Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen nicht gänzlich verhindern. Ferner ist die Einhaltung dieser Zusage kaum erfolgreich zu kontrollieren.

Bedenken erweckt schließlich auch die dritte Zusage, hinter der die Überlegung steht, dass für den Fall des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung die ESA korrigierend eingreift. Eine solche Überlegung steht in Widerspruch zu den Zielen der Fusionskontrollverordnung, wonach ein Zusammenschluss schon dann zu untersagen ist, wenn er die Gefahr eines unkontrollierten Verhaltensspielraums hervorbringt oder erhöht. Maßnahmen, die erst dann greifen, wenn die entstehende oder verstärkte marktbeherrschende Position missbräuchlich ausgenutzt wird, gehören in den Bereich der Missbrauchsaufsicht nach Artikel 82 EGV. Sie sind jedoch nicht geeignet, die Bedenken gegen die Durchführung eines Zusammenschlusses auszuräumen, der eine marktbeherrschende Position begründet oder verstärkt.

712. Eine Verhaltenszusage nahm die Europäische Kommission auch im Fall Piaggio/Aprilia entgegen. Die Kommission hatte erhebliche wettbewerbliche Bedenken in Bezug auf den italienischen Markt für Motorroller unter 50 cc geäußert, woraufhin Piaggio sich zur Belieferung von Wettbewerbern mit seinem neuesten Viertaktmotor für 50 cc-Motorroller verpflichtete. Die Belieferungspflicht sollte auf unbegrenzte Zeit gelten, die Belieferung zu wettbewerblichen Bedingungen erfolgen. Nach Ansicht der Kommission war diese Zusage geeignet, die Gefahr einer Wettbewerbsbeeinträchtigung zu beseitigen. Dafür spreche zum einen, dass Piaggios Fahrzeugmodelle, die mit dem betroffenen Motor ausgestattet waren, in der Vergangenheit überdurchschnittlich erfolgreich gewesen seien. Zum anderen würden Wettbewerber mit der Belieferung in die Lage versetzt, ihre Motorenpalette zu erweitern und auf diese Weise den Verhaltensspielraum der Zusammenschlussparteien zu beschränken. Überwachungsprobleme hinsichtlich der Umsetzung der Zusage ergaben sich nach Ansicht der Kommission nicht. Die Belieferung von Wettbewerbern mit Motoren sei übliche Praxis. So sei das betroffene Motorenmodell in der Vergangenheit bereits an Aprilia verkauft worden, so dass ein Vertragsmodell vorliege, das als Vergleichsmaßstab für künftige Lieferverträge dienen könnte.

Ausdrücklich betonte die Europäische Kommission, dass die entgegengenommene Zusage eher geeignet sei, ihre Wettbewerbsbedenken auszuräumen als eine rein strukturelle Maßnahme. Eine Veräußerungszusage sah sie als „unrealistisch“ an, da kein für den Verkauf geeigneter Betriebsteil existiere. Ferner habe während des Markttests kein Wettbewerber Kaufinteresse signalisiert, was an den

¹¹⁴ EuG, Urteil vom 30. September 2003, Rs. T-158/00, ARD/Kommission.

schon gegenwärtig vorhandenen Überkapazitäten auf dem Markt liege. Darüber hinaus würde eine Veräußerungszusage gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen, weil davon eine erhebliche Zahl von Märkten betroffen wäre, auf denen keine Wettbewerbsbeeinträchtigung festgestellt worden sei.

713. Die Argumentation der Europäischen Kommission ist zwar insoweit nachzuvollziehen, als die Wettbewerber von Piaggio/Aprilia aufgrund der Belieferungspflicht eigene Entwicklungskosten sparen können und daher eher in der Lage sind, konkurrierende Motorroller auf den Markt zu bringen. Auch mag das bereits vorliegende Vertragsmodell die Überprüfbarkeit der Zusage bis zu einem gewissen Grad erleichtern. Es erhebt sich jedoch die Frage, worin der Mehrwert der Zusage begründet ist, wenn – wie die Europäische Kommission ausführt – die gegenseitige Belieferung mit Motoren bereits vor dem Zusammenschluss übliche Praxis war. Außerdem kann das existierende Vertragsmodell zwar Anhaltspunkt für Preise und sonstige Konditionen bieten, den Zusammenschlussparteien verbleiben aber vielfältige Möglichkeiten, eine Belieferung von Wettbewerbern z. B. durch Reduzierung der Produktion oder verzögerte Auslieferung zu behindern. Die Belieferungspflicht bezüglich des gegenwärtig neuesten Motorenmodells läuft ferner ins Leere, sobald Piaggio einen neuen Motor für das betroffene Motorroller-Segment entwickelt. Daneben ist angesichts der von der Europäischen Kommission festgestellten hohen Markengeltung von Piaggio in seinem Heimatland zweifelhaft, ob die auferlegten Belieferungspflichten ausreichen, um dessen Imagevorteile auszugleichen. Schließlich weckt auch die unbegrenzte Laufzeit der Zusage Bedenken. Sie macht eine zeitlich ebenso unbegrenzte Kontrolle seitens der Europäischen Kommission erforderlich und lässt schon deshalb an einer wirksamen Überwachung zweifeln.

3.5.5 Abhilfemaßnahmen ohne Feststellung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung

714. Kritisch ist die Vorgehensweise der Europäischen Kommission in den Fällen Siemens/VA Tech und Continental/Phoenix zu beurteilen, die Frage nach dem Vorliegen einer Wettbewerbsbeeinträchtigung mit der Begründung offen zu lassen, dass die abgegebenen Zusagen mögliche Bedenken gegen den Zusammenschluss auf jeden Fall beseitigen. In dem Verfahren Areva/Urenco/ETC JV wurde mit derselben Begründung der Frage nach möglicherweise bestehenden Effizienzvorteilen nicht weiter nachgegangen.¹¹⁵

Die Europäische Kommission hat in dem Verfahren Siemens/VA Tech unter anderem den Markt für elektrischen Metallurgieanlagenbau näher untersucht. Verschiedene Marktcharakteristika wie die Existenz mehrerer starker Wettbewerber, die Marktanteilsverteilung sowie das Fehlen eines besonders engen Substitutionsverhältnisses zwischen den Zusammenschlussparteien sprachen gegen die

Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Kommission führte weiter aus, dass jedenfalls die im Bereich des mechanischen Metallurgieanlagenbaus abgegebenen Zusagen jegliche Wettbewerbsbedenken ausräumen. In dem Fall Continental/Phoenix untersuchte die Europäische Kommission unter anderem den Markt für Pkw-Luftfedern. Sie stellte verschiedene Umstände fest, welche die Entstehung von Marktbeherrschung nahe legten. Hierzu gehörten die hohen Marktanteile der fusionierten Einheit ebenso wie ihre Vorsprünge beim Produktportfolio, der Kundenbasis und dem technologischen Know-how. Die Kommission hielt es ferner für wenig wahrscheinlich, dass potentielle Wettbewerber oder die Marktgegenseite die entstehenden Verhaltensspielräume von Continental wirksam eindämmen könnten. Letztlich ließ die Kommission jedoch offen, ob der Zusammenschluss zu einer marktbeherrschenden Stellung führen würde. Mit der in einem anderen Teilmarkt vorgesehenen Abhilfemaßnahme entfielen nämlich auch alle etwaigen Wettbewerbsprobleme im Pkw-Bereich.

715. Das geschilderte Vorgehen der Europäischen Kommission mag zwar gewisse Vorteile für die betroffenen Unternehmen einerseits und die Wettbewerbsbehörde andererseits mit sich bringen. Der Verzicht auf die Ausermittlung von bestimmten Märkten kann zu einer Verkürzung des Verfahrens und einer zeitlich vorgezogenen Entscheidung für die Zusammenschlussparteien führen. Die Europäische Kommission verringert den an sich erforderlichen Arbeitsaufwand. Nach Auffassung der Monopolkommission ist es aber systematisch verfehlt, im Hinblick auf frühzeitig vorgelegte Zusagenvorschläge auf eine fundierte Prüfung der Zusammenschlussfolgen und deren eindeutige Bewertung zu verzichten. Erst diese Prüfung und die daran anschließende Feststellung von Art und Umfang künftiger Wettbewerbsbeeinträchtigungen lassen nämlich erkennen, ob sich ein Zusagenangebot zur Beseitigung der wettbewerbslichen Bedenken eignet. Daneben erlaubt Artikel 8 Abs. 2 FKVO die Auferlegung von Bedingungen und Auflagen nur dann, wenn der Zusammenschluss andernfalls zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führen würde. Damit unterscheidet sich die einschlägige Vorschrift der FKVO maßgeblich von Artikel 9 VO 1/2003, demzufolge die Europäische Kommission Zusagen der betroffenen Unternehmen auch dann für verbindlich erklären darf, wenn eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht festgestellt wurde.

3.6 Rechtsprechung

716. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) und das Gericht erster Instanz (EuG) haben im Berichtszeitraum eine Reihe von wettbewerbsrechtlich bedeutsamen Urteilen erlassen. Am 21. September 2005 hat das EuG die Untersagungsentscheidung der Europäischen Kommission im Fall der portugiesischen Energiefusion EDP/ENI/GDP bestätigt.¹¹⁶ Nach Meinung des Gerichts hat die Kommis-

¹¹⁵ Vergleiche oben Tz. 691 ff.

¹¹⁶ EuG, Urteil vom 21. September 2005, Rs. T-87/05, EDP/Kommission; Europäische Kommission, Entscheidung vom 9. Dezember 2004, M. 3440 – EDP/ENI/GDP.

sion zwar hinsichtlich der untersuchten Gasmärkte einen Rechtsfehler begangen. In Bezug auf die Strommärkte habe die Kommission jedoch zu Recht die Verstärkung marktbeherrschender Stellungen angenommen, so dass die Untersagung rechtmäßig sei. Damit hat das Gericht erstmals wieder eine Verbotsverfügung der Europäischen Kommission aufrechterhalten, nachdem in den Jahren 2001 und 2002 kurz nacheinander drei solcher Verfügungen für nichtig erklärt worden waren. Ebenfalls positiv aufgenommen hat die Europäische Kommission die Urteile des EuG vom 14. Dezember 2005, mit denen die beiden Klagen von General Electric (GE) und Honeywell gegen die Verbotsentscheidung GE/Honeywell abgewiesen wurden.¹¹⁷ Das Gericht äußerte zwar deutliche Kritik an den Ausführungen der Kommission zu den konglomeraten und vertikalen Effekten des Zusammenschlusses. Es folgte jedoch der Argumentation zu den horizontalen Auswirkungen, welche seiner Ansicht nach genügten, um die ausgesprochene Untersagung zu stützen.

Keinen Erfolg hatte die Europäische Kommission mit ihrem Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Gerichts erster Instanz im Verfahren Tetra Laval/Kommission aus dem Jahr 2002. Der EuGH bestätigte das Urteil des EuG im Wesentlichen, wobei er die Rechtsprechung zu den konglomeraten Aspekten von Zusammenschlüssen und den hierbei geltenden Beweisanforderungen weiterentwickelte.¹¹⁸ Das Urteil des EuG in Sachen GE/Kommission befasst sich ebenfalls mit den Konglomeratwirkungen von Zusammenschlüssen und beinhaltet darüber hinaus wichtige Ausführungen zur Behandlung von vertikalen Zusammenschlüssen.

Die genannten Urteile geben ferner Aufschluss darüber, ob eine Abwägungsklausel – wie sie das deutsche Recht in § 36 Abs. 1 2. Halbsatz GWB enthält – auch in der europäischen Fusionskontrolle Anwendung findet. Daneben lassen sich aus ihnen Rückschlüsse auf die Beweisanforderungen im Falle einer beabsichtigten Untersagung ziehen.

In dem Verfahren MCI/Kommission ging es im Wesentlichen um die verfahrensrechtliche Frage, ob die Europäische Kommission eine Untersagungsverfügung auch noch zu einem Zeitpunkt erlassen darf, in dem die Anmeldung des Zusammenschlusses – jedenfalls formal – bereits zurückgenommen war. Hier unterlag die Europäische Kommission vor dem Gericht erster Instanz.

Im Berichtszeitraum sind weitere Klagen gegen Fusionsentscheidungen der Europäischen Kommission erhoben worden, unter anderem in den Fällen Sony/BMG und Gas Natural/Endesa. In letzterem Fall geht Endesa gerichtlich gegen die Umsatzberechnung durch die Europäische Kommission vor, die dazu geführt hat, dass der Zusammenschluss keine gemeinschaftsweite Bedeutung erlangte. Die Urteile stehen noch aus, Endesas Antrag auf

vorläufigen Rechtsschutz wurde vom Präsidenten des Gerichts erster Instanz inzwischen zurückgewiesen.¹¹⁹

3.6.1 Konglomerate Zusammenschlüsse

717. Mit Spannung erwartet wurden die Urteile in den Verfahren, in denen die Behandlung konglomerater Zusammenschlüsse im Mittelpunkt der gerichtlichen Auseinandersetzung stand. Am 15. Februar 2005 bestätigte der Europäische Gerichtshof die Urteile des Gerichts erster Instanz vom Oktober 2002, mit dem dieses die Untersagungs- und Entflechtungsentscheidung der Kommission im Fall Tetra Laval/Sidel aufgehoben hatte.¹²⁰ Am 14. Dezember 2005 folgte die Entscheidung in dem Verfahren GE/Kommission, mit der das EuG die behördliche Verbotsverfügung bestätigte.

718. Das Zusammenschlussvorhaben Tetra Laval/Sidel betraf verschiedene Märkte für die Verpackung von Flüssignahrungsmitteln. Die Kommission war bei ihrer Beurteilung von getrennten, jedoch eng miteinander verbundenen und potentiell zusammenwachsenden Märkten für Karton- und PET-Verpackungen ausgegangen. Im Bereich der PET-Verpackungen hatte sie ferner verschiedene Märkte für so genannte Streckblasmaschinen (SBM-Maschinen) abgegrenzt. Nach eingehender Überprüfung hatte die Kommission den Zusammenschluss untersagt und ihre Entscheidung einerseits auf die konglomeraten Auswirkungen, andererseits auf die horizontalen Effekte des Vorhabens gestützt. Nach Auffassung der Kommission hätte Tetra Laval nach dem Zusammenschluss einen Anreiz gehabt, ihre beherrschende Stellung auf dem Markt für Kartonverpackungen auszunutzen, um ihre Kunden, die bei der Verpackung empfindlicher Produkte zu PET übergangen, zum Erwerb von Sidels SBM-Maschinen zu bewegen. Durch Ausübung einer solchen Hebelwirkung hätten kleinere Konkurrenten aus dem Markt verdrängt und die führende Stellung von Sidel bei SBM-Maschinen für empfindliche Produkte in eine beherrschende Stellung verwandelt werden können. In Verbindung mit den horizontalen Effekten des Zusammenschlusses hätten sich die Anreize von Tetra Laval, ihre Preise anzupassen und Innovationen einzuführen, erheblich verringert. Auch die von Tetra Laval angebotenen Zusagen vermochten die Bedenken der Europäischen Kommission nicht auszuräumen. Am 30. Oktober 2001 erklärte die Kommission den Zusammenschluss für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt, am 30. Januar 2002 folgte die Entflechtungsanordnung.

719. Auf die Klage von Tetra Laval erklärte das Gericht erster Instanz die beiden Entscheidungen der Kommission für nichtig. Nach Ansicht des Gerichts litt die Verbotsverfügung sowohl hinsichtlich der vermuteten

¹¹⁷ EuG, Urteile vom 14. Dezember 2005, Rs. T-210/01, GE/Kommission, und Rs. T-209/01, Honeywell/Kommission.

¹¹⁸ EuGH, Urteile vom 15. Februar 2005, Rs. C-12/03 P und C-13/03, Kommission/Tetra Laval.

¹¹⁹ EuG, Beschluss vom 1. Februar 2006, Rs. T-417/05 R, Endesa/Kommission.

¹²⁰ EuGH, Urteile vom 15. Februar 2005, Rs. C-12/03 P und C-13/03, Kommission/Tetra Laval; EuG, Urteile vom 25. Oktober 2002, Rs. T-5/02 und T-80/02, Tetra Laval/Kommission; Europäische Kommission, Entscheidungen vom 30. Oktober 2001 und vom 30. Januar 2002, M. 2316 – Tetra Laval/Sidel.

konglomeraten als auch bezüglich der horizontalen Auswirkungen des Zusammenschlusses an offensichtlichen Beurteilungsfehlern. Insbesondere habe die Kommission nicht nachgewiesen, dass die etwaige Ausübung einer Hebelwirkung zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf den fraglichen Märkten geführt hätte. Das Gericht stellte hierbei darauf ab, dass nach den eigenen Angaben der Kommission eine beherrschende Stellung nicht aus dem Zusammenschluss als solchem hervorginge, sondern erst aus dem voraussichtlichen Verhalten des neuen Unternehmens. In einem solchen Fall müsse die Kommission „eindeutige Beweise“ für ihre Schlussfolgerungen liefern. Insbesondere sei die Kommission verpflichtet, bei der Beurteilung der Wahrscheinlichkeit bestimmter künftiger Verhaltensweisen zu berücksichtigen, dass diese gegebenenfalls gegen Artikel 82 EGV verstießen und daher der Anreiz der neuen Unternehmenseinheit zu solchem Verhalten geschmälert sei. Da die Kommission die erforderliche Prüfung unterlassen habe, könne ihrem Vorbringen in diesem Punkt nicht gefolgt werden.

720. Am 8. Januar 2003 beantragte die Europäische Kommission beim EuGH die Aufhebung des Urteils des Gerichts erster Instanz. Mit ihrem ersten Rechtsmittelgrund rügte die Kommission, dass das Gericht im angefochtenen Urteil Beweisforderungen gestellt habe, die mit ihrem Spielraum bei der Beurteilung wirtschaftlicher Sachverhalte nicht zu vereinbaren seien. Das Gericht sei außerdem über das der Rechtsprechung zustehende Kontrollniveau hinausgegangen und habe die Vorschriften der europäischen Fusionskontrollverordnung falsch angewendet, indem es eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit konglomerater Zusammenschlüsse aufgestellt habe.

721. Der Gerichtshof folgte diesem Vorbringen nicht.¹²¹ Seiner Ansicht nach hat das Gericht keinen Rechtsfehler begangen, als es auf die Kriterien der von ihm ausgeübten Kontrolle hingewiesen und erläutert hat, welche Beschaffenheit die von der Kommission vorzulegenden Beweismittel haben müssen. Der Gerichtshof gesteht der Kommission zwar einen Beurteilungsspielraum in Wirtschaftsfragen zu. Dies bedeute aber nicht, dass der Gemeinschaftsrichter eine Kontrolle der Auslegung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission unterlassen müsse. Zu der Aufgabe des Richters gehöre nämlich nicht nur die Prüfung der sachlichen Richtigkeit, Zuverlässigkeit und Kohärenz der angeführten Beweise. Vielmehr müsse er auch kontrollieren, ob diese Beweise sämtliche relevanten Daten erfassen und die aus ihnen gezogenen Schlussfolgerungen stützen können. Eine solche Kontrolle sei um so nötiger, wenn es sich um die bei konglomeraten Zusammenschlüssen erforderliche Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung handele. Der Gerichtshof folgte der Auffassung des Gerichts erster Instanz, wonach die Anforderungen an die Untersuchung eines Zusammenschlusses mit Konglomeratwirkung durch die Kommission denen entsprechen, die von der Rechtsprechung in Bezug auf die Begründung einer kol-

lektiven beherrschenden Position aufgestellt wurden. Mit dem Erfordernis „eindeutiger Beweise“ habe das EuG keinen strengeren Maßstab gewählt, sondern lediglich an die Hauptfunktion des Beweises erinnert, die darin bestehe, von der Richtigkeit einer These oder einer Entscheidung im Bereich der Zusammenschlüsse zu überzeugen.

Der Gerichtshof äußerte sich außerdem dahingehend, dass eine Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklungen, wie sie im Bereich der Fusionskontrolle erforderlich sei, mit großem Bedacht durchgeführt werden müsse. Eine solche Untersuchung erfordere es, sich die verschiedenen Ursache-Wirkungs-Ketten vor Auge zu führen und von denjenigen mit der größten Wahrscheinlichkeit auszugehen. Bei einem Zusammenschluss des Konglomeratyps seien die Ursache-Wirkungs-Ketten schlecht erkennbar, ungewiss und schwer nachweisbar. In diesem Zusammenhang sei die Beschaffenheit der von der Kommission zum Nachweis der Erforderlichkeit einer Verbotentscheidung vorgelegten Beweismittel besonders bedeutsam.

722. Mit dem zweiten Rechtsmittelgrund wehrte sich die Kommission gegen die Feststellung des Gerichts, sie müsse bei der Beurteilung von Anreizen zur Ausnutzung einer Hebelwirkung berücksichtigen, wie sich die Rechtswidrigkeit bestimmter Verhaltensweisen auf die Anreizsituation insgesamt auswirke. In diesem Punkt folgte der Gerichtshof dem Vorbringen der Kommission und stellte insoweit einen Rechtsfehler des Gerichts erster Instanz fest.¹²² Das Gericht habe zwar zu Recht verlangt, dass die Kommission die Wahrscheinlichkeit der Verhaltensweisen prüft, mit der eine Hebelwirkung ausgeübt werden könnte. Es würde jedoch dem mit der Fusionskontrollverordnung verfolgten Präventionszweck zuwiderlaufen, wenn man von der Kommission eine Untersuchung darüber verlange, in welchem Umfang die Anreize für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen aufgrund deren Rechtswidrigkeit, der Wahrscheinlichkeit ihrer Entdeckung und ihrer Verfolgung durch die Gemeinschafts- und nationalen Behörden sowie aufgrund möglicher finanzieller Sanktionen verringert oder sogar beseitigt würden. Eine Analyse wie die vom Gericht verlangte würde nämlich eine umfassende und eingehende Prüfung der Regelungen der verschiedenen möglicherweise anwendbaren Rechtsordnungen und der dort praktizierten Verfolgungspolitik erfordern. Im Stadium der Beurteilung des geplanten Zusammenschlusses wäre eine Analyse, die darauf abziele, die wahrscheinliche Existenz einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 82 EGV zu belegen und sich zu vergewissern, dass sie in mehreren Rechtsordnungen mit einer Sanktion belegt werde, zu spekulativ. Als Konsequenz wäre es der Kommission nicht mehr möglich, ihre Beurteilung einer möglichen Hebelwirkung auf alle relevanten Tatsachen zu stützen.

723. Mit dem vorliegenden Urteil macht der EuGH zum einen klar, dass die richterliche Kontrolle sich nicht in der

¹²¹ EuGH, Rs. C-12/03 P, Rz. 37 ff.

¹²² Ebenda, Rz. 71 ff.

Prüfung erschöpft, ob die von der Europäischen Kommission vorgelegten Beweise sachlich richtig, zuverlässig und in sich konsistent sind. Vielmehr umfasst sie auch die Frage, ob sämtliche entscheidungserheblichen Informationen berücksichtigt und zutreffend ausgelegt wurden. Mit dem Urteil stellt der Gerichtshof den Beurteilungsspielraum der Kommission zwar nicht grundsätzlich in Frage, fordert jedoch die Anwendung größerer Sorgfalt bei der Ermittlung des Sachverhalts und der Beweiswürdigung. Vor allem darf der Beurteilungsspielraum der Kommission nicht so interpretiert werden, als ob er den Verzicht auf eine genaue und umfassende Tatsachenermittlung rechtfertigen könne. Es ist daher absehbar, dass die Kommission zukünftig einen größeren Aufwand bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen betreiben wird, um weiteren gerichtlichen Niederlagen vorzubeugen. Aus den Feststellungen des Gerichtshofs folgt zugleich, dass die gerichtliche Kontrolle in Zukunft engmaschiger ausfallen dürfte als bisher.

Zum zweiten ist nicht zu verkennen, dass in den Urteilen des Gerichts und des Gerichtshofs eine gewisse Skepsis gegenüber den negativen Auswirkungen von konglomeraten Zusammenschlüssen, zumindest aber gegenüber deren Beweisbarkeit zutage tritt. Nach Auffassung der Richter bedeutet die Notwendigkeit, einen künftigen Zeitraum und die erforderliche Hebelwirkung zu berücksichtigen, dass die Ursache-Wirkungs-Ketten schlecht erkennbar, ungewiss und schwer nachweisbar sind. Diese Feststellung dürfte nicht unwesentlich damit zusammenhängen, dass der Gerichtshof bei der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens – wie das Gericht erster Instanz – in erster Linie auf das künftige Verhalten von Tetra Laval/Sidel und nicht auf die Marktstrukturen abstellt. Dadurch werden die Probleme, die stets mit einer Prognose künftiger Marktgegebenheiten verbunden sind, noch erhöht. Nach Auffassung der Monopolkommission ließe sich die Praktikabilität der Fusionskontrolle im Bereich der konglomeraten Zusammenschlüsse verbessern, wenn man auch bei der Prüfung solcher Zusammenschlüsse verstärkt auf Marktstrukturkriterien abstellte. Die Monopolkommission hatte bereits in ihrem letzten Hauptgutachten empfohlen, in Anlehnung an die Vorschrift des § 19 Abs. 2 GWB beispielsweise die verbesserten Zugangsmöglichkeit zu Absatz- und Beschaffungsmärkten sowie die Finanzkraft der neuen Unternehmenseinheit vermehrt zu berücksichtigen.¹²³ Dieser Passus des GWB bietet die Möglichkeit, dass man außerhalb des eigentlichen Marktes liegende Umstände zur Analyse der Situation in dem Markt heranzieht und z. B. aus der Verbesserung der Finanzlage oder des Zugangs zu Beschaffungsmärkten auf eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung schließt. Grundsätzlich ist ferner denkbar, dass man nach diesem Analyseschema auch die Auswirkungen eines Zusammenschlusses mit einem konglomeraten Partner auf die Stellung eines marktbeherrschenden Unternehmens in seinem eigenen Markt untersucht.

Positiv lässt sich in diesem Zusammenhang allerdings vermerken, dass die Kommission nach Auffassung des EuGH bei der Beurteilung von Anreizen für die Ausnutzung einer Hebelwirkung auch rechtswidrige Verhaltensweisen i. S. d. Artikel 82 EGV berücksichtigen darf, ohne die anreizmindernde Wirkung von Verboten und Sanktionen auf Gemeinschaftsebene und nationaler Ebene im Einzelnen untersuchen und belegen zu müssen. Die Monopolkommission hatte schon früher auf die Probleme hingewiesen, die für die Europäische Kommission damit verbunden wären, im Voraus alle erdenklichen Verstöße gegen Artikel 82 EGV und nationale Wettbewerbsregeln simulieren und die damit verbundenen Kosten abschätzen zu müssen.¹²⁴

724. Nach dem Erlass des Urteils Europäische Kommission/Tetra Laval durch den EuGH beschäftigte sich das Gericht erster Instanz – in dem Verfahren GE/Kommission – erneut mit den konglomeraten Auswirkungen von Zusammenschlüssen und übte insoweit ebenfalls deutliche Kritik. Die Untersagungsverfügung vom 3. Juli 2001 wurde nur deshalb aufrechterhalten, weil das Gericht den Ausführungen der Kommission zu den horizontalen Effekten des Zusammenschlusses folgte.¹²⁵ Das EuG konstatierte insoweit, dass es für die Bestätigung seitens des Gerichts genüge, wenn nur einer von mehreren die Entscheidung tragenden Begründungspfeilern Bestand habe.

725. Nach Ansicht der Europäischen Kommission hätte der Zusammenschluss auf verschiedenen Märkten für Triebwerke von Flugzeugen, auf mehreren Märkten für Avionik- und sonstige Erzeugnisse sowie auf den Märkten für Schiffsgasturbinen zur Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Positionen geführt. Zur Begründung hatte sich die Kommission auf horizontale, vertikale und konglomerate Auswirkungen des Vorhabens gestützt. Die konglomeraten Effekte sollten sich nach Auffassung der Kommission in zwei verschiedenen Geschäftspraktiken manifestieren. Zum einen ging die Kommission davon aus, dass GE bereits vor dem Zusammenschluss die Wirtschaftsmacht ihrer Tochterunternehmen genutzt hatte, um Aufträge auf dem Markt für Triebwerke für große Verkehrsflugzeuge zu erlangen. Diese Praxis werde GE nach dem Zusammenschluss auf die Avionikmärkte übertragen. Zum anderen war die Kommission überzeugt davon, dass die neue Unternehmenseinheit imstande sei, die Triebwerke von GE mit den Avionikprodukten und sonstigen Erzeugnissen von Honeywell im Paket anzubieten. Diese Paketangebote könnten unterschiedliche Formen annehmen: Bei der gemischten Bündelung werden einander ergänzende Produkte gemeinsam zu einem Preis verkauft, der durch Nachlässe niedriger ist als die Summe der Einzelpreise. Bei der reinen Bündelung bzw. Kopplung verkauft das Unternehmen die Komponenten nur in dieser Form und nicht einzeln. Hierzu gehört auch der Fall der technischen Bündelung, bei der die

¹²³ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 868.

¹²⁴ Vergleiche ebenda, Tz. 870.

¹²⁵ Europäische Kommission, Entscheidung vom 3. Juli 2001, M. 2220 – General Electric/Honeywell.

einzelnen Komponenten nur miteinander, aber nicht mit Konkurrenzprodukten kompatibel sind.

726. Das Gericht folgte zwar in einem ersten Schritt der Einschätzung der Kommission, wonach GE aufgrund ihrer vertikalen Integration in das Flugzeugleasing- und -finanzierungsgeschäft über gewisse strategische Möglichkeiten verfüge. So sei die Kommission zutreffend davon ausgegangen, dass GE in einigen Fällen erst mit Hilfe ihrer Tochterunternehmen GECAS und/oder GE Capital in der Lage war, bestimmte Verträge über die Lieferung von Triebwerken abzuschließen. Die Kommission habe jedoch nicht belegt, dass die neue Unternehmenseinheit diese Praktiken auch auf den Märkten für Avionik- und sonstige Erzeugnisse durchführen würde und Käufer von Flugzeugausrüstungen z. B. durch die Einräumung von Rabatten für sich gewinnen würde. Es sei nicht im Einzelnen dargelegt worden, dass ein derartiges Verhalten im wirtschaftlichen Interesse der Parteien gelegen hätte, also die dadurch erzielten Gewinne die entstehenden Verluste überwogen hätten. Darüber hinaus sei nicht erwiesen, dass bei Anwendung der beschriebenen Praktiken marktbeherrschende Positionen auf den Märkten für Avionik- und sonstige Erzeugnisse entstehen würden. In diesem Zusammenhang bemängelte das Gericht, dass die Kommission ihre Analyse der Märkte nicht genau genug durchgeführt habe und nicht auf die Besonderheiten der einzelnen Märkte eingegangen sei.

Die Kommission hat laut Gericht auch nicht hinreichend begründet, dass das fusionierte Unternehmen den Vertrieb der GE-Triebwerke für große Verkehrsflugzeuge mit Avionikprodukten und sonstigen Erzeugnissen von Honeywell gebündelt hätte. Dies gelte für alle drei von der Kommission angesprochenen Praktiken, nämlich reine, technische und gemischte Bündelung. Jedenfalls rechtfertige der bloße Umstand, dass die neue Unternehmenseinheit über eine größere Produktpalette verfüge als ihre Wettbewerber, nicht die Schlussfolgerung, eine marktbeherrschende Position werde begründet oder verstärkt. Auch die bloße Fähigkeit, Produkte zu bündeln, genüge für eine solche Feststellung nicht. Vielmehr müsse die Durchführung einer Bündelungsstrategie auch wahrscheinlich, d. h. für das neue Unternehmen wirtschaftlich sinnvoll sein. Die Kommission habe versäumt zu prüfen, welche Anreize für und gegen eine Produktbündelung sprächen. Sie sei beispielsweise nicht darauf eingegangen, für welche Produkte eine Bündelung wirtschaftlich vorteilhaft sein könnte, welche negativen wirtschaftlichen Effekte eine Bündelungsstrategie nach sich ziehen könnte und wie sich das Verbot des Artikel 82 EGV auswirken würde. Für den Bereich technical bundling habe die Kommission keinerlei Analyse der Möglichkeiten einer technischen Produktintegration geliefert.

727. Es erhebt sich die Frage, inwieweit das vorliegende Urteil in Bezug auf die darin enthaltenen Ausführungen zu Artikel 82 EGV mit der Entscheidung des EuGH im Fall Kommission/Tetra Laval vereinbar sind. Das Gericht erster Instanz hat der Europäischen Kommission hier – wie schon in seinem Urteil Tetra Laval – erneut zum Vorwurf gemacht, dass sie bei der Prognose künftiger Verhaltensweisen mögliche Sanktionen nach

Artikel 82 EGV außer Acht gelassen hat. Der EuGH hingegen hatte – wie oben dargelegt¹²⁶ – zwar bestätigt, dass die Europäische Kommission bei der Untersuchung möglicher künftiger Verhaltensweisen deren Wahrscheinlichkeit umfassend prüfen, d. h. sowohl positive als auch negative Anreize in Rechnung stellen müsse. Er hatte aber auch klargemacht, dass man von der Kommission nicht verlangen dürfe, bei jedem geplanten Zusammenschluss der Rechtswidrigkeit der fraglichen Verhaltensweisen, der Wahrscheinlichkeit ihrer Entdeckung und ihrer Verfolgung sowie den möglichen finanziellen Sanktionen nachzugehen. Vor diesem Hintergrund scheint ein gewisser Widerspruch zwischen den Überlegungen des EuGH und den – zeitlich nachfolgenden – Ausführungen des EuG zu bestehen.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass das EuG lediglich erklärt hat, die Kommission müsse die mögliche Rechtswidrigkeit und Sanktionierbarkeit bestimmter Verhaltensweisen im Prinzip berücksichtigen.¹²⁷ Ferner hat es ausdrücklich festgestellt, dass eine solche Einschätzung keine umfassende und detaillierte Untersuchung erfordere. Möglicherweise hat das EuG die Ausführungen des EuGH also dahingehend verstanden, dass von der Europäischen Kommission zwar keine umfassende Prüfung des Artikel 82 EGV verlangt werden dürfe, nichts desto trotz aber deutlich werden müsse, dass die Kommission Artikel 82 EGV als – prinzipiell – anreizmindernden Faktor zumindest erkannt und berücksichtigt hat. Solange eine höchstrichterliche Klärung der Frage, wie das EuGH-Urteil zu interpretieren ist, aussteht, sollte die Kommission daher in künftigen Entscheidungen wenigstens einen Hinweis auf mögliche abschreckende Wirkungen des Artikel 82 EGV aufnehmen und diese ausdrücklich bei ihrer Abwägung zwischen positiven und negativen Faktoren in Rechnung stellen.

728. Das Urteil bestätigt, dass die Rechtsprechung gerade in Fällen konglomerater Auswirkungen sorgfältigere Begründungen von der Europäischen Kommission erwartet. Im vorliegenden Fall hatte die Kommission ihre Prognose auf frühere Beispiele und Expertisen zur Vorteilhaftigkeit von Bündelstrategien gestützt. Relativ wenig Aufmerksamkeit schenkte sie der in Gegengutachten enthaltenen Kritik, dass die Vorteilhaftigkeit von Bündelstrategien ent falle, wenn die betreffenden Produkte nicht im offenen Markt gehandelt würden, sondern Gegenstand bilateraler Verhandlungen mit einzelnen Käufern seien, wie bei Triebwerken und Avionikprodukten typisch. Welche Auswirkungen die dargestellten Urteile auf die künftige Entscheidungspraxis der Kommission bei konglomeraten Zusammenschlüssen haben werden, bleibt abzuwarten. Ursprünglich hatte die Kommission das Rechtsmittel im Fall Tetra Laval mit dem Kommentar eingelegt, das Gericht erster Instanz habe überhöhte Beweisanforderungen gestellt, die den Erlass von Verbotsverfügungen bei Zusammenschlüssen des Konglomerattyps praktisch unmöglich machten. Im Anschluss an das Urteil des EuGH äußerten sich Kommissionsvertreter hingegen zuversicht-

¹²⁶ Vergleiche oben Tz. 722.

¹²⁷ EuG, Urteil vom 14. Dezember 2005, Rs. T-210/01, GE/Kommission, Rz. 70.

licher dahingehend, dass es auch künftig keine Probleme mit der Anwendung der Fusionskontrollvorschriften geben werde. Diese optimistische Prognose mag damit zusammenhängen, dass die Kommission bereits nach der gerichtlichen Aufhebung von drei Untersagungsentscheidungen im Jahr 2002 organisatorische und inhaltliche Maßnahmen getroffen hat, um ihre Entscheidungen künftig auf eine fundiertere Basis zu stellen. Fest steht allerdings auch, dass die Entscheidungspraxis der letzten Jahre einen deutlichen Rückgang an Untersagungen aufweist. Seit 2001 hat die Kommission erst ein Zusammenschlussvorhaben verboten, und zwar mit Hinweis auf dessen vertikale und horizontale Auswirkungen. Nicht auszuschließen ist deshalb, dass die Europäische Kommission die vorliegenden Urteile zum Anlass nimmt, in Zukunft noch größere Zurückhaltung bei der intensiven Prüfung konglomerater Zusammenschlüsse zu üben.

Abschließend ist festzustellen, dass sich das Urteil GE/Europäische Kommission durch einen Grundton auszeichnet, der um einiges wohlwollender klingt als dies noch bei den Entscheidungen des Jahres 2002 der Fall war. Bezeichnenderweise hebt das Gericht an mehreren Stellen auch die Darlegungslast der beteiligten Unternehmen hervor. Dies geschieht beispielsweise im Zusammenhang mit der Feststellung von Marktanteilen in Höhe von 50 Prozent und mehr, die nach Ansicht des Gerichts den Beweis des ersten Anscheins für Marktbeherrschung begründen. In einem solchen Fall müssten die Parteien Umstände darlegen, um die Vermutung außer Kraft zu setzen. Ebenso liege es an den Parteien, von der Kommission ermittelte Schwächen der vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen auszuräumen, wenn diese aus der „Sphäre der Parteien“ kämen.

3.6.2 Vertikale Zusammenschlüsse

729. Dem Urteil GE/Europäische Kommission kommt auch im Zusammenhang mit vertikalen Auswirkungen von Zusammenschlüssen erhebliche Bedeutung zu. Das Gericht trifft hierzu Feststellungen grundsätzlicher Natur. Die Kommission hatte festgestellt, dass der Zusammenschluss die marktbeherrschende Position von GE auf dem Markt für Triebwerke für große Verkehrsflugzeuge verstärken würde. Diese Überzeugung beruhte vor allem auf der vertikalen Verbindung von Honeywells führender Position bei Triebwerksstartern und der marktbeherrschenden Position von GE bei Triebwerken. Nach Ansicht des Gerichts hat die Kommission allerdings nicht ausreichend begründet, dass aufgrund der vertikalen Integration von Triebwerken einerseits und Triebwerksstartern andererseits die marktbeherrschende Position von GE verstärkt werden würde. Seiner Ansicht nach hängt die Beurteilung nämlich von einem künftigen Verhalten der Parteien ab, das von der Kommission nachgewiesen werden müsse. Zwar bestätigt das Gericht die Ergebnisse der Kommissionsuntersuchung, wonach Honeywell der einzige Lieferant für den Wettbewerber Rolls-Royce sei und mit dem Zusammenschluss gewisse Anreize für einen Ausschluss von Lieferungen an Rolls-Royce sowie für Preissteigerungen verbunden wären. So habe die Kommission überzeugend dargelegt, dass eine Nichtbelieferung offensichtlich den wirtschaftlichen Interessen der neuen Unternehmens-

einheit nutzen würde. Ebenso wie bei konglomeraten Effekten müsse die Kommission bei der Einschätzung des künftigen Verhaltens jedoch eine mögliche Abschreckungswirkung des Artikel 82 EGV berücksichtigen, was im vorliegenden Fall unterblieben sei. Die Kommission habe sowohl die Anreize für ein mögliches Verhalten als auch die Gründe, die gegen die Durchführung eines verbotenen Verhaltens sprechen, in Rechnung zu stellen. In diesem Zusammenhang betonte das Gericht, dass die Kommission im Fall einer Lieferverweigerung gegenüber Rolls-Royce den Nachweis eines diskriminierenden Verhaltens besonders leicht hätte erbringen können. Dass die Kommission das nicht berücksichtigte, stellt nach Ansicht des Gerichts einen schweren Beurteilungsfehler dar.

730. Die Ausführungen des Gerichts lassen darauf schließen, dass es auch bei vertikalen Zusammenschlüssen nicht nur auf Marktstrukturen, sondern auch auf das künftige Verhalten der Parteien abstellt. Wie schon in dem Urteil Tetra Laval/Kommission geht das Gericht zunächst der Frage nach, ob die beteiligten Unternehmen die Fähigkeit und Anreize besitzen, bestimmte Verhaltensweisen durchzuführen. Allerdings müssen nach Auffassung des Gerichts auch die negativen Anreize für die kritischen Verhaltensweisen geprüft werden. Dazu gehören solche Anreize, die das Wettbewerbsrecht selbst setzt. Die Rechtsprechung verlagert also in diesem Bereich die vorzunehmende Untersuchung ebenfalls weg von den Marktstrukturen und hin zu einem künftigen Verhalten der beteiligten Unternehmen.

Diesem Ansatz steht die Monopolkommission – ebenso wie der EuGH in dem Verfahren Tetra Laval/Kommission – kritisch gegenüber.¹²⁸ Der Sinn der Fusionskontrolle ist es ja gerade, eine nachfolgende Verhaltenskontrolle zu erübrigen und sowohl Wettbewerbsbehörden als auch Unternehmen von den Zumutungen einer Verhaltensaufsicht zu befreien. Wenn das Gericht erster Instanz bei der Fusionskontrolle einen Einbezug des künftigen Verhaltens der beteiligten Unternehmen fordert, riskiert es, dass genau dieser Sinn der Fusionskontrolle verloren geht. Mit der Verlagerung auf künftige Verhaltensweisen entsteht die Gefahr, dass den negativen wettbewerblichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen nicht genügend Einhalt geboten wird.

3.6.3 Besonderheiten auf dem portugiesischen Gasmarkt

731. Am 9. Dezember 2004 hat die Europäische Kommission den gemeinsamen Kontrollenerwerb durch Energias de Portugal (EDP) und ENI an Gás de Portugal (GDP) untersagt. Nach Ansicht der Europäischen Kommission führte der Zusammenschluss zu einer Verstärkung beherrschender Positionen von EDP auf dem Großhandelsmarkt für Strom, auf dem Markt für Regelenergie sowie auf den Märkten für die Belieferung von großen industriellen Kunden und für die Belieferung von Klein- und Haushaltskunden. Daneben würde die beherrschende

¹²⁸ EuGH, Urteile vom 15. Februar 2005, Rs. C-12/03 P und C-13/03, Europäische Kommission/Tetra Laval; vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2002/2003, a. a. O., Tz. 870.

Stellung von GDP auf den Märkten der Gaslieferung an Stromerzeuger, an lokale Weiterverteiler und an Klein- und Haushaltskunden verstärkt.

Zur Begründung nannte die Kommission sowohl horizontale als auch nichthorizontale Effekte des Zusammenschlusses. Bezüglich des Strombereichs führte die Kommission als Hauptargument den Wegfall von GDP als wichtigsten potentiellen Wettbewerber auf jedem der genannten Märkte an. Außerdem würde EDP durch den Zusammenschluss Kenntnis von dem Gasbedarf und den Input-Kosten seiner direkten Konkurrenten bei der Stromerzeugung erlangen, was sich abschreckend auf potentielle Wettbewerber auswirke. Ferner könnte EDP privilegierten Zugang zu den in Portugal verfügbaren Gasressourcen erhalten und hätte die Möglichkeit, mittels Erhöhung der Gaspreise den Markt gegenüber Wettbewerbern abzuschotten. Im Gassegment begründete die Kommission ihre Ansicht mit dem Wegfall von EDP als potentiellstem Wettbewerber auf dem Markt für die Belieferung von großen Industriekunden sowie Klein- und Haushaltskunden. Als weiteres Argument zog die Kommission den Ausschlusseffekt gegenüber den Gasnachfragern auf dem Markt für lokale Weiterverteiler heran.

732. Gegen die Untersagungsentscheidung wendete EDP ein, die Europäische Kommission habe bei der Beurteilung des Zusammenschlusses die Befreiung Portugals von dem in der zweiten EU-Gasrichtlinie enthaltenen strikten Zeitrahmen für die Marktöffnung nicht berücksichtigt.¹²⁹ Den rechtlichen Hintergrund für dieses Vorbringen bildet die zweite Gasrichtlinie, die einen Zeitplan für die Liberalisierung der Gasmärkte in den Mitgliedstaaten enthält.¹³⁰ Hiernach sollen die Märkte für Nichthaushaltskunden bis zum 1. Juli 2004, die Märkte für sonstige Kunden bis 1. Juli 2007 geöffnet werden. Gemäß Artikel 28 Abs. 2 sind die Hauptpflichten der Richtlinie allerdings bei solchen Mitgliedstaaten ausgesetzt, die „als entstehende Märkte“ eingestuft werden, was unstreitig für den portugiesischen Staat zutrifft.¹³¹ Für Portugal ergibt sich aus der Regelung des Artikel 28 Abs. 3 folgender Zeitplan: Öffnung des Marktes für mindestens 33 Prozent des jährlichen Gesamtgasverbrauchs ab 2007, Öffnung für alle „zugelassenen Kunden“ ab 2009 und für alle Haushaltskunden ab 2010. Aufgrund der genannten Ausnahmeregelung ist laut Gericht davon auszugehen, dass auf den portugiesischen Gasmärkten im Zeitpunkt der Kommissionsentscheidung kein Wettbewerb herrschte. Dieser Umstand berühre auch die Anwendung von Artikel 2 Abs. 3 FKVO.

733. Nach Ansicht des EuG können die zwei Untersagungsvoraussetzungen des Artikel 2 Abs. 3 FKVO nicht erfüllt werden, da in Portugal die Gasmärkte nicht für den Wettbewerb geöffnet seien. Portugal habe die gesetzliche Ausnahme vom Liberalisierungsfahrplan genutzt, um auf

allen Stufen des Gasmarktes das Monopolunternehmen GDP zu etablieren. Unter diesen Bedingungen könne der geprüfte Zusammenschluss weder zu einer Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Positionen noch zu einer Wettbewerbsbehinderung führen. Die existierende Monopolstellung von GDP sei nämlich bereits die stärkste vorstellbare Ausprägung von Marktbeherrschung. Das Gericht verweist in diesem Zusammenhang auf frühere Entscheidungen, welche die Artikel 81 und 82 EGV als nicht erfüllt erklärt hatten, weil bereits der nationale Rechtsrahmen jeglichen Wettbewerb zwischen Unternehmen ausgeschlossen habe.

Das Gericht führte weiter aus, die Kommission habe die Ausnahmeregelung des Artikel 28 Abs. 2 zwar insoweit respektiert, als sie lediglich die künftigen, im Zeitpunkt der erwarteten Marktöffnung auftretenden Auswirkungen des Zusammenschlusses beurteilt habe. Sie habe dabei jedoch übersehen, dass der portugiesische Staat den Gasmarkt während der Geltung der Ausnahmeregelung beliebig umstrukturieren dürfe. Die Kommission verhin-dere somit unzulässigerweise, dass die Parteien von den Vorzügen des Zusammenschlusses in einer Zeitspanne profitierten, in welcher dieser nicht hätte verboten werden dürfen. Gleichzeitig bemängelte das Gericht allerdings auch, dass die Kommission lediglich die künftigen, nicht aber die zeitlich unmittelbar folgenden Auswirkungen des Zusammenschlusses gewürdigt habe. Dies führe dazu, dass positive Effekte des Vorhabens wie z. B. eine um zwei bis drei Jahre vorgezogene Öffnung des Gasmarktes nicht in die Gesamtbetrachtung des Zusammenschlusses einbezogen worden seien.

Das Gericht betonte abschließend, dass im vorliegenden Fall nicht die Anwendbarkeit der FKVO als solche in Frage stünde. Lediglich die Kriterien des Artikel 2 Abs. 3 FKVO könnten auf den Gasmärkten nicht erfüllt werden. Die angegriffene Entscheidung leide daher insoweit an einem Rechtsfehler, als sie die Verstärkung der marktbeherrschenden Position von GDP auf den Gasmärkten bejahe.

734. Dem Gericht ist zuzustimmen, dass eine Verschlechterung der Wettbewerbssituation auf den Gasmärkten unmittelbar nach dem Zusammenschluss nicht eintritt, denn GDP verfügt hier gegenwärtig schon über eine gesetzlich verankerte Monopolstellung. In Betracht kommen allerdings Wettbewerbsbeeinträchtigungen im Hinblick auf die in spätestens drei, fünf und sechs Jahren eintretende Marktöffnung, wie sie von der Europäischen Kommission ursprünglich festgestellt worden waren.

Eine Fokussierung auf die Zeit nach der Marktöffnung ist auch aus der deutschen Entscheidungs- und Rechtsprechungspraxis bekannt. Mitte der neunziger Jahre, als in Deutschland Regelungen für den Strom- und Gasbereich vorbereitet wurden, welche die Beseitigung der geschlossenen Versorgungsgebiete und eine erleichterte Durchleitung beinhalteten, untersagte das Bundeskartellamt den Zusammenschluss Hannover Braunschweigische Stromversorgungs-AG (Hastra)/Stadtwerke Garbsen GmbH.¹³²

¹²⁹ EuG, Urteil vom 21. September 2005, Rs. T-87/05, EDP/Kommission, Tz. 108 ff.

¹³⁰ Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl. EU Nr. L 176 vom 15. Juli 2003, S. 57.

¹³¹ Artikel 2 Nr. 31 der Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie.

¹³² BKartA, Beschluss vom 30. September 1994, B8-111/94, WuW/E BKartA 2701.

Nach Ansicht des Amtes hätten sich die marktbeherrschenden Stellungen von Hastra auf dem Stromendkunden- und Weiterverteilermarkt sowie der Stadtwerke Hannover als Gaslieferant der Stadt Garbsen auf der Weiterverteilerebene verstärkt. Dabei ging das Amt davon aus, dass die zu erwartende Verstärkung der Marktbeherrschung auch durch die Erhaltung und Sicherung der erlangten Marktstellung begründet werden könne. Die Verstärkung der Marktbeherrschung wurde für den Zeitpunkt erwartet, ab dem die bestehenden Gebietsschutzverträge ausliefen. Das Kammergericht hob die Untersagungsentscheidung zwar insbesondere wegen einer abweichenden Einschätzung der künftigen räumlichen Marktabgrenzung auf. Das Gericht stellte aber nicht grundsätzlich in Frage, dass bei der Beurteilung des Zusammenschlusses auf die künftigen, nach der Markttöffnung entstehenden Marktstrukturen abzustellen sei. Der BGH vertrat dieselbe Ansicht und bestätigte die Entscheidung des Bundeskartellamtes auch im Übrigen. Die Monopolkommission begrüßte das Vorgehen des Amtes und des BGH, Vorsorge für die Zeit der Markttöffnung zu treffen.¹³³ Im Hinblick auf die zu erwartende Liberalisierung des Energiemarktes schwäche der Zusammenschluss den potentiellen Wettbewerb insbesondere durch die langfristige Absicherung von Absatzkanälen und die Möglichkeit der Zusammenschlussparteien, Kenntnisse über wettbewerbsrelevante Daten von Konkurrenten zu erlangen.

Im vorliegenden Urteil lässt das Gericht erster Instanz offen, ob eine solche Wettbewerbsverschlechterung im Hinblick auf die zu erwartende Markttöffnung zu bejahen ist. Nach Ansicht des Gerichts durfte die Kommission dieser Frage wegen der auf Portugal anwendbaren Ausnahmeregelung in der zweiten Gasrichtlinie nicht nachgehen. Laut Gericht ermöglicht diese Ausnahmeregelung nicht nur eine Verschiebung der Markttöffnung um einige Jahre, sondern bezweckt gerade, dass Portugal bis zum Jahre 2007 den heimischen Gasmarkt nach eigenem Belieben umstrukturieren darf, ohne an fusionskontrollrechtliche Vorgaben gebunden zu sein. Das Gericht bewertet die Ausnahmeregelung demnach praktisch als *Lex specialis* zur FKVO, die zwar nicht deren Anwendbarkeit insgesamt, aber eine Untersagung nach Artikel 2 Abs. 3 FKVO verhindert. Aus fusionskontrollrechtlicher Sicht ist diese Ausnahme sicherlich zu kritisieren. Letztlich muss man sie jedoch – wie das Gericht es getan hat – als eine politische Entscheidung des europäischen Gesetzgebers respektieren, der Mitgliedstaaten wie Portugal erlauben wollte, vor der Markttöffnung einen heimischen Incumbent aufzubauen. Positiv zu vermerken bleibt, dass der Liberalisierungsprozess zur Zeit der Kommissionsentscheidung zumindest im portugiesischen Stromsektor schon in Gang gesetzt war. Andernfalls hätte die Untersagung der rechtlichen Überprüfung auch insoweit nicht standgehalten.

Aus verfahrensrechtlicher Sicht ist zu bemerken, dass der Prozess EDP/Kommission im sogenannten beschleunig-

ten Verfahren durchgeführt wurde. Mit einer Dauer von lediglich ca. sieben Monaten stellt er das bislang kürzeste Verfahren in einem Fusionskontrollfall dar.

3.6.4 Abwägungsklausel

735. Die Einschätzung der Europäischen Kommission in Bezug auf den portugiesischen Strommarkt wurde vom Gericht erster Instanz geteilt. Insbesondere die Annahme, dass GDP ohne den Zusammenschluss auf dem Strommarkt tätig geworden wäre, hielt das Gericht für überzeugend. Dagegen hatte die Klägerin mit ihrem Vorbringen keinen Erfolg, dass die kombinierten Effekte sämtlicher Abhilfemaßnahmen in Bezug auf die Strom- und Gasmärkte den Wegfall von GDP als potentiellen Wettbewerber auf dem Markt für Stromgroßhandel mehr als ausgleichen würde. Das Gericht bestätigte zwar, dass die verschiedenen Strommärkte untereinander sowie mit den Gasmärkten verbunden seien und daher bei der wettbewerblichen Beurteilung eines dieser Märkte auch die Wettbewerbssituation auf den jeweils anderen Märkten berücksichtigt werden müsse. Auch bei einer Gesamtbetrachtung sämtlicher Abhilfemaßnahmen erweise sich die Untersagungsentscheidung aber als sachlich zutreffend. Denn die Kommission habe zu Recht angenommen, dass die Verbesserung der Wettbewerbssituation auf den Gasmärkten – eine vorgezogene Markttöffnung um ca. zwei bis drei Jahre – die negativen Effekte auf den Strommärkten – den Wegfall von GDP als potentielltem Wettbewerber – nicht ausgleiche. Das Gericht stellte ausdrücklich fest, dass die Kommission den Zusammenschluss nicht wegen der positiven Effekte im Gasbereich erlauben durfte, ohne die negativen Effekte im Strombereich zu beachten. Die Untersagungskriterien seien nämlich bereits dann erfüllt, wenn sie sich lediglich für einen relevanten Markt feststellen ließen. In diesem Zusammenhang sei ferner zu berücksichtigen, dass die positiven Effekte auf dem Gassektor aufgrund des festen Liberalisierungszeitplans in jedem Fall eintreten würden, wenn auch zwei oder drei Jahre später.

736. Damit machte das Gericht deutlich, dass eine Abwägungsklausel, wie sie in § 36 Abs. 1 2. Halbsatz GWB enthalten ist, im europäischen Fusionskontrollrecht keine Entsprechung findet. Aufgrund der Abwägungsklausel kann das Bundeskartellamt einen Zusammenschluss erlauben, wenn auf einem der untersuchten Märkte zwar eine marktbeherrschende Position entsteht oder verstärkt wird, auf einem anderen Markt aber Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und diese die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen. Zwar muss auch die Europäische Kommission nach dem vorliegenden Urteil positive Effekte auf einem verbundenen Markt in die Gesamtbetrachtung des untersuchten Marktes einfließen lassen. Dies darf aber nur dann zur Freigabe des Zusammenschlusses führen, wenn die genannten positiven Effekte die Wettbewerbsbedingungen auf dem untersuchten Markt selbst derart beeinflussen, dass dort von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht mehr die Rede sein kann.

737. Die Monopolkommission hingegen hält die Abwägungsklausel für ein sinnvolles Instrument bei der Beur-

¹³³ Vergleiche Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Hauptgutachten 1994/1995, Baden-Baden 1996, Tz. 602 ff., 638.

teilung von Zusammenschlüssen. Eine solche Klausel ermöglicht es, neben den negativen Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf einem bestimmten Markt auch seine positiven wettbewerblichen Effekte auf anderen Märkten zu berücksichtigen. Nur auf diese Weise können sämtliche für eine Gesamtwürdigung des Zusammenschlusses erforderlichen Wettbewerbswirkungen in die Beurteilung einbezogen werden. Von einer Abwägungsklausel würden auch Transparenz und Nachvollziehbarkeit von fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen profitieren. Verboten man nämlich die Berücksichtigung positiver Auswirkungen auf Drittmärkten, sind Ausweichreaktionen der betroffenen Unternehmen zu befürchten. Diese könnten etwa darin bestehen, tatsächlich vorliegende Wettbewerbsbeschränkungen zu bestreiten oder nicht vorhandene Effizienzvorteile zu behaupten. Da die Prüfung positiver und negativer Aspekte bei Anwendung einer Abwägungsklausel auf rein wettbewerbliche, also kommensurable Aspekte beschränkt bleibt, sind die Wettbewerbsbehörden und -gerichte grundsätzlich auch in der Lage, die erforderliche Abwägung vorzunehmen. Die Einbeziehung gesamtwirtschaftlicher oder allgemeinpolitischer Aspekte ist dagegen nicht mit einer Anwendung der Abwägungsklausel im hier verstandenen Sinne verbunden.

3.6.5 Aufgabe eines Zusammenschlussvorhabens

738. Am 28. September 2004 hat das Gericht erster Instanz erneut eine Untersagungsentscheidung der Europäischen Kommission für nichtig erklärt.¹³⁴ In dem Verfahren kritisierte das Gericht allerdings nicht den materiellrechtlichen Teil der Entscheidung WorldCom (MCI)/Sprint, sondern konzentrierte sich darauf, dass die Europäische Kommission nicht zur Entscheidung befugt gewesen sei.

739. Das Vorhaben der Parteien, das im Januar 2000 in Brüssel angemeldet worden war, löste sowohl bei den europäischen als auch bei den US-amerikanischen Behörden wettbewerbliche Bedenken aus. Anfang Juni informierten die beteiligten Unternehmen die Kommission darüber, dass sie ihre Anmeldung förmlich zurücknahmen und nicht mehr beabsichtigten, den geplanten Zusammenschluss in der geschilderten Form durchzuführen. Gleichzeitig veröffentlichten sie jedoch eine Pressemitteilung zu dem vom Department of Justice angestrebten Gerichtsverfahren in den USA, die vermuten ließ, dass das Zusammenschlussvorhaben noch nicht endgültig aufgegeben worden war. Die Europäische Kommission nahm dies zum Anlass, die Fusion Ende Juni zu untersagen. Sie vertrat den Standpunkt, dass die Mitteilung der Rücknahme keinen „formalen Widerruf des angemeldeten Fusionsvertrags“ darstelle, der Zusammenschluss also noch verboten werden könne.

740. Das Gericht folgte dieser Ansicht nicht und hob die Untersagungsverfügung auf. Es ging davon aus, dass die Parteien mit der an die Kommission gerichteten Mit-

teilung auf den Zusammenschluss in der angemeldeten Form verzichtet hatten. Die Erklärung der Parteien lasse sich nur so verstehen, dass damit der Fusionsvertrag, so wie er geschlossen und angemeldet worden war, hinfällig sei. Die von der Kommission vorgenommene Unterscheidung zwischen Rücknahme der Anmeldung und Widerruf des Fusionsvertrags hielt das Gericht für übermäßig formalistisch. Selbst wenn die Parteien sich für die Zukunft die Möglichkeit eines anderen Zusammenschlusses vorbehalten hätten, sei dies irrelevant für die Beurteilung, ob zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung ein Fusionsvertrag in der notwendigen Form vorgelegen habe. Die bloße Fusionsabsicht genüge nicht, um einen Fusionsvertrag anzunehmen, der Gegenstand einer Entscheidung der Kommission sein könne. Ebenso wie die Kommission zum Verbot eines Zusammenschlusses nicht vor dem Abschluss eines Fusionsvertrags befugt sei, ende die dahingehende Befugnis der Kommission, sobald von dem entsprechenden Vertrag Abstand genommen werde. Dies gelte selbst dann, wenn die betreffenden Unternehmen ihre Verhandlungen fortsetzten, um einen Vertrag in einer anderen Form zu schließen.

Daneben hielt es das Gericht zwar – wie die Europäische Kommission – für möglich, dass die Parteien ihren Vertrag heimlich aufrechterhalten wollten. Die Kommission habe hierfür jedoch keine ausreichenden Beweismittel vorgelegt. Zudem hätte sie genug Zeit gehabt, sich mit Hilfe eines Auskunftsverlangens zu vergewissern, dass der Fusionsvertrag tatsächlich widerrufen oder aufgegeben worden war. Das Gericht führte weiter aus, dass die Parteien jedenfalls aufgrund der früheren Verwaltungspraxis der Kommission darauf vertrauen durften, dass der Widerruf der Anmeldung genügen würde, um das Verfahren ohne Sachentscheidung zu beenden.

741. Als Reaktion auf die Klage von MCI dürfte die Neuregelung in Artikel 6 Abs. 1 lit. c Satz 2 FKVO anzusehen sein, die mit der Reform der FKVO am 1. Mai 2004 in Kraft getreten ist. Hiernach muss ein Zweite-Phase-Verfahren außer in Verweisungsfällen stets mit einer förmlichen Freigabe- oder Untersagungsentscheidung nach Artikel 8 FKVO abgeschlossen werden, es sei denn, die beteiligten Unternehmen haben der Kommission gegenüber „glaubhaft gemacht, dass sie den Zusammenschluss aufgegeben haben“. Die bloße Rücknahme der Anmeldung wird in Zukunft also nicht mehr ausreichen, damit ein Verfahren ohne Entscheidung in der Sache eingestellt wird. Dies ist zu begrüßen, da die Rücknahme der Notifizierung in der Regel weder die vertraglichen noch die börsenrechtlichen Verpflichtungen der beteiligten Unternehmen berührt. Aus dem inzwischen von der Europäischen Kommission veröffentlichten Informationsblatt geht hervor, dass die beteiligten Unternehmen einen Nachweis vorlegen müssen, der in Form und Rechtscharakter dem Akt, auf dessen Grundlage die Anmeldung stattgefunden hat, entspricht. Offen bleibt allerdings, wie die Europäische Kommission die Rücknahme von Anmeldungen innerhalb der ersten Verfahrensphase handhaben will. Insoweit wurde keine gesetzliche Regelung getroffen. Es erscheint aber angebracht, diese Fälle genauso zu behandeln wie Rücknahmen in der Hauptprüfphase.

¹³⁴ EuG, Urteil vom 28. September 2004, Rs. T-310/00, MCI/Kommission.

Kapitel V

Ordnungspolitische Probleme im Rundfunkbereich

1. Einleitung

742. Der Mediensektor ist auf verschiedenen Ebenen in Bewegung. Viele Unternehmen der medialen Wertschöpfungskette schließen sich zusammen oder weiten ihr Angebot aus, in Brüssel denkt man über die neue Fernsehrichtlinie und die besondere Stellung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter in den Mitgliedsländern nach, und in Deutschland wird über den Umgang mit den Fernsehgebühren diskutiert.

Die Monopolkommission hat in ihren Hauptgutachten regelmäßig zu der Situation auf den Medienmärkten Stellung bezogen – zuletzt ausführlich im Dreizehnten Hauptgutachten und in verkürzter Form im Einleitungskapitel des Vierzehnten Hauptgutachtens.¹ Im Folgenden versucht die Kommission die neueste Entwicklung systematisch aufzubereiten und kritisch zu betrachten.

743. Im Medienbereich, speziell in der Fernsehbranche, umfasst die Wertschöpfungskette im klassischen Sinne drei aufeinander folgende Schritte, die von Unternehmen prinzipiell eigenständig betrieben werden, aber auch in einem einzelnen Unternehmen vertikal integriert sein können. Auf der ersten Ebene, der Produktions- bzw. Input-Ebene, entstehen unter dem Einsatz personeller, technischer und immaterieller Produktionsfaktoren Einzelbeiträge in der Form von Filmen, Sportsendungen oder Nachrichten. Die Beschaffung dieser Inhalte und fertiger

Beiträge erfolgt auf Märkten für Programmsoftware oder genauer auf Märkten, auf denen Nutzungsrechte für die jeweiligen Softwareeinheiten gehandelt werden. Die zweite Stufe der Wertschöpfungskette, die publizistische bzw. Programmebene, umfasst die Zusammenstellung dieser Inhalte zu einem zusammenhängenden und kontinuierlichen Fernsehprogramm einschließlich der redaktionellen Bearbeitung im Hinblick auf das Layout. Auf der dritten Prozessebene, der Distributions- oder auch Multiplikationsebene, erfolgt schließlich die Übermittlung an den Zuschauer über die jeweiligen Übertragungswege.

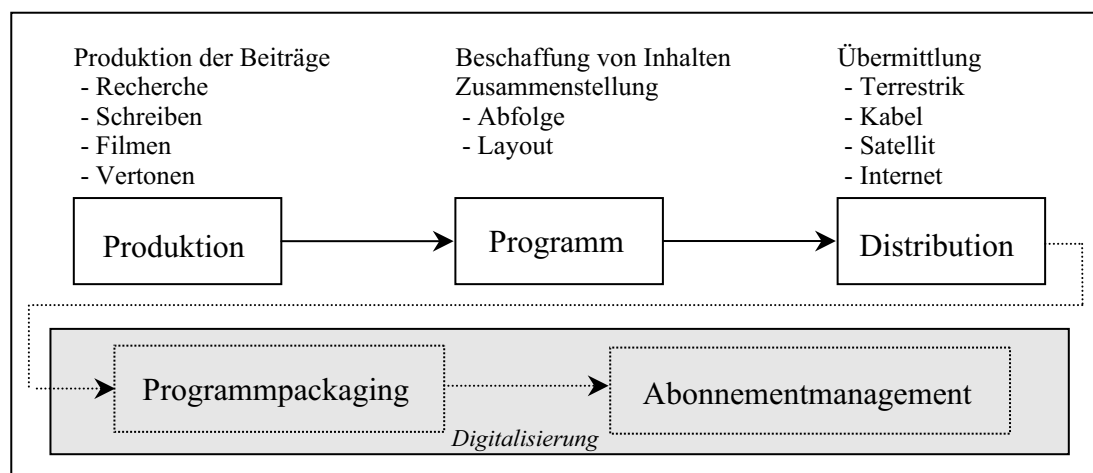
744. Durch die Digitalisierung des Rundfunks wurde die Wertschöpfungskette im Medienbereich um zwei Stufen erweitert: Programmpackaging und Abonnementmanagement.² Mit Letzterem sind sämtliche administrativen Dienstleistungen gemeint, die im Rahmen der Veranstaltung von Abonnementfernsehen (Aufnahme und Pflege der Kundendaten, Verschlüsselung, Zugangskontrolle und Abrechnungsmodalitäten) notwendig sind. Um eine sinnvolle Vermarktung zu erzielen, werden die digitalen Fernsehprogramme zu Programmpaketen zusammengestellt (Programmpackaging). Diese Pakete setzen sich in der Re-

¹ Vergleiche Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Hauptgutachten 1998/1999, Baden-Baden 2000, Kapitel V; dies., Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2003, Abschnitt 3 im Einleitungskapitel.

² Vergleiche Messmer, S., Digitales Fernsehen in Deutschland – Eine industrieökonomische Analyse des wirtschaftspolitischen Handlungsbedarfs, Frankfurt 2001, S. 85 ff. Im Falle der privaten, werbefinanzierten Fernsehveranstalter müsste die Kette um die Produktionsstufe „Zuschauerproduktion“ erweitert werden. Private Anbieter erzielen sämtliche Einnahmen aus dem Verkauf von Werbezeit und durch Sponsoring. Aufgrund dieser Finanzierungsform, die sich an der Zuschauerakzeptanz ausrichtet, versuchen die privaten Betreiber, ihre Umsätze durch hohe Einschaltquoten zu maximieren.

Abbildung V.1

Wertschöpfung in der Medienbranche



gel aus Programmen zusammen, die vom jeweiligen Paketanbieter produziert oder betrieben werden, und so genannten „Third Party“ oder auch „Invited Channels“, die von dritten Veranstaltern zugeführt werden.

745. Die klassische Aufteilung der Wertschöpfungskette auf die drei Stufen gestaltet sich in heutiger Zeit zunehmend schwieriger, da die Unternehmen in der Medienbranche miteinander verschmelzen und sich bei ihrer Tätigkeit nicht mehr ausschließlich auf die Aufgabe einer dieser drei Stufen beschränken, sondern zum Teil auf mehreren Ebenen tätig sind. Durch den Konvergenzprozess in der Medienbranche entstehen viele strategische Bündnisse entlang der Wertschöpfungskette. Exemplarisch seien hier einige wenige Beispiele für Formen der vertikalen Verflechtung aufgeführt. Durch die Gründung des Senders XXP, der sich zunächst im Besitz der Spiegel TV GmbH und der Produktionsfirma dctp befand und seit Anfang 2006 unter der Beteiligung von Discovery Communications als Joint-Venture-Unternehmen weitergeführt wird, wuchs die Produktions- mit der Programmebene zusammen. In die entgegengesetzte Richtung wirkte die Gründung des international tätigen Sportrechtehändlers Sport Five S.A. durch die Veranstaltergruppe RTL Group. Hier wurden die Aktivitäten der Programm- und Produktionsebene in einem Unternehmen zusammengeführt. Als Beispiel für die Verflechtung der Distributions- mit der Programmebene lässt sich die Vermarktung des digitalen Programmangebots „Kabel digital Home“ durch die Kabelnetzgesellschaft Kabel Deutschland GmbH (KDG) anführen. Ein anderes Beispiel für die weitergehende Verflechtung der einzelnen Wertschöpfungsstufen im Medienbereich bietet die Arena Sport Rechte und Marketing GmbH, die sich als 100prozentige Tochter der Unity Media im Besitz der großen Kabelgesellschaften ish, iesy und Tele Columbus befindet. Das Unternehmen erwarb die Fernsehrechte der Fußball-Bundesliga bis zum Jahre 2009. Da „Arena“ angekündigt hat, dass sie nicht nur die Verwaltung der Rechte übernehmen möchte, sondern auch die Vor- und Nachberichterstattung zu den Spielen mit eigener Produktion und eigenen Moderatoren realisieren will, vermischen sich hier die Tätigkeiten eines Anbieters der Distributionsebene mit denen eines Anbieters der Produktionsebene. Vor kurzem hat sich das Unternehmen entschieden, einen Antrag auf Zulassung eines Spartenprogramms zu stellen und den Zuschauern einen eigenen Fußballkanal anzubieten. Somit übernimmt es auch die Aufgaben der Programmebene und ist auf allen Wertschöpfungsstufen aktiv.

Anhand dieser Beispiele wird deutlich, dass eine eindeutige Zuordnung einzelner Medienunternehmen zu einer Stufe der Wertschöpfungskette heutzutage kaum noch möglich ist. Um aber die Wettbewerbsprobleme im Rundfunkbereich strukturiert und nachvollziehbar darstellen zu können, bietet es sich jedoch weiterhin an, die Darstellung der Problemfelder anhand der drei Wertschöpfungsstufen vorzunehmen. Daher widmet sich der zweite Abschnitt dieses Kapitels der Produktionsebene, insbesondere der Beziehung zwischen den Produzenten von Programminhalten und den Fernsehveranstaltern, bevor der dritte Abschnitt die Probleme auf der Programmebene aufzeigt, die aus der Stellung der öffentlich-rechtlichen

Programmanbieter und der Regulierung des privaten Rundfunks erwachsen. Der vierte Abschnitt spricht die Wettbewerbssituation auf der Distributionsebene an, bevor abschließend die ordnungspolitischen Empfehlungen der Monopolkommission zusammengefasst dargestellt werden.

2. Produktionsebene

746. Im Wettbewerb der Programmveranstalter um die Zuschauer und die Werbeeinnahmen spielt die Attraktivität des Programms und somit die Qualität der so genannten Programmsoftware (Filme, Serien, Nachrichten) eine entscheidende Rolle. Demzufolge ist aus der Sicht der Rundfunkanbieter der Markt für diese Programmsoftware ein wichtiger Beschaffungsmarkt. Die Produzenten stellen durch die Kombination von materiellen sowie immateriellen Produktionsfaktoren einzelne Sendehalte und gleichzeitig die Senderechte an den Inhalten selbst her. Prinzipiell ist es unerheblich, ob die Nachfrager nach Programminhalten öffentlich-rechtliche, werbefinanzierte oder entgeltfinanzierte Rundfunkanbieter sind, denn bei der Programmbeschaffung steht jeder Fernsehbetreiber vor der Entscheidung, die benötigten Programminhalte selbst zu erstellen oder sie von unabhängigen Produzenten, Rechteinhabern oder anderen Rundfunkveranstaltern zu beziehen. Für die fremdbezogene Programmsoftware müssen die Fernsehveranstalter befristete Nutzungsrechte erwerben, während ihnen das Urheberrechtsgesetz die permanente Nutzung und Verwertung ihrer eigenproduzierten Sendungen zusichert.

747. Im Jahr 2004 waren in Deutschland 741 Produktionsfirmen tätig, die über 12 000 Stunden an Film- und Fernsehproduktionen hergestellt haben. Damit stieg das Produktionsvolumen um 3,5 Prozent im Jahr 2004 von rund 696 000 auf über 720 000 Minuten. Anhand der Zahlen des FORMATT-Instituts für den deutschen Produktionsmarkt ist zu erkennen, dass das Produktionsvolumen der eher kostengünstigen Unterhaltungsbranche gesunken und das Volumen im Bereich Fiction und Information gestiegen ist.³

2.1 Wettbewerb um Aufträge

748. Das Angebot an Filmen und Fernsehproduktionen stellen sowohl senderunabhängige Produzenten, Produktionsbetriebe, die über Finanzbeteiligungen an einen Sender gebunden sind, als auch eigens gegründete Tochterfirmen von Programmveranstaltern (wie die Bavaria Film AG oder die Studio Hamburg GmbH) bereit. Die Anzahl der abhängigen Produktionsfirmen ist in den letzten Jahren deutlich gesunken.⁴ Ihr Anteil an der Gesamtzahl der Produktionsunternehmen lag 2004 bei ungefähr 11 Prozent.

³ Vergleiche FORMATT-Institut, Fernseh- und Film Produktionsmarkt Deutschland 2003 und 2004, Forschungsprojekt im Auftrag der Staatskanzlei Nordrhein-Westfalen, Dortmund 2005, S. 3 ff.

⁴ Das Kriterium Abhängigkeit bezieht sich auf Kapitalverbindungen zu Fernsehsendern und nicht auf die Dominanz von einzelnen Auftraggebern bei einzelnen Produktionsfirmen.

Tabelle V.1

Senderabhängige und -unabhängige Produzenten

Jahr	senderabhängig				senderunabhängig			
	Betriebe		Produktionsvolumen		Betriebe		Produktionsvolumen	
	Anzahl	%	Min.	%	Anzahl	%	Min.	%
2001	115	15,3	383.000	53,3	635	84,7	335.900	46,7
2002	108	14,6	349.500	49,9	630	85,4	350.400	50,1
2003	87	10,8	223.600	32,0	721	89,2	475.000	68,0
2004	84	11,3	245.600	33,8	657	88,7	480.800	66,2

Quelle: FORMATT-Institut, Fernseh- und Film Produktionsmarkt Deutschland 2003 und 2004, Tabelle 2/7, S. 32

Betrachtet man die Zahlen für die Produktionsvolumina, wird ersichtlich, dass die unabhängigen Betriebe gemessen an der durchschnittlichen Jahresproduktion wesentlich kleiner sind als die abhängigen Produzenten. Während die abhängigen Unternehmen im Jahr 2004 ein durchschnittliches Produktionsvolumen von über 2 900 Minuten erreichten, produzierten die unabhängigen Firmen im Schnitt gerade einmal 730 Minuten. Dies entspricht einem Verhältnis von vier zu eins. Diese Zahlen legen die Vermutung nahe, dass die senderabhängigen Produzenten eher einen Zugang zu den Auftragsvolumina der Rundfunkveranstalter erhalten als ihre unabhängigen Wettbewerber.

749. Die senderunabhängigen Produzenten stehen bei der Bewerbung um Produktionsaufträge im Wettbewerb mit den senderabhängigen Produktionsbetrieben. Dabei besteht für die unabhängigen Anbieter die Gefahr, dass die Tochterfirmen der Sender oder auch die abhängigen Produzenten bei der Auftragsvergabe, der Vergütung und bei den Vertragsbedingungen bevorzugt behandelt werden und es somit zu Wettbewerbsverzerrungen kommt. Dies kann volkswirtschaftlich ineffizient sein, aber Inhaus-Produktionen sind kartellrechtlich nicht angreifbar.

750. Unter ordnungspolitischen Gesichtspunkten ist die Inhaus-Vergabe dann zu kritisieren, wenn der Programmanbieter zu den öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten gehört und er die eigenen Produktionsfirmen bei der Auftragsvergabe privilegiert. Werden nämlich mit den Einnahmen aus dem Gebührenaufkommen die Aktivitäten auf der Produktionsebene quersubventioniert oder die Renditeverpflichtungen verringert, dann kann das dazu führen, dass die öffentlich-rechtlichen Tochterfirmen die Preise ihrer Konkurrenten für sämtliche Produktionen aufgrund ihres finanziellen Rückhalts aus dem Gebühreneinkommen unterbieten und bei der Vergabe der ausgeschriebenen Filmaufträge den Vorzug vor ihren Wettbewerbern erhalten. Es wäre auch denkbar, dass die öffentlich-rechtlichen Anstalten die Gelder aus dem Gebührenaufkommen dazu nutzen, um den Tochterfirmen höhere Preise für deren Aufträge zu zahlen und auf die-

sem Wege die finanzielle Situation der privatrechtlich organisierten Töchter zu verbessern.

Um zu vermeiden, dass die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten ihre Aufträge einseitig zu Lasten der Wettbewerber und der Gebührenzahler⁵ an ihre Tochterunternehmen vergeben, muss eine neutrale und für alle offene Vergabe von Produktionsaufträgen durch die öffentlich-rechtlichen Programmanbieter sichergestellt sein. Zur Zeit lässt sich dies für Außenstehende aber nur schwerlich nachweisen, da die Verträge, die über die privaten Tochterunternehmen abgeschlossen werden, nicht von den üblichen Kontrollgremien der öffentlich-rechtlichen Programmveranstalter (Verwaltungs- und Rundfunkrat, beim ZDF: Fernsehrat) eingesehen werden können. Um bei der Vertragsvergabe im Markt für Film- und Fernsehproduktionen so viel Transparenz wie möglich zu schaffen, plädiert die Monopolkommission zum einen für eine klarere als die bisher erfolgte Trennung zwischen dem öffentlich-rechtlichen Auftrag und der kommerziellen Geschäftstätigkeit der Sendeanstalten und zum anderen für eine Ausweitung der Prüfrechte der Rundfunkgremien und der Rechnungshöfe. Darüber hinaus sollten ARD und ZDF dazu verpflichtet werden, sämtliche Medienpartnerschaften und Kooperationen offen zu legen.

2.2 Möglichkeiten der Finanzierung

751. Entscheidet sich eine Produktionsfirma für ein eigenes Filmprojekt und will dabei so viele Rechte an diesem Werk wie möglich selbst behalten, muss sie versuchen, sich über eine starke Eigenbeteiligung und Fördergelder zu finanzieren. Ferner kann das Unternehmen über fremde Investoren weitere Finanzierungsquellen erschließen. Beteiligen sich Rundfunkveranstalter an der Finanzierung eines Projekts oder geben eine Produktion selbst in Auftrag, dann fallen die Vermarktungs- und Ausstrahlungsrechte zum Teil zu 100 Prozent an die Sender.

⁵ Vergleiche Tz. 824 ff.

752. Mit Ausnahme der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten, denen als Hauptfinanzierungsquelle die Einnahmen aus der Gebührenpflicht zur Verfügung stehen, finanzieren sich die kommerziellen Anbieter hauptsächlich aus Mitteln, die sie am Kapitalmarkt erhalten, oder durch die Vermarktung von Werbezeiten an die werbetreibende Industrie. Diese Einnahmen bestimmen die Höhe des Budgets, um das die Produzenten der Fernsehproduktionen konkurrieren. Im Jahr 2004 betrugen die Nettowerbeeinnahmen⁶ sämtlicher erfassbarer Medien in Deutschland 19,6 Mrd. Euro. Die Werbeeinnahmen des Mediums Fernsehen beliefen sich auf knapp 3,9 Mrd. Euro und entsprachen damit einem Anteil von 20 Prozent. Dieser Anteil entwickelte sich nahezu parallel zu den Schwankungen im gesamten Werbemarkt über die letzten Jahre und war daher konstant.

753. Die anhaltende Zurückhaltung der deutschen Bevölkerung beim Konsum hat dazu beigetragen, dass die werbetreibende Industrie einen gewissen Druck auf die Media-Agenturen ausgelöst hat, die Werbezeiten bei den Sendern bzw. deren Werbezeitvermarktern günstig einzukaufen. Zugleich wird verlangt, dass je nach der Art des Produkts entweder ein hohes qualitatives Programmumfeld oder eine hohe Zuschauerquote erreicht werden muss. Diese Forderungen geben die Werbezeitvermarkter an ihre Sender mit der Auflage weiter, dass bei einem Ausbleiben der angestrebten Quote bzw. Massenreichweite weitere Preisreduzierungen an die Werbetreibenden zu offerieren sind. Die Sender wiederum geben diesen Kostendruck an die Produzenten weiter. Für die Produktionsbetriebe ist es daher erstrebenswert, bestimmte Rechte an ihren Produktionen selbst zu verwerten, eine Umsatz- und damit Risikobeteiligung zu vereinbaren, neue Märkte, wie zum Beispiel Spartenkanäle, zu er-

schließen oder neue Formen der Zusammenarbeit mit der Werbewirtschaft einzugehen.

754. Zukünftig ist zu erwarten, dass – begünstigt durch neue Technologien und die Digitalisierung des Rundfunks – neue Unterhaltungsformen⁷ und neue Werbeformen im Medienbereich (geteilte Bildschirme, virtuelle und interaktive Werbung) etabliert werden. Welche Formen der Werbung es zukünftig geben wird, hängt von der Kreativität der Akteure, von den rechtlichen Rahmenbedingungen sowie von der Bereitschaft der Produzenten, Programmgestalter und werbetreibenden Industrie zu einer stärkeren Zusammenarbeit ab. Aus theoretischer Sicht sind als Kooperationsformen bei der Programmentwicklung das Sponsoring eines einzelnen Formats oder Programmplatzes, Produktplatzierungen in bestehenden Inhalten und die gemeinsame Entwicklung von Film-inhalten denkbar. Die Entwicklung dieser neuen Werbe-konzepte und die Verlagerung von Werbegeldern auf die neuen Werbeformen werden aber durch die im Rundfunk-gesetz verankerten Einschränkungen für Produktwerbung für Fernsehproduktionen erschwert. Dies führt letztendlich dazu, dass eine flexible Finanzierung audiovisueller Inhalte durch neue Werbeformen nahezu ausgeschlossen ist und kaum Wachstumsimpulse für die Medienunternehmen entstehen können.

755. Angesichts der dynamischen Entwicklung auf den Märkten im audiovisuellen Bereich hat die EU-Kommission Ende 2005 eine Novellierung der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ aus dem Jahre 1989 vorgeschlagen. Die Kommission will die Regulierung für europäische Fernsehveranstalter lockern und neue Regeln für die Finanzierung der Aktivitäten im Mediensektor schaffen. Mit den jeweiligen Maßnahmen soll das Entstehen eines funktionierenden Binnenmarkts für Fernsehdienste unterstützt und die europäische Inhalteproduktion gefördert werden. Für die Fernsehwerbung plant die Kommission liberalere als die bisher geltenden Regelungen. So sieht die neue Richtlinie vor, die detaillierten Vorschriften über die Dauer und die Einfügung der Werbung in das lau-

⁶ Bei der Ermittlung von Werbemarktanteilen ist zwischen den Brutto- und Nettowerbeumsätzen zu unterscheiden. Anhand von Listenpreisen werden die Bruttowerbeumsätze der einzelnen Sender berechnet. Die Nettowerbeumsätze entsprechen der Differenz aus den Bruttowerbeumsätzen und den Beträgen für Rabatte, Provisionen der Media-Agenturen und Freispots.

⁷ Vergleiche Tz. 868 ff.

Tabelle V.2

Entwicklung des Werbeträgers Fernsehen

Jahr	Nettowerbeeinnahmen gesamt (Mrd. €)	Anteil des Mediums Fernsehen (%)
1990	12,58	13,1
1995	18,58	17,4
2000	23,38	20,1
2003	19,28	20,0
2004	19,59	20,0

Quelle: Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft, Werbung in Deutschland 2005

fende Programm zu vereinfachen. Im Falle der Umsetzung der Richtlinie würden auch neue Werbeformen zugelassen. Ferner ist eine Definition und ein klarer rechtlicher Rahmen für Produktplatzierungen geplant, um Rechtssicherheit zu erzeugen und zusätzliche Finanzierungsquellen für europäische Filmproduktionen zu erschließen.

Die Monopolkommission begrüßt den Vorstoß der EU-Kommission, eine geringere Regulierungsdichte im Medienmarkt zu erreichen und so die Entwicklung eines gemeinsamen Binnenmarktes zu fördern. Eine Liberalisierung der bestehenden Werberegeln verbessert die Einnahmemöglichkeiten der werbefinanzierten Sender und folglich deren Situation im Wettbewerb um attraktive Programminhalte und Zuschauer gegenüber den anderen Rundfunkveranstaltern.⁸ Die Zulassung neuer Werbeformate wie beispielsweise Produktplatzierungen in Medienproduktionen ist nach Auffassung der Monopolkommission bei Wahrung der Transparenz zu befürworten, um das Aufkommen neuer Geschäftsideen und -modelle zu ermöglichen und die Wettbewerbsfähigkeit der audiovisuellen Medien zu stärken.

3. Programmebene

756. Auf der zweiten Stufe der medialen Wertschöpfungskette ist es die Aufgabe des Fernsehveranstalters, ein zusammenhängendes Programmangebot zu erstellen. Seine Leistung besteht in der redaktionell-publizistisch-künstlerisch gestalteten, geplanten und zeitlich geordneten Komposition des Fernsehprogramms, einschließlich dessen Finanzierung und Übermittlung an die Distributionsebene. In Ergänzung zu den fremdbezogenen und/oder eigenproduzierten Programminhalten benötigt der Programmveranstalter zur Erstellung seines Programms ein hohes Maß an Ideen und Kreativität. Jedes Fernsehprogramm stellt daher ein Einzelstück dar und unterliegt aufgrund der kreativen Leistung seines Urhebers dem Schutz des Urheberrechts. Da die Akzeptanz neuer Programmformen und -inhalte durch die Zuschauer ungewiss ist, verfolgen viele Programmveranstalter die Strategie der „kreativen Nachahmung“ erfolgreicher Programmformen ihrer Konkurrenten, um auf diesem Wege ihr Risiko zu minimieren.

In Deutschland ist die Programmebene als duales Rundfunksystem organisiert. Neben dem von Staats wegen technisch, programmlich und finanziell abgesicherten öffentlich-rechtlichen Rundfunk existiert der private oder auch kommerzielle Rundfunk, der Regelungen unterliegt und Vorschriften zur Veranstaltung von Werbung zur Refinanzierung seiner Tätigkeiten einhalten muss. Die Monopolkommission hat sich seit dem so genannten FRAG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 16. Juni 1981⁹ zunächst in ihrem Sondergutachten 11 und sodann in den jeweiligen Medienkapiteln der späteren Hauptgutachten zum Wettbewerbsverhältnis zwischen dem privaten und dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk

geäußert.¹⁰ Im vorliegenden Abschnitt möchte die Kommission auf einige wettbewerbliche Fehlentwicklungen im deutschen Rundfunksystem aufmerksam machen und Lösungsvorschläge für die einzelnen Problemfelder unterbreiten. Im Mittelpunkt der Analyse wird das öffentlich-rechtliche Fernsehen stehen. Sämtliche Schlussfolgerungen lassen sich jedoch auch ohne größere Einschränkungen auf den öffentlich-rechtlichen Hörfunk übertragen.

3.1 Besonderheiten des werbefinanzierten Fernsehsektors

757. Vor der Analyse des deutschen Rundfunkmarkts ist es ratsam, auf die Besonderheiten der Werbefinanzierung einzugehen, da das duale Rundfunksystem durch die wirtschaftliche Logik des werbefinanzierten Fernsehens mitbestimmt wird und die funktionalen Zusammenhänge des Rundfunkmarkts nicht vollständig denen anderer Märkte entsprechen. Der Verkauf von Werbezeiten dient Medienunternehmen zur Finanzierung ihrer laufenden Medienproduktion. Diese Art der Finanzierung von Rundfunksendungen führt dazu, dass zum einen der marktwirtschaftliche Preismechanismus nur indirekt und unmerklich funktioniert und zum anderen nicht die Kosten der Produktionsfaktoren die Preise des Endprodukts bestimmen, sondern die Werbepreise die Höhe der wichtigsten Kosten im Fernsehsektor beeinflussen.

758. Das Besondere am werbefinanzierten Fernsehen ist, dass zwischen den Fernsehveranstaltern und den Rezipienten kein Markt im eigentlichen Sinne existiert, also kein Markt, auf dem ein Austauschprozess von Leistung und Gegenleistung vorzufinden ist. Im Free-TV¹¹ gilt im Gegensatz zum Pay-TV oder auch Fee-TV das so genannte Nichtausschlussprinzip: Das Publikum kann nicht vom Konsum des Fernsehprogramms ausgeschlossen werden. Besitzt ein Zuschauer ein Fernsehgerät, ist er in der Lage, sämtliche frei ausgestrahlten Sender ohne die Entrichtung eines Nutzungsentgelts – abgesehen von der Rundfunk- und Kabelgebühr – zu empfangen. Die Programmanbieter können bei den Zuschauern für ihr Angebot keine Entgelte erheben und somit keine direkten Erlöse erzielen. Auf dem zweiten Markt des Rundfunksektors, dem Markt für Fernsehwerbung, bezahlen die Unternehmen der werbetreibenden Industrie für ihre Werbespots, die im Programm geschaltet sind.¹² Damit die ausgestrahlten Werbebotschaften möglichst viele Konsumenten erreichen und zu den erwünschten Verkaufs-

⁸ Vergleiche Tz. 801 ff.

⁹ BVerfGE 57, 295.

¹⁰ Vergleiche Monopolkommission, Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen, Sondergutachten 11, Baden-Baden 1981, Tz. 8 ff.; dies., Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Hauptgutachten 1994/1995, Baden-Baden 1996, Tz. 840 ff.; dies., Marktöffnung umfassend verwirklichen, Hauptgutachten 1996/1997, Baden-Baden 1998, Tz. 526 ff.; dies., Hauptgutachten 1998/1999, a. a. O., Tz. 629 ff.

¹¹ Unter Free-TV werden generell sämtliche Sender verstanden, deren Programme ohne gesonderte Entgelte konsumiert werden können. Beim Pay-TV hingegen müssen für die Programme Extrazahlungen in Form eines Abonnements für einen bestimmten Zeitraum oder über Entgelte für einzelne Sendungen geleistet werden.

¹² Das Schalten von Werbung ist für die Unternehmen immer dann sinnvoll, wenn die zusätzlich generierten Verkaufserlöse, die durch die Werbung entstanden sind, die Kosten der Werbeaktivitäten übersteigen.

erlösen bei den Unternehmen führen, ist es wichtig, dass die Werbeblöcke in ein attraktives Programmumfeld eingebettet werden. Um ihre Einnahmen maximieren zu können, müssen sich die Sender demnach um ein massenattraktives Programm bemühen. Folglich entscheiden die Endkonsumenten (die Zuschauer) indirekt – also nicht über ihre monetäre Zahlungsbereitschaft, sondern mit ihrer Aufmerksamkeit vor dem Fernseher –, welche Programme ausgestrahlt werden.

759. Da die Medienprodukte nicht direkt, sondern über Umwege finanziert werden, entstehen bei der Werbefinanzierung von Rundfunksendern Quersubventionierungseffekte. Der Werbeaufwand der Unternehmen, über den die Finanzierung der Sender und ihrer Programme erfolgt, wird über die Preise der beworbenen Produkte auf die Käufer überwältigt. Die Kosten der Übertragung im werbefinanzierten Fernsehen tragen somit sämtliche Konsumenten der beworbenen Waren und Dienstleistungen, unabhängig davon, ob sie die ausgestrahlten Fernsehsendungen verfolgen oder nicht. Aufgrund des quasi kostenlosen Angebots entfällt im werbefinanzierten Free-TV für die Rezipienten jeglicher direkte Zahlungsvorgang.

760. Einen erheblichen und weitgehend unterschätzten Einfluss auf die Funktionsweise des Fernsehsektors üben so genannte „positionale“ Faktoren aus. Einen hohen Grad an Positionalität weisen insbesondere die Stars unter den Moderatoren und Schauspielern sowie die Übertragungsrechte für Sportgroßereignisse und massenattraktive Spielfilme auf. Da diese Faktoren nur begrenzt verfügbar oder gar einmalig und dementsprechend sehr attraktiv sind,¹³ lassen sich mit ihnen außerordentliche Reichweiten und Werbeumsätze erzielen. Aufgrund der Existenz der positionalen Inputs besteht im Medienbereich ein besonderer Zusammenhang zwischen Kosten, Erlösen und Budgets. Das verfügbare Budget der kommerziellen Sender speist sich aus ihren Werbeeinnahmen. Die erzielten Erlöse bestimmen, welche Filme, Serien und Übertragungsrechte erworben werden können. Wie zuvor bereits erwähnt, hängen die zu erzielenden Werbeerlöse von den Einschaltquoten, also der Attraktivität des eigenen Programms, ab. Infolgedessen orientiert sich die Zahlungsbereitschaft eines Senders für bestimmte Senderechte oder Programminhalte an seinen erwarteten Werbeerlösen, die sich mit diesen Programmen erzielen lassen. Um möglichst hohe Einnahmen erzielen zu können, werden die Sender versuchen, möglichst viele positionale Faktoren in ihr Programm aufzunehmen. Allerdings sind diese Faktoren nur in einer begrenzten Menge vorhanden (die Rechte für die Ausstrahlung der Fußball-Bundesliga gibt es nur einmal). Je mehr Sender diese Faktoren nachfragen, desto stärker steigt deren Preis. Dies bedeutet: Wächst das Zuschauerinteresse an einem bestimmten Programm und wachsen somit die Werbeerlöse der Programmveranstalter, dann steigen die Preise der attraktiven Sendeinhalte sowie die Einkommen der

Fußballprofis und Schauspieler und folglich die Kosten der Sender. Es bleibt also festzuhalten, dass in einem werbefinanzierten Fernsehmarkt die Kosten eines Programms, sofern sie durch den Einsatz positionaler Faktoren entstehen, erst über die Zahlungsbereitschaft der Sender bestimmt werden.¹⁴ Auf die Bedeutung dieser Zusammenhänge für das duale Fernsehsystem wird zu einem späteren Zeitpunkt näher eingegangen.

3.2 Verfassungsrechtliche Vorgaben zum Fernsehmarkt

761. Seit 1961 hat das Bundesverfassungsgericht in mittlerweile zehn Rundfunkurteilen die deutsche Rundfunkordnung geprägt und gestaltet. Die Grundlage für die Entscheidungen des Gerichts bildet die Rundfunkfreiheit, die in Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG garantiert ist und alle mit der Rundfunkveranstaltung verbundenen Tätigkeiten schützt.

762. Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff des Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist einer präzisen, erschöpfenden Definition nicht zugänglich. Das Bundesverfassungsgericht hat vielmehr im Baden-Württemberg-Beschluss einen entwicklungs offenen, dynamischen Rundfunkbegriff geprägt.¹⁵ Die Länder als Träger der Rundfunkpolitik einigten sich im Rundfunkstaatsvertrag (RStV) auf einen einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff. Nach § 2 Abs. 1 RStV wird der Begriff „Rundfunk“ definiert als „die für die Allgemeinheit bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Darbietungen aller Art in Wort, in Ton und in Bild unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung oder längs oder mittels eines Leiters“. Unter diesen Rundfunkbegriff fallen auch die Darbietungen, „die verschlüsselt verbreitet werden oder gegen besonderes Entgelt empfangbar sind.“

763. Das Bundesverfassungsgericht versteht die Freiheiten des Artikel 5 Abs. 1 GG als „dienende“ Freiheiten. Alle Freiheiten des Artikel 5 Abs. 1 GG dienen der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung.¹⁶ Die Aufgabe des Rundfunks ist es, jeden Einzelnen und alle gesellschaftlichen Gruppen möglichst breit und vollständig zu informieren und ihnen die Gelegenheit zu Meinungsbildendem Wirken zu geben. Dabei ist der Rundfunk selbst am Prozess der Meinungsbildung beteiligt. Dem Rundfunk kommt wegen seiner großen Aktualität, seiner Suggestivkraft und Breitenwirkung ein großes Potential der Beeinflussung zu und er nimmt somit eine Sonderrolle im Rahmen des Artikel 5 Abs. 1 GG ein.¹⁷

764. Die Rundfunkfreiheit des Artikel 5 Abs. 1 S. 2 GG erstreckt sich über alle Tätigkeiten der Rundfunkanbieter von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Sendung. Neben der Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit werden sowohl die Auswahl des dargebotenen In-

¹³ Bei Live- und Sportübertragungen kommt hinzu, dass die Ausstrahlung dieser Veranstaltungen zeitnah erfolgen muss, da das Interesse der Zuschauer nicht lange hält und die Verwertung nur zeitnah, also nur während oder kurz nach dem Ereignis, attraktiv ist.

¹⁴ Vergleiche Kruse, J, Ökonomische Probleme der deutschen Fernsehlandschaft, in: J. Kruse (Hrsg.), Ökonomische Perspektiven des Fernsehens in Deutschland, München 2000, S. 8 ff.

¹⁵ BVerfGE 74, 297, 350.

¹⁶ BVerfGE 87, 181, 197.

¹⁷ BVerfGE 90, 60, 87.

halts als auch die Entscheidung über die Art und Weise der Darstellung durch die Rundfunkfreiheit geschützt. Die Rundfunkanbieter verfügen über eine umfassende Programmfreiheit.¹⁸

765. Träger der Rundfunkfreiheit sind sowohl die öffentlich-rechtlichen als auch die privaten Rundfunkanbieter. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten können sich auf den Schutz des Grundrechts der Rundfunkfreiheit berufen, weil sie als staatsfern organisierte Rundfunkgesellschaften die Grundrechte der Bürger auf Meinungs- und Informationsfreiheit verwirklichen sollen.¹⁹ Für private Rundfunkveranstalter ist die Rundfunkfreiheit dagegen vor allem ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe.²⁰

766. Die Rundfunkfreiheit bedarf nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einer Ausgestaltung durch den Gesetzgeber. Damit eine umfassende Information der Bevölkerung ermöglicht werden kann, muss sich die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglichst tiefer Breite und nahezu vollständig widerspiegeln. Daher ist der Staat verpflichtet, eine positive Ordnung zu schaffen, die die wesentlichen Anforderungen an die Vielfalt, das Programm, den Marktzugang, die Aufsicht und Finanzierung im Rundfunk gesetzlich regelt.²¹ Ferner ist zu gewährleisten, dass weder der Staat noch irgendwelche gesellschaftlichen Gruppen einen Einfluss auf den Rundfunk ausüben oder sich gar des Rundfunks bemächtigen können. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts könnte der Rundfunk die gebotene Vielfalt der Meinungen und Themen nicht abbilden, wenn der Gesetzgeber den Rundfunk dem freien Spiel der Kräfte überließe. Der Markt sei nicht in der Lage, die von der Verfassung geforderte Vielfalt zu erbringen.

767. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schreibt auch den Rahmen vor, in dem sich die duale Rundfunkordnung entwickeln kann. Im so genannten Niedersachsen-Urteil aus dem Jahr 1986 legte das Gericht die Leitidee des dualen Systems fest, indem es den öffentlich-rechtlichen Veranstaltern die Aufgabe zuwies, eine so genannte Grundversorgung der Bevölkerung mit Rundfunkprogrammen sicherzustellen. Zur Erfüllung dieser Aufgabe wurde die Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch eine umfassende Bestands-, Entwicklungs- und Finanzierungsgarantie abgesichert. Die Zulassung privater Anbieter, die geringere Anforderungen zu erfüllen haben, ist an die Bedingung geknüpft, dass ein voll funktionsfähiger öffentlich-rechtlicher Rundfunkbereich die Aufgaben der Grundversorgung sicherstellt. Der Begriff der Grundversorgung ist aber weder im Grundgesetz noch im einfachen Recht definiert. Er wurde als Konkretisierung des Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG entwickelt.²² Laut dem Fünften Rundfunkurteil umfasst die unerlässlich-

che Grundversorgung die Empfangbarkeit der Sendungen für alle Bürger, die Abdeckung der gebotenen meinungsbezogenen und gegenständlichen Vielfalt durch inhaltliche Standards des Programms und die wirksame Sicherung dieser Standards durch organisatorische und verfassungsrechtliche Vorkehrungen.²³ Ferner steht durch die Rechtsprechung des Gerichts fest, dass Grundversorgung keine Mindestversorgung bedeutet, auf die der öffentlich-rechtliche Bereich begrenzt werden könnte, und dass eine Grundversorgung stets eine Mehrzahl von Programmen voraussetzt. Die Verantwortung für die Ausgestaltung und die Umsetzung des Grundversorgungsauftrags fällt aufgrund der Programmautonomie allein den Anstalten zu.

768. Der Gesetzgeber hat von Verfassung wegen dafür zu sorgen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten über ausreichende finanzielle Mittel verfügen.²⁴ Nur eine angemessene Finanzausstattung ermöglicht es den öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten, ihren Funktionsauftrag zu erfüllen und ein die Vielfalt der Meinungen darstellendes Programm zu veranstalten. Ferner sollen die öffentlich-rechtlichen Sender in die Lage versetzt werden, ein Programm anbieten zu können, mit dem sie im Wettbewerb mit den privaten Anbietern bestehen können. Das Bundesverfassungsgericht gibt aber keine Finanzierungsart vor, sondern überlässt es dem Gesetzgeber, die genaue Ausgestaltung der ausreichenden Finanzausstattungen vorzunehmen.²⁵

3.3 Ordnungspolitische Begründungen für Staatseingriffe

769. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf die Bereitstellung des Rundfunkangebots nicht den Marktkräften überlassen werden, um eine einseitige Beeinflussung der öffentlichen Meinung durch einen Missbrauch des Mediums Rundfunk zu vermeiden. Um einen derartigen Eingriff des Staates in einen Markt aus klassisch-ordnungspolitischer Sicht rechtfertigen zu können, sollte aber eine Reihe von Bedingungen erfüllt sein. Denn erst wenn ein Markt gravierende Funktionsstörungen aufweist und kein alternativer institutioneller Rahmen zu einem ordnungskonformen Ergebnis führt, sollten staatliche Korrekturmaßnahmen in Betracht kommen. Ähnliche Anforderungen werden an staatliche Eingriffe gestellt, die außerökonomische und gesamtwirtschaftliche Ziele verfolgen. Ferner besteht die Notwendigkeit, diese Interventionen regelmäßig auf ihren Zielerreichungsgrad hin zu überprüfen, um Missbräuche zu verhindern. Eine derartige Überprüfung erfordert aber von den politisch Verantwortlichen eine Präzisierung der Zielsetzungen.

Aus ordnungspolitischer Sicht lassen sich Markteingriffe des Staates rechtfertigen, wenn auf den betrachteten Märkten ein so genanntes Marktversagen auftritt. Im Folgenden werden einige Ursachen für ein Marktversagen

¹⁸ BVerfGE 59, 231, 258; 87, 181, 201; 90, 60, 87.

¹⁹ BVerfGE 59, 238, 254; 31, 314, 322; 74, 297, 318.

²⁰ BVerfGE 95, 220, 234.

²¹ BVerfGE 57, 295, 319 f.; 73, 118, 152 ff.; 74, 297, 323 f.

²² BVerfGE 73, 118, 157 f.

²³ BVerfGE 74, 297, 326.

²⁴ BVerfGE 74, 297, 342; 87, 181, 202; 90, 60, 92.

²⁵ BVerfGE 74, 297, 342; 90, 60, 90.

(Marktunvollkommenheiten) im Rundfunkmarkt untersucht; dazu gehören externe Effekte und Informationsmängel. Darüber hinaus kann der Eingriff kollektiver Instanzen durch die Existenz so genannter meritorischer Güter begründet werden.

3.3.1 Meritorische Erwägungen

770. Oft wird zur Begründung der öffentlichen Bereitstellung des Rundfunks und dessen Finanzierung auf den meritorischen Charakter bestimmter, zumeist kultureller Programminhalte hingewiesen. Meritorik meint, dass die Produktion und der Konsum bestimmter Güter gesellschaftlich gewünscht sind (z. B. die Schulpflicht). Das Problem ist, dass die Wünsche jedes einzelnen Konsumenten nicht mit den gesellschaftlichen Präferenzen übereinstimmen. Überlasse man die Bereitstellung der meritorischen Güter dem Markt, käme ein Angebot zustande, welches nicht dem gesellschaftlich wünschenswerten Angebot entspricht. Der Staat muss daher in die Produktion und in den Konsum dieser Güter eingreifen. Übertragen auf den Rundfunkmarkt bedeutet dies, dass unter kommerziellen Bedingungen das Programmangebot der Rundfunksender qualitativ und quantitativ nicht dem Maß entspricht, das nach Auffassung der staatlichen Entscheidungsträger optimal ist. Daher muss der Gesetzgeber ein zusätzliches – das meritorische – Programmangebot bereitstellen. Im Falle Deutschlands stellt der öffentlich-rechtliche Rundfunk das zusätzliche meritorische Programmangebot bereit, finanziert über die Rundfunkgebühr, um die verzerrten Präferenzen der Konsumenten zu korrigieren. Diese Argumentation ähnelt in weiten Teilen der Legitimation der staatlichen Kulturförderung in anderen Bereichen und ist daher grundsätzlich normativ genauso gut oder genauso wenig begründbar. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass in der Literatur das Konzept der Meritorik umstritten ist, da an die Stelle wissenschaftlicher Analysen Werturteile treten, die nicht immer wohlmeinend sein müssen, sondern durch Partialinteressen motiviert sein können.

3.3.2 Marktunvollkommenheiten

771. Medienkritiker gehen davon aus, dass der Fernsehkonsum einen erheblichen Einfluss auf das Sozialverhalten der Zuschauer haben kann und bestimmte Programminhalte gesellschaftlich unerwünschte Werte und Verhaltensweisen (Gewaltbereitschaft, Intoleranz gegenüber Minoritäten und fremdenfeindliche Tendenzen) vermitteln, die negativ auf andere oder die Gesellschaft wirken. Unterstellt man die Existenz derartiger negativer Wirkungen des Fernsehens auf die Bevölkerung (negativer externer Effekt), ist der Eingriff des Staates in den Markt gerechtfertigt. Allerdings ist dann zu hinterfragen, ob die Korrektur des Marktergebnisses in Form einer Institution des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu geschehen hat.

772. Infolge von Informationsasymmetrien (d. h. eine Marktseite kann die Qualität eines Gutes oder einer Dienstleistung ex ante besser beurteilen als die jeweils andere Marktseite) kann es im Mediensektor zu einem

Versagen des Marktmechanismus kommen. Bei informativen Sendungen wie Nachrichtensendungen oder politischen Magazinen ist es für die Zuschauer nahezu unmöglich, verlässliche Informationen über die Qualität (den Wahrheitsgehalt der Meldungen oder die Objektivität der Berichterstattung) der Sendungen oder auch Programme zu erhalten. Bei den Sendungen des Unterhaltungswesens (Spielfilme, Sport- und Kulturveranstaltungen) lässt sich deren Qualität erst nachträglich durch die Zuschauer unter Darbietung zeitlicher oder finanzieller Einbußen subjektiv beurteilen. Eine derartige ungleiche Informationsverteilung zwischen den Programmveranstaltern und den Zuschauern führt in der Regel dazu, dass nur noch Güter und Dienstleistungen von schlechter Qualität auf den Märkten gehandelt werden. Es stellt sich nun die Frage, wie sich diese Qualitätsunsicherheiten im Rundfunk zu den gesamtwirtschaftlich geringsten Kosten überwinden lassen. Die öffentliche Bereitstellung des Rundfunkangebots ist nur dann gesamtwirtschaftlich und gesellschaftspolitisch besser zur Überwindung der Informationsdefizite geeignet, wenn dies im Vergleich zu allen anderen denkbaren Alternativen zu den geringsten Kosten erfolgt und sich die Programmverantwortlichen ausschließlich an den Präferenzen der Zuschauer orientieren.

Ein weiteres Problem kommt hinzu: Da die Konsumenten nicht in der Lage seien, publizistische Inhalte ausreichend auf ihre Qualität hin zu beurteilen, wird häufig auf die Gefahr der Meinungsmanipulation hingewiesen. Es wird vermutet, dass für Journalisten, Verleger und Programmverantwortliche Anreize existieren, Informationen im eigenen Interesse zu missbrauchen. Um diese Gefahr abzuwehren zu können, wird vielerorts für ein Eingreifen des Gesetzgebers plädiert, um Meinungsmanipulation durch eine einseitige sowie selektive Berichterstattung und Meinungsmacht zu vermeiden. Nach Ansicht der Monopolkommission kann der Manipulation der öffentlichen Meinung besser durch den Wettbewerb kommerzieller Anbieter vorgebeugt werden als durch den regulierenden Eingriff des Staates.²⁶ Eine große Zahl von Verlagen und Sendern ist der beste Garant für eine Vielfalt an Meinungen. Zusätzlich zu der größeren Zahl an publizierten Meinungen wecken die funktionierenden Wettbewerbsprozesse im Mediensektor das ureigene Interesse jedes Anbieters (dies schließt auch den Printbereich und den Hörfunk mit ein), die Manipulationsversuche der Konkurrenz aufzudecken und auf diesem Wege gleichzeitig in die eigene Reputation zu investieren.

773. Ist man der Auffassung, dass ein Eingriff des Staates in die Medienmärkte aufgrund der genannten Probleme nicht hinreichend zu begründen ist, muss man sich eine Frage stellen: Führt der Wettbewerb der privaten, rein werbefinanzierten Rundfunkanbieter²⁷ zu einem optimalen Angebot an Fernsehprogrammen? Wie bereits er-

²⁶ Vergleiche bereits Monopolkommission, Sondergutachten 11, a. a. O., Tz. 11; dies., Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten 42, Baden-Baden 2004, Tz. 55.

²⁷ Auch wenn das Pay-TV der ökonomischen Vorstellung von Märkten (Preis als Gegenleistung für die Nutzung eines Angebots) entspricht, konzentriert sich diese Analyse auf das quantitativ bedeutungsvollere und als marktlicher „Normalfall“ angesehene werbefinanzierte Fernsehen.

wähnt, besteht das Problem beim werbefinanzierten TV darin, dass zwischen den Programmveranstaltern und den Zuschauern kein Markt existiert, sondern die Rezipienten über den Werbemarkt indirekt mit den Programmanbietern verknüpft sind. Es ist somit zu hinterfragen, ob das Streben der kommerziellen Fernsehveranstalter nach Gewinn zu einem in Bezug auf die Wünsche der Zuschauer optimalen Angebot führt. Zwei Phänomene sind zu beobachten, die eine Abbildung der Wünsche des Publikums im Programmangebot der Sender erschweren. Die erste Besonderheit im werbefinanzierten Fernsehen resultiert aus dem für die Zuschauer relevanten Einheitspreis von null für den Konsum eines Programms. Dies führt dazu, dass beim werbefinanzierten Fernsehen Programme, für die eine hohe Wertschätzung durch eine kleine Gruppe von Rezipienten besteht, zu selten angeboten werden.²⁸ Dieses Ergebnis entsteht aufgrund der Tatsache, dass die Zahlungsbereitschaft der Zuschauer keinen Einfluss auf die Zahlungsbereitschaft der werbetreibenden Industrie hat und sich somit auch nicht in höheren Erlösen bei den Programmanbietern niederschlägt. Allerdings verliert dieses Argument in Zeiten der Digitalisierung der Übertragungstechnik in Verbindung mit einem diversifizierten Fernsehangebot, das aus vielen Programmen besteht, und einem gut funktionierenden Pay-TV-System an Relevanz, da in diesem System auch kleine Konsumentengruppen, ähnlich wie im Zeitschriftenmarkt, bedient werden können. Der zweite Punkt, der gegen die These spricht, dass die Wünsche der Zuschauer in einem rein werbefinanzierten Rundfunkmarkt berücksichtigt werden, basiert auf den unterschiedlichen Präferenzen der Zuschauer und der Industrie. Nach Ansicht der Konsumforschung entfaltet eine Werbebotschaft ihre größte Wirkung primär in der Altersgruppe der 14- bis 49-jährigen, weswegen diese Bevölkerungsgruppe für die Werbetreibenden von besonderem Interesse ist. Aus der Sicht der anderen Altersgruppen kann es daher zu einem nicht optimalen Programmangebot kommen. Dieser Mangel an Programmen ließe sich aber über zusätzliche, nicht werbefinanzierte Programme kompensieren.

3.3.3 Implikationen

774. Die Überlegungen über die Ordnungsbedingungen des Rundfunkmarkts verdeutlichen, dass kein generelles Marktversagen in der Ordnung des Rundfunkmarkts besteht und sich daher die öffentliche Bereitstellung nur auf ein zusätzliches Programmangebot beziehen sollte, das gesellschaftspolitisch erwünscht ist.²⁹ Allerdings ist an dieser Stelle die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu berücksichtigen. Nach dieser ist das Kriterium des Marktversagens nicht für die Bestimmung des Auf-

trags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ausreichend. Denn dadurch würde der öffentlich-rechtliche Rundfunk auf eine „Nischenfunktion“ beschränkt, die es ihm unmöglich macht, die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu befriedigen und die Meinungsvielfalt in den Medien sicherzustellen.

775. Durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die darauf erfolgte Ausgestaltung der Rundfunkordnung hat der öffentlich-rechtliche Rundfunk eine Sonderstellung erhalten. Um die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbieter bei der Bereitstellung journalistischer, informativer und meinungsbildender Medienprodukte vor einer unmittelbaren sowie mittelbaren Einflussnahme durch den Staat oder andere gesellschaftliche Gruppen zu schützen und die Vielfalt der Meinungen im Rundfunk sicherzustellen, erhielten die Rundfunkveranstalter eine umfassende Programmfreiheit. Deshalb wurde den öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten auch das Recht eingeräumt, selbst zu bestimmen, wie hoch ihr finanzieller Bedarf für die Erfüllung ihrer Aufgaben ist. Diese besondere Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks stellt den Gesetzgeber aber vor ein so genanntes Governance-Problem. Die Anreize der öffentlich-rechtlichen Sender, sich ohne Rücksicht auf die Kostenentwicklung immer weiter verbreiten zu wollen, können in diesem System unkontrolliert wirken.

776. Die besondere verfassungsrechtliche Stellung und die Autonomie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bedingen nicht nur, dass der Gesetzgeber die Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Sender auf ihren meritorischen Charakter hin nicht überprüfen kann – was aus Effizienz- und Kostengründen unabdingbar wäre –, sondern auch, dass der Wettbewerb verschiedener Rundfunkanbieter als Governance-Mechanismus seine Wirkung verliert, Ineffizienzen im deutschen Rundfunksystem aufzuheben und zu vermeiden.

Die Sonderstellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks hat Wettbewerbsverzerrungen in erheblichem Ausmaß vor allem zu Lasten der Entwicklung einer leistungsfähigen und international wettbewerbsfähigen privaten Medienindustrie hervorgerufen. Nach Auffassung der Monopolkommission sind die Aufgabenzuweisung und die Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im dualen Rundfunksystem zu überdenken. Der Auftrag, der dem öffentlich-rechtlichen Sektor übertragen wird, sollte präzisiert werden. Die Neuausrichtung der dualen Rundfunkordnung hat von veränderten Ausgangsbedingungen auszugehen. Die technischen Voraussetzungen für eine marktliche Bereitstellung und für funktionsfähigen Wettbewerb im Rundfunk haben sich maßgeblich verbessert. Eine Abkehr von marktlichen Steuerungsprinzipien in der gegenwärtigen Form kann nicht mehr durch eine vermeintliche Sondersituation des Rundfunks begründet werden. An die Stelle der Ausgewogenheitspflege kann in weiten Bereichen ein Modell der Marktoffenhaltung treten. Positiver Gestaltungsbedarf besteht allenfalls in meritorischen Programmbereichen, in denen mit einer privaten Bereitstellung nicht zu rechnen ist.

²⁸ Vergleiche Hartwig, K.-H., Schröder, G., Das deutsche Mediensystem zwischen Markt- und Politikversagen – Wege zu einer rationalen Medienpolitik, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, Jg. 44, 1999, S. 286 f.

²⁹ Diese gestellte Aufgabe ließe sich über einen marktkonformen Ansatz mit weitaus geringerem finanziellen und institutionellen Aufwand lösen, als dieses zur Zeit durch die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten realisiert wird. Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 1994/1995, a. a. O., Tz. 843.

3.4 Allgemeine Rahmenbedingungen im Rundfunkbereich

777. Der Situation des Rundfunks in Deutschland und der Einbettung in das vom Bundesverfassungsgericht geprägte Regelungsumfeld steht ein europäischer Rechtsrahmen gegenüber, der ein relativ offenes Regelwerk vorgibt, gleichwohl aber bestimmende Maßnahmen für die Nationalstaaten vorsieht.

3.4.1 Vorgaben des Europarechts

778. In der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ist eine Reihe von Grundfreiheiten verankert, zu denen auch das Recht auf freie Meinungsäußerung gehört. So ist in Artikel 10 Abs. 1 EMRK festgehalten, dass ein jeder das Recht auf freie Meinungsäußerung besitzt und dass dieses Recht die Freiheit der Meinung und die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten oder Ideen ohne Eingriffe öffentlicher Behörden und ohne Rücksicht auf Landesgrenzen einschließt. Artikel 10 Abs. 1 Satz 2 EMRK erlaubt den Staaten aber, für die Zulassung von Rundfunkunternehmen ein Genehmigungsverfahren vorzuschreiben. Anforderungen für die Art der Ausgestaltung nationaler Rundfunkordnungen stellt Artikel 10 EMRK aber nicht.

779. Von besonderer Bedeutung unter den Vorgaben der Europäischen Gemeinschaften für den Rundfunkbereich sind vor allem die Regelungen über die Dienstleistungsfreiheit (Artikel 49 ff. EGV). In seiner ständigen Rechtsprechung hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) festgestellt, dass die Ausstrahlung von Fernsehsendungen als Dienstleistung anzusehen ist, was zur Folge hat, dass die EU über Kompetenzen zur Regelung des Rundfunksektors verfügt. Allerdings gelten diese Kompetenzen in Bezug auf den Rundfunkbereich nicht unbegrenzt. Zum einen muss die EU gemäß Artikel 151 Abs. 4 EGV die kulturellen Gegebenheiten der Mitgliedstaaten beachten, zum anderen ist das Zusatzprotokoll zum Vertrag von Amsterdam von Bedeutung, auf das sich die Mitgliedstaaten einigten. In dieser Protokollerklärung wird die Bedeutung hervorgehoben, welche die Regierungen dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk bei der Unterstützung der demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse jeder Gesellschaft beimesen.

Nach dem Protokoll ist jeder Mitgliedstaat bei der Gestaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks frei und kann seinen Auftrag so festlegen, dass er dem allgemeinen Interesse dient. Es steht ihm auch frei, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren, sofern die Finanzierung dem öffentlich-rechtlichen Auftrag dient und der Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten nicht verzerrt wird.

780. Die wichtigsten Regulierungsvorgaben für den audiovisuellen Bereich finden sich in der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“³⁰, welche die Bedingungen für die

Übertragung von Fernsehsendungen im europäischen Binnenmarkt festlegt. Die Richtlinie stammt aus dem Jahre 1989 und wurde 1997 aktualisiert. Sie wird derzeit überarbeitet, um unter anderem das digitale Mehrkanal-Fernsehen und die Einführung neuer elektronischer Medien zu berücksichtigen. Die Fernsehrichtlinie verfolgt aber nicht das Ziel, sämtliche Tätigkeiten im Fernsehsektor umfassend zu regeln, sondern sie setzt Mindeststandards für die Harmonisierung bestimmter Regelungsbeispiele (Quotenregelungen, Regelungen für die Fernsehwerbung und das Sponsoring, Jugendschutzbestimmungen). Die Einhaltung dieser Standards ist bei der Ausführung von Rundfunktätigkeiten von allen europäischen Veranstaltern zu beachten und sicherzustellen.

3.4.2 Das Beihilfeverbot und die deutschen Rundfunkgebühren

781. Die gemeinschaftlichen Regeln über die Schaffung des Binnenmarkts werden durch die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags ergänzt. Da Rundfunkveranstalter vom Gemeinschaftsrecht als Unternehmen angesehen werden, unterliegen sie dem Kartellverbot und der Missbrauchsaufsicht nach Artikel 81 bzw. 82 EGV. Zugleich unterliegen die Rundfunkveranstalter als Unternehmen dem Beihilfeverbot nach Artikel 87 Abs. 1 EGV. Dieser besagt, dass staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen jeglicher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Besondere Arten von Beihilfen lassen sich nach Artikel 87 Abs. 2 EGV allerdings mit dem Gemeinsamen Markt vereinbaren. Nach Artikel 86 Abs. 2 EGV sind unter bestimmten Voraussetzungen unter anderem staatliche Beihilfen gerechtfertigt, wenn sie Zuwendungen an Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstellen.

782. Wie die überwiegende Zahl der Mitgliedstaaten besitzt auch Deutschland eine nationale Rundfunkordnung, die einen öffentlich-rechtlichen Rundfunk und dessen öffentlich-rechtliche Finanzierung vorsieht. Diese Rundfunkfinanzierung steht in dem Verdacht, gegen das Beihilfeverbot nach Artikel 87 EGV zu verstoßen. Die EU-Kommission untersuchte die Verbindungen zwischen den gebührenfinanzierten Sendern in Deutschland und ihren kommerziellen Tochterunternehmen. Die Kommission vermutete, dass die öffentlich-rechtlichen Anstalten Kontrakte zu nicht marktgerechten Bedingungen abgeschlossen oder Verluste ihrer Tochtergesellschaften mit den Einnahmen aus der Rundfunkgebühr ausgeglichen haben.

783. Nach den Konsultationen zwischen der EU-Kommission und deutschen Vertretern von Rundfunk und Politik hat die Generaldirektion Wettbewerb der Bundesrepublik ihre vorläufigen Einschätzungen hinsichtlich der Vereinbarkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkfinanzierung mit den Bestimmungen des Gemeinsamen Markts mitgeteilt. Die Kritik richtete sich allerdings nicht gegen

³⁰ Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. EG Nr. L 298 vom 17. Oktober 1989, S. 23.

den klassischen Programmauftrag der Sendeanstalten, sondern im Wesentlichen gegen deren Engagement im Bereich der neuen Medien. Dennoch stellt die EU-Kommission klar, dass es sich bei der Rundfunkgebühr um eine parafiskalische Zwangsabgabe und somit um eine staatliche Beihilfe handle.³¹ Ferner kommt die Generaldirektion Wettbewerb im Rahmen ihrer Ermittlungen zu dem Schluss, dass die Finanzierungs- und Haftungsübernahme für die Sender durch den Staat eine bestehende Beihilfe darstelle und die steuerliche Sonderbehandlung den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten finanzielle Vorteile gewähre, die den Wettbewerb verfälschten und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigten.³² Alles in allem sei das System zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht mit dem Prinzip des Gemeinsamen Markts vereinbar.³³ Folglich bedürfen die deutschen Rundfunkgebühren einer besonderen Rechtfertigung und unterliegen der Kontrolle der EU-Kommission.

784. Im Einzelnen kritisiert die Kommission die mangelnde Präzision der öffentlich-rechtlichen Auftragsdefinition, da der Auftrag auch Tätigkeiten umfasse, die nicht als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angesehen werden könnten.³⁴ Die ungenaue Auftragsdefinition berge die Gefahr, dass andere Anbieter davon abgehalten würden, neue Dienste zu entwickeln und anzubieten.³⁵ Für die digitalen Kanäle der Rundfunkanstalten fehle hingegen gänzlich die klare Festlegung eines Programmkonzepts.³⁶ Bei der Überprüfung der Marktkonformität hinsichtlich der kommerziellen Tätigkeiten der Rundfunkanstalten bzw. ihrer Tochterunternehmen kommt die Kommission zu der Auffassung, dass der derzeitige Rechtsrahmen den Ausschluss wettbewerbswidriger Quersubventionierungen nicht sicherstelle. Dies liege insbesondere an dem Fehlen klarer und verbindlicher Vorgaben sowie an den kaum ausreichenden Kontrollmöglichkeiten der Landesrechnungshöfe und der unabhängigen Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF).³⁷

785. In Bezug auf das Gebührenfestsetzungsverfahren stellt die Kommission fest, dass die Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten auf historischen Daten beruhe und nicht im Hinblick auf die konkrete Programmtätigkeit erfolge, womit nicht sichergestellt werde, dass die Gebührenmittel den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens, wie im Altmark-Urteil³⁸ gefordert, entsprächen. Diese Feststellung werde durch die von

der KEF aufgelisteten Einsparmöglichkeiten bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bestätigt.³⁹

786. Die Bundesregierung und die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten teilen diese Ansichten nicht.⁴⁰ Nach ihrer Auffassung stellt die Rundfunkfinanzierung tatbestandlich keine Beihilfe dar. Allerdings erklärte sich die Bundesregierung trotz ihrer Rechtsauffassung bereit, einige Vorschläge der Kommission aufzugreifen, um die Bedenken gegen die Rundfunkfinanzierung auszuräumen.⁴¹ So wurde auf die Konkretisierung des Programmauftrags in § 19 RStV hingewiesen, die mit dem Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vorgenommen wurde.

787. Auch auf europäischer Ebene verfügt der Rundfunk über eine Sonderstellung, die es erschwert, ihn mit ökonomischen Kriterien zu erfassen und entsprechend zu regeln. Die EU-Kommission hat die Rundfunkgebühr als Beihilfe eingestuft, die aber über die Ausnahmeregelungen des Gemeinschaftsrechts legitimiert werden kann. Die daraus folgende Kontrolle der EU-Kommission über den Rundfunk haben die nationalen Regierungen nur mit Widerwillen anerkannt und im Zusatzprotokoll von Amsterdam ihren Willen zum Fortbestand der öffentlich-rechtlichen Rundfunkfinanzierung bekundet. Es besteht somit ein Spannungsverhältnis zwischen der marktwirtschaftlichen Konzeption der Europäischen Gemeinschaft als Wirtschaftsgemeinschaft und der kulturpolitischen Rechtfertigung der Rundfunkgebühr.

788. Nach Auffassung der Monopolkommission bietet Artikel 87 EGV eine geeignete Grundlage zur Austragung der daraus resultierenden Konflikte. Die Monopolkommission qualifiziert die Rundfunkgebühren im Einklang mit der Europäischen Kommission als Beihilfe. Zwar werden die Zuwendungen an die Rundfunkanstalten nicht „aus staatlichen Mitteln“ gewährt, wie es Artikel 87 Abs. 1 EGV verlangt; sie werden vielmehr durch die Gebührenpflicht der privaten Hörer und Zuschauer finanziert. Die Monopolkommission räumt ferner ein, dass die staatliche Sanktionierung der Gebührenpflicht für sich allein auch nicht ausreicht, um der betreffenden staatlichen Gesetzgebung den Charakter einer Beihilfe zu geben. Der Gerichtshof hat im Falle PreussenElektra verdeutlicht, dass die staatliche Anordnung von Transferzahlungen zwischen verschiedenen Marktbeteiligten, für sich genommen, den Tatbestand der Beihilfe noch nicht erfüllt.⁴² Solche Transfers zwischen gesellschaftlichen Gruppen werden in den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten an vielen Stellen angeordnet, sie finden sich in Gestalt zwingenden Privatrechts beispielsweise im Arbeitsrecht fast überall. Damit sie den Tatbestand der Beihilfe im Sinne des Artikel 87 EGV erfüllen, muss ein spezifisches

³¹ Vergleiche Schreiben der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission zur Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland und zur Vereinbarkeit des bestehenden Systems mit dem Gemeinsamen Markt, in: epd medien, Nr. 21/2005, Tz. 113 ff.

³² Ebenda, Tz. 144 ff.

³³ Ebenda, Tz. 243.

³⁴ Ebenda, Tz. 179 f.

³⁵ Ebenda, Tz. 183 ff.

³⁶ Ebenda, Tz. 194.

³⁷ Ebenda, Tz. 222 und 230.

³⁸ EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Altmark Trans.

³⁹ Vergleiche Schreiben der Generaldirektion Wettbewerb ..., a. a. O., Tz. 131.

⁴⁰ Vergleiche Mitteilung der Bundesregierung an die Europäische Kommission, Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – Deutschland vom 6. Mai 2005. Weitgehend abgedruckt in: epd medien, Nr. 38/2005, S. 3 ff.

⁴¹ Vergleiche Schreiben der Generaldirektion Wettbewerb ..., a. a. O., Tz. 244.

⁴² EuGH, Urteil vom 13. März 2001, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, PreussenElektra/Schleswig.

Element staatlichen Ressourceneinsatzes hinzutreten. Es kann freilich auch in der Ersparnis staatlicher Mittel liegen, die ohne die Anordnung des Ressourcentransfers zwischen den gesellschaftlichen Gruppen eingesetzt werden müssten. So liegen die Dinge im Falle der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Anders als im Falle PreussenElektra, also bei der Einspeisung von Windenergie in die Versorgungsnetze, hat der Gesetzgeber bei der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland nicht die Möglichkeit, die Lösung ihrer Finanzierungsprobleme den Marktbeteiligten selbst zu überlassen und gar nichts zu regeln. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besteht vielmehr gemäß Artikel 5 GG eine verfassungsrechtliche Pflicht des Staates zur Finanzierung der Rundfunkanstalten.⁴³ Mit der Anordnung der Gebührenfinanzierung wird also eine sonst zwingend vorgeschriebene Finanzierung aus staatlichen Mitteln lediglich ersetzt. Anders als im Falle PreussenElektra scheidet eine völlige Abschaffung der staatlich veranlassten Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten aus. Die Gebührenfinanzierung ist nichts weiter als ein Substitut für die Finanzierung aus Steuermitteln; durch sie erspart sich der Fiskus eigene Aufwendungen. Sie ist daher ebenso wie die Subventionierung aus dem Staatshaushalt als Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Abs. 1 EGV zu würdigen.

789. Dies schließt freilich eine Rechtfertigung aus kulturpolitischen Gründen gemäß Artikel 87 Abs. 3 lit. d) EGV nicht aus. Die Vorschrift ermöglicht es der Kommission, Beihilfen zur Förderung der Kultur als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar anzusehen, „soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maß beeinträchtigen, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“. Nach Auffassung der Monopolkommission gestattet die Bestimmung eine differenzierte Würdigung der Gebührenfinanzierung im Hinblick auf einzelne Verwendungszwecke. Interpretiert man Artikel 87 Abs. 3 lit. d) EGV im Lichte des oben in Tz. 779 erwähnten Zusatzprotokolls von Amsterdam, so kann an der Gebührenfinanzierung als solcher zur Unterstützung nationaler Rundfunkversorgung kein Zweifel bestehen. Probleme können sich freilich in Randzonen ergeben, wo die Geschäftspolitik der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Bereiche expandiert, für deren Eroberung durch die öffentlich-rechtlichen Sender es keine zwingenden kulturpolitischen Gründe mehr gibt. Wo die Grenze des Zulässigen hier zu ziehen ist, hängt von der Eigenart der betreffenden Bereiche ab. Um die damit zwangsläufig verbundene Rechts- und Investitionsunsicherheit abzumildern, sollte der Gesetzgeber die Empfehlungen der EU-Kommission für den öffentlich-rechtlichen Rundfunkbereich in nationales Recht übernehmen. So ist es sinnvoll, neben der Konkretisierung des öffentlichen Auftrags und der klaren Beauftragung der Sendeanstalten im Hinblick auf Multimedia-Dienste endlich die Vorgaben der Transparenzrichtlinie umzusetzen.

3.4.3 Medienrechtliche Grundlagen des deutschen Rundfunksystems

790. In Deutschland – wie auch in vielen anderen Ländern – wird Rundfunk als kulturelles Gut angesehen. Deshalb unterliegt die Rundfunkpolitik der alleinigen Hoheit der Bundesländer (Artikel 30 und Artikel 70 Abs. 1 GG). In der Vertragsgestaltung müssen die Länder aber die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts beachten.⁴⁴ Dem Bund steht nur die übertragungstechnische und fernmelderechtliche Seite des Rundfunkbetriebs zu. Den Regulierungsrahmen für die öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkbetreiber bilden die von den Bundesländern geschlossenen rundfunkrechtlichen Staatsverträge (seit dem 1. April 2005 in der Fassung des Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrags). Im Einzelnen handelt es sich um den Rundfunkstaatsvertrag (RStV), den ARD- sowie ZDF-Staatsvertrag (ARD-StV bzw. ZDF-StV), den Rundfunkgebührenstaatsvertrag (RGebStV), den Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag (RFinStV), den Staatsvertrag über die Körperschaft des öffentlichen Rechts „DeutschlandRadio“ (DLR StV), den Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien (JMStV) sowie den Mediendienste-Staatsvertrag (MD-StV). Diese staatsvertraglichen Regelungen werden durch die Rundfunk- bzw. Mediengesetze der Länder, durch speziell erlassene Gesetze über die jeweilige Landesrundfunkanstalt sowie durch weitere diverse Rechtsakte erweitert und konkretisiert.

791. Um den europäischen Vorgaben für den gebührenfinanzierten Rundfunk zu entsprechen, haben die Bundesländer im Siebten Rundfunkänderungsstaatsvertrag versucht, den Aufgabenbereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks genauer zu bestimmen. Bis zu diesem Zeitpunkt wurde der Auftrag in den jeweiligen Landesgesetzen bzw. bei den Mehrländeranstalten in den entsprechenden Staatsverträgen definiert. Die Bestimmungen des § 11 RStV schreiben nun vor, dass die Rundfunkanstalten im Wege von Selbstverpflichtungserklärungen Vorschriften oder Richtlinien erlassen, in denen sie ihren Funktionsauftrag präziser beschreiben. Ferner wurde dies mit einer Berichtspflicht der Anstalten über die Erfüllung ihres Programmauftrags verbunden. Es bleibt abzuwarten, inwieweit diese Vorgaben dazu führen, dass sich die Anstalten bei ihrer Programmgestaltung stärker an ihrem speziellen Programmauftrag ausrichten. Der Achte Rundfunkänderungsstaatsvertrag ergänzte die qualitativen Festlegungen in § 11 RStV durch die quantitativen Regelungen in § 19 RStV. So wurde die Anzahl der durch öffentlich-rechtliche Anstalten unterhaltenen Fernsehprogramme eingeschränkt und auf den Stand 1. April 2004 fixiert (§ 19 Abs. 1 RStV). Allerdings bezieht sich die Obergrenze für die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten auf die Gesamtzahl ihrer insgesamt veranstalteten Programme, so dass die Vorgabe auch erfüllt wird, wenn einzelne Landesrundfunkanstalten ihre Programmanzahl in dem Maß reduzieren, in dem andere ihr Programmangebot ausgeweitet haben. Darüber hinaus

⁴³ BVerfGE 74, 297, 342; 87, 181, 202; 90, 60, 92.

⁴⁴ Vergleiche Abschnitt 3.2 in diesem Kapitel.

werden die Spartenprogramme zahlenmäßig begrenzt und die Beteiligungen am europäischen Fernsehkanal geregelt. Neben den identisch analog und digital ausgestrahlten Programmen dürfen die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten bis zu drei weitere Fernsehprogramme gesondert digital veranstalten, wobei der Inhalt dieser Programme vorgeschrieben ist. Mit § 19 Abs. 6 RStV wird den Rundfunkanstalten die Möglichkeit eingeräumt, neue Programme zu entwickeln und auszustrahlen. Hierbei müssen sie allerdings das Austauschgebot beachten. Sie dürfen neue Programme nur im Austausch gegen ein bisheriges Programmangebot veranstalten. Die Austauschmöglichkeit ist allerdings auf die beiden Spartenprogramme und die digitalen Zusatzprogramme begrenzt und darf überdies keine höheren Kosten verursachen.

792. Ein zentrales Ziel der Medienpolitik ist der Erhalt der publizistischen Meinungsvielfalt, wenngleich diese nicht näher definiert ist. Um diese Vielfalt im öffentlich-rechtlichen Rundfunk sowohl rechtlich als auch organisatorisch sicherzustellen, ist bei der Auswahl der Vertreter für die Aufsichtsgremien der Rundfunkanstalten darauf zu achten, dass alle gesellschaftlich relevanten Gruppen berücksichtigt werden (Binnenpluralismus).⁴⁵ Die Sicherung der Vielfalt im privat veranstalteten Rundfunk soll durch eine Vielzahl unterschiedlicher Programmangebote erreicht werden (Außenpluralismus). Die Regulierung der privaten Rundfunkveranstalter obliegt primär den Landesmedienanstalten der einzelnen Bundesländer, die als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts für die Zulassung und die Rechtsaufsicht über die privaten Anbieter geschaffen worden sind. Mit Ausnahme von Berlin und Brandenburg, die gemeinsam eine Behörde betreiben, verfügt jedes Bundesland über eine eigene Institution. Die Hauptaufgaben der Landesmedienanstalten sind die Zulassung der privaten Rundfunkveranstalter und die Zuweisung von terrestrischen Frequenzen sowie von Kabelkanälen. Zudem überwachen sie die Konformität der Programminhalte mit den Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags und des jeweiligen Landesmedienrechts, verhängen Programmauflagen, betreiben Medienforschung und fördern technische Infrastrukturprojekte. Die Finanzierung der Landesmedienanstalten wird überwiegend über die Rundfunkgebühren sowie über Verwaltungsgebühren sichergestellt. Die privaten Rundfunkanbieter unterliegen anders als die öffentlich-rechtlichen Anstalten zusätzlich einer im Rundfunkstaatsvertrag festgeschriebenen medienrechtlichen Konzentrationskontrolle (§§ 25 bis 37 RStV), die eine ausgewogene Meinungsvielfalt gewährleisten soll. Die Überwachung der Vorschriften ist Aufgabe der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und der Landesmedienanstalten bzw. der Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM). Sie sollen das Entstehen vorherrschender Meinungsmacht verhindern, indem sie nach § 26 RStV den Meinungseinfluss einzelner Unternehmen durch eine Begrenzung der erreichten Zuschaueranteile limitieren. Grundsätzlich darf ein Unternehmen zwar selbst oder durch ihm zurechenbare Un-

ternehmen bundesweit im Fernsehen „eine unbegrenzte Anzahl von Programmen veranstalten, es sei denn, es erlangt dadurch vorherrschende Meinungsmacht“ (§ 26 Abs. 1 RStV). Vorherrschende Meinungsmacht wird gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 RStV „vermutet“, wenn die einem Unternehmen zurechenbaren Programme im Durchschnitt eines Jahres einen Zuschaueranteil von 30 Prozent erreichen. Erreicht das Unternehmen mit seinen Fernsehprogrammen hingegen nur einen Zuschaueranteil von 25 Prozent, so besteht die Vermutung vorherrschender Meinungsmacht gleichwohl, sofern (1) es „auf einem medienrelevanten verwandten Markt eine marktbeherrschende Stellung hat“ oder (2) eine Gesamtbeurteilung seiner Aktivitäten im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten ergibt, dass der dadurch erzielte Meinungseinfluss dem eines Unternehmens mit einem Zuschaueranteil von 30 Prozent im Fernsehen entspricht. Erreicht ein Unternehmen vorherrschende Meinungsmacht, stehen ihm zwei Optionen zur Verfügung: die Verminderung der ihm zurechenbaren Beteiligungen an Programmveranstaltern oder die Durchführung der nach § 30 RStV vorgesehenen vielfaltsichernden Maßnahmen (Einräumung von Sendezeiten für unabhängige Dritte oder die Einrichtung eines Programmbeirats).

793. Die Monopolkommission hat sich wiederholt kritisch zur medienrechtlichen Konzentrationskontrolle geäußert. Die Kritik erstreckt sich im Wesentlichen auf die Loslösung der Konzentrationskontrolle im Medienbereich vom allgemeinen Kartellrecht sowie auf den ungeklärten Zusammenhang zwischen Zuschauermarktanteilen und dem Einfluss auf die Meinungsbildung. Im Einzelnen bemängelt die Monopolkommission, dass sich vorherrschende Meinungsmacht tatbestandlich nicht konkretisieren lässt und dennoch als Kriterium für den staatlichen Eingriff zur Vielfaltssicherung dient. Darüber hinaus bestehen erhebliche Bedenken gegenüber dem Zuschaueranteilsmodell und den im Modell wirksam werdenden Sanktionen beim Überschreiten einer zulässigen Zuschaueranteilsgrenze. Grundsätzlich steht die Monopolkommission der Existenz eines „konkurrierenden Wettbewerbsrechts“ ablehnend gegenüber, da ein gewisses Konfliktpotential zwischen allgemeiner wettbewerblischer und medienspezifischer Konzentrationskontrolle besteht.⁴⁶ Im Zuge dieser Kritik sowie vor dem Hintergrund der sich wandelnden Medienmärkte sollten die Aufgaben der KEK sowie der Landesmedienanstalten in Bezug auf die Medienaufsicht überdacht und eine Neustrukturierung der Kompetenzen vorgenommen werden. Ein angemessener Anlass, über die Neuordnung der Rundfunkkontrolle nachzudenken, wäre die anstehende Förderalismus-Reform.

794. Abgesehen von der vorgebrachten Kritik an der Konzentrationskontrolle im Medienbereich und der bestehenden Unsicherheit über die Rechtsnatur und die Reichweite des § 26 Abs. 2 RStV⁴⁷ sollte in diesem Zusammenhang nicht unerwähnt bleiben, dass die Lizenzie-

⁴⁵ Vergleiche Tz. 830 ff.

⁴⁶ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 1994/1995, a. a. O., Tz. 826 ff.; dies., Hauptgutachten 1996/1997, a. a. O., Tz. 552 ff.

⁴⁷ Vergleiche Tz. 104 ff.

rungspraxis in Deutschland den hohen Konzentrationsgrad im Medienbereich mitzuverantworten hat. Zunächst war es in sämtlichen Bundesländern vorgeschrieben, dass nur Bewerber, die über publizistische Erfahrungen verfügten, eine Lizenz als privater Rundfunkveranstalter erhalten durften. Diese Regelung hat nicht zuletzt zu der starken Beteiligung von Verlegern an den privaten Sendern in Deutschland beigetragen. Darüber hinaus wurden die Lizenzen wettbewerbshemmend vergeben. Für die ersten beiden Lizenzen (für Sat.1 und RTL) galten Anteilsbegrenzungen, was praktisch die Entstehung von Gemeinschaftsunternehmen erzwungen hat. Dadurch wurde nicht nur das unternehmerische Potential der neuen Programme durch die komplizierten Eigentümerstrukturen eingeschränkt, sondern die Anzahl potentieller Wettbewerber für spätere Lizenzverfahren reduziert. Schlussendlich muss festgestellt werden, dass in den ersten Jahren die Gründe für die Lizenzvergabepraxis ausschließlich politisch motiviert waren und dass aufgrund der Lizenzierungskompetenz der Länder lediglich standortpolitische Interessen bei der Lizenzierung verfolgt wurden und nicht pluralistische Erwägungen. Nach Auffassung der Monopolkommission wäre es durchaus möglich gewesen, die Programmlizenzen basierend auf wett-

bewerbs- und medienpolitischen Überlegungen an jeweils unterschiedliche Unternehmen zu vergeben und so die Konzentration im Medienbereich von vornherein zu unterbinden.

3.5 Die gegenwärtige Fernsehlandschaft in Deutschland

795. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1981 wurde privaten Rundfunkanbietern nach etlichen politischen und verfassungsrechtlichen Diskussionen das Recht eingeräumt, den Sendebetrieb aufzunehmen.⁴⁸ Das Gericht hatte mit seiner Entscheidung der Tatsache Rechnung getragen, dass aufgrund technischer Weiterentwicklungen die Knappheit an Sendefrequenzen überwunden wurde und die zentrale Begründung für das Monopol der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten weggefallen war. Seither existiert in Deutschland ein duales Rundfunksystem mit seinen zwei Säulen, dem privaten und dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk, die sich wie folgt darstellen.

⁴⁸ BVerfGE 57, 295.

Tabelle V.3

Öffentlich-rechtliche und private Programmveranstalter

	Einschaltquoten (%) ¹		Einnahmen (Mio. Euro) ²	
	2003	2004	2003	2004
Öffentlich-rechtlich				
Das Erste	14,1	14,0	5.194,4	5.275,9
Dritte	13,4	13,9		
ZDF	13,3	13,8	1.676,8	1.687,
Privat				
ProSiebenSAT.1	21,4	21,3	1.671,8	1.696,0
ProSieben	7,0	7,0	700,8	725,0
SAT.1	10,2	10,3	777,3	778,0
Kabel eins	4,2	4,0	193,7	193,0
RTL Group	25,7	25,1	1.697,7	1.650,8
RTL	15,0	13,8	1.152,4	1.118,0
RTL II	4,6	4,9	223,2	209,5
VOX	3,4	3,7	230,4	224,8
Super RTL	2,7	2,7	91,7	98,5

¹ Montag bis Sonntag, Zuschauer ab 3 Jahre.

² Bei den öffentlich-rechtlichen Sendern setzen sich die Einnahmen aus dem Gebührenaufkommen und den Nettowerbeumsätzen ohne Produktionskosten zusammen. Die Daten für das Erste und die dritten Programme beziehen sich auf die ARD und die ARD-Werbegesellschaften. Für die privaten Anbieter sind die Nettowerbeumsätze ohne Produktionskosten angegeben.

Quelle: Media Perspektiven, Basisdaten, Daten zur Mediensituation in Deutschland 2005, S. 10 f., 18 und 75; eigene Berechnungen

3.5.1 Öffentlich-rechtlicher Rundfunk

796. Mit der Durchführung von öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogrammen sind traditionell ausschließlich rechtsfähige, als gemeinnützig anerkannte Anstalten des öffentlichen Rechts beauftragt. Neben der für den Auslandsrundfunk verantwortlichen Deutschen Welle (DW) veranstalten die neun in der ARD, der Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland, kooperierenden Landesrundfunkanstalten Bayerischer Rundfunk (BR), Hessischer Rundfunk (HR), Mitteldeutscher Rundfunk (MDR), Norddeutscher Rundfunk (NDR), Radio Bremen (RB), Rundfunk Berlin Brandenburg (RBB), Saarländischer Rundfunk (SR), Südwestrundfunk (SWR) und Westdeutscher Rundfunk (WDR) gemeinsam das Erste Deutsche Fernsehen, einzeln oder zu zweit die dritten Fernsehprogramme (einschließlich des Schulfernsehens). Diese Programme werden über das erste bzw. dritte Sendernetz ausgestrahlt und immer häufiger auch über das Kabelnetz und über Satellit bundes- und nicht selten sogar europaweit übertragen. Weiterhin bietet die ARD zusammen mit dem von allen Bundesländern gemeinschaftlich getragenen Zweiten Deutschen Fernsehen (ZDF) die Spartenprogramme Kinderkanal KI.KA und PHOENIX, gemeinsam mit ZDF, ORF und SF DRS das Satellitenprogramm 3sat sowie gemeinsam mit dem ZDF und ARTE France den europäischen Kulturkanal ARTE an. Zusätzlich zu den genannten Programmen veranstalten ARD und ZDF jeweils digitale Programmbouquets und der BR den Bildungskanal BR-alpha.⁴⁹ Hinzu kommen die Programmangebote öffentlich-rechtlicher Anstalten aus dem Ausland (BBC, ORF 1 und 2, TV 5 und andere), die teilweise bundesweit oder aber regional begrenzt zu empfangen sind.

797. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten weisen eine in den Grundzügen einheitliche Organisationsstruktur auf.⁵⁰ Als Leiter der Rundfunkanstalt trägt der Intendant die Programmverantwortung und ist für den gesamten Betrieb der Anstalt verantwortlich. Zwei Aufsichtsgremien sollen ihn beraten und überwachen: der Verwaltungsrat und vor allem der Rundfunkrat (beim ZDF: Fernsehrat). Aufgabe des Verwaltungsrats ist es, die geschäftsführenden Tätigkeiten des Intendanten außerhalb der Programmgestaltung zu kontrollieren. Als zentrales Aufsichtsorgan soll der Rundfunkrat die Interessen der Allgemeinheit auf dem Gebiete des Rundfunks vertreten und die Einhaltung der gesetzlichen Programmgrundsätze, namentlich die Wahrnehmung des Grundversorgungsauftrags, sowie die Achtung des Gebots der Staats- und Gruppenferne überwachen. Zudem wählt der Rat den Intendanten und entweder zum überwiegenden Teil oder ausschließlich die Mitglieder des Verwaltungsrats. Die Rundfunkräte der einzelnen Anstalten, die zwischen

30 (HR und RBB) und 77 Mitglieder (ZDF-F Fernsehrat) haben, sollen aus Vertretern möglichst aller gesellschaftlich relevanten Gruppen gebildet werden. Welche dazu zählen, regeln die Parlamente in den einzelnen Bundesländern per Gesetz. Daher haben Parteien, Kirchen, Gewerkschaften, Arbeitgebervertreter, Umweltschutzorganisationen, Sportverbände und andere Interessengruppen einen Anspruch auf Sitze in den jeweiligen Rundfunkräten.

798. Allerdings konzentrieren sich ARD und ZDF nicht nur auf die Veranstaltung von öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogrammen, sondern sie und die jeweiligen Landesrundfunkanstalten der ARD gründen oder beteiligen sich an Gesellschaften des Privatrechts, mit denen sie eigene Dienstleistungsnetzwerke für die Werbezeitvermarktung, die Programmproduktion und den Programmhandel betreiben. Diese Entwicklung begann bereits 1949 mit der Gründung von Werbegesellschaften durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, denen die Akquisition und Organisation von Werbesendungen aufgetragen wurde. Aufgrund der immer weiter steigenden Nachfrage nach Fernsehproduktionen und des wachsenden Interesses der Filmindustrie an einer Zusammenarbeit mit den Sendeanstalten nutzten Ende der fünfziger Jahre die Anstalten vermehrt auch externe Produktionskapazitäten. Dabei setzten sie entweder auf die Zusammenarbeit mit unabhängigen Filmproduzenten oder auf Beteiligungen an Produktionsfirmen, beispielsweise die Gründung der Bavaria-Atelier-Gesellschaft mbH durch den WDR und eine Tochter des SDR oder die Gründung der Studio Hamburg GmbH, die eine Tochter der NDR Media GmbH ist. Zeitgleich, im Jahr 1958, übertrug die ARD mit der Gründung der Degeto Film GmbH den Rechthehandel auf eine private Gesellschaft. Auch wenn der Handel mit Senderechten anfangs nur von geringer Relevanz war, hat dieser heute nicht nur im Bereich der Senderechte für Spielfilme, sondern auch im Bereich der Sport- und Serienrechte stark an Bedeutung gewonnen. Für Lizenzeinkäufe und Gemeinschaftsproduktionen wandte beispielsweise allein die Degeto im Jahr 2003 rund 358 Mio. Euro auf.⁵¹ Zusätzlich zu den genannten Tätigkeiten agieren ARD und ZDF auch als Sendernetzbetreiber, Merchandising-Unternehmen sowie als Anbieter von Business-TV und Online-Diensten.

3.5.2 Privater Rundfunk

799. Als Wesensmerkmal des privaten Rundfunks gilt die Veranstaltung von Programmen, die auf privatautonomer Gestaltung und Entscheidung beruhen. Es handelt sich daher um privatrechtliche Organisationen mit einer privatwirtschaftlichen Arbeitsweise. Im Vergleich zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk fehlt den kommerziellen Veranstaltern der Grundversorgungsauftrag. Der Zweck der Privatsender wird in dem zusätzlichen Programmangebot und der größeren Auswahlfreiheit gesehen, die dem Publikum durch die privaten Veranstalter als Alternative zu den öffentlich-rechtlichen Programmen zugänglich

⁴⁹ Vergleiche ARD Jahrbuch 04/05, Hamburg 2004, S. 228 und 358 f.

⁵⁰ Vergleiche Möller, H., Die Stellung der „gesellschaftlich relevanten Gruppen“ im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, in: AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht, Jg. 32, 2001, S. 276.

⁵¹ Vergleiche ARD Jahrbuch 04/05, a. a. O., S. 193.

gemacht werden.⁵² In Deutschland können heute die Programme von mehr als 20 kommerziellen Fernsehsendern in mehreren oder allen Bundesländern analog empfangen werden. Zu den Programmen mit den höchsten Einschaltquoten gehören RTL, SAT.1 und ProSieben. Neben den herkömmlichen Free-TV-Programmen existieren derzeit noch Teleshopping-Kanäle sowie ein Pay-TV-Veranstalter (Premiere), der gegen ein zusätzliches Entgelt weitere Programme anbietet. Gemessen am TV-Konsum erreichten die privaten Fernsehprogramme im Jahr 2004 einen Marktanteil von insgesamt 58 Prozent.⁵³

3.6 Die duale Rundfunkordnung – eine kritische Sichtung

800. Im Laufe mehrerer Jahre wurde durch die duale Rundfunkordnung das öffentlich-rechtliche Monopol im Rundfunkmarkt kontinuierlich abgebaut. Allerdings verhielt sich die Politik bei der Liberalisierung äußerst zaghaft, da sie den etablierten Sendern ihre Besitzstände (Distributionskanäle, Gebühren usw.) zum Nachteil der neuen Anbieter beließ. In den letzten 20 Jahren haben sich die öffentlich-rechtlichen Anbieter den neuen Gegebenheiten des Wettbewerbs angepasst und die ihnen gegebenen rechtlichen Spielräume ausgenutzt. Sie konnten im Zuge der technischen Weiterentwicklungen eine Steigerung ihrer technischen Reichweite erreichen, ihr Angebot schrittweise auf die digitale Technik umstellen, verbunden mit der Bereitstellung multimedialer Zusatzangebote. Die mangelnde inhaltliche Definition ihres Auftrags und die problematische Bestimmung der Gebührenhöhe ermöglichten es den öffentlich-rechtlichen Anstalten dabei, ihr Angebot erheblich zu Lasten kommerzieller Anbieter auszuweiten. Die fortlaufenden Expansionsaktivitäten der öffentlich-rechtlichen Veranstalter sind in erheblichem Maße wettbewerbsverzerrend und zeigen den stark angewachsenen Reformbedarf im Rundfunkmarkt.

3.6.1 Wettbewerbsverzerrungen zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Fernsehsendern

801. Seitdem sich die Programmangebote zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Veranstaltern inhaltlich überschneiden,⁵⁴ stehen die Sender nicht nur im publizistischen, sondern auch im wirtschaftlichen Wettbewerb miteinander. Die kostenorientierte Gebührenfinanzierung, die den öffentlich-rechtlichen Sendern einen nahezu unbegrenzten finanziellen Rückhalt garantiert, begünstigt die öffentlich-rechtlichen Anstalten gegenüber den privaten Anbietern in mehrfacher Hinsicht. Die beiden Gruppen von Programmveranstaltern treten auf den Beschaffungs- und Übertragungsmärkten als Konkurrenten auf und beeinflussen gegenseitig die Entscheidungen des je-

weils anderen hinsichtlich des Preises und der gehandelten Menge.

802. Auf den Beschaffungsmärkten für Programmsoftware standen ARD und ZDF in den Anfangsjahren des Fernsehens nicht im wirtschaftlichen Wettbewerb miteinander, sondern sie bildeten ein kollusives Monopson (Nachfrage-Monopol).⁵⁵ Daher lagen die Preise für die Inthaltesoftware und die Übertragungsrechte unter dem Preis, der sich unter Konkurrenzbedingungen eingestellt hätte. Nach der Einführung des privaten Rundfunks und dem Auftreten der kommerziellen Sender auf den Beschaffungsmärkten verloren die öffentlich-rechtlichen Anstalten ihr Beschaffungsmonopol. Dies geschah allerdings schrittweise, da für die neu entstandenen privaten Fernsehsender nicht alle Programmformate von Anfang an rentabel waren. Dies änderte sich mit den steigenden Reichweiten und dem Aufkommen immer neuer Sender. Mittlerweile konkurrieren die öffentlich-rechtlichen mit den privaten Anbietern um die gleichen attraktiven (positionalen) Input-Faktoren. Dabei gilt: Je höher die Anzahl der populären Faktoren ist, desto höher sind in aller Regel die Einschaltquoten für die TV-Formate und damit der Marktanteil der öffentlich-rechtlichen bzw. der privaten Programme. Erwerben die öffentlich-rechtlichen Sender die attraktiven Programminhalte, dann erhöht sich ihr Einkaufsvolumen (aufgrund des gestiegenen Preises und der Menge) zu Lasten der werbefinanzierten Programme, was sich wiederum negativ auf deren Einschaltquoten auswirkt.

803. Auf den Zuschauermärkten entstehen den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Vorteile durch die Gebührenfinanzierung, da sie ihre Programme ohne bzw. mit deutlich weniger Werbeunterbrechungen als die kommerziellen Anbieter anbieten können. Wie bereits beschrieben, sind die Zuschauermärkte durch die wechselseitigen Beziehungen eng an den Werbemarkt gekoppelt. Die Zahlungsbereitschaft der werbetreibenden Industrie für Werbesendzeiten ist abhängig von der erwarteten Reichweite eines Programms innerhalb der Werbezielgruppe. Nimmt die Popularität und damit die Reichweite eines Programms ab, verschlechtert sich dessen Marktposition auf dem Werbemarkt und führt zu sinkenden Werbeeinnahmen.

804. Die Behinderung neuer Programmanbieter wurde stets durch die diskretionäre Zuteilung von Übertragungskapazitäten durch die Landesmedienanstalten verstärkt. Anfangs erachtete man terrestrische Frequenzen, die man für die Übertragung der Programme zum Zuschauer benötigte, als knappes Gut und gesellschaftlich bedeutsame Ressource. Dieses knappe Gut sollte daher auch nicht über einen Markt alloziiert, sondern durch Zuteilung an die Sender vergeben werden. Aufgrund seiner Sonderstellung privilegierte man den öffentlich-rechtlichen Rundfunk bei der Zuteilung der Frequenzen. Diese Entwicklung schrieb sich fort, als die Kanäle der neu geschaffenen Breitbandkabelnetze nach Maßgabe der jewei-

⁵² Aus dieser Aufgabenteilung ergibt sich auch die in weiten Bevölkerungskreisen verbreitete Ansicht, dass sich die Zielsetzungen privater und öffentlich-rechtlicher Anbieter voneinander unterscheiden: Gewinnmaximierung auf der einen und das Gemeinwohl auf der anderen Seite.

⁵³ Vergleiche Tabelle V.3.

⁵⁴ Vergleiche Tz. 806 ff.

⁵⁵ Vergleiche Kruse, J., Märkte für Rundfunkprogramme, in: Mestmäcker, E.-J., (Hrsg.), Offene Rundfunkordnung, Gütersloh 1988, S. 294 ff.

ligen Länder an die Programmveranstalter vergeben wurden (hoheitliches Kabelbelegungsmonopol der Landesmedienanstalten). Die öffentlich-rechtlichen Programme erhielten einen so genannten Must-Carry-Status und waren fortan bevorzugt in die Kabelnetze einzuspeisen. Diese Privilegierung konzentrierte sich aber nicht nur auf die bundesweiten Programme von ARD und ZDF, sondern bezog sich auch auf die regional konzipierten dritten ARD-Programme und führte zu einem Übergewicht öffentlich-rechtlicher Programme im Verhältnis zum privaten Rundfunk. In Bezug auf die dritten Programme ist zu fragen, warum die deutschlandweite Ausstrahlung erforderlich wurde. Nimmt man die lokale Ausrichtung der Programme ernst, ist eine Notwendigkeit für diese Ausweitung nicht gegeben.

In ähnlicher Weise wie im analogen Bereich verfuhr man bei der Vergabe der zusätzlichen Distributionskanäle, die durch die Digitalisierung des Rundfunks geschaffen wurden. Besonders deutlich wird die Bevorzugung der öffentlich-rechtlichen Anstalten bei der Belegung der Übertragungskapazitäten im terrestrischen digitalen Rundfunk. In Nordrhein-Westfalen beispielsweise erhielten die öffentlich-rechtlichen Sender per Zuteilung zwölf Programmplätze und damit die Hälfte der zur Verfügung stehenden Kapazitäten. Die Folge dieser politischen Maßnahmen ist ein erheblicher Reichweitenvorteil für die öffentlich-rechtlichen Anstalten, dem ein Reichweitenverlust der privaten Veranstalter und eine verschlechterte Werbemarktposition sowie eine verschlechterte Einnahmemöglichkeit gegenüberstehen. Die Monopolkommission kritisiert daher die bisherige Vergabepaxis der Landesmedienanstalten. Die Bevorzugung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bei der Vergabe der knappen Fernsehkanäle lässt sich nur soweit rechtfertigen, wie die öffentlich-rechtlichen Anbieter gesellschaftlich wünschenswerte Programme veranstalten, die nicht von den privaten Sendern bereitgestellt werden.

805. Das Internet dient als Kommunikations- bzw. Marketinginstrument und als Vertriebsweg wie die traditionellen Medien auch der Information, Bildung und Unterhaltung. Fernsehsender, Radiostationen und Zeitungsverlage können das „neue“ Medium in vielerlei Hinsicht nutzen, um ihren Rezipienten ergänzende oder zusätzliche Dienste anzubieten. Für die öffentlich-rechtlichen Veranstalter stellt sich die Frage, wie weit sie ihre Multimedia-Aktivitäten ausweiten können. Nach § 4 Abs. 3 ARD-StV (die entsprechenden, im Wortlaut gleichen Formulierungen stehen in § 4 Abs. 3 ZDF-StV und in § 4 Abs. 3 DLR-StV) dürfen die öffentlich-rechtlichen Anbieter programmbezogene Inhalte anbieten. Es ist ihnen nicht erlaubt, ihre Internetauftritte durch kommerzielle Aktivitäten wie Werbung und Sponsoring zu finanzieren, weshalb ihre Websites allein durch die Rundfunkgebühr getragen werden. Aus der Sicht der öffentlich-rechtlichen Anstalten ergibt sich ihr Engagement im Online-Bereich aus der Notwendigkeit heraus, mit den Veränderungen im Medienbereich mithalten zu können und nicht von den neuesten Entwicklungen ausgeschlossen zu werden. Darüber hinaus lassen sich die jüngeren Altersgruppen in der Bevölkerung für die Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks interessieren und eine Erhöhung der publizisti-

schen Vielfalt im Sinne einer Grundversorgung im Internet erreichen. Die Monopolkommission ist sich im Hinblick auf den Grundversorgungsauftrag bewusst, dass die technische Weiterentwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks notwendig und erforderlich ist. Daraus kann aber nicht die Notwendigkeit abgeleitet werden, den öffentlich-rechtlichen Anstalten einen Funktionsauftrag für das Internet zuzuweisen, durch den eine ausgewogene Meinungsvielfalt institutionell und organisatorisch zu gewährleisten wäre.⁵⁶⁶ Die publizistische Vielfalt im Internetbereich ist aufgrund der Vielzahl spezialisierter Kommunikationsangebote bereits gegeben und ein nicht-kommerzielles Gegengewicht im Internet könnte auch von anderen Anbietern bereitgestellt werden.

Die Kritik an den Online-Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Sender konzentriert sich auf die Frage, was programmbegleitend und für welche Internetangebote der Einsatz von Gebühreneinnahmen gerechtfertigt ist. Besonders argwöhnisch werden die öffentlich-rechtlichen Internetangebote betrachtet, die privaten Diensten wie Online-Shops oder Kontaktbörsen Konkurrenz machen. Im Zuge der Debatte um die Erhöhung der Rundfunkgebühren zum 1. April 2005 und der geforderten Strukturreformen bei den öffentlich-rechtlichen Sendern sicherten die Anstalten in Form von Selbstverpflichtungserklärungen zu, dass ihr Online-Aufwand künftig nicht mehr als 0,75 Prozent ihrer Gesamtbudgets betragen werde.⁵⁷ Die Monopolkommission steht diesen Absichtserklärungen skeptisch gegenüber. Derartige Selbstverpflichtungen sind in keinerlei Weise rechtlich bindend. Akzeptiert der Gesetzgeber derartige Versprechen, dann setzt er das Wohlverhalten der Akteure in seiner Wirkung über gesetzlich geregelte Strukturen. Anstatt Budgetbegrenzungen zu akzeptieren, sollte der Gesetzgeber die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dazu verpflichten, gegenüber der Bevölkerung konkrete Angaben darüber zu machen, wie viel Geld die Sender für ihr Online-Angebot aufwenden wollen, welche Projekte sie planen und welche Qualitätskriterien sie einzuhalten gedenken. An den geleisteten Versprechen könnten sie dann gemessen und mögliche Korrekturmaßnahmen abgeleitet werden.

3.6.2 Das öffentlich-rechtliche Programmangebot

806. In der Anfangszeit des Wettbewerbs zwischen den kommerziellen und öffentlich-rechtlichen Sendern bauten Letztere ihr Angebot kontinuierlich aus, indem sie die Sendezeiten der dritten Programme ausweiteten und die inhaltliche Orientierung der Programme verschoben.⁵⁸ In den letzten Jahren ist zu beobachten, dass die öffentlich-

⁵⁶⁶ Vergleiche bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 1996/1997, a. a. O., Tz. 530.

⁵⁷ Vergleiche epd medien, Nr. 31/2004.

⁵⁸ Die Ausweitung der Sendezeit bei den dritten Programmen stieg (gemessen in Prozent von 24 Std. pro Tag) von 36,7 Prozent (1984) auf 100 Prozent (1998). In den Programmen wurden verstärkt Spielfilme in der so genannten Prime Time gezeigt, während es zu einer Reduzierung des Umfangs der Bildungsprogramme und besonderer Themenbereiche wie Kultur und Wissenschaft kam. Vergleiche Brosius, H.-B., Fahr, A., Vlasic, A., Die Dritten Programme der ARD, Entwicklung, Angebotsstruktur und Nutzung, München 1999.

rechtlichen Sendeanstalten ihre Programmformate immer stärker dem Massengeschmack und damit letztendlich den Wünschen der werbetreibenden Wirtschaft angepasst haben. Zeitgleich ist eine deutliche Zielgruppen- bzw. Spartenorientierung im Angebot zu erkennen, da die Ausstrahlung eines großen Teils der anspruchsvollen und thematisch intellektuellen und deshalb wohl weniger massenattraktiven Inhalte, insbesondere die Minderheitenprogramme dokumentarischer und kultureller Art, auf die Spartenkanäle wie 3sat oder ARTE übertragen wurde. Bezogen auf das erste und zweite Fernsehprogramm lässt sich feststellen, dass sich die Inhalte privater und öffentlicher Veranstalter in verschiedenen Bereichen zunehmend überschneiden (Frühstücksfernsehen, Quiz-Shows usw.) und dass sich in den Programmen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vermehrt Angebote (Daily Soaps, Telenovelas usw.) finden lassen, die Beispiele für die Trivialisierung sowie Boulevardisierung der Programme darstellen. Zu dieser Entwicklung, die auf die Gültigkeit der Konvergenzthese hinzuweisen scheint,⁵⁹ wird von Befürwortern und Vertretern des öffentlich-rechtlichen Rundfunks des öfteren angeführt, dass derartige Tendenzen zwar bedauerlich, aber aus Gründen der Zuschauerakzeptanz und der Zuschauerbindung unvermeidbar seien. Der Monopolkommission ist sich zwar bewusst, dass sich auch der öffentlich-rechtliche Rundfunk weiterentwickeln muss, aber ihm wurde ein besonderer Programmauftrag übertragen, wonach er ein insgesamt vielfältiges, umfassendes und ausgewogenes mediales Angebot zu gewährleisten hat. Gleicht sich aber der öffentlich-rechtliche Rundfunk immer mehr den kommerziellen Sendern an, dann verfehlt er als Garant für die Erfüllung der Vorgaben der Rundfunkfreiheit in einem dualen Rundfunksystem seinen Auftrag und verliert überdies seine Legitimation. Zumal zu erwarten ist, dass ein klar umrissenes Programmprofil, die Betonung des klassischen Rundfunkauftrags und die Rückkehr zur gewohnten Programmqualität die Akzeptanz sowie den Zuspruch durch die Zuschauer stärkt.

807. Es besteht derzeit das Problem, dass keine Kontrolle der Aktivitäten der öffentlich-rechtlichen Sender daraufhin möglich ist, ob die Tätigkeit aus meritorischen Erwägungen notwendig ist oder nicht. Dies soll beispielhaft anhand der Rechte für die deutsche Fußball-Bundesliga verdeutlicht werden. Für die Spielzeit 2005/06 erwarben ARD und ZDF umfangreiche TV-Rechte, um in der „Sportschau“ und im „Sportstudio“ die Spiele der Ersten Liga in Ausschnitten zeitversetzt zu zeigen. Presseangaben zufolge zahlte die ARD dafür 65 Mio. Euro und das ZDF 15 Mio. Euro. Diese Summen fehlen den öffentlich-rechtlichen Sendern nun, um die Programminhalte zu finanzieren, die zu ihrem eigentlichen Aufgabenbereich gehören. Die Zuschauer haben durch das Fußballangebot im öffentlichen-rechtlichen Rundfunk nichts gewonnen, da die Spiele aufgrund ihrer hohen Attraktivität ohnehin im Fernsehen zu sehen wären. Die Ausstrahlung von massenattraktiven Sportereignissen, die ohne jeden Zweifel im Fernsehen gezeigt worden wären, lässt sich nur über eine

Politik der hohen Einschaltquoten erklären.⁶⁰ Inwieweit eine derartige Politik der öffentlich-rechtlichen Sender mit ihrem meritorischen Auftrag vereinbar ist, bleibt fraglich.

808. Auch wenn mit §§ 11 und 19 RStV der zaghafte Versuch unternommen wurde, den Funktionsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten genauer zu beschreiben, liegt noch immer keine anwendbare Definition des Rundfunkauftrags vor. Nach ihrem Auftrag sollen die öffentlich-rechtlichen Sender neben populären und unterhaltenden auch informative, kulturelle, politische sowie beratende Programme anbieten, selbst dann, wenn sich dafür kein Massenpublikum finden lässt. Es geht also darum, ein von Einschaltquoten unabhängiges Programm mit inhaltlichen Werten zu veranstalten. In der Praxis wird es aber kaum möglich sein, für sämtliche Programminhalte zweifelsfrei festzustellen, ob sie in das Aufgabenfeld der öffentlich-rechtlichen Sender gehören oder nicht.

809. Erschwerend kommt hinzu, dass die Konzentration auf kulturelle oder intellektuell anspruchsvolle Programminhalte zu einem Imageproblem für die öffentlich-rechtlichen Sender führen kann. Kehren sich in diesem Fall breite Teile der Bevölkerung vom öffentlich-rechtlichen Angebot ab, dann können die Sendeanstalten ihren Rundfunkauftrag, nämlich allen Bevölkerungsteilen die Möglichkeit der Meinungsbildung zu geben, kaum noch erfüllen. Für bestimmte Zuschauergruppen gehören massenattraktive Sendungen unabdingbar zu einem Vollprogramm dazu. Ferner ist zu beachten, dass die öffentlich-rechtlichen Sender in der dualen Rundfunkordnung die Vielfaltsdefizite des kommerziellen Rundfunks ausgleichen sollen. Diese Defizite können natürlich auch im Bereich der massenattraktiven Unterhaltung liegen.

810. Offensichtlich kann der Bedarf an öffentlich-rechtlichen Programmen nicht über eine inhaltliche Einteilung festgelegt werden. Dies darf aber nicht dazu führen, dass es zu einer grenzenlosen Ausdehnung des öffentlich-rechtlichen Angebots kommt. Eine praktikable Begrenzung des Programmangebots der öffentlich-rechtlichen Sender kann aufgrund des Mangels einer greifbaren Definition des Funktionsauftrags nur über die Kostenseite in Form einer Budgetierung für das Angebot erfolgen. Es sollten für die einzelnen Programmsparten (Fiction, Unterhaltung, Sport usw.) Budgets durch den Gesetzgeber festgelegt werden. Dabei ist zu unterstreichen, dass eine pauschale Budgetvorgabe für einzelne Programmsparten keinen Verstoß gegen das Zensurverbot, sondern eine sinnvolle Budgetbeschränkung darstellt. Bei der Budgetierung ist allerdings zu diskutieren, wie viele Mittel im Rahmen der Zuweisungen den öffentlich-rechtlichen Sendern für nichtmeritorische Aktivitäten (massenattraktive Programme, multimediales Angebot) zur Verfügung ge-

⁵⁹ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 1996/1997, a. a. O., Tz. 528.

⁶⁰ Anders verhält es sich wohl bei Randsportarten, die nicht besonders populär sind und daher selten im Fernsehen gezeigt werden. Abgesehen von den weitaus geringeren Rechtsteuern ließe sich hier ein Engagement der öffentlichen-rechtlichen Programme aus Gründen der publizistischen Vielfalt leicht begründen.

stellt werden sollen und ob es angemessen ist, den Sendern einen absoluten Betrag für diese Aktivitäten vorzugeben oder einen prozentualen Anteil des Budgets für die nichtmeritorischen Tätigkeiten zu bestimmen.

811. Zusätzlich zu der Budgetierung der Aktivitäten sollten die öffentlich-rechtlichen Sender dazu verpflichtet werden, im Rahmen einer freiwilligen Selbstverpflichtung gegenüber der Bevölkerung für eine Periode von beispielsweise zwei Jahren konkrete Angaben darüber zu machen, wie viel Geld sie für ihr Programmangebot benötigen, welche Projekte sie planen und welche Qualitätskriterien sie einzuhalten gedenken. An den geleisteten Versprechen könnten sie dann nach Ablauf der Periode gemessen und mögliche Korrekturmaßnahmen abgeleitet werden. Dieses Procedere würde darüber hinaus beruhigend auf die Expansionsaktivitäten der Anstalten wirken.

3.6.3 Probleme der Finanzierung

812. In den Anfangsjahren des Fernsehens, in der Monopolzeit der ARD und in der Zeit des Kollektivmonopols von ARD und ZDF, entsprach die Rundfunkgebühr faktisch dem Preis für den Konsum des Fernsehprogramms. Daher war die Erhebung der Gebühr ökonomisch unproblematisch, zumal das Ausschlussprinzip galt und jeder Bürger entscheiden konnte, ob er das Angebot der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten gegen Zahlung des Preises in Anspruch nehmen wollte oder nicht. Im Laufe der Jahre hat sich dann durch die Fortentwicklung der Rechtsprechung die in ihrer heutigen Form geltende Gebührenpflicht entwickelt, die am Besitz eines Fernsehgeräts oder eines PC ansetzt. Im dualen System lässt sich die Rundfunkgebühr nicht mehr als Preis für das öffentlich-rechtliche Programmangebot interpretieren, da man ein Fernsehgerät für den Empfang der privaten Programme benötigt und dieses gegebenenfalls ausschließlich dafür einsetzt. Dem heutigen System der Rundfunkfinanzierung fehlen angemessene Kontrollmechanismen, weshalb die Rundfunkfinanzierung einer Reform bedarf.

813. Gemäß § 12 Abs. 1 RStV muss der öffentlich-rechtliche Rundfunk durch die gewährte Finanzausstattung in die Lage versetzt werden, seinen gesetzlichen Auftrag zu erfüllen. Allerdings ist nicht nur der Bestand, sondern auch die Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu gewährleisten. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbieter finanzieren sich aus Rundfunkgebühren (eine Zwangsabgabe auf das „Bereithalten eines Rundfunkempfangsgeräts“), Einnahmen aus Rundfunkwerbung und sonstigen Einnahmen. Um dem Rundfunk eine breite, von Einschaltquoten sowie ökonomischen und politischen Interessen unabhängige Finanzierungsbasis zur Verfügung zu stellen, ist die Rundfunkgebühr gemäß § 13 Abs. 1 RStV die vorrangige Finanzierungsquelle. Das Verfahren zur Ermittlung des Finanzbedarfs regelt § 14 RStV. Dabei leiten die in der ARD zusammengefassten Sendeanstalten und das ZDF ihre Bedarfsmeldungen an die KEF. Diese überprüft, ob der angemeldete Bedarf den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entspricht und die damit verbunden Rationa-

lisierungspotentiale ausreichend beachtet werden. Das Verfahren endet in einem eigenständigen Staatsvertrag, der die Gebührenhöhe endgültig festsetzt und durch sämtliche Länderparlamente zu ratifizieren ist.

Wie oben erwähnt, beruht die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf drei Säulen, weshalb man von einer Mischfinanzierung spricht. Die einzelnen Finanzierungsformen und deren Modalitäten weisen nicht nur gravierende ordnungs- und wettbewerbspolitische Mängel auf, sondern sie sind teilweise auch durch ihre mangelnde Staatsferne und ihre ökonomischen Fehlansätze gekennzeichnet.

Gebührenfinanzierung

814. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht die Gebührenfinanzierung als die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk gemäße Art der Finanzierung anerkannt hat,⁶¹ besteht bei der Ausgestaltung der Rundfunkgebühr erheblicher Handlungsbedarf. Einleitend ist zu erwähnen, dass sich der ökonomische Charakter der Rundfunkgebühr im Zeitablauf gewandelt hat und diese heutzutage keine Gebühr im Sinne einer Gegenleistung für die tatsächliche Inanspruchnahme des öffentlich-rechtlichen Programmangebots ist, sondern eine Steuer auf den Besitz bestimmter Empfangsgeräte darstellt, deren Aufkommen nicht dem Nonaffektationsprinzip – also keiner Zweckbindung – unterliegt.⁶² Das Grundproblem der Rundfunkgebühr liegt in ihrer Anknüpfung der Gebührenpflicht an die Bereithaltung eines ohne besonderen zusätzlichen technischen Aufwand empfangsbereiten Rundfunkgerätes. Die Rundfunkgebühr erhält durch ihre jetzige Ausgestaltung den Charakter einer Zwangsabgabe. Für die Entrichtung der Gebühr ist es nämlich unerheblich, ob der einzelne Konsument den resultierenden Vorteil aus dem Programmangebot tatsächlich nutzt oder das öffentlich-rechtliche Angebot irgendeinen Wert für ihn besitzt. Der Rezipient ist zwar in der Lage, Sendungen abzuschalten, die nicht seinen Präferenzen entsprechen oder seinen Qualitätsansprüchen genügen, er muss diese aber dennoch über seine Gebührenpflicht mitfinanzieren. Die Monopolkommission hat die mangelnde Berücksichtigung der tatsächlichen Inanspruchnahme bereits früher mehrfach kritisiert und eine verbesserte Orientierung der Gebührenzahlung an die tatsächliche Nutzung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks angemahnt.⁶³ In Zukunft kommt verschlimmernd die Gebührenerstreckung auf multimediale Empfangsgeräte hinzu. Mit dem Auslaufen des Moratoriums für internetfähige Computer zum 31. Dezember 2006, das im Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag (in Kraft seit 1. April 2005) beschlossen wurde, ist die Gebührenpflicht nicht nur von der tatsächlichen Inanspruchnahme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks losgelöst, sondern gänzlich von der Intention des Empfangs von Rundfunkprogrammen

⁶¹ BVerfGE 87, 181, 199.

⁶² Vergleiche Knorr, A., Winkler, K. Die duale Rundfunkordnung in der Kritik, *Ordo – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, Bd. 51, Stuttgart 2000, S. 326.

⁶³ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 1994/1995, a. a. O., Tz. 548; dies., Hauptgutachten 1996/1997, a. a. O., Tz. 537.

entkoppelt. Dies hat zur Folge, dass die Rundfunkgebühr auf den gesamten nicht privaten Bereich (Unternehmen, Freiberufler und sonstige öffentliche oder private Einrichtungen) ausgedehnt wird und Sektoren wie die Wissenschaft und Wirtschaft zur Finanzierung des privaten Rundfunkkonsums mit herangezogen werden. Die Erhebung einer Steuer auf den Besitz von Computern ist nach Auffassung der Monopolkommission dem Wirtschaftswachstum – insbesondere im Hinblick auf die Lissabon-Strategie – eher hinderlich. Es ist zwar richtig, dass für Großunternehmen und Forschungseinrichtungen durch die neuen Regelungen kaum zusätzliche Belastungen entstehen, da sie nur für einen ihrer Computer die Gebühr entrichten müssen. Freiberufler müssen aber für den Computer in ihrem Büro zusätzlich Gebühren in Höhe von rund 200 Euro pro Jahr zahlen. Als staatlich generierte Verteuerung von Computern wäre eine solche Steuer auch als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung von fragwürdiger Geltung im Hinblick auf Artikel 28 EGV.

815. Aus ordnungspolitischer Sicht lässt sich eine Zwangsgebühr nur legitimieren, wenn sie zur Finanzierung bestimmter gesellschaftlich erwünschter Zwecke erhoben wird. Lässt sich ein gesellschaftliches Interesse am öffentlich-rechtlichen Sendeangebot nicht nachweisen, wäre die Zwangsgebühr eine staatliche Subventionierung eines einzelnen Anbieters, die den Wettbewerb mit Konkurrenten unfair verzerrt. Betrachtet man hingegen das Angebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Bereitstellung eines meritorischen Gutes, das die Defizite im privaten Sektor kompensiert, ist ein sinnvolles Finanzierungsinstrument für dieses Angebot zu finden. Die Monopolkommission plädiert für die Erhebung einer allgemeinen, nutzungsunabhängigen Abgabe.⁶⁴ Die Finanzierung des Angebots durch die Allgemeinheit entspricht dem ökonomischen Konzept der meritorischen Güter, da einerseits eine privatwirtschaftliche Finanzierung des gesellschaftlich wünschenswerten Angebots nicht rentabel ist und andererseits die öffentlich-rechtlichen Programme die Erfüllung gesellschaftlicher Funktionen übernehmen. Die Finanzierung des Rundfunks sollte dabei aber nicht über die Zuweisung eines bestimmten prozentualen Anteils an den Steuereinnahmen des Staates an die Sendeanstalten erfolgen. Dagegen spricht die entstehende Abhängigkeit der öffentlich-rechtlichen Programme vom Gesetzgeber. Vielmehr sollte eine allgemeine Rundfunksteuer eingeführt werden. Diese Lösung hätte darüber hinaus auch den Vorteil, dass jeder Bürger nach Maßgabe seiner Leistungsfähigkeit – gemessen an seinem Einkommen – zur Finanzierung des Rundfunks beitrüge und diese Umverteilung sozialpolitisch als „gerecht“ bezeichnet werden könnte. Das Argument, dass ein jeder diese Steuer zu zahlen hätte, auch wenn diese den Rundfunk gar nicht nutzen, ist zwar stichhaltig, vermag in der heutigen Zeit, in der ein Fernseher, ein Radio oder ein Computer zur Grundausstattung eines jeden Haushalts gehören, aber kaum noch zu überzeugen. Das Problem, die richtige Steuerhöhe zu finden und festzulegen, gilt bei jeder

Zwangsgebühr und kann daher hier nicht als Gegenargument vorgebracht werden. Zumal festzuhalten bleibt, dass die Steuerfinanzierung in der Sache schon vollzogen wurde, da mancher bereits heute für eine Leistung zahlen muss, die er oder sie gar nicht in Anspruch nimmt.

816. Nicht minder problematisch als die Finanzierungsform des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sind auch die Modalitäten der Gebührenfinanzierung. Zu kritisieren ist die geforderte, aber nicht vorhandene Staatsferne beim Gebührenfestsetzungsverfahren. Mit der Einrichtung der KEF im Jahre 1975 sollte das Verfahren zur Festsetzung der Gebühren aus verfassungsrechtlichen Gründen soweit wie möglich entpolitisiert werden. Solange der Staat über die Finanzmittel der Sender entschied, konnte dieser seine rundfunkpolitischen Ansichten leichter verwirklichen, was den Vorstellungen eines staatsfernen und unabhängigen Rundfunks widersprach. Hatten bis zum Jahre 1975 noch Referenten aus Staatskanzleien und Rechnungshöfen auf der Grundlage vorgelegter Unterlagen von ARD und ZDF die Festlegung der Gebühr vorgenommen, kam der KEF in den Folgejahren die Aufgabe zu, den Finanzbedarf der Sender zu untersuchen und Vorschläge über eine Anpassung der Gebühren zu machen. Die KEF benutzt für ihre Finanzbedarfsermittlung ein indexgestütztes integriertes Prüf- und Berechnungsverfahren. Kern dieses Verfahrens ist die Ermittlung des Finanzbedarfs in drei methodischen Schritten (Feststellung und Fortschreibung des Bestandes, Feststellung des Entwicklungsbedarfs und die Überprüfung der Wirtschaftlichkeit sowie Sparsamkeit). Auch wenn diese Methode versucht, objektiv den Finanzbedarf für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu ermitteln, ist festzustellen, dass sie aufgrund ihrer Vergangenheitsorientierung nicht dazu geeignet ist, den effizienten Einsatz der vorhandenen finanziellen Ressourcen zu überprüfen oder gar zu kontrollieren.

817. Faktisch hat die KEF heutzutage nur noch ein unverbindliches Vorprüfungs- und Vorschlagsrecht. Die letztendliche Entscheidung über die Gebührenhöhe treffen die Länderparlamente. Ein Abweichen von den Vorschlägen der KEF ist zwar nur aus Gründen des Informationszugangs und der Sozialverträglichkeit zulässig,⁶⁵ der Widerspruch zum Gebot der Staats- und Gruppenferne ist jedoch offensichtlich. Die Politik kann über ihren Genehmigungsvorbehalt in zentralen Finanzierungsfragen indirekt in die Autonomie der öffentlich-rechtlichen Anstalten eingreifen. Deutlich wurde dies in der letzten Runde zur Erhöhung der Rundfunkgebühr zum 1. April 2005, als sich die Ministerpräsidenten aus Bayern, Nordrhein-Westfalen und Sachsen mit einem Hinweis auf das Gebot der Sozialverträglichkeit über den Vorschlag der KEF hinwegsetzten und den Gebührenanstieg willkürlich festsetzten.⁶⁶ Gegen diesen Einfluss der Politik auf die Rund-

⁶⁴ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 1996/1997, a. a. O., Tz. 537.

⁶⁵ Ersteres meint, dass Sendeformate, die bereits existierende Programmangebote lediglich kopieren, nicht zur Berechnung der Gebührenhöhe herangezogen werden dürfen. Das sozialpolitische Argument schreibt vor, dass die Rundfunkgebühren für alle Haushalte tragbar sein müssen.

⁶⁶ Vergleiche zu der Historie und den Einzelheiten der Gebührendebatte Meier, H. E., „Für ein paar Cent weniger?“ Ein Beitrag zur aktuellen Rundfunkgebührenpolitik, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 197, 2005.

funkgebühren hat die ARD am 22. Oktober 2005 Verfassungsbeschwerde eingelegt. Das ZDF schloss sich Anfang 2006 der Klage an.

Die Überprüfung der Gebührenhöhe durch den Gesetzgeber ist prinzipiell sinnvoll, denn nur so lässt sich derzeit kontrollieren, ob die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten effizient wirtschaften. Diese politische Kontrolle ist aber aufgrund der verfassungsrechtlichen Stellung des Rundfunks problematisch. Hier trifft man auf das durch die Rechtsprechung geschaffene und bereits in Tz. 775 angesprochene Governance-Problem.

818. Um das Rundfunkgebührenfestsetzungsverfahren im Zeitablauf vollständig zu entpolitisieren, ließe sich die Rundfunkgebühr indexieren, d. h. die Höhe der Gebühr an der Inflationsrate ausrichten. Der Monopolkommission sind zwar die rechtlichen und methodischen Vorbehalte bekannt, die allgemein gegen eine Indexierung von Preisgrößen oder speziell gegen eine indexierte Rundfunkgebühr sprechen. Dennoch sollte man über eine Anpassung der rechtlichen Vorschriften nachdenken. Eine indexierte Rundfunkgebühr birgt neben der politischen Unabhängigkeit den Vorteil, einer Selbstbedienung der Sender entgegenzuwirken und die Kostendisziplin der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten nachhaltig zu stärken. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, bei der Einführung einer indexierten Preisregulierung die allgemeine Teuerungsrate als Basis der Gebührensteigerungen zugrunde zu legen. Gegen die diskutierte Alternative eines medienspezifischen Warenkorbs als Grundlage des Index sprechen zwei Argumente. Zum ersten sind die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten in Deutschland so bedeutend, dass durch die Entscheidungen der Intendanten (beispielsweise eine Erhöhung der Gehälter für Moderatoren oder technische Angestellte) die Höhe der Kosten im Rundfunkbereich und damit automatisch auch der Medienpreisindex sowie die Gebührenhöhe zunehmen. Zum zweiten ist es in Zeiten einer sich rasch wandelnden Medienlandschaft mit immer neuen Sendeformaten und technischen Neuerungen kaum möglich, einen Güterkorb zu definieren, mit dessen Hilfe man die Kostenentwicklung und damit die Einnahmen der Sender bestimmen kann.

819. Zum Abschluss sollte noch auf einen Aspekt hingewiesen werden, der als Beleg für die mangelnde Staatsferne des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gesehen werden kann: die Übernahme hoheitlicher Aufgaben durch die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten. Zum Zwecke des gemeinsamen Gebühreneinzugs haben sich die Landesrundfunkanstalten der ARD sowie das ZDF und DeutschlandRadio in einer Verwaltungsvereinbarung zusammengeschlossen. Seither ist die gemeinsame Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (GEZ) mit der kompletten Abwicklung des Gebühreneinzugs betraut. Die Erhebung der Rundfunkgebühren ist eine hoheitliche Tätigkeit. Aus diesem Grund finden neben den speziellen rundfunkrechtlichen Vorschriften auch die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen des Bundes und der jeweiligen Länder für die Durchführung von Verwaltungsverfahren, wie z. B. die

Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), die Landesverwaltungsverfahrensgesetze oder die Landesverwaltungsvollstreckungsgesetze, Anwendung. Die GEZ braucht somit bei ausbleibenden Gebührenzahlungen auch keine Mahn- und Vollstreckungsbescheide über das Gericht zu beantragen, da sie öffentlich-rechtliche Forderungen ausstellt. Die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben, zu der auch die Befreiung von der Gebührenpflicht – wohlge-merkt einer staatlich festgelegten Abgabe – nach § 6 RGebStV gehört,⁶⁷ lässt sich nach Ansicht der Monopolkommission keinesfalls mit dem Programmauftrag der öffentlich-rechtlichen Sender vereinbaren.

Werbefinanzierung

820. Bei der Vermarktung von Werbezeiten konkurrieren die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter mit den privatwirtschaftlichen Anbietern um die Budgets der werbetreibenden Industrie. Da es sich bei den jeweiligen Rundfunkanbietern um verschiedene Arten von Marktteilnehmer handelt, sind auch deren Möglichkeiten zur Generierung von Werbeerlösen unterschiedlich, was eine getrennte Betrachtung der beiden Säulen der dualen Rundfunkordnung notwendig macht.

821. Neben den Einnahmen aus der Rundfunkgebühr stehen den öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten als zweite Finanzierungsquelle die Einkünfte aus dem Verkauf von Werbezeiten zur Verfügung. Die Haupteinnahmequelle der Öffentlich-Rechtlichen sind aber weiterhin die Gebühren. Zur Zeit erwirtschaften die ARD-Anstalten 3,5 Prozent ihrer Gesamteinnahmen durch Werbung, das ZDF 6,6 Prozent.⁶⁸ Im Jahr 2004 lagen die Werbeeinkünfte (Nettowerbeumsätze) der öffentlich-rechtlichen Anstalten insgesamt bei ungefähr 294 Mio. Euro. Durch eine Reihe von Vorschriften (§§ 7, 8, 15 und 16 RStV) werden neben allgemeinen Vorgaben zur Werbefinanzierung die Zulässigkeit, der Umfang und der Inhalt der Wirtschaftswerbung geregelt. Demnach darf der Werbumfang bei den öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten in Form von Spotwerbung maximal zwölf Minuten pro Stunde betragen (§ 16 Abs. 3 RStV) und werktäglich eine Höchstdauer von 20 Minuten im Jahresdurchschnitt erreichen (§ 16 Abs. 1 RStV). Werbeunterbrechungen sind abgesehen von dem ersten und zweiten Fernsehprogramm bei den öffentlich-rechtlichen Angeboten prinzipiell nicht erlaubt (§ 16 Abs. 2 RStV). Überdies gilt ein generelles Werbeverbot nach 20.00 Uhr sowie an Sonntagen und im ganzen Bundesgebiet anerkannten Feiertagen (§ 16 Abs. 1 RStV).

822. Die Monopolkommission hält ihre bisher gestellte Forderung nicht mehr aufrecht, eine Abschaffung der Werbefinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

⁶⁷ Mit Inkrafttreten des Staatsvertrags am 1. April 2005 ging die Zuständigkeit des Befreiungsverfahrens von Privatpersonen von den Sozialämtern an die GEZ über. Die GEZ übernahm das Verfahren im Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.

⁶⁸ Die Zahlen zum Werbemarkt stammen aus: Media Perspektiven, Basisdaten, Daten zur Mediensituation in Deutschland 2005, S. 10 f.

durchzusetzen.⁶⁹ In der Pionierphase des privaten Rundfunks sollte das geforderte Werbeverbot das Aufkeimen von Wettbewerb zwischen den öffentlich-rechtlichen und den kommerziellen Sendern ermöglichen. Es sollte verhindert werden, dass die öffentlich-rechtlichen Anstalten den privaten Anbietern in erheblichem Maße die Finanzierungsbasis entziehen. Im Laufe der Zeit stellte sich aber heraus, dass sich die privaten Anbieter über die am Markt vorhandenen Werbegelder angemessen finanzieren können. Die Sender sind folglich nicht auf die – ohnehin nicht sehr umfangreichen – zusätzlichen Werbeeinnahmen der öffentlich-rechtlichen Programmveranstalter angewiesen, um ihre Geschäftstätigkeit aufrechterhalten zu können. Es wäre überdies fraglich gewesen, ob bei einem Werbeverbot für die öffentlich-rechtlichen Anstalten die frei werdenden Werbedudgets den privaten Sendern zugeflossen wären oder ob diese nicht anderen Werbeträgern zugute gekommen wären.

Die Werbefinanzierung übt auf die öffentlich-rechtlichen Sender eine programmliche Disziplinierungswirkung aus. Sie setzt die Anstalten nämlich unter einen gewissen Erfolgswang, da die öffentlich-rechtlichen Veranstalter aufgrund der Verbindung zwischen Zuschauer- und Werbemarkt bei ihrer Programmpolitik auf die Wünsche des Publikums achten müssen. In der Zeit, in der die öffentlich-rechtlichen Sender Werbung ausstrahlen dürfen, stehen sie im Wettbewerb zu den privaten Anbietern um mögliche Werbeeinnahmen. Auf diese Weise kann verhindert werden, dass sich die öffentlich-rechtlichen Sender zu einer Art Redakteursfernsehen entwickeln, dessen Programm nur die Vorlieben des Redakteurs widerspiegelt. Durch die Werbefinanzierung werden die öffentlich-rechtlichen Anstalten gezwungen, sich „mental“ wettbewerbsfähig zu halten.

823. Im Gegensatz zu den nahezu erfolgsunabhängig finanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern müssen die kommerziellen Anbieter ihren Bedarf an finanziellen Mitteln am Kapitalmarkt oder durch Einnahmen decken, die sie mit ihrem Programmangebot erzielen. Die Haupteinnahmequelle der privaten Sender bilden ihre Werbeerlöse, die sich durch die Vermarktung von Werbezeiten an die werbetreibende Industrie generieren. Im Jahr 2004 erreichten die Nettowerbeumsätze aller privaten Fernsehanbieter zusammen die Summe von 3,52 Mrd. Euro. Der größte Anbieter mit einem Marktanteil von etwa 32 Prozent war RTL, gefolgt von SAT.1 (22 Prozent) und ProSieben (21 Prozent).⁷⁰

Das Finanzierungspotential der kommerziellen Rundfunksender wird durch eine Reihe von restriktiven Vorschriften begrenzt. Aus diesen Werberestriktionen erwachsen den privaten Veranstaltern erhebliche Benachteiligungen im Wettbewerb mit den gebührenfinanzierten, aber auch mit den entgeltfinanzierten Programmanbie-

tern. Aus diesem Grunde spricht sich die Monopolkommission erneut für eine Lockerung der Werbezeitenregulierung im privatwirtschaftlichen Rundfunk aus.⁷¹ Wettbewerbsverzerrend wirken sowohl die Regelungen des § 44 Abs. 3, 4 RStV zur Einfügung von Werbespots als auch die Vorschriften des § 45 Abs. 1, 2 RStV zur Werbedauer. Erstere sollen den inhaltlichen Zusammenhang und die dramaturgischen Abläufe einer Sendung schützen, während Letztere den Zuschauer vor einem Übermaß an Werbung bewahren sollen. Diese Überlegungen vernachlässigen vollends die Entscheidungsmacht der Zuschauer und das Eigeninteresse der Sender. Die Werbedauer in einem Programm wird bereits durch die Bereitschaft des Publikums begrenzt, lange oder als unpassend empfundene Werbeunterbrechungen oder -einblendungen zu akzeptieren. In einer Zeit, in der dem Zuschauer immer mehr werbefreie Alternativen zur Verfügung stehen, kann er sich relativ schnell und ohne große Bemühungen den Werbebotschaften entziehen. Aber auch die Sender dürften kaum ein Interesse daran haben, ihre teuer eingekauften Filmrechte zum Unmut ihrer Zuschauer durch zu lange oder zu häufig eingeblendete Werbeunterbrechungen zu entwerten. Die Werbebegrenzungen könnten also ohne weiteres aufgehoben werden, zumal sie die Einnahmemöglichkeiten der werbefinanzierten Sender verschlechtern und diese im Wettbewerb um attraktive Programminhalte und somit Zuschauer gegenüber den anderen Rundfunkveranstaltern benachteiligt werden. Die Bundesregierung sollte sich deshalb auf europäischer Ebene verstärkt für die Schaffung eines flexiblen Werberegimes einsetzen, um dann im Nachgang die eigenen Werbebestimmungen zu lockern. Dies würde die Entwicklung der Medienbranche auch im Hinblick auf die vorhandenen Innovations- und Wachstumspotentiale unterstützen.

Fehlende Kostenkontrolle

824. Das Konzept der öffentlich-rechtlichen Sender ist so angelegt, dass die Rundfunkräte der Anstalten das Programm festlegen, das zur Erfüllung ihres Auftrags notwendig und angemessen ist. Der entstehende Finanzbedarf der Sendeanstalten wird über Gebühren gedeckt. Auch wenn die Bedarfsmeldungen von ARD und ZDF den Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit unterliegen und die KEF in ihren Vorschlägen den Bedarf meist nach unten korrigiert, beruht das Gebührengenehmungsverfahren faktisch auf einem reinen Kostenerstattungsprinzip. Aus der ökonomischen Literatur sind die negativen Anreizwirkungen und die sich ergebenden Fehlentwicklungen dieser Art der Preisregulierung hinreichend bekannt. So führt eine reine Kostenerstattung in der Regel bei den regulierten Unternehmen zu einer über den Marktpreisen liegenden Entlohnung der Produktionsfaktoren, zu überdurchschnittlich hohen Produktionskosten, zu einem Überbietungswettbewerb auf den Beschaffungsmärkten und zu einer permanenten Angebotsausweitung

⁶⁹ Vergleiche Monopolkommission, Sondergutachten 11, a. a. O., Tz. 7, 36; dies., Hauptgutachten 1994/1995, a. a. O., Tz. 851; dies., Hauptgutachten 1996/1997, a. a. O., Tz. 536.

⁷⁰ Die Zahlen wurden entnommen aus: Media Perspektiven, Basisdaten, a. a. O., S. 18.

⁷¹ Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 1996/1997, a. a. O., Tz. 539.

über die Zuwachsraten des Nachfrage hinaus. Diese aufgezählten negativen Konsequenzen eines Kostenpreises wurden für die Rundfunkgebühr und den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland durch die KEF bereits ausführlich dokumentiert.⁷²

825. An dieser Stelle sei noch einmal auf die Besonderheit des heutigen Rundfunkmarkts hingewiesen. Seit der Einführung des dualen Rundfunksystems und dem Wachstum der privatwirtschaftlichen Anbieter ist die Kostenorientierung im Gebührenfestsetzungsverfahren nicht mehr angemessen, da die Kosten zunehmend von der Konkurrenz auf den Beschaffungsmärkten (für positionale Inputs) und der Gebührenhöhe selbst bestimmt werden. Von jeher wird davon ausgegangen, dass sich das für das Programmangebot erforderliche Budget für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter aus einem Mengengerüst von Faktoren und den am Markt gegebenen (exogenen) Preisen ermitteln lasse. Nach den Analysen der Kostenzusammenhänge ist aber deutlich geworden, dass die Preise der attraktiven Programminhalte keineswegs exogen sind, sondern durch die Verfolgung von Einschaltquotenzielen und die öffentlich-rechtliche Nachfrage nach diesen Inhalten steigen. Eine Erhöhung der Rundfunkgebühren treibt folglich die Preise für positionale Inputs weiter in die Höhe und macht in der nächsten Periode eine neuerliche Gebührenerhöhung scheinbar erforderlich. Erschwerend kommt hinzu, dass durch das Mitbieten um massenattraktive Faktoren den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Finanzmittel entzogen werden, die sie für ihren eigentlichen Programmauftrag benötigen.

826. Verfolgt man das Ziel der sparsamen und wirtschaftlichen Verwendung der finanziellen Mittel, dann ist das Verhalten der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten untereinander nicht nachzuvollziehen. Damit ist zum einen die geringe Kooperationsbereitschaft der in der ARD zusammengeschlossenen Anstalten und zum anderen die mangelnde Programmkoordination zwischen ARD und ZDF gemeint. So ist beispielsweise zu hinterfragen, warum bei politischen Großereignissen wie Bundestagswahlen jede der in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten eigene Übertragungskapazitäten einsetzt. Betrachtet man das Verhältnis zwischen ARD und ZDF, ist nicht nur festzustellen, dass von einigen Ausnahmen, wie dem Morgenmagazin, abgesehen keine Zusammenarbeit im Vormittagsprogramm mehr stattfindet und von einem gemeinsamen Videotextdienst Abstand genommen wurde, sondern auch dass die beiden Anstalten durch konkurrierende Gestaltungen ihrer Programmabfolgen versuchen, jeweils ihre Marktanteile zu Lasten des anderen zu optimieren (Stichwort: Kampfprogrammierung). Diese Beispiele für volkswirtschaftlich unnötige Kostenduplizierungen stellen letztendlich die Legitimation zweier konkurrierender öffentlich-rechtlicher Einrichtungen in Frage. In diesem Zusammenhang

sollte auch überprüft werden, inwieweit eine Fusion der kleineren Landesrundfunkanstalten der ARD, namentlich RB und SR, mit benachbarten und leistungsfähigen Sendern nach dem Vorbild der anderen Mehrländeranstalten (MDR, NDR, RBB und SWR) ohne jede Gefährdung des Grundversorgungsauftrags möglich wäre.

827. Aus der Sicht der Monopolkommission ist es dringend geboten, die Effizienzprobleme im öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu lösen. Langfristig muss die Rundfunkgebühr von der Funktionserfüllung und von neutralen und fachkundigen Beurteilungen der Programmqualität abhängen. Um dies erreichen zu können, ist es aber unabdingbar, die mehrfach angesprochene Bestimmung des gesellschaftlich wünschenswerten Umfangs des öffentlich-rechtlichen Auftrags eindeutig festzulegen.

828. Kurz- und mittelfristig muss der Kostenkontrolle im Gebührenverfahren ein stärkeres Gewicht beigemessen werden. Hier sollte man sich an den Wirtschaftsbereichen orientieren, die ebenfalls einer Regulierung ihrer Entgelte unterliegen. So müssen beispielsweise die Entgelte der Deutschen Telekom AG (DTAG), da dieses Unternehmen auf den fraglichen Teilmärkten als marktbeherrschend gilt, für bestimmte Leistungen von der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BNetzA) genehmigt werden. Bei der Genehmigung der Preise muss die BNetzA darauf achten, dass die Entgelte nach § 31 Abs. 1 Telekommunikationsgesetz (TKG) „die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten“. Um die Höhe dieser Kosten bestimmen zu können, kann die Agentur „Preise solcher Unternehmen als Vergleich heranziehen, die entsprechende Leistungen auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten anbieten; dabei sind die Besonderheiten der Vergleichsmärkte zu berücksichtigen“ (§ 35 Abs. 1 TKG). Ein wichtiger Referenzwert bei der Entgeltregulierung lässt sich folglich aus der Entwicklung ausländischer Telekommunikationsmärkte gewinnen. So genannte Benchmarking- oder Best-Practice-Konzepte ließen sich bei der Gebührenerfassung im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks etablieren.

829. Voraussetzung für eine jede Kostenkontrolle ist aber, dass die relevanten Daten des betrachteten Unternehmens öffentlich zugänglich sind. Die Monopolkommission plädiert dafür, eine Publizitätspflicht für die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten einzuführen, um einen Einblick in die Bilanzen und Haushaltspläne zu ermöglichen. So ließe sich überprüfen, welche Ausgaben für welche Positionen bzw. Sendungen geplant sind und in welchen Bereichen es ex post Abweichungen zum geplanten Etat gegeben hat. Anhand dieser Informationen ließe sich auch der Finanzbedarf genauer bestimmen und die Öffentlichkeit wäre in der Lage, die Aktivitäten der Sender objektiv zu beurteilen. In der Zwischenzeit wäre es angebracht, wenn die öffentlich-rechtlichen Programmveranstalter jedes Jahr in einer Art freiwilliger Verpflichtungserklärung der Öffentlichkeit erklären, wie viel Geld sie für ihr Programm aufwenden wollen und welche Qualitätsziele sie einzuhalten gedenken. Ein Jahr

⁷² Vergleiche Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten, 14. KEF-Bericht, Mainz 2003; dies., 13. KEF-Bericht, Mainz 2001.

später und in der folgenden Gebührenfestlegung könnte man dann das Erreichte mit dem Versprochenen vergleichen.

3.6.4 Binnenpluralistische Rundfunkaufsicht

830. In einer demokratischen Ordnung ist es das Ziel, durch eine objektive und ausgewogene Berichterstattung eine freie und demokratische Meinungsbildung der Bevölkerung zu gewährleisten. Um dieses Ziel zu erreichen, muss eine Medienaufsicht einige Anforderungen erfüllen. Die Aufsichtsorgane sollten überparteilich sein und eine Schiedsrichterfunktion übernehmen, um das Gebot der Staats- und Gruppenferne erfüllen zu können. Darüber hinaus muss es den Zuschauern möglich sein, sich über sämtliche Aspekte der Kontrolltätigkeit zu informieren. Das binnenpluralistische Modell der Medienaufsicht in seiner jetzigen Form erfüllt nach Ansicht der Monopolkommission diese grundlegenden Anforderungen nicht.

831. Das Gebot der Staatsferne wird nicht erfüllt, nicht nur deswegen weil die politischen Parteien und die Regierungen der Länder über die Zusammensetzung der Rundfunkräte entscheiden, sondern auch weil sie nicht selten in wichtigen Personalentscheidungen, zum Beispiel bei der Wahl des Intendanten oder des oberen Führungsbereichs der Sender, ihren politischen Einfluss ausüben. Hinzu kommt, dass in sämtlichen Aufsichtsorganen eine hohe staatliche Vertretungsquote vorzufinden ist. Betrachtet man beispielsweise den Fernsehrat des ZDF, dann gehören diesem je ein Vertreter der 16 Bundesländer, drei Vertreter des Bundes und zwölf Vertreter der Parteien an. Von den 77 Gremienmitgliedern sind also 31 staatlichen Organen zuzurechnen, also 40 Prozent der Stimmen. Als verfassungsrechtlich tolerabel gilt vielen Juristen eine Höchstgrenze von einem Drittel an Regierungs- und Parlamentsvertretern. Und nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist eine mittelbare oder unmittelbare Einflussnahme des Bundes auf einen Rundfunkanbieter verfassungswidrig. Obendrein ist zu beachten, dass die Landesparlamente bzw. Regierungen der Länder durch die Landesmediengesetze bestimmen, welche Gruppen und Verbände wie viele Repräsentanten in die Rundfunkräte entsenden dürfen. Erleichtert durch die Tatsache, dass eine Konkretisierung des Auswahlkriteriums „gesellschaftliche Relevanz“ grundsätzlich ausgeschlossen ist, besteht die Gefahr, dass bei der Vergabe von Rundfunkratsmandaten regierungsnahe Gruppierungen systematisch bevorzugt werden.

Das Ziel der Gruppenferne wird im derzeit geltenden System ebenfalls nicht erreicht. Es ist davon auszugehen, dass sich die in den Rundfunkräten vertretenden Verbände und Gruppierungen sowohl ideologisch als auch, was ihre Einflussmöglichkeiten betrifft, gegenseitig nicht neutralisieren werden. Dass sich darüber hinaus die einzelnen Repräsentanten in Streitfragen gegen die eigenen Verbandsinteressen stellen und zum Wohle des Gebührenzahlers entscheiden, ist mehr als zweifelhaft, zumal der Großteil der Gremiensitzungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet und die Sitzungsprotokolle für die Allgemeinheit in aller Regel nicht zugänglich sind.

832. Der Rundfunkrat soll in seiner Funktion als Kontrollgremium frei von jeglichen Einflüssen in die Programmgestaltung der Sendeanstalten eingreifen, wenn durch Berichte oder Sendungen gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen wird. Die Wirksamkeit dieser redaktionellen Kontrolle hat aber kontinuierlich abgenommen und ist mitunter kaum noch gegeben. Der Kontrollverlust wird anschaulich durch die jüngsten Vorgänge um die Schleichwerbung und das Product Placement in den Programmen sowie die Bestechungsvorwürfe im Sportjournalismus des öffentlich-rechtlichen Fernsehens dokumentiert. Diese Fälle wurden teilweise durch die Teilprivatisierung der Anstalten begünstigt, da die redaktionelle Kontrolle durch die entsprechenden Aufsichtsgremien deutlich erschwert wurde. Aber die Versuche der Industrie, auf die Programmgestaltung Einfluss zu nehmen, können nur gelingen, wenn zum einen keine effektive Kontrolle der Vertragsverhandlungen und -abschlüsse gegeben ist und zum anderen Anreize gesetzt werden, die ein derartiges Verhalten begünstigen. Denn je größer der Finanzbedarf eines Senders ausfällt, desto mehr ist er verführt, eine gesponsorte Sendung einzukaufen oder von einem Produzenten zu erwarten, zusätzliche Geldquellen aus der Industrie zu nutzen, um Kosten zu sparen. An dieser Stelle wäre eine Verpflichtung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wünschenswert, sämtliche ihrer Sponsoring- und Werbeverträge offen legen zu müssen. Dies würde die Anreize für Fehlverhalten minimieren und der journalistischen Wahrheitsfindung zugute kommen.

4. Distributionsebene

833. Die Distributionsebene stellt die letzte Stufe der Wertschöpfungskette im Medienbereich dar. Dabei nimmt sie für den Wettbewerb zwischen den Veranstaltern der Programmebene und für den Marktzutritt neuer Anbieter eine Schlüsselposition ein, da die Bedingungen auf dieser Ebene den Zugang der Programmanbieter zu den Rezipienten determinieren. Alternativ stehen drei – zählt man das VDSL-Netz der DTAG dazu: vier – Wege zur Verfügung, die eine Übertragung von Fernsehsignalen zu den Rezipienten ermöglichen: Breitbandkabelnetze, Satelliten oder die terrestrische Ausstrahlung. Die auf den jeweiligen Transportwegen vorhandenen Kapazitäten werden von den Rundfunkanbietern und anderen Anbietern für Kommunikationsdienste als Abspielfläche nachgefragt. Die Nachfrager erwerben lediglich die Rechte zur Nutzung der Übertragungswege, nicht aber die Transportmedien selbst.

834. Die Zahl der TV-Haushalte in Deutschland beträgt rund 36,18 Millionen. Den wichtigsten Übertragungsweg stellt dabei das Kabel mit einem Marktanteil von rund 53 Prozent dar, gefolgt von der Übertragung per Satellit mit 43 Prozent und der terrestrischen Übertragung mit 4 Prozent.⁷³ Die Breitbandkabelnetze bieten ihren Nutzern eine große Anzahl an Programmen in hoher Qualität

⁷³ Vergleiche Media Perspektiven, Basisdaten, a. a. O., S. 6. Die Zahl der TV-Haushalte mit terrestrischem Empfang bezieht sich auf Haushalte, die ihre Programme ausschließlich über die Antenne empfangen.

(analog ca. 35, digital bis zu 500) sowie in einigen Teilen Deutschlands die Möglichkeit des Internetzugangs und der Telefonie. Das Fernsehangebot ist für den Zuschauer jedoch mit relativ hohen Kosten verbunden, da neben einer Anschlussgebühr eine monatliche Miete von derzeit 14,50 Euro zu entrichten ist. Für den Empfang optionaler Programme entstehen weitere Kosten. Aus wettbewerbspolitischer Sicht als problematisch einzustufen ist die Tatsache, dass teilweise nicht der Mieter einer Wohnung seinen Kabelanschluss kündigen kann, sondern die Kabelnetzbetreiber Verträge für ganze Mietshäuser mit den jeweiligen Hauseigentümern abgeschlossen haben. Der problemlose Wechsel jedes einzelnen Mieters von dem einen zu dem anderen Übertragungsmedium wird in diesen Fällen erschwert. Die Anbieter der Programmebene, die Rundfunkveranstalter, fragen die Einspeisung und Durchleitung ihrer Programme in die Kabelnetze nach, um die angeschlossenen Haushalte zu erreichen. Dabei kann die Einspeisung der Signale nicht alternativ in dem einen oder anderen Breitbandkabelnetz erfolgen, da nicht dieselben Haushalte über die unterschiedlichen Netze erreicht werden können.

835. Die Satellitenübertragung ist mit 15,5 Millionen Fernsehhaushalten die am zweithäufigsten genutzte Übertragungsplattform. Der Satellit ermöglicht ein flächendeckendes und grenzüberschreitendes Angebot an Fernseh- und multimedialen Diensten (derzeit sind über Satellit neben den 45 analogen und über 150 digitalen Fernsehprogrammen auch Internetdienste nutzbar). Während der Zuschauer lediglich die einmalige Anschaffungsgebühr für die Satelliten-Empfangsantenne und den Receiver zu entrichten hat, entfallen auf die Anbieter die Kosten der Übertragung. Da für die großflächige Abstrahlung eines Programms aber nur ein Transponder (Satellitenkanal) benötigt wird, ist die Übertragung via Satellit im Vergleich zur terrestrischen Verbreitung mit geringeren Kosten verbunden. Zudem ermöglicht der Satellit den Programmveranstaltern die Versorgung von nicht verkabelten oder für den terrestrischen Empfang ungünstig gelegenen Regionen mit multimedialen Angeboten. Als Nachteil der Satellitenübertragung erweisen sich aber sowohl die bestehenden technischen als auch baurechtlichen Restriktionen, die der Zuschauer bei der Installation seiner Satellitenanlage zu berücksichtigen hat.

836. Die terrestrische Übertragung in Deutschland verlor gemessen an der Zahl der TV-Haushalte im Vergleich zu den anderen Übertragungswegen aufgrund des begrenzten Programmangebots und der schlechten Bildqualität immer mehr an Bedeutung, bis die Digitalisierung des Rundfunks vorangetrieben und die Abschaltung der analogen terrestrischen Übertragung vollzogen wurde.⁷⁴ Schätzungen zufolge nutzen derzeit insgesamt 3,4 Mio. Haushalte die digitale terrestrische Übertragung

(Digital Video Broadcasting Terrestrial; DVB-T) für den Empfang von Rundfunksignalen auf Erst- und/oder Zweit- bzw. Drittgeräten.⁷⁵ Für die Zuschauer bietet DVB-T gegenüber der analogen Verbreitung einen Mehrwert, der sich in einer verbesserten Ton- und Bildqualität sowie in der Portabilität und Mobilität ausdrückt. Vorteilhaft im Gegensatz zur Übertragung per Kabel sind die für den Fernsehempfang nur einmalig anfallenden Kosten in Form der Ausgaben für die technische Ausrüstung (Set-Top-Box; Steckkarte). Als Nachteil ist das auf 24 Programme begrenzte und nicht flächendeckend verfügbare Angebot zu sehen. Aus der Sicht der privaten Programmveranstalter ist die digitale terrestrische Übermittlung nur ein zusätzlicher Verbreitungsweg zu den Hauptplattformen Kabel und Satellit. Dies hängt zum einen mit der nur begrenzt verfügbaren Kapazität an Frequenzen zusammen, die nicht allen Veranstaltern einen Zugang zu den Zuschauern ermöglicht. Zum anderen ist DVB-T als Verbreitungsweg für die kommerziellen Programmanbieter im Vergleich zu den anderen Übertragungsarten kostenintensiver. Dies erschwert eine Refinanzierung insbesondere für kleinere Spartenanbieter, zumal das digitale Angebot nicht überall verfügbar sein wird und eine ausreichende Infrastruktur – Anzahl an Empfangsgeräten – vorhanden sein muss.

837. Als Alternative zu den drei klassischen Übertragungsplattformen kann sich in den nächsten Jahren das breitbandige Internet über DSL (Digital Subscriber Line) entwickeln, in dem sowohl Fernseh- als auch Multimedia-Anbieter organisiert sind. Das Internet bietet große Entwicklungspotentiale und eröffnet der Anbieterseite Möglichkeiten, neue Geschäftsmodelle zu entwickeln. Ferner kann es bei ausreichender Akzeptanz durch die Konsumenten dazu beitragen, dass der Infrastrukturwettbewerb zwischen den multimedialen Plattformen weiter belebt und intensiviert wird. Dieser Prozess wird sich kontinuierlich entwickeln und wie auf allen wettbewerblich organisierten Märkten durch das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage bestimmt sein. Daher müssen sich zunächst attraktive und preiswerte Inhalteangebote für die neue Plattform am Markt etablieren, bevor die Konsumenten das Medium als vollständiges Substitut ansehen. Derzeit fragen die Nutzer noch vermehrt weniger umfangreiche Werke wie einzelne Musiktitel oder Kurzfilme über das Internet nach. Weil bis dato eine starke Bindung der Zuschauer an die jeweiligen Endgeräte (TV-Geräte oder PC) besteht, sind die Online-Produkte aus Sicht der Nutzer eher als Zusatz- bzw. Komplementärangebote anzusehen.⁷⁶ Das Angebot an Fernsehprogrammen über das Internet ist zur Zeit stark begrenzt, da für die Anbieter eine unmittelbare Refinanzierung der durch die Übertragung entstehenden Kosten nahezu ausgeschlossen

⁷⁴ Die vollständige Digitalisierung der Unterhaltungs- und Kommunikationsindustrie ist von der Bundesregierung für das Jahr 2010 geplant. Der Ausstieg aus der analogen Übertragung und die Einstellung der analogen Verbreitung von Rundfunksignalen in einigen Regionen Deutschlands ist folglich politisch motiviert und nicht von Marktkräften getrieben.

⁷⁵ Vergleiche Gemeinsame Stelle Digitaler Zugang (GSDZ) der Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten (ALM), Digitalisierungsbericht 2005, Digital-TV und Analog-Digital-Übergang, Herausforderungen für Unternehmen, Politik und Regulierung, Berlin 2005, S. 73.

⁷⁶ Auch die Trennung zwischen den Endgeräten hebt sich immer mehr auf, da viele Nutzer ihre DVDs am PC abspielen oder den Fernseher nebst Zusatzgeräten für das Surfen im Internet nutzen.

ist. Die fehlende Möglichkeit, sich über Werbeeinnahmen zu refinanzieren, mag darauf zurückzuführen sein, dass die Konsumforschung bis heute noch keine Nutzerdaten in ausreichendem Maße erfasst und die werbetreibende Industrie aufgrund ihrer Unkenntnis über die Nutzergruppen die Rundfunkübertragung über das Internet nicht als Werbeplattform annimmt. Weitere Hindernisse für die Entwicklung des breitbandigen Internetzugangs stellen der hohe Investitionsbedarf der Betreiber und die Frage der Regulierung neuer Produkte dar.

4.1 Digitalisierung

838. Rundfunksignale können sowohl analog als auch digital über die drei klassischen Übertragungsmedien verbreitet werden. Digital Video Broadcasting (DVB) bezeichnet das standardisierte Übertragungssystem für digitalen Fernseh Rundfunk in Europa. Es existieren entsprechend dem Übertragungsmedium drei Arten des DVB: über Satellit (DVB-S), über Kabelnetze (DVB-C) und über die bereits angesprochenen terrestrischen Betreiber (DVB-T). Der Aufwand und der Nutzen aus der Digitalisierung variieren, je nach Übertragungsplattform:

Terrestrisch: Durch die digitale Kompression ist es möglich, vier bis sechs Fernsehprogramme auf einem analogen Kanal zu übertragen. Das digitale terrestrische Fernsehen lässt sich weiterhin über die konventionelle Haus- oder Zimmerantenne empfangen und die digitalen Signale lassen sich durch eine Set-Top-Box oder einen Fernseher mit eingebautem digitalen Decoder entschlüsseln. Dem Konsumenten steht ein breiteres Spektrum an Programmen zur Verfügung, und er kann weitere Mediendienste nutzen.

Kabel: Für die Digitalisierung des existierenden Kabelnetzes sind erhebliche Investitionen der Betreiber notwendig. In jüngster Zeit haben die Kabelnetzbetreiber in den größeren Städten begonnen, ihr Netz auszubauen und rückkanalfähig zu machen. Darüber hinaus benötigt der Konsument eine digitale Set-Top-Box, die sich technisch von der Box unterscheidet, die für den terrestrischen Empfang genutzt wird. Der zusätzliche Nutzen der Interaktivität ist immens, während der zusätzliche Nutzen weiterer Fernsehprogramme eher gering ist, da bereits in Zeiten der analogen Übertragung das Kabel eine große Programmvietalt ermöglichte.

Satellit: Zusätzlich zu der Parabolantenne benötigt man einen speziellen Digitalreceiver, um das digitale Angebot nutzen zu können. Allerdings sind die Konsumenten des Satellitenfernsehens den Gebrauch eines Receivers gewöhnt. Für die Betreiber bringt die digitale Umstellung erhebliche Vorteile mit sich. Die Digitalisierung reduziert die Kosten der Transpondernutzung oder erhöht gleichbedeutend die Kanalkapazität für einen gegebenen Transponderbereich.

839. Die Digitalisierung der Übertragungswege hat zu erheblichen Umstrukturierungen in der Medienlandschaft geführt. Durch die Datenkompression konnte das zentrale Wettbewerbsproblem der Frequenzknappheit auf der Distributionsebene entschärft werden, was den Akteuren der

medialen Wertschöpfungskette neue Möglichkeiten für das Fernsehangebot und die -nutzung eröffnete. Bedingt durch den Kapazitätseffekt wird es aber nicht nur mehr Angebote geben, sondern aufgrund der Interaktivität und der Konvergenz der Medien nimmt die sachliche und zeitliche Individualität des Fernsehkonsums immer weiter zu.⁷⁷ Je mehr sich der Zuschauer in der Zukunft für die individuelle Zusammensetzung seines Fernsehprogramms entscheidet, desto größer sind die Erfolgsaussichten für Pay-TV-Anbieter und die Veranstalter von Spartenkanälen einzuschätzen. Von den Unternehmen der Unterhaltungselektronik, der Telekommunikations- und Medienindustrie wird die Digitalisierung eine stärkere Kooperationsbereitschaft und Zusammenarbeit erfordern.⁷⁸

840. Die Daten der AGF/GfK-Fernsehforschung zur Entwicklung der Digitalisierung der deutschen Fernsehhaushalte weisen für den Stichtag 1. Januar 2006 rund 7,21 Millionen TV-Haushalte mit einem angeschlossenen Digitalreceiver aus. Das entspricht bei einer Gesamtzahl von 34,99 Millionen Fernsehhaushalten einem Marktanteil von 20,6 Prozent für das digitale Fernsehen in Deutschland (vgl. Tabelle V.4).

Die erhebliche Steigerung der Digitalisierungsrate in den letzten Jahren basiert hauptsächlich auf der Entwicklung der Satelliten- und terrestrischen Übertragung, während die Digitalisierung der Kabelnetze erst in letzter Zeit voranschreitet. Vorreiter der Digitalisierung ist weiterhin der Satellit, da rund 40 Prozent aller Satellitenhaushalte ihre Programme digital empfangen. Die Digitalisierung bei der Satellitenübertragung ist so weit fortgeschritten, da es von Anfang an keine Kapazitätsknappheit gab und ASTRA den Sendern wirtschaftliche Anreize bieten konnte, ihre Programme sowohl analog als auch digital auszustrahlen. Anders als im Kabelbereich konnte der Nutzer ohne Einbußen bei der Programmauswahl vollständig auf den digitalen Empfang umsteigen. Zusätzlich sind die Preise für digitale Set-Top-Boxen in den vergangenen Jahren gesunken. Die Vorteile der digitalen Übertragung setzten offensichtlich in ausreichendem Maße Anreize, um den Anteil der digitalen Satellitenhaushalte zu erhöhen. Ein deutlicher Zuwachs ist ebenfalls beim digitalen terrestrischen Fernsehempfang zu verzeichnen: 46 Prozent aller TV-Haushalte, die ihre Programme terrestrisch empfangen, nutzen die digitale Technik.⁷⁹ Diese positive Entwicklung ist wohl auf die Abschaltung der analogen Übertragung in vielen Regionen Deutschlands und auf das verbesserte Programmangebot von DVB-T zurückzuführen.

841. Für die digitale Übertragung von Fernsehprogrammen auf dem Weg vom Veranstalter zum Rezipienten sind

⁷⁷ Vergleiche Messmer, S., Digitales Fernsehen in Deutschland – Eine industrieökonomische Analyse des wirtschaftspolitischen Handlungsbedarfs, Frankfurt 2001, S. 34 ff. und 56 ff.

⁷⁸ Vergleiche Clement, M., Becker, J. U., Digitales Fernsehen – Strategische Umbrüche bei steigendem Interaktivitätsgrad, in: Zeitschrift für betriebliche Forschung, Jg. 51, 1999, S. 1178 f.

⁷⁹ Vergleiche Gemeinsame Stelle Digitaler Zugang (GSDZ) der Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten (ALM), a. a. O., S. 68 f.

Tabelle V.4

Entwicklung der Digital-TV-Haushalte in Deutschland

Jahr	Gesamtzahl TV-Haushalte (Mio.)	Haushalte mit angeschlosse- nem Digitalreceiver (Mio.)	Marktanteil digitales Fernsehen (%)
2002	34,10	2,20	6,4
2003	34,37	2,53	7,4
2004	34,54	3,42	9,9
2005	34,83	5,65	16,2
2006	34,99	7,21	20,6

Quelle: AGF/GFK-Fernsehforschung; pc#tv Basis Fernsehpanel D+EU

neue technische und administrative Dienstleistungen erforderlich geworden. Zunächst müssen die analogen Fernsehsignale in einem so genannten Playout Center, einer Art Sendezentrale für das digitale Fernsehen, digitalisiert werden. Um auf einer einzelnen Übertragungsfrequenz mehrere Programme übertragen zu können, muss die Datenmenge verkleinert werden. Dies geschieht mit Hilfe von Datenkompressionsverfahren nach festgelegten Standards. Das anschließende so genannte Multiplexverfahren ermöglicht es, mehrere komprimierte Programme inklusive ihrer relevanten Serviceinformationen, die alle relevanten Angaben zu den jeweiligen Programmen bzw. Diensten enthalten, auf einer Frequenz zu bündeln.

842. Der Rezipient benötigt einen Decoder, um die digital ausgestrahlten TV- und Radiosignale empfangen zu können. Entweder besitzt der Konsument einen Fernseher, der das gesendete digitale Signal empfangen und verarbeiten kann, oder er muss sein TV-Gerät mit einer so genannten Set-Top-Box nachrüsten. Die Monopolkommission begrüßt die Tatsache, dass sich nach einer anfänglichen Periode der individuellen Lösungen für die Set-Top-Boxen die deutschen Programmveranstalter und Landesmedienanstalten im September 2001 in der „Mainzer Erklärung“ auf eine offene Softwareschnittstelle bzw. auf ein einheitliches Betriebssystem der Decoder (Multimedia Home Plattform, MHP) einigen konnten. Somit ist es nicht mehr erforderlich, dass jede Vermarktungsplattform ihren eigenen Decoder entwickelt. Universell einsetzbare Decoder sollten zudem die Akzeptanz der Nachfrager für die neue Technologie erhöhen. Ein steigendes Interesse der Konsumenten ermöglicht die Produktion höherer Decoderstückzahlen zu geringeren Kosten.

843. Die effiziente Ausnutzung der Transportkapazitäten wird dazu führen, dass sich der Zuschauer einer Vielzahl neuer digitaler Angebote (Pay-per-View, Video-on-Demand) und Programme gegenübersieht. Um dem Zuschauer einen Überblick über sämtliche mittels des Decoders verfügbaren Programme zu ermöglichen, wurden als Orientierungshilfe elektronische Programmführer (EPG) entwickelt. Mit Hilfe der EPGs können die Angebote

nach dem jeweiligen Veranstalter, dem Sendetermin oder den Programminhalten dargestellt werden. Die Grundlage für jeden EPG sind die im digitalen Datenstrom enthaltenen Serviceinformationen. Die EPGs können von den Programm- bzw. Dienstveranstaltern individuell oder auch von unabhängigen Programminformationsanbietern entwickelt und betrieben werden.

844. Die digitale Technik ermöglicht das Angebot von Bezahlfernsehen (Pay-TV), für das der Zuschauer pauschal (transaktionsunabhängiges Abo-Fernsehen) oder pro ausgewählter Sendung (transaktionsabhängiges Pay-per-View oder Video-on-Demand) bezahlt. Um diese Angebote nutzen zu können, muss der Zuschauer vom Anbieter dazu berechtigt werden. Das digitale Pay-TV arbeitet daher mit einer Verschlüsselungstechnik, dem so genannten Conditional Access (CA). Die Freischaltung der Programme erfolgt entweder durch eine fest eingebaute Komponente im Decoder oder durch eine Verschlüsselungskarte, die über einen Einsteckschacht der Entschlüsselungsbox zugeführt werden kann. Die heutzutage standardisierte Schnittstelle wird als Common Interface (CI) bezeichnet. Durch sie wird der Austausch der Verschlüsselungskarten relativ problemlos ermöglicht.

845. Da sich sämtliche Arten von Informationen (Texte, Fotos, bewegte Bilder und Sprache) in digitale Signale umwandeln lassen und sowohl über breitbandige Fernseekabel und Rundfunksatelliten als auch über schmalbandige Telefonleitungen übermittelt werden können, werden sich die Telefon- und Kabelnetze langfristig zu digitalen Universalnetzen entwickeln. In diesen Netzen werden die bisherigen Kommunikationsdienste (Telefon und Internet) und die Fernsehübertragung integriert. Diese Entwicklung führt zwangsläufig dazu, dass Telefonkonzerne und Internet-Provider zu direkten Konkurrenten der Kabelfirmen- und Satellitenbetreiber im Wettbewerb um die Nutzer werden. Der Anbieter, der sich mit seinem Angebot am Markt durchsetzen können, zieht die Umsatzströme aus den drei Geschäftsfeldern Fernsehen, Internet sowie Telefon auf sich. Um im Wettbewerb der Systeme mithalten zu können, haben

Telekommunikationsunternehmen und Kabelbetreiber begonnen, in die Aufrüstung und den Ausbau ihrer Netze zu investieren.

Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist diese Entwicklung zu begrüßen, da die Disziplinierungswirkungen eines intensiven Wettbewerbs zwischen den Übertragungsmedien die Notwendigkeit für eine staatliche Regulierung einzelner Netze wie dem Telekommunikationsnetz auf ein Minimum reduziert. Gesamtwirtschaftlich erhofft man sich, dass der Infrastrukturwettbewerb die Zahl der Breitbandanschlüsse in Deutschland erhöht, damit die Entwicklung und Übermittlung von digitalen Inhalten und E-Commerce-Anwendungen begünstigt wird. Dass der Wettbewerb zwischen den Netzen die Zahl der verfügbaren Breitbandanschlüsse erhöht, ist in empirischen Studien bereits nachgewiesen worden,⁸⁰ allerdings bleibt zu hinterfragen und zu überprüfen, ob die Duplizierung von Infrastrukturen, also der parallele Ausbau zweier alternativer Netzinfrastrukturen, durch die Bindung von Ressourcen volkswirtschaftliche Kosten verursacht, die den zu erwartenden Nutzen aus dem Infrastrukturwettbewerb übersteigen, zumal die Möglichkeit besteht, dass am Ende doch nur ein Unternehmen am Markt bestehen kann, da lediglich ein Netz wirtschaftlich zu betreiben ist.⁸¹

4.2 Wettbewerbspolitische Problemfelder

846. Bei der Einführung neuer Technologien im Medienbereich sind die Anbieter der neuen Produkte oft auf die Anbieter anderer Produkte angewiesen. Dieses Abhängigkeitsverhältnis bietet Potentiale für wettbewerbschädigendes Verhalten. In Zeiten, in denen die Übertragungswege getrennt voneinander betrachtet werden konnten, da sie ausschließlich für unterschiedliche Dienste zuständig waren (Telefon oder Fernsehen) und von den Konsumenten nicht als Substitute angesehen wurden, analysierte man die Wettbewerbsprobleme in den einzelnen Netzen separat. Dabei ging es in der Regel um einen diskriminierungsfreien Zugang einzelner Anbieter zu den Übertragungsmedien oder den technischen Einrichtungen. Heutzutage ist diese isolierte Betrachtung der Übertragungswege nicht mehr angebracht, da durch die Digitalisierung Fernsehen, Internet und Telefonie über eine einzige Plattform angeboten werden können. Die Übertragungswege stehen daher im Wettbewerb zueinander und versuchen in diesem Wettbewerb zu bestehen, indem sie durch neue attraktive Angebote die Kunden für ihr Netz interessieren. Durch diesen technischen Konvergenzprozess entfallen allerdings nicht die wettbewerbspolitischen Probleme, die stets beim Zugang zu den Absatzwegen bestanden haben. Folgende wettbewerbspolitische Problemfelder sind bei der Einführung des digitalen Fern-

sehens und bei der Entstehung des Wettbewerbs zwischen den Übertragungsmedien zu beachten:

- Machtmissbräuche durch Gatekeeper im digitalen Rundfunk,
- das Entstehen vertikaler Konzentration,
- die Förderung einzelner Übertragungswege,
- der Ausbau des Breitbandkabelnetzes.

4.2.1 Machtmissbräuche durch Gatekeeper im digitalen Rundfunk

847. Wie bereits erwähnt, erfordert die Digitalisierung auf dem Weg vom Veranstalter zum Rezipienten technische und administrative Dienstleistungen, die je nach Ausgestaltung als neue Marktzutrittsschranken wirken können. Die Komponenten (Multiplexing, Navigationssysteme und Conditional Access) ermöglichen es den jeweiligen Betreibern dieser Schnittstellen, zu so genannten „Gatekeepern“ des digitalen Rundfunks zu werden. Denn jeder Programmanbieter muss die Dienstleistungen der digitalen Distributionskette in Anspruch nehmen, wenn er digitales Fernsehen veranstalten will. Folglich kann jeder, der zumindest eine dieser Schlüsselfunktionen kontrolliert, bestimmen, welche Programme den Zuschauer erreichen und welche nicht.

848. Um einer derartigen Fehlentwicklung entgegenzuwirken und ein vielfältiges Programmangebot für den Rezipienten dauerhaft zu sichern, bedarf es wettbewerbspolitischer Korrekturen. Diese staatlichen Eingriffe sollten aber nicht in Form detaillierter Belegungsregeln für die Transportkapazitäten erfolgen, sondern durch die Gewährleistung eines offenen, chancengleichen und diskriminierungsfreien Zugangs zum Markt bzw. Zuschauer. Die Länder haben insbesondere mit § 53 der vierten Fassung des Rundfunkstaatsvertrags den Landesmedienanstalten (LMA) Kompetenzen zugewiesen, um die Zugangsfreiheit zu den wesentlichen Einrichtungen sicherzustellen. Im Ergebnis wurde auf diesem Wege eine spezifische Missbrauchsaufsicht durch die Landesmedienanstalten eingeführt.⁸² Mit der letzten Änderung des § 53 RStV im Achten Rundfunkänderungsstaatsvertrag haben die Länder versucht, den Paragraphen mit Hinblick auf die technischen Weiterentwicklungen technologie-neutral zu gestalten und die Regelungen aus den vormals verschiedenen Absätzen zu bündeln. Nach Ansicht der Monopolkommission lässt die Neufassung aber einige zentrale Fragen offen. So ist nicht nachvollziehbar, warum der Adressatenkreis geändert wurde und sich die Regelungen nur noch auf die „Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen, die Rundfunk oder vergleichbare Telemedien verbreiten“ beziehen. Es wäre durchaus vorstellbar, dass Netzbetreiber ihre wesentlichen technischen Einrichtungen in andere Gesellschaften ausgründen, die

⁸⁰ Vergleiche Höffler, F., Cost and Benefits from Infrastructure Competition, Estimating Welfare Effects from Broadband Access Competition, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Nr. 100, Bonn 2005.

⁸¹ Vergleiche Vogelsang, I., Resale und konsistente Entgeltregulierung, Diskussionsbeitrag des Wissenschaftlichen Instituts für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (wik), Nr. 269, Bad Honnef 2005, S. 20 ff.

⁸² Zur Kritik der Monopolkommission an einer medienspezifischen Missbrauchsaufsicht vgl. bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 1996/1997, a. a. O., Tz. 546; dies., Hauptgutachten 1998/1999, a. a. O., Tz. 623.

keine Telekommunikationsdienstleistungen im engeren Sinne anbieten, um sich den gesetzlichen Verpflichtungen auf diese Weise zu entziehen.

849. Ein weiteres Problem findet sich in Bezug auf die Kompetenzen der Bundesnetzagentur nach § 50 TKG und ihr Verhältnis zu den Befugnissen der Landesmedienanstalten nach § 53 RStV. Die Basis für das Problem liegt in den Zielen, die das Medienrecht auf der einen und das Telekommunikationsrecht auf der anderen Seite verfolgen. Das Medienrecht versucht, eine freie Meinungsbildung zu gewährleisten, während das Telekommunikationsrecht das Ziel anstrebt, den Telekommunikationssektor in eine privatwirtschaftliche und wettbewerbliche Struktur zu überführen. Aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen darf die Regulierungsbehörde bei ihren Entscheidungen ebenso wenig programminhaltliche Fragen aufgreifen wie die Landesmedienanstalten telekommunikationsrechtliche Aspekte. Es ist nun denkbar, dass die Regulierungsbehörde und die betroffene Landesmedienanstalt bei ihren Beurteilungen ein und desselben Sachverhalts (beide Gesetze begründen dieselben Zugangsrechte für Veranstalter) aufgrund ihrer unterschiedlichen Vorgaben zu divergierenden Entscheidungen kommen. Dieses Problem hat der Gesetzgeber erkannt und zur Lösung des Kompetenzproblems in § 53 Abs. 4 RStV festgelegt, dass sich die beiden Institutionen „im Benehmen“ oder, wie es in der amtlichen Begründung zum TKG lautet, auf kooperativer Basis einigen sollen.⁸³ Diese Lösung stellt allerdings kein befriedigendes Ergebnis dar, denn eine effektive und systematische Verzahnung der Tätigkeiten ist damit nicht gewährleistet. Die Regulierungsbehörde und die Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten haben zusammen Eckpunkte für ein gemeinsames Verfahren erarbeitet, die die Zusammenarbeit der beiden Institutionen regeln sollen.⁸⁴ Leider wurde auch hier die Chance versäumt, ein praktikables Procedere für Streitfälle zu entwickeln. Es bleibt weiter zu hoffen, dass sich die betroffenen Stellen auf eine rechtssichere Anwendungspraxis verständigen und die Regulierungsvorhaben so umsetzen, dass sich das digitale Fernsehen frei entwickeln kann.

4.2.2 Vertikale Konzentration

850. In den letzten Jahren versuchen immer mehr Unternehmen, aus strategischen Gründen auf allen Stufen der medialen Wertschöpfungskette vertreten zu sein. An dieser Stelle sei der Blick auf die Kabelnetzgesellschaften wie KDG und Unity Media gerichtet,⁸⁵ die beginnen, die

Vorteile des Geschäftsmodells der vertikalen Integration zu nutzen, in dem sie nach amerikanischem Vorbild als Programmveranstalter auftreten und neben der Programmvermarktung auch weitere administrative und technische Dienstleistungen anbieten. Dieser Wechsel des Geschäftsmodells vom Transporteur zum Dienste- und Inhalteanbieter legt die Vermutung nahe, dass die Verfolgung eines reinen Transportmodells, also die Weiterleitung von Rundfunksignalen, keine befriedigende unternehmerische Perspektive mehr bietet und vielleicht auch keine ausreichende Verzinsung des eingesetzten Kapitals mehr sicherstellt. Aus der vertikalen Integration von Netzbetreibern und Programmanbietern können sich Vorteile ergeben, die auf die niedrigeren Kosten des Programmbezugs, auf die bessere Streuung des unternehmerischen Risikos und auf die bessere Vermarktung der sich ergebenden Kommunikationsformen (Stichwort: interaktives Fernsehen) zurückzuführen sind.⁸⁶ Hinzu kommt, dass in Zeiten der technischen Konvergenz, in denen die Übertragungswege Kabel, Satellit und Internet zu perfekten Substituten werden, die Anbieter der jeweiligen Übertragungswege die Attraktivität ihres Netzes für die Nutzer erhöhen müssen, um sich im Infrastrukturwettbewerb behaupten zu können. Die vertikale Integration eröffnet Netzbetreibern neue Möglichkeiten, zu ihren Kunden in Kontakt zu treten. Sie können die Attraktivität ihrer Programme nutzen, um die Kunden stärker an sich zu binden.⁸⁷

851. In diesem Zusammenhang tritt ein wettbewerbspolitisches Problem auf. Wenn der Kabelnetzbetreiber als Programmveranstalter auftritt, hat er einen Anreiz, nur seine Programme zu senden und die Programme anderer Anbieter nicht oder zu schlechteren Bedingungen (höhere Weiterleitungsgebühren, ungünstige Übertragungsplätze etc.) zu transportieren. Insoweit der Kabelnetzbetreiber ein natürliches Monopol innehat, ergibt sich ein möglicher Regulierungsbedarf für sein Netz.

Als Kontrollmechanismen fungieren die sektorspezifischen Regelungen aus § 42 TKG, die kartellrechtlichen Vorschriften aus §§ 19 und 20 GWB sowie die rundfunkrechtlichen Bestimmungen zur Weiterverbreitung von Fernsehprogrammen aus § 52 RStV, indem sie neben dem Anspruch auf Zugang auch einen Anspruch auf die entbündelte Dienstleistung begründen. Die Monopolkommission sieht derzeit keinen Anlass, zusätzliche gesetzliche Ge- oder Verbote zum Schutz vor Gefahren der vertikalen Integration zu erlassen. Die geltenden Vorschriften reichen aus, um eine diskriminierungsfreie

⁸³ Amtliche Begründung zum TKG, Bundestagsdrucksache 15/2316, S. 75.

⁸⁴ Vergleiche Eckpunkte für das gemeinsame Verfahren zwischen Bundesnetzagentur und Landesmedienanstalten nach § 49 Abs. 3, § 50 Abs. 4 und § 51 Abs. 3 TKG zur Zugangsöffnung von Anwendungsprogrammierschnittstellen und Zugangsberechtigungssystemen, Bonn, 19. Dezember 2005.

⁸⁵ Die Diskussion in diesem Abschnitt konzentriert sich aus Gründen der Anschaulichkeit auf die Betreiber der Breitbandkabelnetze. Die Untersuchung lässt sich aber auch auf die Betreiber der anderen Übertragungsnetze ausweiten, zumal Unternehmen wie die DTAG ebenfalls Senderechte für Inhalte erwerben und als Programmanbieter auftreten möchten.

⁸⁶ Vergleiche Bauer, A., Netz und Nutzung – Rechtspositionen vertikal integrierter Betreiber digitaler Breitbandkabelnetze, Berlin 2004, S. 163 ff.

⁸⁷ Auch aus der Sicht der Programmveranstalter kann der Zusammenschluss mit einem Netzbetreiber vorteilhaft sein, denn dieser sichert in Zeiten knapper Frequenzen und Übertragungskapazitäten, wie dies in Deutschland durchaus vorzufinden war bzw. ist, den Distributionsweg zu den Kunden. Die nachfolgenden Gedanken sind rein abstrakt gehalten, da es keinen Unterschied macht, ob ein Netzbetreiber einen Programmveranstalter übernimmt oder umgekehrt. Hier wurde das Beispiel der Netzbetreiber gewählt, da diese begonnen haben, Programme zu vermarkten.

Durchleitung von Programmen zu gewährleisten.⁸⁸ Dazu ist zu erwähnen, dass die Kabelnetzbetreiber selbst im Wettbewerb mit anderen Infrastrukturen stehen und ihren Kunden den Zugang zu einer möglichst großen Vielfalt an Programmen ermöglichen wollen, da die Konzentration auf die eigenen Programme in diesem Wettbewerb ein zu großes Wagnis darstellt. Wenn die Kabelnetzbetreiber die Programme nach den Wünschen der Rundfunkveranstalter vermarkten bzw. die Sender ihre Programme eigenständig betreuen, ergibt sich ein Wettbewerb der Sendeinhalte und der Geschäftsmodelle. Für viele kleine Spartensender kann es von Anfang an attraktiv und kostengünstig sein, sich von den Kabelnetzbetreibern vermarkten zu lassen. Stellen die anderen Inhalteanbieter, die sich selbst vermarkten, im Wettbewerb fest, dass ihr eigenes Geschäftsmodell schlechter ist als das der Netzbetreiber, werden auch sie sich für eine Fremdvermarktung entscheiden. Von dieser möglichen Entwicklung sind die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten natürlich ausgenommen, da sie keine Verschlüsselung und Vermarktung ihrer Programme anstreben dürfen.

852. Einige Politiker und Medienvertreter scheinen zu befürchten, dass durch das Zusammenwachsen von Programmveranstaltung und Netzbetrieb eine beherrschende Meinungsmacht auf den Rundfunkmärkten entstehen könnte. Diese Befürchtung entstammt dem Gedanken, dass ein Kabelnetzbetreiber ähnlich wie in den USA, wo die Kabelbetreiber traditionell eng mit den Programmmanbiern verbunden sind, Programminhalte von konkurrierenden Veranstaltern überhaupt nicht oder zu vergleichsweise schlechteren Bedingungen in das eigenen Netz einspeist. Der Zuschauer wird folglich in seinem Meinungsbildungsprozess eingeschränkt, da nicht er über die Sendeinhalte entscheiden kann, die er sehen möchte, sondern der Betreiber der Infrastruktur.

Auch hier ist die Monopolkommission der Ansicht, dass aufgrund der soeben angesprochenen geltenden Regelungen kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, um die Meinungsvielfalt im deutschen Rundfunkwesen zu gewährleisten, zumal man sich fragen muss, welche Entwicklung die Medienvertreter und -forscher für das Kabelnetz erwarten. Vielleicht einen Kabelnetzbetreiber, der nur die kommerziellen Programme der ProSiebenSat.1-Familie weiterleitet, nicht aber die Angebote der RTL-Gruppe? Oder ein Kabelnetz, mit dem der Zuschauer nur Spartenprogramme empfangen kann? Da diese Szenarien alles andere als realistisch sind, muss erkannt werden, dass eine derartige Gefährdung der Programmvietalt nicht besteht. Daher sollte von neuen Vorschriften Abstand genommen werden, die Netzbetreibern per se den Wechsel zu neuen Geschäftsmodellen verwehren. Sollte ein Kabelnetzbetreiber doch irgendwann einmal andere Programmmanbieter benachteiligen oder unzulässige Meinungsmacht erlangen, kann der Gesetzgeber immer noch

nachträglich eingreifen, um Fehlentwicklungen zu vermeiden.

4.2.3 Förderung einzelner Übertragungswege

853. Beim Ausbau der digitalen Übertragungswege können Wettbewerbsprobleme auftreten, wenn eine der Plattformen durch rechtliche Regelungen beim Ausbau ihrer Kapazitäten eingeschränkt oder ein anderes Medium politisch bevorzugt wird. Die Betreiber der Netze sehen sich dann im Infrastrukturwettbewerb benachteiligt, da sie ihren Kunden nicht die gleichen Leistungen zu vergleichbaren Konditionen anbieten können wie ihre Konkurrenten. So sehen die Kabelnetzbetreiber die öffentliche Förderung des Umstiegs auf das digitale terrestrische Fernsehen als Benachteiligung ihrer Transportplattform an. Im Anschluss an mehrere Beschwerden der Kabelnetzbetreiber entschied die Europäische Kommission, dass die öffentliche Förderung, die von den Landesmedienanstalten als Finanzierungshilfe für das digitale terrestrische Fernsehen vergeben wurden, gegen die Beihilfevorschriften des EG-Vertrags (Artikel 87 Abs. 1) verstoßen.⁸⁹ Die Medienanstalt Berlin-Brandenburg (mabb) gewährte kommerziellen Rundfunkanbiern, insbesondere RTL und ProSiebenSat.1 rund 4 Mio. Euro Fördergelder als Zuschuss zu den Sendekosten für das DVB-T-Netz. Im Gegenzug hatten sich die Sender verpflichtet, mindestens fünf Jahre lang ihre Programme über das digitale Sendernetz zu verbreiten. Eine Notifizierung nach Artikel 88 Abs. 3 EGV war nicht erfolgt. Gegen die Entscheidung der Kommission hat die mabb beim Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften Nichtigkeitsklage eingereicht. Aus der Sicht der Medienanstalt ist die Zahlung ein Ausgleich für die Verpflichtung zu einem Sendebetrieb, der im Gegensatz zur Einstellung der Übertragung erhebliche Kosten verursacht.

854. Die EU-Kommission hat in ihrer Entscheidung aber nicht per se die finanzielle Förderung für die Umstellung von analoger auf digitale Verbreitungstechnik für unzulässig erklärt. Nach ihrer Ansicht hat die Förderung aber nach transparenten Kriterien und technologieneutral zu erfolgen, d. h. es dürfen keine Wettbewerbsverzerrungen zwischen den verschiedenen Übertragungswegen Kabel, Satellit und Terrestrik entstehen. Zeitgleich liefert die Kommission einige Anhaltspunkte, wie der Umstieg auf die digitale Technik gefördert werden kann. So kann die Finanzierung des Netzausbaus in Gebieten mit unzureichender Flächendeckung unterstützt oder ein Zuschuss an Verbraucher für den Kauf eines technologisch neutralen Digitaldecoders gewährt werden. Ferner beurteilt die Kommission die finanzielle Kompensation öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten für die Übertragungskosten über sämtliche Plattformen sowie der Rundfunkanstalten, die vor Ablauf ihrer Lizenz die analoge Verbreitung einstellen müssen, wohlwollend.

⁸⁸ Ähnlich wie bereits in Tz. 849 angesprochen, ist auch hier zu hoffen, dass sich die zuständigen Institutionen auf eine effektive Zusammenarbeit und einen umfassenden Informationsaustausch einigen können.

⁸⁹ Vergleiche Entscheidung der Europäischen Kommission vom 9. November 2005 über die staatliche Beihilfe, die die Bundesrepublik Deutschland zugunsten der Einführung des digitalen terrestrischen Fernsehens (DVB-T) in Berlin-Brandenburg gewährt hat, K(2005)3903 endg.

Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass die Zuschüsse das DVB-T-Netz zum Nachteil von Kabel und Satellit indirekt begünstigt haben. Ohne die Einspeisung der privaten Programme läge das Angebot von DVB-T sowohl quantitativ als auch qualitativ unter dem der anderen Übertragungswege. Die Position der digitalen terrestrischen Übertragung wurde durch die öffentliche finanzielle Förderung im Wettbewerb um den Zuschauer verbessert. Selbst wenn sich die Digitalisierung in der terrestrischen Übertragung in einigen Regionen Deutschlands verzögern sollte, weil sie völlig den Kräften des Markts überlassen bleibt und kommerzielle Anbieter auf die Verbreitung via DVB-T aus betriebswirtschaftlichen Gründen verzichten, ist es nicht Aufgabe des Staates, einseitig die Attraktivität eines Mediums zu Lasten anderer Plattformen zu erhöhen. Eine Plattform, die sich nur aufgrund staatlicher Unterstützung im Markt hält, leistet keinen nachhaltigen Beitrag zum Wettbewerb der Übertragungswege. Das Argument, dass eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit einem angemessenen Rundfunkangebot zu gewährleisten sei, vermag an dieser Stelle ebenfalls nicht zu überzeugen. Es bestehen Alternativen für den Rundfunkempfang, da über Kabel oder Satellit auch in den betroffenen Regionen in ausreichendem Maße Fernsehprogramme zu empfangen sind. Darüber hinaus darf nicht übersehen werden, dass die Bevölkerung weiterhin auf das digitale Angebot der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten zurückgreifen kann, das über DVB-T ausgestrahlt wird und für dessen Ausstrahlung die Zuschauer mit ihren Rundfunkgebühren ohnehin bezahlen.

4.2.4 Ausbau des Breitbandkabelnetzes

855. Unter der Annahme, dass ein Ausbau der Breitbandkabelnetze volkswirtschaftlich sinnvoll ist,⁹⁰ müssen die richtigen ordnungspolitischen Weichen gestellt und eine wettbewerbsfördernde Eigentums- und Marktstruktur erreicht werden, um den Ausbau des Breitbandkabelnetzes zu fördern, die Digitalisierung des Netzes zu beschleunigen und letztendlich den gewünschte Infrastrukturwettbewerb voll zu entfalten.

Der Ausbau und die Digitalisierung des Breitbandkabelnetzes kommt in Deutschland nur zögerlich voran. Dies liegt zum Teil an der bremsenden Wirkung von markthemmenden Faktoren wie an der Unsicherheit der Unternehmen über die Akzeptanz neuer digitaler Angebote durch den Nutzer, an der fehlenden gemeinsamen Vermarktungsstrategie des digitalen Fernsehen und an den unterschiedlichen Strategien der Kabelbetreiber und der Programmveranstalter. So konnten sich die Kabelnetzbetreiber jahrelang nicht mit den beiden großen Programm-anbietern RTL und ProSiebenSat.1 darüber einigen, neben der analogen Verbreitung ihrer Programme auch „simulcast“ digital übertragen zu lassen. Mittlerweile konnte aber eine Einigung erzielt werden; wie diese in detail aussieht, ist aber nicht bekannt. Die Weigerung der Sender, ihre Programme digital in die Netze einspeisen zu

lassen, dürfte die Digitalisierung des Breitbandkabels wesentlich verzögert und so zu volkswirtschaftlichen Kosten geführt haben, da bis zur Beilegung des Streits nur Zuschauer auf die digitale Technik umgestiegen sind, die zusätzliche Pay-TV-Angebote nutzen wollten, während die Mehrheit der Nachfrager weiter auf den analogen Empfang setzte. Letztendlich haben die Sender durch ihr Festhalten an der analogen Übertragung eine künstliche Verknappung der Übertragungskapazitäten herbeigeführt und neuen Anbietern den Marktzutritt erschwert. Neben diesen marktgetriebenen Faktoren existiert aber auch eine Vielzahl von rechtlichen Regulierungen, die der Dynamik der Marktakteure und somit der weiteren Entwicklung des Kabelnetzes entgegenstehen. Bevor aber diese Punkte diskutiert werden können, empfiehlt es sich zunächst, die Besonderheiten des deutschen Kabelnetzes zu betrachten, da dieses weltweit einzigartig ist.

856. Ohne auf die Entstehungsgeschichte des deutschen Kabelnetzes eingehen zu wollen, werden an dieser Stelle kurz die Besonderheiten des Breitbandkabelmarkts aufgeführt. Das Netz besteht aus mehreren Netzebenen (NE), wobei die NE 1 als überregionaler Netzabschnitt den Signaltransport vom Rundfunkstudio eines Inhalteproduzenten bis zu einer Schaltstelle der DTAG umfasst. Auf der NE 2 werden die Rundfunksignale bis zu den Breitbandkabelverstärkerstellen terrestrisch oder via Satellit transportiert. Die NE 3 speist die gesendeten Signale an den Breitbandkabelverstärkerstellen in das Kabelnetz ein und führt sie über den öffentlichen Grund bis zu den privaten Grundstücksgrenzen. Auf der NE 4 wird das aufgenommene Signal dann in die Wohnsiedlungen bzw. in die einzelne Wohnung geleitet. Auf der NE 3 sind meist die großen Regionalgesellschaften KDG, Unity Media und KBW tätig, während die Netze der Ebene 4 in der Regel von kleinen und mittelständischen Kabelfirmen oder der Wohnungswirtschaft selbst betrieben werden. Diese Darstellung ist sehr vereinfacht und beschreibt eine klare Marktstruktur, die aber in den letzten Jahren von allen möglichen Kombinationen überlagert wird. So haben sich beispielsweise viele NE-4-Betreiber durch den Aufbau und Betrieb eigener Kabelkopfstationen von der NE 3 unabhängig gemacht, oder die Betreiber der NE 3 haben als Gegenstrategie drahtlose Technologien eingesetzt, um die NE 4 zu überspringen und die Kunden direkt ansprechen zu können. Wiederum in anderen Regionen ist es zu Kooperationen zwischen den Betreibern der Netzebenen gekommen.

857. Die historisch bedingte Trennung der Netzebenen 3 und 4 erschwert den Ausbau des Breitbandkabelnetzes. Auf beiden Ebenen sind Investitionen notwendig, um das Netz im Infrastrukturwettbewerb konkurrenzfähig zu machen. Die Koordination dieser Investitionen wäre in einer Hand leichter zu bewältigen. Gleiches gilt für die Vermarktung der Transportkapazität, die leichter durch einen integrierten Anbieter zu leisten wäre. Die starke Fragmentierung der Netzebenen steht dem systematischen Ausbau des Netzes entgegen. Zusammenschlussvorhaben zwischen den Betreibern der NE 3 bzw. der NE 3 und 4 waren bereits Gegenstand mehrerer Kartellverfahren. Die Monopolkommission hält eine „horizontale“ Konzentra-

⁹⁰ Vergleiche Tz. 845.

tion auf der NE 4, d. h. den Zusammenschluss verschiedener NE-4-Betreiber, für unproblematisch. Wenn sich viele kleine NE-4-Betreiber zusammenschließen oder aufgekauft werden, so ändert sich an der Situation gegenüber den Endkunden wenig. Dieser ist hinterher genauso wie zuvor auf einen einzigen Kabelbetreiber in seiner Region angewiesen. Ob es in benachbarten Regionen andere Betreiber gibt, schützt ihn nicht vor der Marktmacht seines Betreibers. Die stärkere Konzentration bei den Netzbetreibern der NE 4 könnte erst zu einer Verstärkung der Verhandlungsmacht gegenüber den regionalen Netzbetreibern der NE 3 und möglicherweise den Inhalteanbietern führen. Dadurch würde sich für die Netzbetreiber der Anreiz zur Investition in das Netz erhöhen. Bezüglich einer „vertikalen“ Konzentration, also einer Integration von NE 3 und NE 4, gelten ähnliche Argumente. Insgesamt wäre ein Marktprozess, der zu einer Konsolidierung auf der NE 4 und zu einer Integration der beiden Netzebenen führt, im Hinblick auf den Netzausbau zu begrüßen.

858. Als nachteilig für den Ausbau und die Digitalisierung der Breitbandkabelnetze erweisen sich auch die gesetzlichen Einschränkungen für die Kabelnutzung. Anders als im analogen Bereich, in dem das jeweilige Landesrundfunkrecht die Belegung der Kabelkanäle nach Vielfaltsgesichtspunkten festlegt,⁹¹ finden sich die Übertragungsverpflichtungen für die digitalen Kanäle in § 52 Abs. 2 bis 5 RStV, wobei diese Verpflichtungen im Gegensatz zur analogen Weiterverbreitung dem Betreiber einen gewissen Handlungsspielraum belassen. Im Must-Carry-Bereich ist der Betreiber einer digitalen Kabelnetzanlage verpflichtet, die für das jeweilige Land gesetzlich bestimmten Fernsehprogramme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks einschließlich seiner Programmbouquets weiterzuleiten. Ferner ist den im jeweiligen Land zugelassenen regionalen und lokalen Fernsehprogrammen sowie den Offenen Kanälen die erforderliche Übertragungskapazität eines analogen Fernsehkanals zur Verfügung zu stellen. Für den verbleibenden Can-Carry-Bereich gilt, dass im Umfang von einem Drittel der Kapazität auf die Interessen der angeschlossenen Teilnehmer und auf ein vielfältiges Programmangebot (an Voll-, Sparten- und Fremdsprachenprogrammen sowie Mediendiensten) zu achten ist. Über die Einspeisung geeigneter Programme entscheiden im Zweifel die Landesmedienanstalten. Über die restlichen Kapazitäten kann der Betreiber selbst unter Beachtung der allgemeinen Gesetze frei verfügen (Non-Must-Carry-Bereich).

Der geschaffene Ordnungsrahmen schafft keine Anreize für den Ausbau des Netzes und die Digitalisierung. Ein Investor wird nur dann in effizientem Ausmaß investieren, wenn er den Ertrag aus seiner Investition im Wesentlichen selbst erhält. Muss er den Ertrag mit jemand ande-

rem teilen, so wird sein Investitionsanreiz reduziert und er wird tendenziell ein zu geringes Investitionsvolumen wählen. Genau diese Gefahr besteht bei Investitionen in das Kabelnetz, wenn der Investor nicht über die gesamte von ihm geschaffene Übertragungskapazität verfügen kann. Das Problem der derzeitigen Regelung liegt darin, dass die Belegungsfreiheit des Kabelnetzbetreibers nicht mit dem Ausbau seines Netzes wächst und die Aufteilung der Belegungsgruppen unabhängig von der zur Verfügung stehenden Kabelkapazität ist. Der Gesetzgeber sollte die Belegungsregeln flexibler gestalten, indem er die Vorgaben für die Belegung der Kanäle reduziert, wenn der Netzbetreiber sein Netz ausbaut und neue Kapazitäten schafft. Die Monopolkommission spricht sich nachdrücklich für ein dynamisches Belegungsregime aus, das sich am Ausbaustand der jeweiligen Kabelanlage orientiert.

859. In der Vergangenheit sind die Kapazitäten benutzt worden, um die Programmübertragung der öffentlich-rechtlichen Sender auszuweiten. So wurden über die zusätzlich ausgewiesenen Must-Carry-Kanäle die dritten Programme, die lokal konzipiert waren, deutschlandweit ausgestrahlt. Nimmt man die lokale Orientierung der Programme ernst, ist eine Notwendigkeit dieser Ausweitung nicht zu erkennen. Die Belastung der Kabelnetzbetreiber mit Must-Carry-Regelungen schränkt die Nutzung für alternative Zwecke ein und reduziert den Anreiz zum Ausbau der Netze.

860. Die Regulierung von Entgelten wird für die Regulierungspraxis an Bedeutung gewinnen. Alle Einnahmen der Kabelbetreiber, die Einspeisegebühren von den Inhalteanbietern ebenso wie die Endkundenentgelte, können der Entgeltregulierung unterliegen. Betrachtet man zunächst die Endkundenseite, also die Seite der Zuschauer, ist die Frage zu klären, ob Kabelfernsehen ein eigener Markt ist und der Kabelbetreiber in seiner Region zwangsläufig ein Monopol besitzt oder ob es Teil eines weiteren Markts ist, dem auch Satelliten- sowie terrestrisches Fernsehen und neuerdings Internetfernsehen angehören. Diese Frage ist von zentraler Bedeutung, entscheidet die Antwort doch darüber, ob die Voraussetzungen für ein Eingreifen der Entgeltregulierung nach TKG erfüllt sind oder ob der Betreiber eines Kabelnetzes in einem gemeinsamen Markt für Rundfunkübertragungen nicht marktbeherrschend ist und folglich die Voraussetzungen für die Anwendung des TKG nicht vorliegen.

Im Gegensatz zu Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur hat die Monopolkommission bereits in ihrem Dreizehnten Hauptgutachten dafür plädiert, den relevanten Markt weit abzugrenzen und auch das Satellitenfernsehen in den gemeinsamen Markt einzubeziehen.⁹² Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass die von Kartellamt und Bundesnetzagentur vorgenommene Marktabgrenzung überdacht werden sollte, da in Zeiten der Digitalisierung die Medien konvergieren und alternative Teilnehmerzugänge für multimediale Dienste einschließlich des TV-Geschäfts via Satellit und Internet existieren

⁹¹ Diese Regelungen sind aus wettbewerbspolitischer Sicht auch kritisch zu hinterfragen. Es will nicht einleuchten, warum einige der Landesmedienanstalten im analogen Bereich die Belegung sämtlicher Kanäle bestimmen. Man sollte meinen, dass bei 34 vorhandenen Plätzen die Belegung von 20 Kanälen aus Vielfaltsgesichtspunkten ausreichen sollte und die restlichen Plätze durchaus dem unternehmerischen Kalkül unterliegen könnten.

⁹² Vergleiche Monopolkommission, Hauptgutachten 1998/1999, a. a. O., Tz. 649 f.

bzw. sich entwickeln. Für die reine Rundfunkübertragung steht vielerorts bereits das digitale terrestrische Fernsehen als weitere Alternative zur Verfügung. Gleichwohl bestehen für die Nutzer, denen der Mietvertrag die Aufstellung von Satellitenantennen verbietet, erhebliche Barrieren für das Umsteigen auf Satelliten-TV. Auch ein Wechsel zu DVB-T ist nicht in allen Regionen Deutschlands möglich, und das Angebot an Programmen ist begrenzt. Unter der Voraussetzung, dass eine weite Marktabgrenzung zugrunde gelegt wird, spricht sich die Monopolkommission gegen die telekommunikationsrechtliche Entgeltregelung des Breitbandkabels aus, da eine Regulierung des Entgelts den Anreiz zum Ausbau der Infrastruktur reduziert.

861. Das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur gehen mit dem Bundesgerichtshof⁹³ davon aus, dass auch gegenüber den Programmveranstaltern eine Monopolstellung der Kabelbetreiber vorliege. Die Ausgangslage bilde immer der Zugang zu einem bestimmten Kunden. Der Zugang zu diesem Kunden sei für den Programmanbieter nicht durch einen beliebigen anderen ersetzbar. Im Falle eines Kabelhaushalts sei für den Rundfunkveranstalter die Inanspruchnahme der Durchleitung durch das Kabel unausweichlich, wenn er diesen speziellen Kunden bedienen möchte. Aus diesem Grund stelle weder Satellit noch DVB-T oder das Internet eine Alternative für die Übertragung dar, da der einzelne Sender nicht beeinflussen kann, über welche Plattform der Zuschauer sein Fernsehprogramm bezieht. Der Sender sehe sich für jeden einzelnen Kunden einer Kabelgesellschaft, den er erreichen will, einem monopolistischen Intermediär gegenüber, den er nicht umgehen kann.

Diese Marktabgrenzung vernachlässigt das Interesse des Kunden an einer ausreichenden Programmauswahl und berücksichtigt nicht, dass auf der Kundenseite Substitutionen zwischen den verschiedenen Übertragungswegen durchaus möglich sind.⁹⁴ Wie bereits erwähnt, hat das Interesse der Kunden an einer großen Programmvietfalt zur Folge, dass die Infrastrukturanbieter ebenfalls ein Interesse daran haben, viele Programme zu übertragen.⁹⁵ Für die Programmveranstalter ergeben sich indirekte Wirkungen, die durch den Wettbewerb der Netzbetreiber um die Kunden ausgelöst werden.

862. Dieser Wettbewerbseffekt ist insbesondere dort von Bedeutung, wo mehrere Infrastrukturen nebeneinander bestehen. Grundsätzlich kann hier die Frage gestellt werden, ob ein Nebeneinander von Infrastrukturen ökonomisch überhaupt sinnvoll ist, d. h. nicht zu viele Ressourcen bindet.⁹⁶ Bislang jedoch scheint dieses Nebeneinander keine Probleme aufzuwerfen. Insofern ist es besser, dem Infrastrukturwettbewerb zu vertrauen und nicht etwa durch eine zu starke Regulierung die Investitionsanreize der Infrastrukturanbieter zu limitieren. Letzteres hemmt

den Infrastrukturwettbewerb. Sollte sich auf längere Frist herausstellen, dass entgegen dem bisherigen Anschein nur eine Infrastruktur langfristig im Markt überleben kann, so wäre immer noch Zeit, über einen regulierungsgeschützten diensteorientierten Wettbewerb nachzudenken. Dieser würde allerdings erfordern, dass dauerhaft in das Marktgeschehen eingegriffen wird.

863. Gleichzeitig wird in der Argumentation der Behörden die marktmachtbegrenzende Wirkung alternativer Übertragungswege vernachlässigt. So ist es für die Anbieter möglich, den Kunden dahingehend zu beeinflussen, welchen Anschluss er wählt, z. B. indem der Erwerb von Satellitenschüsseln oder digitalen Set-Top-Boxen bezuschusst wird. Zweitens spricht die gegenwärtige Marktsituation nicht dafür, dass durch die besondere Stellung der Kabelbetreiber hohe Ineffizienzen entstehen. Die Nachfrage nach Frequenzen übersteigt zurzeit bei den (regulierten) herrschenden Preisen das Angebot, und das gesamte Frequenzspektrum ist ausgenutzt. Die Marktmacht der Kabelnetzbetreiber könnte höchstens dazu führen, dass sie sich im Vergleich zu den Inhalteanbietern einen großen Teil des ökonomischen Überschusses aneignen können. Dies scheint aber, nimmt man den geringen Umfang der Einspeisegebühren als Maßstab, nicht der Fall zu sein, wäre aber im Zweifelsfalle unter Effizienzgesichtspunkten auch unerheblich, solange es nicht zu einer mengenmäßigen Unterversorgung kommt.

864. Abschließend hält es die Monopolkommission für sinnvoll, dass der Gesetzgeber einen verbindlichen Termin für die Abschaltung der analogen Übertragung im Kabelnetz festlegt. Dies sollte zu mehr Planungssicherheit und Investitionsanreizen führen, zumal, wie bereits gefordert, die Kabelbetreiber die nach dem digitalen Umstieg verfügbaren Übertragungskapazitäten nach unternehmerischen Gesichtspunkten nutzen können.

4.3 Ausblick

865. Für den frei empfangbaren Rundfunk ist zunächst festzustellen, dass die Digitalisierung die technische Marktzutrittsbarriere der Frequenzknappheit abgesenkt hat. Diesem Effekt stellten die etablierten Rundfunkveranstalter eine Defensivstrategie entgegen. Um neue Anbieter weiterhin vom Markt fern zu halten, entschieden sich die Altsassen für eine künstliche Verknappung der neu vorhandenen Bandbreite und hielten möglichst lange an der zusätzlichen analogen Verbreitung ihrer Programme (Simulcast-Phase) fest. Obwohl die öffentlich-rechtlichen und die privaten Veranstalter aus unterschiedlichen Motiven heraus handeln, tragen sie zum selben Ergebnis bei: Durch das Schaffen neuer Spartenkanäle (und das Ausstrahlen sämtlicher Regionalprogramme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks) werden die digitalen Übertragungskapazitäten blockiert und Marktanteilsverluste an neue Anbieter vermieden. Die Ausrichtung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wird durch das Eigeninteresse der Sendeanstalten sowie durch regulatorische Vorgaben und die Wünsche der Politik bestimmt. Daher kommt bei der Entwicklung und Markteinführung neuer Technologien ARD und ZDF oft eine Pionierrolle

⁹³ „Pay-TV-Durchleitungsurteil“ des Bundesgerichtshofes vom 19. März 1996, WUW/E BGH 3058.

⁹⁴ Bezüglich dieser Annahme bestehen seit Jahren Auffassungsunterschiede zwischen dem Bundeskartellamt und der Monopolkommission.

⁹⁵ Vergleiche Tz. 850 f.

⁹⁶ Vergleiche Tz. 845.

zu. Mit dem Verweis auf ihren Grundversorgungsauftrag werden die öffentlich-rechtlichen Sender vermutlich als Letzte die analoge Übertragung ihrer Fernsehsignale einstellen und die Transportkapazitäten für neue Anbieter freigeben. Die kommerziellen Programmanbieter folgen hingegen rein unternehmerischen Interessen und werden technische Weiterentwicklungen nur unterstützen sowie neue Geschäftsmodelle umsetzen, wenn dies aus betriebswirtschaftlicher Sicht rentabel ist. Wie bereits angedeutet, ist eine Spartenstrategie der Programmveranstalter zu erwarten, da sich auf diesem Wege weitere Konkurrenten mit geringem Aufwand vom Markt fern halten lassen.

866. Die Digitalisierung hat für die werbefinanzierten Sender noch eine weitere Veränderung gebracht. Für sie kommt erschwerend hinzu, dass der Einsatz von digitalen Videorecordern ihnen längerfristig die Geschäftsgrundlage zu entziehen droht, da der Konsument Werbeunterbrechungen einfach umgehen kann. Wird es aufgrund der Digitalisierung zu signifikanten Rückgängen bei den Werbeumsätzen kommen, werden die kommerziellen Anbieter zur Finanzierung ihrer Rundfunkangebote neben zusätzlichen Erlösquellen wie Telefonspielen und Merchandising auch Geschäftsmodelle anstreben müssen, die eine direkte Finanzierung ihrer Programme ermöglichen (Grundverschlüsselung; Pay-TV). Die Entwicklung hin zur Grundverschlüsselung zeichnet sich bereits heute am Markt ab. Sieht man von den Programmen im allgemeinen Interesse ab, ist diese Entwicklung als solche nicht zu kritisieren. Die kommerziellen Sendergruppen werden an den Einnahmen der Kabel- und Satellitenbetreiber partizipieren wollen. Zu welchen Teilen sich die Programmveranstalter zukünftig aus der Werbung und aus Zuschauer-einnahmen finanzieren werden, hängt davon ab, wie hoch die Zahlungsbereitschaft der Zuschauer für das Angebot ist.

Es kann keinen generellen Anspruch auf kostenloses Fernsehen geben. Die Produktionskosten der Rundfunkprogramme müssen auf die eine oder andere Art gedeckt werden. Dabei ist es die unternehmerische Entscheidung eines jeden kommerziellen Rundfunkanbieters, ob er sich über die Werbung oder über Zahlungen der Zuschauer finanzieren will. Welches dieser Modelle sich durchsetzt bzw. in welchem Maße sich das eine oder das andere am Markt bewährt, hängt von der Auswahl der Konsumenten ab. Insofern erhielte das ökonomische Prinzip des Marktes Einlass in den Fernsehsektor, da die Konsumenten und die Werbeträger selbst über die von ihnen bezogenen Leistungen entscheiden und für sie bezahlen.

867. In jüngster Zeit versuchen Kabelanbieter wie KDG und Unity Media die Erschließung zusätzlicher Umsatzquellen durch den Verkauf digitaler Programmpakete an die Endkunden. Neben diesen relativ neuen Angeboten existiert seit 1990 das Bezahlfernsehen Premiere mit derzeit etwas mehr als 3 Millionen Abonnenten. Die Attraktivität von Premiere ist allerdings eng mit den erworbenen Rechten für Sportübertragungen (Fußball-Bundesliga sowie in Teilen Formel 1) und Spielfilmen aus Hollywood verbunden. Aufgrund der Knappheit dieser exklusiven Inhalte sind die Eintrittsbarrieren im deutschen Pay-TV-

Markt sehr hoch. Ob Premiere seinen kompletten Kundestamm halten können, ist fraglich. Da der Sender die Rechte zur Ausstrahlung der Fußball-Bundesliga ab der kommenden Saison nicht ersteigern konnte, war das Unternehmen darauf angewiesen, Sublicenznehmer der DTAG zu werden. In einer strategischen Partnerschaft (Premiere produziert die Sendungen, die DTAG liefert die Lizenz und das Übertragungsmedium) wollen die beiden Unternehmen mit den Kabelnetzbetreibern konkurrieren. Wie sich das Angebot, das auf die Internetanschlüsse der DTAG in größeren Städten beschränkt bleibt, am Markt durchsetzt, bleibt abzuwarten. Ob sich das Bezahlfernsehen in Deutschland generell erfolgreich vermarkten lassen oder weiterhin eher ein Nischendasein fristen wird, hängt im Wesentlichen davon ab, ob es den neuen Anbietern – also den Kabelgesellschaften – gelingt, den Wunsch der Konsumenten nach einer noch breiteren Programmvielfalt zu wecken und mit ihrem Angebot anzusprechen. Sollten die Zuschauer tatsächlich dazu bereit sein, für den Empfang zusätzlicher Fernsehprogramme ein Entgelt zu entrichten, wird sich die Welt der Free-TV- und Pay-TV-Anbieter vermischen. Denn im Falle rückläufiger Werbeeinnahmen würden die kommerziellen Sender so schnell wie möglich versuchen, ihr Geschäftsmodell auf die beiden Säulen Abonnenten- und Werbefinanzierung umzustellen.

868. Neben der Rundfunkübertragung über Kabel, Satellit und Terrestrik entwickelt sich derzeit ein „viertes“ Übertragungsmedium zur Marktreife – Fernsehen über das Internet-Protokoll (IPTV). In den letzten Jahren wurden von den traditionellen Telekommunikationsunternehmen breitbandige Internetanschlüsse intensiv vermarktet, um über ihr DSL-Angebot die durch die Regulierung und den Wettbewerb sinkenden Einnahmen in der Sprachtelefonie auszugleichen. Die angelaufene Nachrüstung der Infrastruktur in den Kabelnetzen durch die Kabelgesellschaften hat ebenfalls die Entwicklung schneller Internetzugänge begünstigt. Ende 2005 verfügten rund 9,3 Millionen Haushalte in Deutschland über einen breitbandigen Internetanschluss.⁹⁷ Es wird prognostiziert, dass im Jahr 2010 in etwa 1,3 Millionen Haushalte internetbasiertes Fernsehen empfangen werden.⁹⁸ Aus der Sicht der Kunden bietet IPTV aufgrund seiner Rückkanalfähigkeit neben neuen Programmangeboten auch die Nutzung von Video-on-Demand-Diensten und interaktiven Anwendungen wie Online-Spielen oder Wetten. Die Programmanbieter erhalten durch das Fernsehen über Internet-Protokoll einen weiteren Übertragungsweg, über den sie zusätzliche neue Angebote wie spezielle Spartenkanäle vertreiben können und in die Lage versetzt werden, interaktive Werbeformate in das Programm einzubinden. Um über die benötigten Bandbreiten bei der Übertragung zu verfügen (auch im Hinblick auf das hochauflösende Fernsehen HDTV), planen die einzelnen Netzbetreiber den

⁹⁷ Vergleiche Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen, Sondergutachten 43, Baden-Baden 2006, Tabelle 11, S. 31.

⁹⁸ Vergleiche Goldmedia GmbH, IPTV 2010, Marktpotenziale für internetbasiertes Fernsehen in Deutschland, Berlin 2006.

Ausbau und die Aufrüstung ihrer Netze. Durch internet-basiertes Fernsehen und die Vermarktung des so genannten „Triple Play“ (Internet, Telefonie und TV) erhöhen die Netzbetreiber die Auslastung ihrer Netze und generieren zusätzliche Einnahmen. Die Monopolkommission ist zwar der Auffassung, dass IPTV über das Potential verfügt, langfristig als ernsthafter Wettbewerber für die bestehenden Übertragungswege am Markt etabliert zu werden, mittelfristig ist das Marktpotential aber aufgrund der Vielzahl frei empfangbarer Sender begrenzt. Sollte es den Telekommunikationsunternehmen und den Kabelgesellschaften gelingen, den Konsumenten preislich attraktive Angebote für Fernsehen über IP und darüber hinaus für das „Triple-Play“ zu unterbreiten – was einen Ausbau der Übertragungsnetze und einen diskriminierungsfreien Zugang zu den Netzen voraussetzt –, wird der Wettbewerb zwischen den Zugangstechnologien intensiviert. Dieser Wettbewerb würde sich für die Konsumenten in Form von geringeren Tarifen für die Nutzung von multimedialen Diensten und einem verbesserten sowie breiteren Angebot positiv auswirken.

869. Mit den technischen Weiterentwicklungen auf den Märkten für mobile Unterhaltungs- und Informationsangebote (2,5G- und 3G-Technologie) hat sich das mobile Fernsehen mit dem Mobiltelefon als kommerzielles Projekt entwickelt. Für das Jahr 2010 werden durch mobile TV-Dienste auf der Ebene der Endkunden bereits Umsätze in Höhe von 450 Mio. Euro erwartet.⁹⁹ Derzeit ist allerdings noch eine Reihe von technischen, kommerziellen und gesetzlichen Problemen zu lösen. So ist aus technischer Sicht die Frage zu klären, ob man Mobiltelefone über terrestrische Frequenzen für das digitale Fernsehen oder das Digitalradio, über 2,5G- oder sogar UMTS-Netze mit Inhalten speisen will, also auf welche Übertragungstechnik sich die Rundfunkbetreiber, Hersteller und die Politik einigen. Für die Rundfunkveranstalter ist neben den technologischen Fragen auch das zu verfolgende Programmkonzept von besonderem Interesse, da kaum vorstellbar ist, dass ganze Filme, Serien oder zehnminütige Videoclips als Inhalte für das mobile Fernsehen in Frage kommen. Aus wettbewerbspolitischer Sicht hingegen wird die Frage von Bedeutung sein, ob die Rundfunkanstalten und Mobilfunkbetreiber als Partner, Wettbewerber oder als vertikal integrierter Anbieter in den Markt eintreten und welche Geschäftsmodelle sie wählen, um sich im Wettbewerb zu behaupten. In der jetzigen Entwicklungsphase ist zu erwarten, dass die Sendeanstalten und Mobilfunkanbieter noch verstärkt zusammenarbeiten, weil die mobile Ausstrahlung von Fernsehprogrammen an den Gebrauch der Mobiltelefone gebunden ist und beide Seiten jeweils über komparative Vorteile verfügen. Die Betreiber des Mobilfunks haben Erfahrung mit der Abrechnung von Inhalten, während die Sendeanstalten in der Lage sind, wirtschaftlich Programminhalte zu produzieren. Was nach der möglicherweise erfolgreichen Produktentwicklung und Markteinführung geschehen wird, bleibt abzuwarten.

⁹⁹ Vergleiche Goldmedia GmbH, a. a. O.

870. Der Sektor der elektronischen Medien ist in Bewegung geraten und es ist derzeit schwer, die Entwicklung der Markt- und Unternehmensstrukturen vorherzusagen. Aufgrund der Marktdynamik ist es angeraten, mit regulatorischen Eingriffen zurückhaltend umzugehen. Dirigistische Markteingriffe bergen stets die Gefahr, Wettbewerbsverzerrungen auf dynamischen Märkten herbeizuführen oder Investitionsanreize sowie unternehmerisches Engagement zu limitieren. Medienpolitische Vorschriften sollten lediglich auf allgemein anerkannten rechtlichen Prinzipien beruhen. Die möglichen wettbewerbspolitischen Fehlentwicklungen auf den Medienmärkten sind ausschließlich durch die flexiblen, weil allgemein formulierten Klauseln des GWB zu korrigieren. In wettbewerbspolitisch bedenklichen Fällen wird es dann die Aufgabe des Kartellamts sein, geeignete Gegenmaßnahmen einzuleiten. Das Kartellamt sollte sich rechtzeitig auf seine Aufgabe vorbereiten sowie die anstehenden Veränderungen aufmerksam verfolgen und sie flexibel in seine Entscheidungspraxis einbeziehen.

5. Ordnungspolitische Empfehlungen

871. Bei der Untersuchung der einzelnen Stufen der medialen Wertschöpfungskette hat sich eine Reihe von ordnungspolitischen Defiziten feststellen lassen. Um diese Fehlentwicklungen zu korrigieren, sollte der Gesetzgeber im Besonderen folgende Punkte in Betracht ziehen:

- Es ist eine Unterscheidung zwischen Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und anderen Aktivitäten im öffentlich-rechtlichen Rundfunk anzustreben. Dies ermöglicht die Einführung der getrennten Buchführung nach den Vorgaben der Transparenzrichtlinie der EU-Kommission.
- Im Rundfunkrecht sind Prinzipien zu etablieren, die sicherstellen, dass die finanziellen Beziehungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter zu ihren kommerziellen Töchtern transparent sind und marktwirtschaftlichen Grundsätzen entsprechen.
- Es ist angeraten, den Einfluss der politischen Parteien bei der Zusammensetzung der Aufsichtsgremien massiv zurückzudrängen, weil die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten durch eine Politisierung ihre Legitimation verlieren. Zusätzlich ist eine effektivere Kontrolle des Finanzgebarens und der Unternehmensstrategien der öffentlich-rechtlichen Sender angeraten. Dies setzt allerdings die seit langem überfällige präzise Definition des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Anstalten voraus. Für die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten sollte eine Publizitätspflicht eingeführt und eine Verpflichtung erlassen werden, einen Haushalt aufzustellen und zu verabschieden. So ließe sich überprüfen, welche Ausgaben für welche Sendungen geplant sind und wie hoch der Finanzbedarf tatsächlich ist. Die Öffentlichkeit wäre dann in der Lage, die Aktivitäten der Sender objektiv zu beurteilen.
- In der Vergangenheit wurden die Kapazitäten im Kabelnetz und im digitalen terrestrischen Rundfunk genutzt, um die Programmübertragung der öffentlich-

- rechtlichen Sender auszuweiten. Um allen Programmbietern einen Zugang zu den neuen Übertragungskapazitäten ermöglichen zu können, sollte die bundesweite Must-Carry-Pflicht für die regionalen Programme der ARD aufgehoben werden.
- Die Rundfunkgebühr sollte mittelfristig als allgemeine, nutzungsunabhängige Abgabe erhoben sowie von politischen Entscheidungen unabhängig gemacht werden. Hierfür kommt eine Indexierung in Betracht. Außerdem sollte die Gebühr längerfristig von einschlägigen Beurteilungen der Programmqualität und der Funktionserfüllung abhängen.
 - Es ist eine Aufhebung der verzerrenden Vorschriften im Wettbewerb unterschiedlich finanzierter Senderformen um den Zuschauer dringend angeraten. Sowohl die europäischen Bestimmungen der „Fernsehrichtlinie“ (Richtlinie 89/552/EWG in der Fassung der Richtlinie 97/36/EG) als auch die deutschen Regelungen des RStV gehen zu Lasten der werbefinanzierten Rundfunkveranstalter und benachteiligen letztendlich auch diejenigen Zuschauer, die eine Inkaufnahme von Werbeunterbrechungen der Entrichtung von Entgelten vorziehen.
 - Bezüglich der – analogen und digitalen – Übertragungskapazitäten sollte so weit wie möglich auf die Kräfte des Marktes vertraut werden. Der Betreiber eines Kabelnetzes sollte frei darüber entscheiden können, welche Programme eingespeist werden. Eingeschränkt werden sollte er nur durch die Verpflichtung, in genau begrenztem Umfang die öffentlich-rechtlichen Angebote zu verbreiten. Dadurch ist bereits eine gewisse Vielfalt des Angebots garantiert. Außerdem ist die medienrechtliche Konzentrationskontrolle wirksam. Weiterhin hat der Netzbetreiber ein eigenes wirtschaftliches Interesse daran, ein attraktives und vielfältiges Angebot zu offerieren.
 - Um die Digitalisierung der Breitbandkabelnetze zu fördern, sollte ein verbindlicher Termin für die Einstellung der analogen Übertragung von Rundfunksignalen gesetzt werden. Dies führt zur Planungssicherheit für die Marktteilnehmer und erhöht die Investitionsanreize.

Kapitel VI

Regulierungen der Freien Berufe

1. Allgemeiner Teil

872. Die vielfältigen Regelungen, die bei einer Reihe von Freien Berufen den Zugang zur Berufstätigkeit regeln sowie den Wettbewerb unter den Berufsangehörigen beschränken, werden in den letzten Jahren zunehmend kritisch gesehen. Seit dem Jahr 2002 findet dieses Thema verstärkte Aufmerksamkeit durch die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission. Sie hat in der Zwischenzeit zwei Berichte zu diesem Fragenkomplex vorgelegt und bereits eine förmliche Untersagungsverfügung erlassen.¹ Auch in der deutschen Politik zeigt sich ein zunehmendes Interesse, über einige dieser Regelungen neu nachzudenken.

873. Die Monopolkommission hat sich deshalb entschieden, den Bereich der Freien Berufe unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten zu untersuchen. Wegen der großen Vielfalt der Freien Berufe sowie der für sie geltenden Regelungen kann sich eine solche Untersuchung nicht darauf beschränken, nur Aussagen über die „Freien Berufe“ zu machen, sondern muss sich auch mit den einzelnen Berufen und den für sie geltenden Regelungen beschäftigen. Das vorliegende Kapitel beginnt deshalb mit einem allgemeinen Teil, der grundsätzliche Überlegungen zur wettbewerbspolitischen Beurteilung des Berufsrechts der Freien Berufe anstellt. Im darauf folgenden besonderen Teil werden die wettbewerblich relevanten Regelungen für einzelne Freie Berufe, nämlich Rechtsanwälte, Apotheker sowie selbständige Architekten und Bauingenieure, detailliert untersucht. Die Auswahl einzelner Berufe war erforderlich, um den Umfang der Untersuchung in Grenzen zu halten. Die ausgewählten Berufe haben dabei jeweils exemplarischen Charakter für Berufsfelder, in denen wichtige außerwirtschaftliche Ziele wie die Rechtsstaatlichkeit, die Gesundheit der Bevölkerung sowie die ästhetische Gestaltung und Sicherheit von Bauwerken im Mittelpunkt stehen. Die Nichtaufnahme anderer Berufe kann deshalb nicht als Aussage darüber verstanden werden, dass die Monopolkommission bei diesen Berufen keine Wettbewerbsprobleme sähe.

1.1 Definition der Freien Berufe

874. Die Vielfältigkeit der Freien Berufe macht es schwer, sie einer genauen Definition zu unterwerfen. Die

Mitgliederversammlung des Bundesverbands der Freien Berufe (BFB) hat 1995 trotzdem den Versuch einer solchen Abgrenzung unternommen:

„Angehörige Freier Berufe erbringen auf Grund besonderer beruflicher Qualifikation persönlich, eigenverantwortlich und fachlich unabhängig geistig-ideelle Leistungen im gemeinsamen Interesse ihrer Auftraggeber und der Allgemeinheit.

Ihre Berufsausübung unterliegt in der Regel spezifischen berufsrechtlichen Bindungen nach Maßgabe der staatlichen Gesetzgebung oder des von der jeweiligen Berufsvertretung autonom gesetzten Rechts, welches die Professionalität, Qualität und das zum Auftraggeber bestehende Vertrauensverhältnis gewährleistet und fortentwickelt.“

Diese Definition der Freien Berufe ist jedoch nur wenig hilfreich, um bei konkreten Berufen zu entscheiden, ob sie zu dieser Gruppe gehören oder nicht. Zudem vermischt der Text beschreibende und bewertende Elemente. Auch bleibt unklar, wieso gerade die Freien Berufe besonders den Interessen der Allgemeinheit dienen und andere Berufe nicht.

875. Trotz dieser Schwierigkeiten besteht bei einer ganzen Reihe von Berufen Konsens darüber, dass sie zu den Freien Berufen gehören. Dies gilt insbesondere für die von der Monopolkommission im Folgenden detailliert untersuchten Berufe Rechtsanwälte, Apotheker sowie selbständige Architekten und Bauingenieure.

876. Im Einzelnen zählt der BFB die folgenden Tätigkeiten zu den Freien Berufen:²

- Heilkundliche Berufe:
Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker, Psychotherapeuten, Physiotherapeuten, Ergotherapeuten, Logopäden, Motopäden, Kranken-/Altenpfleger, Berufsbe-truer;
- Rechts- und wirtschaftsberatende Berufe:
Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Buchprüfer, Unternehmensberater, Wirtschaftsberater, Rentenberater, Versicherungsmathematiker, Psychologen;
- Technische und naturwissenschaftliche Berufe:
Architekten, Landschaftsarchitekten, Innenarchitekten, Ingenieure, Vermessungsingenieure, Vereidigte Sachverständige, See-/Hafenlotsen, Chemiker, Biologen, Umweltgutachter, Informatiker;

¹ Mitteilung der Kommission, Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen, 9. Februar 2004, KOM(2004) 83 endg; Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Freiberufliche Dienstleistungen – Raum für weitere Reformen, 5. September 2005, KOM(2005) 405 endg; Entscheidung vom 26. Juni 2004, COMP/38.549 – PO/Belgische Architektenkammer.

² Selbstdarstellung des BFB im Internet: <http://www.freie-berufe.de/Berufsgruppen.214.0.html>.

– Kulturberufe:

Künstler, Journalisten, Diplom-Pädagogen, Dolmetscher, Übersetzer, Schriftsteller, Designer, Restauratoren, Yogalehrende, Tanztherapeuten, Okularisten.

877. Unter der Vielzahl der Freien Berufe ragen bestimmte – klassische – Freie Berufe hervor, die in besonderem Maße durch staatliche Regelungen gebunden sind. Dazu zählen insbesondere Ärzte, Apotheker, Rechtsanwälte, Steuerberater, Notare und Architekten. In diesen Berufen besteht die Pflicht zur Mitgliedschaft in einer Berufskammer, welche rechtlich verbindliche Berufsregeln in Form von Satzungen erlassen und gegen Regelverstöße vorgehen kann.³

878. In anderen Freien Berufen bestehen zwar keine öffentlich-rechtlichen Berufskammern, jedoch ist der Zugang zum Beruf oder zumindest die Führung einer bestimmten Berufsbezeichnung staatlich reglementiert (z. B. bei Diplom-Psychologen). Schließlich gibt es Freie Berufe, bei denen der Zugang zum Beruf sowie die Berufsausübung keinen besonderen Regelungen unterliegen, sondern nur den allgemeinen Gesetzen unterworfen sind (z. B. freiberufliche EDV-Experten oder Journalisten). In Freien Berufen ohne Kammermitgliedschaft gibt es jedoch oft Berufsregeln, die von freiwilligen, privatrechtlichen Berufsverbänden erlassen wurden.⁴ Verstöße gegen diese freiwilligen Berufsregeln können jedoch höchstens durch Ausschluss aus dem Berufsverband geahndet werden.

879. Insbesondere bei den klassischen Freien Berufen bedeutet Freiberuflichkeit nicht unbedingt wirtschaftliche Selbstständigkeit. Besonders deutlich zeigt sich das bei den Ärzten. Einerseits gehören die Ärzte nach allgemeiner Auffassung zu den Freien Berufen – laut den geltenden Berufsordnungen ist der Arztberuf „seiner Natur nach ein Freier Beruf“. Andererseits stellen die in freier Praxis niedergelassenen Ärzte schon seit einiger Zeit nicht mehr die Mehrheit der Berufsgruppe; über 50 Prozent der Ärzte sind heute als Angestellte von Krankenhäusern in der stationären Versorgung tätig.

880. In der Rechtsordnung erscheint der Begriff des Freien Berufes an verschiedenen Stellen. Es gibt jedoch keine gesetzliche Definition der Begriffes „Freier Beruf“, die für alle Rechtsgebiete Gültigkeit hätte.⁵ Im Einkommensteuerrecht liegen beim Ausüben einer freiberuflichen Tätigkeit – im Sinne des Steuerrechts – keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb, sondern solche aus selbstständiger Arbeit vor. Freiberufler im Sinne des Steuerrechts sind nicht gewerbesteuerpflichtig. Die Angehörigen Freier Berufe sind – im Sinne des Handelsrechts – keine Kaufleute, so dass das HGB grundsätzlich nicht auf sie anwendbar ist. An Stelle der nur für Kaufleute zulässigen OHG steht ihnen für die berufliche Zusammenarbeit

die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie die im Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG) geregelte Rechtsform der Partnerschaft offen. Zwar findet sich im PartGG auch eine Definition der Freien Berufe, die sich an die oben genannte Definition des BFB anlehnt.⁶ Zur Klarstellung hat der Gesetzgeber jedoch dort – wie auch im Steuerrecht – eine beispielhafte Aufzählung von Berufen angefügt.

881. Daneben wird in einer Reihe von Berufsordnungen, sei es in Form eines Gesetzes oder einer Satzung, der zu regelnde Beruf anfangs als „Freier Beruf“ bezeichnet, ohne dass daran schon konkrete rechtliche Folgen geknüpft wären.⁷ Solche Bezeichnungen haben eher die Funktion, die ihnen nachfolgenden Regelungen zu motivieren und zu rechtfertigen, als dass sie konkrete rechtliche Folgen hätten. Bei den Apothekern ist zudem die Besonderheit zu beachten, dass sie zwar zu den traditionellen Freien Berufen gehören, aber zugleich im Sinne des Handelsrechts Kaufleute sind und ihre Tätigkeit als Handelsgewerbe einzuordnen ist. Trotzdem werden die Apotheker in ihren Berufsordnungen und auch in der rechtspolitischen Diskussion zu den Freien Berufen gezählt.

882. Eine genaue zahlenmäßigen Erfassung der Freien Berufe fällt schwer. Relativ exakte Zahlen existieren für die Freien Berufe mit Kammerpflicht, da für sie die Mitgliederstatistiken der Kammern vorhanden sind. Dagegen liegen für andere Berufe nur statistische Schätzungen auf Grundlage des Mikrozensus vor. Das Institut für Freie Berufe gibt für 2005 die Zahl der selbstständig tätigen Angehörigen der Freien Berufe mit 857 000 an. Die größte Gruppe sind die freien Heilberufe mit ca. 281 000, denen die freien rechts-, wirtschafts- und steuerberatenden Berufe mit ca. 230 000 folgen. Die Zahl der insgesamt im Bereich der Freien Berufe Erwerbstätigen schätzt das Institut auf 3,7 Millionen Arbeitnehmer und Selbständige.⁸

1.2 Geschichtlicher Hintergrund

883. Es erscheint eigenartig, dass ausgerechnet die Tätigkeiten, die relativ streng reguliert sind, als „Freie Berufe“ bezeichnet werden. Tatsächlich ist diese Berufsbezeichnung geschichtlich gesehen vor allem Ausdruck eines Sonderbewusstseins, in dem bestimmte Berufe mit akademischen Bildungsvoraussetzungen von anderen Tätigkeiten abgegrenzt werden sollen.

884. Die Bezeichnung „Freie Berufe“ ist eine Übertragung des lateinischen Begriffs „operae liberales“. Dieser in der Pandektenwissenschaft des 18. Jahrhunderts ge-

³ Weitere Berufe mit Kammerpflicht sind: Zahnärzte, Tierärzte, Wirtschaftsprüfer, Notare, Patentanwälte, Ingenieure (teilweise) und Lotsen.

⁴ Beispielsweise die Berufsordnung des Berufsverbands Deutscher Psychologinnen und Psychologen e.V.

⁵ Vergleiche BGHZ 144, 86, 89.

⁶ Vergleiche § 1 Abs. 2 Satz 2 PartGG: „Die Freien Berufe haben im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt.“

⁷ Vergleiche z. B. § 2 Abs. 1 BRAO, § 1 Abs. 1 MBO und die an ihr orientierten Landesberufsordnungen, z. B. die Präambel der Berufsordnung der Apothekerkammer Nordrhein.

⁸ Institut für Freie Berufe, <http://www.ifb.uni-erlangen.de/statistik/statistik.htm>.

prägte Begriff rekurrierte auf Überlegungen antiker Autoren zu der Frage, welche beruflichen Tätigkeiten einer freien Person würdig seien.⁹ Im 19. Jahrhundert griffen damalige Berufsvertreter auf diesen Begriff zurück, um ihre Berufe gegenüber anderen Tätigkeiten hervorzuheben. Nach dieser Berufsauffassung heben sich die „Freien Berufe“ von den manuellen Tätigkeiten dadurch ab, dass sie vor allem geistige Leistungen erbringen, und stehen andererseits über den gewerblichen oder kaufmännischen Tätigkeiten, da bei ihnen nicht das Gewinnstreben, sondern höhere Werte die Berufsausübung motivieren. Diese Herkunft der Bezeichnung „Freie Berufe“ hilft erklären, warum gerade die als „frei“ bezeichneten Berufe von vergleichsweise starken Reglementierungen gekennzeichnet sind.

885. Jedoch wurde in der zeitgenössischen Diskussion durchaus auch der Gesichtspunkt der „Freiheit vom Staat“ betont. Insbesondere im späten 18. und frühen 19. Jahrhundert hatte es Tendenzen gegeben, die Berufe Arzt, Apotheker und Rechtsanwalt zu verstaatlichen. So waren Ärzte und Rechtsanwälte in den meisten deutschen Staaten im Zeitraum 1800 bis 1850 formal als Staatsbeamte tätig. Sie bezogen zwar regelmäßig keine staatliche Besoldung, sie unterstanden jedoch der besonderen Disziplinargewalt für Beamte, hatten besondere Treuepflichten und wurden für einzelne Tätigkeiten im staatlichen Interesse herangezogen (z. B. Berichtspflicht über den Gesundheitszustand der Bevölkerung). Im Zeitraum 1850 bis 1871 gab es eine Liberalisierungswelle, die zu einer grundsätzlichen Freigabe der Rechtsberatung und Heilkunde führte. Danach unterlagen diese Tätigkeiten der Gewerbefreiheit und konnten von jedermann ausgeübt werden. Nur das Führen der Titel „Arzt“ und „Rechtsanwalt“ war geschützt; zudem war die Prozessvertretung vor den höheren Gerichten auf Rechtsanwälte beschränkt. Relativ schnell begann jedoch die Entwicklung des Kammerwesens und der Berufsgerichtsbarkeit. Für die Ärzte stand daneben seit 1890 zunehmend die Auseinandersetzung mit den neu entstandenen gesetzlichen Krankenkassen im Vordergrund. Resultat war die Bildung gewerkschaftsähnlicher Vereinigungen und der Einsatz von streikähnlichen Taktiken. Mit dem Rechtsberatungsgesetz von 1935 und dem Heilpraktikergesetz von 1939 wurde die Gewerbefreiheit in den Bereichen Rechtsberatung oder Heilkunde wieder aufgehoben. Beide Gesetze wurden zwar nach Kriegsende gelockert, gelten aber im Grundsatz bis heute.

886. In der heutigen rechtspolitischen Diskussion dient die Berufung auf die Freiberuflichkeit der Abgrenzung gegen andere Beschäftigungsformen und gleichzeitig der Rechtfertigung von Regulierungen. Zur Abgrenzung gegen den Staat und gegenüber kommerziellen Tätigkeiten ist zudem die Abgrenzung gegen die Angestelltentätigkeit getreten: Freiberuflichkeit wird zumindest grundsätzlich auch mit wirtschaftlicher Selbständigkeit gleichgesetzt.

⁹ Vergleiche Taupitz, J., Die Standesordnung der freien Berufe, Berlin 1991, S. 138 f.

1.3 Aktivitäten der Europäischen Kommission

887. Nachdem die freiberuflichen Regelungen schon längere Zeit ein Gegenstand der wettbewerbsrechtlichen Fallpraxis der Europäischen Kommission sind, begann die Generaldirektion Wettbewerb im Jahr 2002 eine grundlegende Bestandsaufnahme zu diesem Thema. Im Vordergrund stehen dabei die Berufsgruppen der Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Ingenieure und Architekten. Als Grundlage für ihre Arbeit ließ die Kommission eine Studie erstellen, die einen Überblick über die Reglementierung der Freien Berufe in den verschiedenen Mitgliedstaaten liefert.¹⁰ Nach Abschluss und Veröffentlichung dieser Studie rief die Kommission zu Stellungnahmen zu den Ergebnissen auf. Im Oktober 2003 fand eine Konferenz zu diesem Thema in Brüssel statt. Als Zwischenergebnis veröffentlichte die Kommission im Februar 2004 einen „Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen“, in dem sie ihre Einschätzung zu dieser Fragestellung darlegt und das weiter geplante Vorgehen skizziert.¹¹

888. In ihrem Bericht weist die Kommission auf die große volkswirtschaftliche Bedeutung der Freien Berufe hin, insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Lissabon-Programms, das zum Ziel hat, die Union bis zum Jahr 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen. Nach Ansicht der Kommission können restriktive Regelungen für Freie Berufe den Wettbewerb zwischen den Berufsangehörigen ausschalten oder einschränken; dadurch werden die Anreize gemildert, kosteneffizient und kostengünstig zu arbeiten, die Qualität zu verbessern und innovative Dienstleistungen anzubieten; es bestehe die Gefahr eines überhöhten Preisniveaus. Allerdings nennt die Kommission in ihrem Bericht auch drei Argumente, die für eine gewisse Reglementierung freiberuflicher Dienstleistungen sprechen, und zwar asymmetrische Informationen, externe Effekte und öffentliche Güter.

889. Die wettbewerbspolitisch am meisten relevanten Regelungen bei Freien Berufen sind nach Ansicht der Kommission verbindliche Festpreise, Preisempfehlungen, Regeln für die Werbung, Zugangsvoraussetzungen und ausschließliche Rechte sowie Vorschriften über die zulässige Unternehmensform und die Zusammenarbeit mit anderen Berufen. Die Kommission erörtert in ihrem Bericht, inwiefern einzelne dieser Beschränkungen durch eines der drei oben genannten Argumente gerechtfertigt werden können und zeigt sich dabei insgesamt eher skeptisch.

890. Als Abschluss ihres Berichtes stellt die Kommission die Beurteilung wettbewerbsbeschränkender Berufsregeln nach europäischem Kartellrecht dar und skizziert das von ihr geplante Vorgehen. Die Kommission gibt sich entschlossen, das Vorhaben einer Liberalisierung der

¹⁰ Paterson, Iain, Fink, Marcel, Ogus, Anthony et al., Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different Member States, Research Report, January 2003; <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/publications/#UDIES>.

¹¹ KOM(2004) 83 endg., a. a. O.

Freien Berufe voranzutreiben. Bei Fällen, in denen die Kommission Wettbewerbsprobleme sieht, sollen zuerst die zuständigen nationalen Stellen zu einer Änderung aufgefordert werden, bevor ein formelles Verfahren durch die Kommission oder eine nationale Wettbewerbsbehörde eingeleitet wird. Die Kommission schließt auch die Möglichkeit von Vertragsverletzungsverfahren gegen einzelne Mitgliedstaaten nicht aus.

891. Seit der Veröffentlichung des Berichts hat die Kommission eine erste formelle Entscheidung erlassen, welche die empfohlenen Mindesthonorare der belgischen Architektenkammer betraf.¹² Die Kommission kam zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen Artikel 81 EGV vorliegt. Durch die Mindesthonorare werde eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirkt, da die Preisempfehlung in der Berufspraxis tatsächlich befolgt werde. Die so genannte „Wouters-Ausnahme“¹³ greife nicht, weil nicht erkennbar sei, dass empfohlene Mindesthonorare für die Ausübung des Architektenberufes notwendig sind. Eine Freistellung nach Artikel 81 Abs. 3 EGV komme schließlich schon deshalb nicht in Frage, weil der behauptete Nutzen der Preisempfehlung für die Verbraucher, nämlich Preisinformationen bereitzustellen, auch durch weniger einschränkende Methoden, wie z. B. empirische Preiserhebungen, erreicht werden könne. Wegen dieses Verstoßes gegen Artikel 81 EGV setzte die Kommission ein Bußgeld in Höhe von 100 000 Euro fest.

892. Im September 2005 legte die Kommission einen zweiten Bericht vor, der die bisher unternommenen Reformanstrengungen auf diesem Gebiet referiert.¹⁴ Die Kommission vertieft in diesem Text auch ihre Ausführungen zur Rechtfertigung freiberuflicher Regelungen. Sie weist insbesondere darauf hin, dass möglicherweise ein Unterschied zwischen verschiedenen Nutzern von freiberuflichen Leistungen zu machen ist. Bei seltenen Nutzern von freiberuflichen Leistungen, wie Verbrauchern, seien schützende Regelungen eher gerechtfertigt als bei häufigen Nutzern, wie großen Unternehmen oder der öffentlichen Hand. Unentschieden zeigt sich die Kommission noch in der Frage, ob auch kleine Unternehmen in diesem Zusammenhang schutzbedürftig sind. In ihrem Bericht bewertet die Kommission auch die Reformanstrengungen der Mitgliedstaaten im Bereich der Freien Berufe. Am weitesten fortgeschritten sind danach Dänemark, die Niederlande und das Vereinigte Königreich, denen die Kommission „tiefgreifende Strukturreformen“ bescheinigt. In Bezug auf Deutschland stellt sie „kleinere Reformen und analytische Arbeiten“ fest.

1.4 Rechtfertigung berufsrechtlicher Regelungen

893. Sollen für eine bestimmte Branche oder einen bestimmten Beruf besondere Regelungen gelten, die von denen der allgemeinen Rechtsordnung abweichen, so bedarf dies – sowohl wettbewerbspolitisch als auch verfas-

sungsrechtlich – einer besonderen Rechtfertigung. Das gilt auch für das Berufsrecht der Freien Berufe. Da sich bei verschiedenen Freien Berufen oft die gleichen Argumentationsmuster zur Rechtfertigung besonderer berufsrechtlicher Regelungen finden, sollen im Folgenden gewisse grundlegende Fragen behandelt werden. Dabei soll geklärt werden, mit welchen Zielen berufsrechtliche Regelungen gerechtfertigt werden können und wie die Argumentationslast beim Nachweis der Rechtfertigung zu verteilen ist.

894. Berufsrechtliche Regelungen werden heute nur noch selten mit der besonderen Stellung oder Würde eines Berufsstandes begründet.¹⁵ Vielmehr wird darauf abgestellt, dass die Regelungen besonderen gesellschaftlichen Zielen dienen sollen. Viele dieser gesellschaftlichen Ziele lassen sich unter zwei ökonomischen Gesichtspunkten zusammenfassen: einerseits die Behebung von Marktunvollkommenheiten und andererseits die gerechte Verteilung gesellschaftlicher Ressourcen. Daneben treten nichtökonomische Ziele, wie z. B. der Anspruch auf ein faires Gerichtsverfahren, deren Schutz nicht selten durch das Grundgesetz vorgegeben ist.

895. Zwar ist diese Bezugnahme auf konkrete gesellschaftliche Ziele zu begrüßen: Im modernen Verfassungsstaat kann kein Berufsstand berufsrechtliche Regelungen allein mit seiner besonderen Stellung oder Würde rechtfertigen, nicht zuletzt deshalb, weil das Grundgesetz allen Menschen gleichermaßen Würde zuerkennt. Jedoch reicht eine bloße Berufung auf die Behebung von Marktunvollkommenheiten, auf die Verteilungsgerechtigkeit oder andere gesellschaftliche Ziele nicht aus. Vielmehr ist zu fordern, dass die fragliche Regelung zur Erreichung dieser Ziele geeignet und erforderlich sowie in ihren Belastungen verhältnismäßig ist. Insbesondere wenn ein und dieselbe Regelung im Zeitablauf mit ganz unterschiedlichen Argumenten begründet wird, z. B. früher mit der besonderen Würde des Berufsstandes und heute mit Marktversagen aufgrund von asymmetrischer Informationsverteilung, dann sollte diese Regelung besonders kritisch geprüft werden.

896. Bei vielen berufsrechtlichen Regelungen wird nicht auszuschließen sein, dass sie einer Marktunvollkommenheit entgegenwirken, ein vom Gesetzgeber gewünschtes Verteilungsziel fördern oder einem verfassungsrechtlich besonders geschütztem Ziel dienen. Mit dieser Feststellung kann die wettbewerbspolitische Prüfung jedoch noch nicht beendet sein. Vielmehr muss auch geprüft werden, in welchem Umfang diese Regelung andere Marktverzerrungen, gegenläufige Verteilungswirkungen oder Eingriffe in andere verfassungsrechtliche Güter mit sich bringt. Eine berufsrechtliche Regelung ist nicht schon allein dadurch gerechtfertigt, dass sie auch positive Effekte bewirkt. Bei ihrer Bewertung sind vielmehr auch die negativen Effekte mit einzubeziehen.

¹² COMP/38.549, a. a. O.

¹³ Vergleiche unten Tz. 965 ff.

¹⁴ KOM(2005) 405 endg., a. a. O.

¹⁵ Für eine derartige Begründung mit der Würde des Berufsstandes durch die italienische Regierung vgl. Schlussanträge des Generalanwalts M. Poiras Maduro vom 1. Februar 2006 in den Rs. C-94/04 und C-202/04, Cipolla, Rn. 84.

Diese gesamten Auswirkungen sind mit dem „unregulierten“ Zustand zu vergleichen. Dabei ist zu beachten, dass im letzteren Fall nicht Regellosigkeit herrscht, sondern immer noch die Normen der allgemeinen Rechtsordnung gelten.

897. In der Praxis wird eine solche vollständige Folgenbewertung bestimmter Regelungsalternativen meist nicht zu verwirklichen sein, nicht zuletzt, weil es oft an den dazu erforderlichen Informationen fehlen wird. Es stellt sich deshalb die Frage, wer bei unklarem Ausgang dieser Bewertung die Beweis- oder besser Argumentationslast zu tragen hat. Liegt die Argumentationslast bei den Befürwortern einer Geltung der allgemeinen Rechtsordnung, so muss nachgewiesen werden, dass dieser „unreglementierte“ Zustand zu einer Verbesserung gegenüber dem Zustand mit besonderem Berufsrecht führt. Liegt die Beweislast dagegen bei denen, die für einen bestimmten Beruf Sonderregelungen von der allgemeinen Rechtsordnung fordern, so muss nachgewiesen werden, dass ein besonderes Berufsrecht zu einer Verbesserung gegenüber der allgemeinen Rechtsordnung führt.

1.5 Rechtfertigung durch Marktunvollkommenheiten

1.5.1 Vollkommener Wettbewerb und Effizienz

898. Zu den bekanntesten Erkenntnissen der ökonomischen Theorie gehört die Aussage, dass bei „vollkommenem Wettbewerb“¹⁶ das unregulierte Marktgeschehen zu einem Marktergebnis führt, bei dem kein Beteiligter besser gestellt werden kann, ohne dass ein anderer Beteiligter schlechter gestellt wird. Ein Marktergebnis mit diesen Eigenschaften wird auch als pareto-optimal bezeichnet – damit ist jedoch noch nichts über die Fragen der Verteilungsgerechtigkeit gesagt. Unter Marktergebnis sind dabei Parameter wie Menge, Preis, Qualität der auf einem Markt angebotenen Güter sowie die Zusammensetzung dieses Angebots und die Kosten seiner Herstellung zu verstehen.

899. Damit auf einem bestimmten Markt vollkommener Wettbewerb im Sinne dieses Modells herrscht, müssen mehrere Voraussetzungen erfüllt sein. So müssen z. B. die Angebots- und Nachfragemengen jedes Anbieters relativ zum Markt sehr klein sein, es darf keine asymmetrische Informationsverteilung vorliegen und es dürfen keine externen Effekte vorhanden sein. Weichen die Eigenschaften eines Marktes von diesem Modell ab, dann kann nicht damit gerechnet werden, dass unbeschränkter Wettbewerb zu einem pareto-optimalen Ergebnis führt. Insofern liegen auf einem solchen Markt Marktunvollkommenheiten vor. Es ist dann zumindest theoretisch möglich, durch staatlichen Eingriff in das Marktgeschehen eine Veränderung des Marktergebnisses zu bewirken, bei der niemand schlechter gestellt, jedoch einige Personen besser gestellt werden.

900. Bei vielen berufsrechtlichen Regelungen wird angeführt, dass sie zur Behebung derartiger Marktunvollkommenheiten dienen. Dabei wird zuerst dargestellt, inwiefern der betroffene Markt für die freiberufliche Dienstleistung vom Modell des vollkommenen Wettbewerbs abweicht. Dann wird prognostiziert, dass unregelter Wettbewerb zu einem sehr schlechten Marktergebnis führen würde. Schließlich wird behauptet, die fragliche Regelung führe zu einer Verbesserung des Marktergebnisses.

901. Bei der Rechtfertigung berufsrechtlicher Regelungen werden vor allem drei Formen von Marktunvollkommenheiten erwähnt, nämlich asymmetrische Informationen, externe Effekte und öffentliche Güter. Auch der Bericht der Europäischen Kommission über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen verwendet diese Aufteilung. Andere Marktunvollkommenheiten, wie z. B. das Vorliegen erheblicher Größenvorteile bis hin zum natürlichen Monopol, spielen dagegen bei der wettbewerbspolitischen Diskussion der Freien Berufe kaum eine Rolle.

902. Zwar verwenden die Verteidiger freiberuflicher Regelungen nur selten Begriffe wie Marktergebnis und Marktunvollkommenheiten, sondern heben lieber auf Argumente wie Qualitätssicherung, Verbraucherschutz oder Erhalt der Baukultur ab. Jedoch bezieht sich der Begriff Marktergebnis, wie oben dargestellt, nicht nur auf die Quantität oder die Kosten der auf einem Markt angebotenen Güter, sondern auch auf ihre Qualität und die optimale Zusammensetzung des Angebots. Das lässt sich z. B. am Ziel „Erhalt der Baukultur“ zeigen. Wird argumentiert, dass eine wettbewerbsbeschränkende Regelung dem Erhalt der Baukultur diene, dann soll damit ausgesagt werden, dass ohne diese Regelung zu wenige gesellschaftliche Ressourcen für die ästhetisch anspruchsvolle Gestaltung von Bauwerken aufgewendet würden. Der Grund dafür könnte sein, dass Bauherren den positiven oder negativen Eindruck der von ihnen errichteten Gebäude bei Passanten nicht hinreichend berücksichtigen, also ein so genannter externer Effekt vorliegt. Der Begriff der Baukultur kann also durchaus unter dem Gesichtspunkt des Marktergebnisses mit einbezogen werden.

1.5.2 Das Problem des Vergleichsmaßstabes

903. Allein aus der Existenz von Marktunvollkommenheiten kann jedoch nicht gefolgert werden, dass auf dem betroffenen Markt staatliche Eingriffe geboten sind oder der Wettbewerb sogar grundsätzlich auszuschließen ist. Zwar führen Marktunvollkommenheiten regelmäßig dazu, dass der unregulierte Wettbewerb das Ideal eines Pareto-Optimums verfehlt. Jedoch kann daraus noch nicht geschlossen werden, dass staatliche Eingriffe auf diesem Markt tatsächlich in der Lage sind, ein besseres Marktergebnis herbeizuführen als der unregulierte Wettbewerb.

904. Denn ein Abweichen vom Modell des vollkommenen Wettbewerbs bedeutet nur, dass die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs hinter einem theoretischen Ideal zurückbleibt. Dieses theoretische Ideal wird aber auf jedem

¹⁶ Oft auch als Zustand „vollständiger Konkurrenz“ bezeichnet.

real existierenden Markt verfehlt, da die strengen Anforderungen des Modells des vollkommenen Wettbewerbs auf keinem real existierenden Markt erfüllt sind. Auch ist mit dem Vorliegen von Marktunvollkommenheiten noch nichts darüber ausgesagt, wie weit dieses Ideal verfehlt wird. Denn beim Vorliegen von Marktunvollkommenheiten sagt die Wirtschaftstheorie nur in Extremfällen einen totalen Zusammenbruch des Marktgeschehens voraus, im Regelfall dagegen eine Funktionsfähigkeit unterhalb des Optimums. Auch stellt sich die Frage, ob es realisierbare staatliche Eingriffe gibt, die tatsächlich eine Verbesserung der Situation erbringen.

905. Genauso wie Marktunvollkommenheiten verhindern können, dass der Wettbewerb zu einem idealem Marktergebnis führt, ist jeder Prozess staatlicher Wirtschaftslenkung durch eigene Unvollkommenheiten behindert. Denn die staatliche Stelle müsste zur Herstellung eines optimalen Marktergebnisses über hinreichend genaue Informationen über die Bedürfnisse der Verbraucher sowie über die Fähigkeiten der Produzenten verfügen. Die Ermittlung dieser Informationen wäre äußerst aufwendig und die Personen, die über diese Informationen verfügen, hätten oft Anreize, sie falsch darzustellen. Außerdem würden sich diese Daten durch Veränderungen der Bedürfnisse und der technischen Möglichkeiten fortwährend verändern. Die staatliche Stelle müsste die Möglichkeit wohlfahrtssteigernder technischer oder organisatorischer Innovationen sofort erkennen und diese Innovationen energisch durchsetzen. Nicht zuletzt müsste sichergestellt werden, dass diese Stelle stets nur das Ziel der Wohlfahrtsmaximierung im Auge hat und nicht stattdessen Eigeninteressen oder die Interessen einzelner Marktteilnehmer verfolgt.

906. Die gerade skizzierten Anforderungen können von keiner realen Regulierungsinstanz erfüllt werden, weder vom Gesetzgeber noch von staatlichen Behörden noch von berufsständischen Selbstverwaltungen. Da also folglich der staatliche Regulierungsprozess ebenfalls mit Unvollkommenheiten belastet ist, kann die Existenz von Marktunvollkommenheiten allein keine Rechtfertigung für staatliche Eingriffe oder gar die Ausschaltung des Wettbewerbs sein.

907. Für die Begründung staatlicher Regulierung ist es deshalb nicht sinnvoll, den Zustand des vollkommenen Wettbewerbs als Vergleichsmaßstab zu nehmen, sondern es sollten die Ergebnisse eines Zustandes ohne Regulierung mit denen eines Zustandes mit Regulierung verglichen werden. Dabei ist zu beachten, dass es in der Realität keinen absolut regellosen Wettbewerb gibt, da auf jedem Markt zumindest die Regeln der allgemeinen Rechtsordnung gelten, also z. B. die Regeln des Privatrechts zur Abgrenzung von Eigentumsrechten, zur Durchsetzung von Verträgen oder zum Schadensersatz bei fahrlässigen Gesundheitsverletzungen oder die Bestimmungen über Betrug und Untreue im Strafrecht.

908. Bei dem Vergleich ist auch zu bedenken, dass sich oft im Wettbewerb Instrumente herausbilden, um Marktunvollkommenheiten wie z. B. dem Problem der asymmetrischen Informationen entgegenzuwirken. So wird ein

Anbieter, der langfristig erfolgreich sein will, um seine Reputation bemüht sein. Das Erbringen schlechter Leistungen mag kurzfristig attraktiv erscheinen, würde aber langfristig dazu führen, dass die enttäuschten Kunden das Unternehmen nicht mehr beauftragen oder weiterempfehlen. Insbesondere die Existenz einer unter einem bekannten Markennamen erworbenen Reputation macht eine Qualitätsabsenkung dem „schnellen Euro“ zuliebe unattraktiv. Oft geben die Hersteller von Gütern, deren Qualität ex ante nur schwer einzuschätzen ist, Garantien auf ihre Produkte, die über die Standards des allgemeinen Vertragsrechts hinausgehen.

909. Um nachzuweisen, dass eine bestimmte berufsrechtliche Regelung durch ihr besseres Marktergebnis gerechtfertigt ist, muss also gezeigt werden, dass die Regelung tatsächlich einer Marktunvollkommenheit wirkungsvoller begegnet als der Wettbewerb unter Geltung der allgemeinen Rechtsordnung und dass diese Verbesserung des Marktergebnisses die Verzerrungen, die durch die Regelung selber ausgelöst werden, sowie die administrativen Kosten der Regelung überwiegt. Ein derartiger „schulmäßiger“ Wohlfahrtsnachweis liegt nach Kenntnis der Monopolkommission für keine der in diesem Kapitel untersuchten berufsrechtlichen Regelungen vor.

910. Angesichts der großen Unsicherheiten, mit denen ein Vergleich der Effizienz unterschiedlicher Ordnungsmodelle verbunden wäre, stellt sich die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn keine eindeutigen Aussagen gemacht werden können. Dabei ist einerseits festzulegen, welcher Grad an Gewissheit zu fordern ist, um die Entscheidung für ein bestimmtes Ordnungsmodell zu rechtfertigen, also welche Qualität der Nachweis haben muss, um akzeptiert zu werden. Andererseits ist zu entscheiden, wo die Beweis- oder besser die Argumentationslast liegen soll, also welche Regelungen gelten sollen, wenn keine eindeutigen Aussagen in eine bestimmte Richtung möglich sind.

911. Eine derartige Entscheidung unter Unsicherheit liegt grundsätzlich in der Verantwortung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Dieser kann sich durchaus dafür entscheiden, dass er den Status quo beibehalten will, weil er die Möglichkeit großer Wohlfahrtsgewinne geringer gewichtet als die geringe Wahrscheinlichkeit einer Verschlechterung. Jedoch ergeben sich aus dem Grundgesetz sowie dem Europarecht normative Vorgaben, die das Ermessen des Gesetzgebers zumindest in eine bestimmte Richtung lenken sollten. Auch spricht die wirtschaftspolitische Erfahrung für eine starke Effizienzvermutung zugunsten des Wettbewerbs.

1.5.3 Vorrang des Wettbewerbs

912. Die Überlegenheit des Wettbewerbs gegenüber anderen wirtschaftlichen Ordnungsmodellen ist weniger eine theoretische Erkenntnis, sondern vor allem eine Erfahrungstatsache. Staatliche Experimente, den wirtschaftlichen Wettbewerb systematisch auszuschalten, müssen nach den Erfahrungen in den sozialistischen Ländern als gescheitert angesehen werden. Neben diesen Erfahrungen, die für Wettbewerb als das allgemeine Ordnungsprinzip einer Volkswirtschaft sprechen, gibt es auch

Erfahrungen bezüglich einzelner Märkte. Die Liberalisierung von Telekommunikation und Luftfahrt in vielen Ländern haben zu nicht unbeträchtlichen Wohlfahrtssteigerungen geführt; so gut wie niemand schlägt heute ernsthaft eine Rücknahme dieser Reformen vor. Aber auch im Bereich der Freien Berufe hat beispielsweise die Liberalisierung des anwaltlichen Berufsrechts in Deutschland seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) von 1987 zu den anwaltlichen Standesrichtlinien¹⁷ nicht zu einer erkennbaren Qualitätsabsenkung der anwaltlichen Dienstleistungen geführt; eine Rücknahme dieser Liberalisierung wird von niemandem gefordert.

913. Daneben sind auch die Vorgaben aus Grundgesetz und Europarecht zu beachten. Das Grundgesetz gewährleistet in Artikel 12 die allgemeine Berufsfreiheit für alle Staatsbürger. Eingriffe in dieses Grundrecht können nur auf gesetzlicher Grundlage erfolgen und sind begründungsbedürftig. Der EG-Vertrag gewährleistet für alle Unionsbürger die Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 EGV) und die Dienstleistungsfreiheit (Artikel 49 EGV). Eingriffe in diese Grundfreiheiten müssen durch Erfordernisse der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit oder sonstige zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Diesen Gewährleistungen ist gemeinsam, dass sie die Freiheitsausübung und damit den wirtschaftlichen Wettbewerb als Regelfall ansehen, den beschränkenden Eingriff dagegen als begründungsbedürftige Ausnahme.

1.5.4 Verteilung der Argumentationslast

914. Sowohl die normativen Vorgaben aus Verfassung und Europarecht als auch pragmatische wirtschaftspolitische Erfahrungen sprechen dafür, die Beweislast ganz regelmäßig auf die Seite der Befürworter berufsrechtlicher Regelungen zu legen. Das heißt, es muss stets nachgewiesen werden, dass die berufsrechtliche Regelung zu einer deutlichen Verbesserung des Marktergebnisses gegenüber der Geltung der allgemeinen Rechtsordnung führt. Diese Nachweispflicht sollte sich nicht etwa auf die Einführung neuer Regelungen beschränken, sondern auch für die Überprüfung der bestehenden Regelungen gelten. Es muss also nicht nachgewiesen werden, dass eine Deregulierung – also eine Beschränkung auf die Geltung der allgemeinen Rechtsordnung – vorteilhaft ist, vielmehr müssen die Anhänger einer Beibehaltung zeigen, dass die berufsrechtliche Regelung gegenüber der allgemeinen Rechtsordnung vorteilhaft ist.

915. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu betonen, dass die Erfüllung dieser Nachweispflicht nicht etwa stets durch rigorose ökonomische Studien erfolgen muss. Zwar können solche Studien hilfreich sein, in der Praxis werden sie jedoch höchstens Abschätzungen liefern können und oft wegen fehlender Daten überhaupt nicht möglich sein. Jedoch sind andere Nachweismethoden möglich, die von einer ökonomisch schlüssigen Gedankenführung bis hin zu historischen oder internationalen Vergleichen rei-

chen können. Lässt sich z. B. zeigen, dass die Regelung historisch zur Behebung eines konkreten Missstandes erlassen wurde und das Problem durch diese Regelung gelöst wurde, dann spricht ein starkes Argument für die Regelung. Wurde die Regelung dagegen aus zweifelhaften oder heute nicht mehr aktuellen Motiven erlassen, dann spricht dies gegen sie. Einem Umstellen auf andere Begründungen ist skeptisch zu begegnen, da diese Begründungen dann rein theoretisch sind, ohne einen realen Vergleichsmaßstab. Ähnliche Überlegungen gelten für die Rechtsvergleichung. Kommen andere Länder ohne eine entsprechende Regelung aus, ohne dass es erkennbar zu größeren Verwerfungen kommt, dann sollte die Regelung in Zweifel gezogen werden. Dabei wird nicht übersehen, dass manche inländischen Regelungen im Ausland zwar keine direkte Entsprechung haben, aber es Funktionsäquivalente dafür gibt, also andere Regelungen, welche dieselbe Funktion erfüllen. So wird teilweise argumentiert, dass die präventiven berufsrechtlichen Regelungen in Deutschland in „angelsächsischen Ländern“ ihre Entsprechung in kompensatorischen Schadensersatznormen haben.¹⁸ Dieses Argument ist aber zumindest unter dem Gesichtspunkt zweifelhaft, dass in Deutschland nach allgemeiner Ansicht die Haftungsregeln für Rechtsanwälte und Ärzte sehr streng sind. Dagegen gab es für englische Barrister bis vor kurzem keine Haftpflicht gegenüber ihren Mandanten.

1.5.5 Beispiele für Marktunvollkommenheiten

1.5.5.1 Asymmetrische Informationen

916. Die Wirtschaftstheorie spricht von asymmetrischen Informationen, wenn bei einer Transaktion eine der beteiligten Personen über mehr Informationen als die andere verfügt. Das klassische Beispiel dazu stammt von George Akerlof und bezieht sich auf das Problem, dass der Verkäufer eines Gebrauchtwagens dessen Zustand besser einschätzen kann als der Käufer.¹⁹ Das Problem asymmetrischer Informationen besteht aber auch in vielen anderen Wirtschaftsbereichen. Insbesondere können auch freiberufliche Dienstleistungen davon betroffen sein, wenn die Nachfrager die Qualität der Leistung oder ihren Bedarf danach nicht hinreichend genau beurteilen können.²⁰

917. Asymmetrische Informationen liegen z. B. vor, wenn ein Auftraggeber nur unzureichend beurteilen kann, welche Qualität eine für ihn erbrachte Dienstleistung hat. Dies kann daran liegen, dass er die Beschaffenheit der an-

¹⁸ Metzler, Arno, Stellungnahme anlässlich der Anhörung der Europäischen Kommission, Brüssel, 28. Oktober 2003, „Regulierung der Freien Berufe und Verbraucherschutz“.

¹⁹ Akerlof, G., The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, in: Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, 1970, S. 488 ff.

²⁰ Anders als manchmal behauptet, liegen auf freiberuflichen Märkten nicht schon deshalb asymmetrische Informationen im Sinne der Wirtschaftstheorie vor, weil der Berufsträger über besondere Kenntnisse verfügt, die der Auftraggeber nicht hat. Es kommt darauf an, dass der Nachfrager die Qualität oder Notwendigkeit der Leistung nicht beurteilen kann.

¹⁷ BVerfGE 76, 171 ff.

gebotenen Ware oder die Qualifikation und die Fähigkeiten des Anbieters nicht hinreichend einschätzen kann, oder daran, dass er nicht beobachten kann, ob der Anbieter bei der Leistungserbringung die notwendigen Anstrengungen aufbringt. So wird es einem Laien regelmäßig schwer fallen zu überprüfen, ob die von einem Arzt empfohlene Therapie sinnvoll ist oder sein Anwalt bei der Prozessführung sorgfältig vorgeht; eine derartige Beurteilung könnte, wenn überhaupt, wiederum nur ein Fachmann vornehmen.

918. Dabei ist besonders problematisch, dass diese Beurteilungsprobleme teilweise auch nach dem Abschluss der Leistungserbringung fortbestehen, weil zwischen der Qualität der Leistung und dem gewünschten Erfolg oder einem eingetretenen Schaden nur ein unvollständiger Zusammenhang besteht. So kann ein Rechtsstreit auch bei sorgfältiger Prozessführung verloren gehen und eine Krankheit trotz der Fehldiagnose des Arztes von selbst heilen.

919. In solchen Situationen besteht die Gefahr, dass der Leistungserbringer weniger Qualität produziert als optimal wäre und die Kunden in Erwartung dieses Qualitätsmangels ihre Nachfrage nach dem Gut reduzieren. In Extremfällen kann dies dazu führen, dass der Markt für eine bestimmte Leistung vollständig zusammenbricht bzw. dass es für bestimmte Leistungen gar keinen Markt gibt.

920. Asymmetrische Informationen liegen aber auch dann vor, wenn der Kunde nur unzureichend beurteilen kann, ob und in welchen Umfang bei ihm Bedarf nach einer bestimmten Leistung besteht und ob er zur Beurteilung dieser Frage den Rat des Leistungserbringers in Anspruch nehmen muss. Der Kunde einer Autowerkstatt kann z. B. nur schwer beurteilen, ob die von der Werkstatt berechnete aufwendige Reparatur tatsächlich erforderlich war. Der Mandant eines Rechtsanwalts muss darauf vertrauen, dass die vom Rechtsanwalt empfohlene Klageerhebung überhaupt Aussicht auf Erfolg hat. Der Patient kann nicht beurteilen, ob eine vom Arzt vorgeschlagene Behandlung überhaupt notwendig ist. In solchen Situationen besteht die Gefahr, dass der Anbieter zu viele Leistungen erbringt, es z. B. zu sinnlosen Gerichtsverfahren und überflüssigen Behandlungen kommt und der Kunde bzw. ein Versicherer die Kosten dafür tragen muss.

921. Es ist deshalb denkbar, dass berufsrechtliche Regelungen durch die Existenz von asymmetrischen Informationen gerechtfertigt sind. Für einen Nachweis der Rechtfertigung ist aber zuerst zu prüfen, ob die betroffene Regelung überhaupt geeignet ist, dem durch asymmetrische Informationen ausgelösten Problem entgegenzuwirken. Dies ist bei vielen existierenden berufsrechtlichen Regelungen äußerst fraglich.

922. Auch ist zu bedenken, dass asymmetrische Informationen keine Besonderheit freiberuflicher Dienstleistungen sind, sondern auch in vielen Wirtschaftssektoren vorliegen, ohne dass diese ähnlich wettbewerbsbeschränkenden Regelungen unterliegen. Entsprechend muss deshalb auch stets gefragt werden, ob nicht Regeln der allgemeinen Rechtsordnung oder im Wettbewerb entstandene

Institutionen das Problem ausreichend abmildern können. Bei Anwälten ist z. B. das Zuraten zu einem aussichtslosen Prozess eine vertragliche Pflichtverletzung, die zu Schadensersatzansprüchen führen kann.

1.5.5.2 Externe Effekte

923. Wenn der Konsum oder die Produktion eines Gutes Auswirkungen auf unbeteiligte Dritte hat, spricht man von externen Effekten. Klassische Beispiele für negative externe Effekte sind die Emission von Lärm oder Abgasen, durch die andere gestört oder sogar geschädigt werden. Neben derartigen negativen Ausprägungen gibt es aber auch positive externe Effekte.

924. Auch bei freiberuflichen Dienstleistungen werden externe Effekte auftreten. Die Qualität einer freiberuflichen Dienstleistung kann Auswirkungen auf Personen haben, die außerhalb der Vertragsbeziehung zwischen Auftraggeber und Freiberufler stehen. Die fehlerhafte Prüfung eines Jahresabschlusses kann zu Verlusten bei den Gläubigern des geprüften Unternehmens führen, ein einstürzendes Gebäude die Öffentlichkeit gefährden. Die Entscheidung eines Rechtsstreits durch ein Obergericht schafft durch den „Präzedenzfall“ Information für die Beteiligten vergleichbarer Streitfälle, indem Rechtsunsicherheit verringert wird, ist also ein positiver externer Effekt.

925. Bei externen Effekten besteht das Problem, dass Produzenten und Konsumenten die Auswirkungen ihrer Entscheidungen auf Dritte nicht berücksichtigen. Berührt eine bestimmte Qualitätskomponente vor allem die Interessen Dritter, wird der Auftraggeber kaum bereit sein, dafür viel Geld zu bezahlen. Deshalb wird aus gesellschaftlicher Sicht zu wenig von dieser Qualitätskomponente produziert werden.

926. Der klassische Ansatz zur Lösung des Problems der externen Effekte besteht darin, dass der Staat die Verursachung von negativen externen Effekten besteuert und die Verursachung von positiven externen Effekten subventioniert. Daneben gibt es die Möglichkeit, handelbare Rechte zur Ausübung externer Effekte einzuführen. Ebenfalls denkbar ist es, die Verursachung bestimmter negativer externer Effekte vollkommen zu verbieten bzw. Vorschriften zu erlassen, die zur Berücksichtigung der Interessen Dritter zwingen. Im Bauwesen z. B. werden negative externe Effekte ästhetischer Art zumindest in Extremfällen durch die Verunstaltungsverbote in den Landesbauordnungen verhindert.²¹ Die negativen externen Effekte, die durch unsichere Gebäude entstehen, werden durch technische Sicherheitsstandards insbesondere in den Landesbauordnungen bekämpft.

1.5.5.3 Öffentliche Güter

927. Öffentliche Güter sind durch das Merkmal „Nicht-rivalität im Konsum“ gekennzeichnet. Nichtrivalität im Konsum bedeutet, dass der aus dem Konsum eines Gutes resultierende Nutzen nicht durch die Mitbenutzung durch

²¹ Vergleiche z.B. Artikel 11 BayBauO.

andere Personen beeinträchtigt wird. Die klassischen Beispiele für öffentliche Güter sind die Landesverteidigung oder der Impfschutz gegen bestimmte Krankheiten. Auch bei einigen freiberuflichen Leistungen wird ein Zusammenhang mit öffentlichen Gütern behauptet. So geht die Europäische Kommission davon aus, dass freiberufliche Dienstleistungen öffentliche Güter hervorbringen, die für die Gesellschaft als Ganzes von Wert sind.²² Als Beispiele für solche öffentlichen Güter nennt die Kommission die ordnungsgemäße Justizverwaltung (besser: „funktionsfähige Rechtspflege“) und die Schaffung eines qualitativ hochwertigen städtischen Umfelds.

928. Die Nichtrivalität öffentlicher Güter führt dazu, dass nur unzureichende Anreize für ihre private Erzeugung bestehen. Das gilt im Besonderen, wenn auch noch die Eigenschaft der Nichtausschließbarkeit hinzukommt. Nichtausschließbarkeit bedeutet, dass eine Ausschließung bestimmter Personen von der Nutzung eines Gutes nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist.

929. Zwar kann der Bedarf nach öffentlichen Gütern einen legitimen Grund für staatliche Eingriffe in den Wettbewerb darstellen. Es ist jedoch problematisch, wenn sehr unbestimmte öffentliche Güter in die Diskussion eingeführt werden. Es besteht die Gefahr, dass bestimmte Schlagworte wie „Reibungslosigkeit des Rechtsverkehrs mit Behörden und Gerichten“²³ unreflektiert zu öffentlichen Gütern erklärt werden und als pauschale Rechtfertigung für Regelungen dienen, ohne dass im Einzelnen dargestellt wird, welche konkreten Vor- oder Nachteile damit gemeint sind.

1.5.6 Qualitätssicherung

930. Das wohl am häufigsten genannte Argument zur Rechtfertigung bestimmter berufsrechtlicher Regelungen ist, dass sie zur Qualitätssicherung auf einem von asymmetrischer Informationsverteilung gekennzeichneten Markt notwendig sind. Im Folgenden soll untersucht werden, inwiefern bestimmte Arten von Regelungen geeignet sind, dieses Ziel zu fördern.

931. Die meisten Freien Berufe sind dadurch gekennzeichnet, dass sie über eine geschützte Berufsbezeichnung verfügen, deren Verwendung Personen mit einer bestimmten Ausbildung vorbehalten ist. Vielen Freien Berufen sind zudem bestimmte Tätigkeiten vorbehalten, deren Ausübung nur den Berufsangehörigen gestattet ist. So ist die Ausübung der Heilkunde den Ärzten und Heilpraktikern vorbehalten,²⁴ und nur Rechtsanwälte und bestimmte andere Berufe sind zur geschäftsmäßigen Rechtsberatung und Rechtsbesorgung befugt.

²² Vergleiche Report on Competition in Professional Services, COM(2004) 83 final, Tz. 27. Die deutsche Version, die davon spricht, dass bestimmte freiberufliche Dienstleistungen öffentliche Güter seien, erscheint missverständlich, vgl. KOM(2004) 83 endg., a. a. O., Tz. 27.

²³ Ein traditionell genanntes Schutzgut des Rechtsberatungsgesetzes.

²⁴ Vergleiche § 1 Abs. 1 Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz).

932. Grundsätzlich sind geschützte Berufsbezeichnungen und vorbehaltene Tätigkeitsbereiche geeignet, dem Problem asymmetrischer Informationsverteilung entgegenzuwirken. Die Auftraggeber können sich bei der Beauftragung eines Berufsangehörigen zumindest sicher sein, dass dieser einst die vorgeschriebene Ausbildung absolviert hat. Allerdings ist zu diskutieren, ob in diesen Fällen nicht das mildere Mittel des Schutzes der Berufsbezeichnung ausreicht. Vorbehaltene Tätigkeitsbereiche können wettbewerbspolitisch nur dann gerechtfertigt werden, wenn der Kreis der zugelassenen Personen und Ausbildungen hinreichend weit ist und Personen, die ausreichend qualifiziert sind, nicht ausgeschlossen werden.

933. Ein weiteres Mittel, um asymmetrischen Informationen entgegenzuwirken, ist die berufsrechtliche Festlegung bestimmter Qualitätsmerkmale. Als Beispiel ist zu denken an die Verpflichtung zur Verschwiegenheit bei heilkundlichen oder rechtsberatenden Berufen. Durch solche Regelungen werden Auftraggeber davor geschützt, dass der Dienstleistungserbringer bezüglich dieser Qualitätskomponente schlechte Arbeit erbringt. Zwar ist es denkbar, diese Qualitätsmerkmale bei der Auftragsvergabe festzuschreiben. Eine gesetzliche Festlegung hat aber den Vorteil, dass sie Transaktionskosten spart und Sanktionen vorsehen kann, die – wie etwa der Ausschluss aus dem Beruf – vertraglich nicht vereinbart werden können. Eine derartige Festschreibung ist gerechtfertigt, wenn anzunehmen ist, dass die überwiegende Zahl der Auftraggeber auf dieses Merkmal Wert legen.

934. Von Seiten der Berufsvertreter wird oft argumentiert, dass auch Mindestpreisregelungen zur Qualitätssicherung beitragen. Diese Argumente stellen typischerweise darauf ab, dass der Freiberufler dazu bereit ist, angemessene Qualität zu liefern, solange er dabei ein „auskömmliches“ Einkommen erzielen kann. Nur wenn die Preise aufgrund des Wettbewerbs so tief fallen, dass ein „auskömmliches“ Einkommen mit Qualitätsarbeit nicht mehr erzielt werden kann, wird an der Qualität gespart, indem schneller und weniger sorgfältig gearbeitet wird.

935. Die Argumentation lässt offen, woher die Bereitschaft zur Qualitätsarbeit kommt. Denn bei einer Mindestpreisregelung wird der Freiberufler weder durch den Wettbewerb noch durch die berufsrechtliche Regulierung selbst gezwungen, Qualitätsarbeit zu leisten. Zwar sollte die Möglichkeit einer außerökonomischen Motivation zur Qualitätsarbeit, z. B. aufgrund einer „Berufsehre“ oder durch „peer-pressure“, nicht sofort von der Hand gewiesen werden. Jedoch muss dann auch dargelegt werden, wie diese Motivation bei allen Berufsangehörigen sichergestellt bzw. den Berufseinsteigern vermittelt werden kann. Auch wenn dies gelingt, bleibt immer noch die Frage, wie sich das Berufsethos als Triebfeder freiberuflicher Tätigkeit zu dem natürlichen Gewinnstreben verhält, das auch Angehörigen Freier Berufe zu Eigen ist und das nicht mit dem Erreichen eines „auskömmlichen“ Einkommens zu wirken aufhört.

936. Auch sollte nicht übersehen werden, dass bei einem Markzutritt, der nicht durch einen Numerus clausus

beschränkt ist, garantierte Mindestpreise keine Garantie eines „auskömmlichen“ Einkommens sind. Denn die Aussicht auf „auskömmliche“ Einkommen kann einen Beruf attraktiv für Neueinsteiger machen, was zu erhöhten Markteintritten führen würde, wodurch die Einkommen unter Druck gerieten. Ebenso kann die „Auskömmlichkeit“ der Einkommen durch einen Rückgang der Nachfrage gefährdet werden.

937. Ein anderes Argument zur Rechtfertigung von Mindestpreisregelungen stellt darauf ab, dass durch den Ausschluss des Preiswettbewerbs der Freiberufler zum Qualitätswettbewerb gezwungen werde. Da er nicht durch besonders niedrige Preise um Kunden werben könne, müsse er dies durch besonders qualitätsvolle Arbeit tun. Diese Argumentation erscheint zuerst einleuchtend, steht aber in einem Spannungsverhältnis zur Annahme von asymmetrischen Informationen. Denn damit Qualität ein Wettbewerbsparameter sein kann, müssen die Kunden zur Beurteilung der Qualität in der Lage sein. Folglich muss für dieses Argument unterstellt werden, dass die Kunden bei ihrer Entscheidung aus Sicht des Regulierers zu wenig Wert auf Qualität legen und sie deshalb durch die Regulierung auf ein höheres Qualitätsniveau gezwungen werden müssen. Dabei wird übersehen, dass eine Regulierung auch zu einem überhöhten Qualitätsniveau führen kann.

938. Qualitativ hochwertige Güter sind regelmäßig teurer als qualitativ niedrigere Varianten eines Gutes. Bei persönlich erbrachten Dienstleistungen folgt dies nicht nur aus dem höheren Zeitaufwand, sondern auch daraus, dass besonders befähigte Berufsangehörige höhere Opportunitätskosten für ihre Zeit haben. Wenn ein bestimmtes Gut nur in einer qualitativ hochwertigen, aber teuren Variante angeboten wird, werden möglicherweise viele Personen ganz auf dieses Gut verzichten, während sie bei einer qualitativ einfachen, aber billigeren Variante bereit wären, es zu konsumieren. Das Ziel eines hohen Qualitätsniveaus steht dann im Widerspruch zum Ziel eines breiten Zugangs zur betreffenden Leistung.

939. Zudem ist zu bedenken, dass „Qualität“ letztlich alle Eigenschaften umfasst, die vom Kunden irgendwie wertgeschätzt werden. Dazu gehören auch Eigenschaften wie die gefällige Verpackung bzw. – bei freiberuflichen Dienstleistungen – die elegante Einrichtung der Praxis- oder Kanzleiräume. Diese Qualitätsmerkmale können vom Nachfrager relativ einfach beurteilt werden und sind deshalb im „Qualitätswettbewerb“ von nicht unwesentlicher Bedeutung. Es gibt jedoch keinen Grund, diese Art von Qualitätswettbewerb durch die staatliche Untersagung von Preiswettbewerb besonders zu stärken.

1.5.7 Unvollständige Verträge

940. Ein weiterer Regulierungsgrund, der eng mit dem Informationsproblem zusammenhängt, ist der Wunsch, den Abschluss eines effizienten Vertrages zu erleichtern. Zur Veranschaulichung dient das Referenzmodell des vollständigen Vertrages. Ein solcher vollständiger Vertrag würde eine komplette Beschreibung des Vertragsgegenstandes und eine Zuordnung aller Risiken, die mit der

Durchführung des Vertrages verbunden sind, beinhalten.²⁵ Dies würde auch die vertragliche Reaktion auf sehr unwahrscheinliche Ereignisse einschließen. Die Aushandlung eines derartigen vollständigen Vertrages wäre mit prohibitiv hohen Kosten verbunden. Der Staat bietet durch die Bereitstellung von dispositivem Gesetzesrecht (gesetzliche Vertragsregeln, die von den Parteien abbedungen werden können) sowie der ergänzenden Vertragsauslegung durch die Gerichte Mechanismen an, die ein effizientes Schließen von Verträgen überhaupt erst ermöglichen. Viele dieser dispositiven Vertragsregeln gehören der allgemeinen Rechtsordnung an bzw. sind richterrechtliche Anpassungen der allgemeinen Rechtsordnung an die Besonderheiten eines bestimmten Sachgebietes, bei den Freien Berufen z. B. das besonders strenge Haftungsrecht für Rechtsanwälte.

941. Aber auch einige Regelungen der besonderen Berufsrechte können als Hilfsmittel für einen schnellen und kostengünstigen Vertragsabschluss gerechtfertigt werden. Zum Beispiel ermöglicht die Existenz einer Gebührenordnung, die als Referenztarif dient, dem Konsumenten den schnellen Abschluss eines Anwaltsvertrages, ohne zuvor aufwendige Erkundungen über das angemessene Honorar oder lange Verhandlungen mit dem Anwalt über Höhe und Struktur des Anwaltshonorars vornehmen zu müssen. Der Konsument kann sich darauf verlassen, dass die gesetzlichen Anwaltsgebühren zumindest im Regelfall nicht vollkommen unangemessen sind und dass die Gebührenordnung verhältnismäßige Anpassungen für die wichtigsten Eventualitäten eines Rechtsstreits enthält. Zudem wollen viele Menschen mit ihrem Arzt oder Anwalt nicht über Geld reden; die Gebührenordnung ermöglicht es, derartige Fragen aus der Beziehung zum Freiberufler herauszuhalten. Eine freiberufliche Gebührenordnung erleichtert möglicherweise auch den Abschluss von Versicherungsverträgen, die den Bedarf nach der geregelten Leistung abdecken sollen (Rechtsschutzversicherung, private Krankenversicherung). Der Versicherungsvertrag muss nicht ausführliche Regelungen zur Höhe der Versicherungsleistung im Einzelfall treffen, sondern kann auf die Gebührenordnung verweisen. Allerdings gibt es auch Versicherungszweige mit schwer zu definierender Leistungshöhe, die ohne Gebührenordnungen auskommen bzw. sie durch privatautonome Vereinbarungen mit den Leistungserbringern ersetzen.

942. Das Argument der Vertragsabschlusserleichterung reicht aber nur aus, um berufsrechtliche Regelungen zu rechtfertigen, die dispositiver Natur sind, also beispielsweise eine Gebührenordnung als Referenztarif, nicht aber zwingende Regelungen wie Höchst- oder Mindestpreise. Denn wenn die Parteien eines Vertrages übereinstimmend vom dispositiven Recht abweichen wollen, dann ist zu vermuten, dass diese Abweichung den Interessen der Parteien besser entspricht als die Regelung des dispositiven Rechts. Um zwingende Regeln des Vertragsrechts zu rechtfertigen, ist darüber hinaus ein Ungleichgewicht bei

²⁵ Vergleiche Schäfer, H.-B., Ott, C., Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage, Berlin 2005, S. 401 ff.

den Informationskosten bezüglich der rechtlichen Regelungen notwendig, das dazu führt, dass der Wettbewerb verschiedener Anbieter mit dem Parameter Vertragsbedingungen nur schlecht funktioniert. In solchen Fällen wird es jedoch meist ausreichen, eine erschwerte Abdingbarkeit vorzusehen, wie dies in der allgemeinen Rechtsordnung z. B. für den Bereich der allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt.²⁶ Außerdem sollten zwingende oder erschwert abdingbare Regelungen auf Fälle beschränkt bleiben, bei denen tatsächlich eine solche Asymmetrie anzunehmen ist. Das kann bedeuten, dass die Schutzvorschrift nur für Verträge mit Verbrauchern gilt, nicht dagegen für solche mit Unternehmen. Es ist eigenartig, dass viele freiberufliche Regelungen mit dem Argument des Verbraucherschutzes gerechtfertigt werden, obwohl sie unterschiedslos für Verbraucher und Unternehmer gelten.

943. Teilweise werden Vorschriften auch damit gerechtfertigt, dass sie eine Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand erleichtern sollen. Derartige Regelungen, soweit sie denn gerechtfertigt sind, sollten jedoch als Sonderrecht für die öffentliche Verwaltung und nicht als allgemeine berufsrechtliche Preisregelungen ergehen.

1.6 Rechtfertigung durch Umverteilung

944. Neben der Existenz von Marktunvollkommenheiten wird auch der Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit als Rechtfertigung für berufsrechtliche Regelungen genannt. Zwar wird dabei nicht die grundsätzliche Verteilung von Einkommen und Vermögen kritisiert. Es wird jedoch argumentiert, dass die betroffene freiberufliche Leistung etwas ist, das – bei Bedarf – allen Mitgliedern der Bevölkerung zur Verfügung stehen soll. Da der Wettbewerb ein derartiges Verteilungsergebnis nicht herstellen könne, müsse es durch staatlichen Eingriff sichergestellt werden. Der Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit wird vor allem zur Rechtfertigung freiberuflicher Gebührenordnungen genannt. Nach Ansicht der Befürworter ermöglichen diese Regelungen eine Quersubventionierung zwischen Aufträgen, die für wirtschaftlich schwache Personen erbracht werden, und solchen für wirtschaftlich starke Personen.

945. Die Legitimität staatlicher Umverteilungsziele steht grundsätzlich außerhalb der Wettbewerbspolitik; sie werden vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber innerhalb der verfassungsrechtlich gesetzten Grenzen festgelegt.²⁷ Wettbewerbspolitisch relevant ist aber die Frage, ob ein bestimmter staatlicher Eingriff, der den Wettbewerb beschränkt, überhaupt geeignet ist, das mit ihm angestrebte Umverteilungsziel zu erreichen. Auch ist zu überprüfen, wie ein gegebenes Umverteilungsziel möglichst wettbewerbsschonend bzw. möglichst effizient durchgeführt werden kann.

²⁶ Vergleiche §§ 305 bis 310 BGB.

²⁷ Für die Untergrenze staatlicher Umverteilung vgl. BVerfGE 82, 60, 80 (grundrechtlicher Anspruch auf die „Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein“), für eine Obergrenze vgl. BVerfGE 93, 121, 138 (Halbteilungsgrundsatz), vgl. aber auch BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 18. Januar 2006, 2 BvR 2194/99.

946. Vorrangiges Mittel staatlicher Umverteilung sollten die Institutionen des Steuer- und Sozialsystems sein. Sie greifen nicht direkt in den Markt- und Wettbewerbsprozess ein, sondern stellen wirtschaftlich schwachen Haushalten finanzielle Mittel zur Teilhabe am Marktgeschehen zur Verfügung.

947. Daneben gibt es besondere Systeme, die den Bedarf nach bestimmten Gütern abdecken. Diese Güter gelten als besonders förderungswürdig. Sie zeichnen sich auch dadurch aus, dass der Bedarf nach ihnen stark zufallsabhängig und nur schwer versicherbar ist (Gesundheitsdienstleistungen, Rechtsberatung). Teilweise sind mit ihnen auch externe Effekte oder strategische Momente verbunden.

948. Wettbewerbspolitisch scheint es geboten, den Prozess der Gütererzeugung möglichst weitgehend dem Wettbewerb zu überlassen und die Umverteilungsmaßnahmen im Wege des allgemeinen Steuer- und Sozialsystems durchzuführen. Dadurch können die Umverteilungsziele erreicht werden, ohne auf die effizienz- und innovationsfördernden Effekte des Wettbewerbs zu verzichten. Bestimmte Markteingriffe können aber in Situationen notwendig sein, in denen die öffentliche Hand bestimmte Güter oder Dienstleistungen beschafft bzw. die Kosten dafür übernimmt, da in solchen Fällen die Marktprozesse des individuellen Aushandelns nicht funktionieren.

949. Auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten erscheint es geboten, Umverteilungsziele mit Maßnahmen zu verwirklichen, die in möglichst geringem Maße in den Wettbewerb eingreifen. Denn das Grundgesetz sieht neben dem Sozialstaatsprinzip (Artikel 20 Abs. 1 GG) auch den grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit (Artikel 12 GG) und der allgemeinen Vertragsfreiheit (Artikel 2 Abs. 1 GG) vor. Im Sinne einer praktischen Konkordanz zwischen konkurrierenden Verfassungsgütern sollten sozialstaatliche Ziele deshalb auf einem Weg angestrebt werden, der in möglichst geringem Maße in die Freiheitsrechte der Marktteilnehmer eingreift.

1.6.1 Quersubventionierung

950. Ein häufig genanntes Umverteilungsargument zugunsten von freiberuflichen Preisregelungen stellt darauf ab, dass Gebührenordnungen eine Quersubventionierung zu Gunsten einkommensschwacher Gruppen ermöglichen. Hohe Preise für Leistungen an zahlungskräftige Auftraggeber ermöglichen danach niedrige Preise für weniger begüterte Kundenschichten. Der einzelne Freiberufler wird also gleichsam zur Umverteilungsstelle.

951. Hier ist zum einen zu fragen, ob dieses System einer Quersubventionierung nicht schon dadurch unterlaufen werden kann, dass einzelne, besonders leistungsfähige Freiberufler wenig lukrative Aufträge grundsätzlich ablehnen oder – falls zulässig – nur für ein höheres Entgelt als gesetzlich vorgesehen ausführen. Zum anderen muss geklärt werden, ob es sich bei dem System tatsächlich um eine Quersubventionierung handelt oder ob nicht vielmehr einfach nur ein Fall einer gesetzlich vorgegebenen

nen Preisdiskriminierung vorliegt. Preisdiskriminierung, d. h. die Differenzierung von Preisen nach der Zahlungsfähigkeit des Kunden, kommt in vielen Bereichen vor und entspringt dem wirtschaftlichen Eigeninteresse des Anbieters.²⁸ Klassische Beispiele sind die Preisunterschiede zwischen First-, Business- und Economy-Class im Flugzeug, die in ihrer Höhe nicht durch Kostenunterschiede zu rechtfertigen sind, oder die Studentenermäßigung im Kino, die nur schwer mit einer generellen Bildungsfreundlichkeit der Kinobetreiber zu erklären ist. Zwar ist auf wenig konzentrierten Märkten wie denen für viele freiberufliche Leistungen eine Preisdiskriminierung als unkoordiniertes Marktverhalten nur schwer vorstellbar, da eine Preisdiskriminierung immer eine gewisse Marktmacht voraussetzt. Aber durch eine gesetzliche Preisregulierung kann eine Preisdiskriminierung zum einheitlichen Marktverhalten aller Marktteilnehmer gemacht werden.

952. Wann kann man also tatsächlich von einer Quersubventionierung sprechen? Nach dem engen Begriff der Quersubventionierung²⁹ wird eine Leistung dann subventioniert, wenn sie zu einem Preis angeboten wird, der unterhalb der Kosten liegt, die die zusätzliche Erbringung der Leistung beim Anbieter verursacht (Grenzkosten der Leistung). Anders ausgedrückt, durch die Erbringung der Leistung entsteht kein positiver Deckungsbeitrag für den Anbieter. Für den Anbieter wäre es also besser, den Auftrag abzulehnen. Etwas anders ist es, wenn der Preis für eine Dienstleistung über den Grenzkosten, aber unter den Durchschnittskosten für eine derartige Tätigkeit liegt. Das bedeutet, der Anbieter erwirtschaftet zwar einen positiven Deckungsbeitrag mit diesem Auftrag, aber wenn der Anbieter nur derartige „schlechte“ Aufträge erhalten würde, könnte er mit diesen Deckungsbeiträgen die Kosten seines Unternehmens nicht decken. Wegen des positiven Deckungsbeitrages ist es für den Freiberufler trotzdem sinnvoll, den Auftrag anzunehmen, soweit er dafür Kapazitäten frei hat. Eine Quersubventionierung im engeren Sinn liegt dann aber nicht vor. Es ist ein normales, betriebswirtschaftlich sinnvolles Verhalten, Aufträge anzunehmen, deren Preis oberhalb der Grenzkosten, aber unterhalb der Durchschnittskosten liegt. Es ist denkbar, dass viele Aufträge, die angeblich quersubventioniert werden, nur zu dieser zweiten Kategorie gehören, aber nicht zur ersten.

1.6.2 Zwangsverträge

953. Ein weiteres Umverteilungsargument betrifft Regelungen, mit denen der Staat die eigene Beschaffung von privat erbrachten Leistungen einseitig regelt. Als Beispiel können die anwaltlichen Gebühren in Beratungshilfesachen dienen. Der Staat stellt wirtschaftlich bedürftigen Personen eine kostenlose oder subventionierte Rechtsberatung zur Verfügung. Dazu bedient er sich der Rechtsanwälte, die zur Erbringung dieser Beratung gesetzlich ver-

pflichtet sind. Für die Erbringung der Beratung erhält der betroffene Rechtsanwalt eine gesetzlich festgelegte Gebühr. Die Rechtfertigung für die gesetzliche Regelung dieser Gebühr liegt hier in der Einseitigkeit der Inanspruchnahme. Der Anwalt kann in diesem Fall nicht wie sonst vor Mandatsübernahme über den Preis verhandeln. Denn ein effektives Verhandeln setzt die Ablehnungsmöglichkeit oder eine andere Sanktionsmöglichkeit, z. B. die Möglichkeit einer Zwangsschlichtung, voraus. Hier aber ist der Anwalt gesetzlich zur Leistungserbringung verpflichtet. Ähnliche (gesetzliche oder kollektivvertragliche) Regelungen über die Vergütung von Leistungen bei Kontrahierungszwang finden sich auch in anderen Bereichen, z. B. im Gesundheitsbereich.

954. Die Notwendigkeit dieser Regelungen folgt aber nicht etwa aus dem freiberuflichen Charakter der Leistungen, sondern aus der besonderen Form der staatlichen Leistungsbeschaffung. Eine große Gruppe von Leistungserbringern wird durch den Staat zur Leistungserbringung an Dritte verpflichtet. Der „Abruf“ der konkreten Leistung erfolgt regelmäßig nicht durch den Staat selbst, sondern direkt durch den Begünstigten. Deshalb kann dieses Argument nicht zur Rechtfertigung von Gebührenregelungen außerhalb des „Zwangsbereiches“ verwendet werden.

1.6.3 Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung

955. Für manche berufsrechtlichen Regelungen wird auch angeführt, dass sie der Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung mit der betroffenen freiberuflichen Dienstleistung dienen. Anders als sonst bei Fragen der flächendeckenden Versorgung üblich geht es hier aber nicht um eine unternehmensinterne Quersubventionierung zugunsten weniger attraktiver Regionen. Vielmehr wird damit argumentiert, dass die betreffenden Regelungen die bestehende Struktur der Angebotsseite aus kleinen Unternehmen sicherstellen. Sollten diese Regelungen wegfallen, bestünde die Gefahr, dass der Markt von großen Unternehmen dominiert würde, welche die Versorgung weniger dicht besiedelter Regionen vernachlässigen würden.

956. Zwar ist es zutreffend, dass verstärkter Preiswettbewerb in einem Wirtschaftssektor zu einer Zunahme der Unternehmenskonzentration führen kann. Es ist aber widersprüchlich zu argumentieren, dass in einer Branche einerseits kleine Unternehmen keine Chance mehr haben und andererseits es Gegenden mit ernsthafter Unterversorgung geben soll. Dies übersieht, dass unterversorgter Bedarf auf der Nachfragerseite Chancen auf der Anbieterseite eröffnet, gerade auch für kleine Unternehmen. Es kommt hinzu, dass Festpreise falsche Anreize für die Standortwahl setzen. Denn gerade bei freigegebenem Preiswettbewerb besteht für Anbieter der Anreiz zur Ansiedlung in bisher unterversorgten Gegenden, in denen die Konkurrenz noch nicht so stark ist. Andererseits können zu hohe Festpreise zu einer Überversorgung in attraktiven Gegenden führen. Zwar kann die Zulassung von Preiswettbewerb zu unterschiedlichen Preisen in ver-

²⁸ Die § 19, 20 GWB und Artikel 82 EGV verbieten Preisdiskriminierung nur unter bestimmten zusätzlichen Voraussetzungen.

²⁹ Der weitere Begriff der Quersubventionierung ist vor allem für die Regulierung natürlicher Monopole relevant.

schiedenen Gegenden führen. Dies gilt aber auch für viele andere Güter. Es gibt keine Besonderheiten bei freiberuflichen Dienstleistungen, die hier eine „Tarifeinheit im Raum“ rechtfertigen würden.

1.7 Problematik der Selbstregulierung

957. Eine ebenfalls wichtige Frage bei der Regulierung Freier Berufe ist die Frage, wer mit der Ausgestaltung und Durchsetzung der Regelung zu betrauen ist. In Frage kommen entweder der Staat durch Gesetze und Rechtsverordnungen oder eine Berufsorganisation wie z. B. eine öffentlich-rechtliche Berufskammer (Selbstregulierung). Der Vorteil einer Selbstregulierung ist, dass die betroffene Berufsgruppe über eine hohe Sachkenntnis verfügt. Der Nachteil der Selbstregulierung liegt in der Gefahr, dass bei den Entscheidungen die Interessen der momentanen Berufsangehörigen im Vordergrund stehen und nicht unbedingt die von Nachfragern, konkurrierenden Berufen oder potentiellen Berufseinsteigern. So wird es regelmäßig im Interesse der aktuellen Berufsangehörigen liegen, den Zugang zum Beruf restriktiv auszugestalten, um die vorhandene Nachfrage nicht zu weit zu verteilen. Auch ist es denkbar, dass die Interessen von Minderheiten innerhalb der Berufsgruppe bei der Entscheidungsfindung übergangen werden.

958. Die Einführung einer Selbstregulierung eignet sich deshalb noch am ehesten für Bereiche, in denen nur die Interessen der Berufsangehörigen selber betroffen sind, oder für Bereiche, in denen die Interessen der Berufsgruppe mit denen der übrigen Bevölkerung parallel gehen. Die Selbstregulierung durch Berufskammern sollte sich also vor allem auf Themenfelder erstrecken, bei denen es um die Festsetzung und Überwachung von Qualitätsstandards beruflicher Arbeit geht. Daneben ist auch an eine stärkere Rolle der Berufsverbände im Bereich der außergerichtlichen Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Auftraggebern und Berufsangehörigen zu denken. Dagegen ist Selbstregulierung, die primär die kommerziellen Aspekte der freiberuflichen Tätigkeit betrifft, z. B. über die Werbung, sehr kritisch zu sehen. Denn hier besteht eine besondere Gefahr von Wettbewerbsbeschränkungen zum Nachteil der Nachfrager.

1.8 Kartellrechtliche Beurteilung berufsrechtlicher Regelungen

959. Heute ist unbestritten, dass sich auch die Freien Berufe grundsätzlich im Anwendungsbereich des Kartellrechts befinden. Die ältere Auffassung, nach der die Freien Berufe wegen des ideellen, nichtwirtschaftlichen Charakters ihrer Tätigkeit grundsätzlich vom Kartellrecht ausgenommen sind, wird heute nicht mehr vertreten.

960. Zwei Gesichtspunkte sind allerdings fraglich: Inwieweit sind freiberufliche Regelungen wegen ihrer öffentlich-rechtlichen Form (Gesetz, Rechtsverordnung, Satzung) vom Kartellrecht ausgenommen und inwieweit rechtfertigen Besonderheiten einzelner Freier Berufe Ausnahmen vom Kartellrecht für einzelne berufsrechtliche Regelungen?

961. Dabei ist für die erste Frage zwischen europäischem und deutschem Kartellrecht zu unterscheiden. Zwar sind mit der Siebten GWB-Novelle, anlässlich des Inkrafttretens der VO 1/2003, die materiell-rechtlichen Bestimmungen des deutschen Kartellrechts an das europäische Wettbewerbsrecht angepasst worden. Es stellt sich jedoch die Frage, ob § 1 GWB die gleiche Vorrangwirkung vor anderen Regelungen hat wie Artikel 81 EGV.

1.8.1 Europäisches Kartellrecht

962. Das Kartellverbot des Artikel 81 Abs. 1 EGV richtet sich an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ergibt sich, dass Angehörige Freier Berufe, die als Selbständige tätig sind, zu den Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift zählen.³⁰ Der Gerichtshof stellt darauf ab, dass die selbständigen Angehörigen Freier Berufe – wie andere Unternehmen auch – Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbieten. Die Komplexität der freiberuflichen Tätigkeit oder der Umstand, dass die Berufsausübung besonderen Regeln unterliegt, stehen der Unternehmenseigenschaft nicht entgegen. Die Berufsverbände der Freien Berufe sind Unternehmensvereinigungen; das gilt auch, wenn sie – wie z. B. die deutschen Berufskammern – in der Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft organisiert sind.

963. Bevor eine Regelung, die von einem Berufsverband erlassen wurde, am Maßstab des Artikel 81 EGV überprüft werden kann, muss untersucht werden, ob die Regelung als Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder als staatliche Rechtsnorm einzustufen ist. Denn staatliche Rechtsnormen sind vom Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts ausgenommen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist für eine Einstufung als staatliche Rechtsnorm erforderlich, dass der betroffene Mitgliedstaat bei der Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf einen Berufsverband Kriterien des Allgemeininteresses und wesentliche Grundsätze festsetzt, die bei der Rechtssetzung zu beachten sind, und die Letztentscheidungsbefugnis behält.³¹

964. Kommt man zu dem Ergebnis, dass es sich bei einer Regelung um den Beschluss einer Unternehmensvereinigung handelt, dann ist zu fragen, ob die Regelung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Außerdem muss die Regelung geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, darf also nicht etwa nur lokale oder regionale Auswirkungen haben. Bei einer Regelung, die im gesamten Gebiet eines Mitgliedstaates gilt, geht der Gerichtshof ohne weiteres

³⁰ Vergleiche EuGH, Urteil vom 18. Juni 1998, Rs. C-35/96, Slg. 1998, I-3851, Kommission/Italien, Rn. 34 ff. (italienische Zollspediteure); EuGH, Urteil vom 12. September 2000, Rs. C-180/98 bis C-184/98, Slg. 2000, I-6451, Pavlov u.a., Rn. 74 ff. (Ärzte in den Niederlanden); EuGH, Urteil vom 19. Februar 2002, Rs. C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Wouters, Rn. 45 ff. (Rechtsanwälte in den Niederlanden).

³¹ Wouters Rn. 68.

von einer Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels aus.³²

965. Wenn die oben genannten Voraussetzungen erfüllt sind, ist bei Berufsregeln die „Wouters-Ausnahme“ zu prüfen. In der Rechtssache „Wouters“ entschied der EuGH, dass Berufsregeln nicht im Anwendungsbereich des Artikel 81 EGV liegen, wenn sie erforderlich sind, um die ordnungsgemäße Ausübung des Berufes sicherzustellen. Dabei ist der konkrete rechtliche Rahmen, der für den betroffenen Freien Beruf gilt, zu berücksichtigen.

966. Sollte die Wouters-Ausnahme nicht greifen, muss schließlich noch geprüft werden, ob die Berufsregel gemäß Artikel 81 Abs. 3 EGV i.V.m. Artikel 1 Abs. 1 VO 1/2003 freigestellt ist. Das setzt gemäß Artikel 81 Abs. 3 EGV voraus, dass die Regelung zur Verbesserung von Produktion oder Verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt und die Verbraucher an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden. Jedoch darf die Regelung den Berufsangehörigen nur Beschränkungen auferlegen, die für die Verwirklichung dieser Ziele notwendig sind, und es darf nicht zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren kommen.

967. Noch nicht wirklich geklärt ist, in welchem Verhältnis die Wouters-Ausnahme zum Freistellungstatbestand des Artikel 81 Abs. 3 EGV steht. Beide Rechtsinstitute ermöglichen es, wettbewerbsbeschränkende Regelungen durch Berufung auf andere Interessen zu rechtfertigen. Die Einführung der Wouters-Ausnahme als Tatbestandsrestriktion mag damit zu erklären sein, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung die mit der VO 1/2003 verbundene Reform des europäischen Kartellrechts noch nicht in Kraft getreten war. Unter dem damals noch geltenden präventiven Anmeldungs- und Genehmigungsverfahren hätten dann alle von Kammern oder Verbänden gesetzten berufsrechtlichen Regelungen bei der Kommission angemeldet werden müssen, um eine Freistellung nach Artikel 81 Abs. 3 EGV zu erhalten. Diese Konsequenz wollte der Gerichtshof offensichtlich vermeiden. Da inzwischen aber das Prinzip der Legalausnahme gilt, ist zu überlegen, ob die Wouters-Ausnahme überflüssig geworden ist.

968. Zwar sind in Deutschland die meisten berufsrechtlichen Regelungen in Form von Gesetzen oder Rechtsverordnungen ergangen, werden also nicht direkt von Artikel 81 Abs. 1 EGV erfasst. Es gibt jedoch auch Berufsordnungen, die in der Form von Satzungen durch Berufskammern erlassen werden.³³ Diese unterliegen grundsätzlich einer Prüfung nach Artikel 81 EGV. Denn diese Satzungen sind nach der Rechtsprechung des EuGH als Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen zu charakterisieren. Das folgt daraus, dass sie allein von Berufsvertretern beschlossen werden und es kein staatliches Letztentscheidungsrecht gibt. Zwar wird teilweise vertreten,

dass durch gesetzliche Bestimmungen, welche die Berufsordnung auf bestimmte Themengebiete beschränken und eine staatliche Rechtsaufsicht vorsehen, diese Regelungen den Charakter von staatlichen Rechtsnormen erhalten.³⁴ Dies kann nach Ansicht der Monopolkommission jedoch nicht überzeugen. Denn trotz dieser Vorschriften besteht immer noch ein erheblicher Gestaltungsspielraum der Berufskammern innerhalb der gesetzlich gezogenen thematischen Grenzen, und die staatliche Rechtsaufsicht erstreckt sich nur auf die Kontrolle der Einhaltung der rechtlichen Grenzen und nicht auf Zweckmäßigkeitserwägungen. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Berufskammern ja nicht verpflichtet sind, jede verfassungsrechtlich zulässige Beschränkung der Berufsfreiheit zu erlassen.

969. Nach Artikel 5 VO 1/2003 sind die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten, in Deutschland also das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden, grundsätzlich für die Anwendung des Artikel 81 EGV im Einzelfall zuständig. Diese Behörden sind folglich befugt, in Satzungsform ergangene Berufsordnungen auf ihre Konformität mit dem europäischen Wettbewerbsrecht zu überprüfen. Falls Bestimmungen dieser Berufsordnungen gegen das europäische Wettbewerbsrecht verstoßen, kann die zuständige Behörde die Aufhebung dieser Regelung verlangen. Zudem kann sie gegen Berufsverbände oder Berufskammern vorgehen, die europarechtswidrige Berufsordnungen gegenüber ihren Mitgliedern durchzusetzen versuchen.

970. Neben der kartellrechtlichen Verantwortlichkeit der Berufsverbände für die von ihnen gesetzten Berufsregeln gibt es im europäischen Wettbewerbsrecht auch noch eine Verantwortlichkeit des Mitgliedstaates für bestimmte, von ihm gesetzte, wettbewerbsbeschränkende Rechtsnormen. Zwar sind, wie oben erwähnt, staatliche Rechtsnormen (Gesetze und Rechtsverordnungen) grundsätzlich vom Geltungsbereich des europäischen Kartellrechts ausgenommen. Nach der Rechtsprechung des EuGH verletzt ein Mitgliedstaat jedoch seine Loyalitätspflicht aus Artikel 10 EGV, wenn er gegen Artikel 81 EGV verstößende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt.³⁵ Ein solcher Verstoß setzt jedoch stets einen Zusammenhang mit einem kartellrechtswidrigen Verhalten von Unternehmen voraus.³⁶ Es reicht also nicht aus, dass eine staatliche Rechtsnorm wie z. B. eine Mindestpreisregelung die gleiche Wirkung wie ein privates Kartell hat. Nach europäischem Kartellrecht ist es einem Mitgliedstaat also nicht erlaubt, ein Abweichen von einer privaten Preisabsprache zu verbieten, er darf aber selber eine staatliche Preisregelung einführen.

³² Wouters Rn. 95.

³³ Bei den Rechtsanwälten gibt es eine besondere Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer, welche die Berufsordnung erlässt.

³⁴ Vergleiche Eichele, W., Happe, E., Verstoßen die BORA und die FAO gegen das europäische Kartellrecht?, in: Neue Juristische Wochenschrift, Jg. 56, 2003, S. 1214 ff., 1218.

³⁵ Ständige Rechtsprechung, vgl. EuGH, Urteil vom 9. September 2003, Rs. C-198/01, Slg. 2003, I-8055, Cif, Rn. 46.

³⁶ EuGH, Urteil vom 17. November 1993, Rs. C-2/91, Slg. 1993, I-5751, Meng, Rn. 22.

971. Berufsrechtliche Regelungen mit gleichem Inhalt werden also unterschiedlich behandelt, je nachdem ob es sich um staatliche Rechtsnormen (Gesetze oder Rechtsverordnungen) oder um von Berufsverbänden (seien es öffentlich-rechtliche oder private) gesetzte Regeln handelt. Die Monopolkommission hat sich bereits im Achten Hauptgutachten kritisch mit dieser Bevorzugung staatlicher Regelungen auseinandergesetzt. Sie hinterfragte damals die wettbewerbspolitische Sinnfälligkeit dieser Unterscheidung. Die wettbewerbsrechtliche Wirkung staatlicher Rechtsnormen sei ungleich gravierender als die bloße Förderung privater Wettbewerbsbeschränkungen, da private Kartelle einem ständigen Erosionsprozess durch Außenseiter und Geheimwettbewerb ausgesetzt seien, während staatliche Regulierung dauerhaft und umfassend Wettbewerb durch bürokratische Regulierung ersetze.³⁷

972. Jedoch kann die vom EuGH gemachte Unterscheidung damit erklärt werden, dass eine uneingeschränkte Anwendung von Artikel 81 EGV auf staatliche Rechtsnormen letztlich fast die gesamte Wirtschaftsgesetzgebung der Mitgliedstaaten dem Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts unterwerfen würde, was dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung widerspräche. Diese Ausnahme für staatliche Rechtsnormen sollte jedoch nicht als wettbewerbspolitischer Freibrief verstanden werden. Zum einen bleibt es bei der Anwendbarkeit des übrigen Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Grundfreiheiten. Zum anderen bedeutet die weitgehende Ausnahme staatlicher Rechtsnormen vom europäischen Kartellrecht, dass der EuGH von den Mitgliedstaaten erwartet, dass sie Eingriffe in den Wettbewerb in eigener Verantwortung sorgfältig bedenken und nur bei Vorliegen gewichtiger Gründe vornehmen. Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts mag hier aufhören, der Bereich der Wettbewerbspolitik fängt gerade erst an.

1.8.2 Deutsches Kartellrecht

973. Bei der Betrachtung des deutschen Kartellrechts ist zu unterscheiden zwischen der Rechtslage vor und nach der Siebten GWB-Novelle, wobei für die Rechtslage nach der Novelle noch einige Fragen offen sind.

974. Bereits vor der Siebten GWB-Novelle galt auch im deutschen Recht, dass die Angehörigen der Freien Berufe vom Unternehmensbegriff des § 1 GWB erfasst werden und dass ihre Berufsverbände und Berufskammern Unternehmensvereinigungen im Sinne dieser Vorschrift sind. Jedoch war der Wirkungsbereich des alten GWB gegen berufsrechtliche Wettbewerbsbeschränkungen stark begrenzt. Denn nach ständiger Amtspraxis und Rechtsprechung war eine Anwendung des GWB insoweit ausgeschlossen, als Standesrecht in zulässiger Weise den Wettbewerb der Berufsangehörigen beschränkte.³⁸ Konsequenz dessen war, dass die wettbewerbsrechtlichen Verbotsnormen des GWB nicht nur durch staatliche

Rechtsnormen (Gesetze und Rechtsverordnungen), sondern auch durch öffentlich-rechtliche Satzungen der Berufskammern verdrängt wurden. Zwar wurden solche Satzungen im kartellrechtlichen Verfahren auf ihre Übereinstimmung mit höherrangigem Recht, insbesondere Artikel 12 GG, überprüft. War die Satzung wegen eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht nichtig, dann konnte sie auch das GWB nicht verdrängen. Am Maßstab des GWB geprüft wurden berufsrechtliche Satzungen jedoch nicht.

975. Dies könnte sich durch die Siebte GWB-Novelle geändert haben. Diese Novelle ist vor allem eine Reaktion auf die Reform des europäischen Kartellrechts durch die VO 1/2003. Mit dem Inkrafttreten dieser Reform gilt für zwischenstaatliche Sachverhalte im Ergebnis ein absoluter Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Die Zulässigkeit von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, die geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Zwischenstaatlichkeitsklausel), richtet sich im Ergebnis allein nach Gemeinschaftsrecht. Um die Rechtsunsicherheit zu vermeiden, die durch die begriffliche Unschärfe der Zwischenstaatlichkeitsklausel entsteht, sieht der Gesetzgeber eine weitestgehende Übernahme des europäischen Wettbewerbsrechts vor.³⁹ Es soll nach dem Konzept der Novelle ganz regelmäßig nicht darauf ankommen, ob ein bestimmter Sachverhalt in den Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts oder allein in den des deutschen GWB fällt. Zur Erreichung dieses Zieles wird das deutsche dem europäischen Recht inhaltlich fast vollständig angeglichen.

976. Es fragt sich, welche Auswirkungen diese Harmonisierung auf die kartellrechtliche Behandlung von berufsständischen Regelungen in Form von Rechtsnormen hat. Diese Frage ist vor allem für berufsrechtliche Regelungen auf der Ebene des Landesrechts relevant, da bei bundesweiten Regelungen stets ein zwischenstaatlicher Sachverhalt vorliegen dürfte und damit der Vorrang des Europarechts gilt.

977. Nach Ansicht der Monopolkommission kann aus der Angleichung des deutschen Rechts an das europäische nur der Schluss gezogen werden, dass die Behandlung von Wettbewerbsbeschränkungen in Form von berufsrechtlichen Regelungen in Zukunft nach den Grundsätzen des europäischen Kartellrechts zu erfolgen hat. Insbesondere ist die Abgrenzung zwischen staatlichen Rechtsnormen und Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen nach europäischen Grundsätzen vorzunehmen. Dementsprechend können Gesetze und Rechtsverordnungen auch weiterhin als staatliche Rechtsnormen eingestuft werden und sind damit vom Wettbewerbsrecht ausgenommen. Dagegen können berufsrechtliche Satzungen gemäß den oben dargestellten Grundsätzen als Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen eingeordnet werden. Das bedeutet, dass berufsrechtliche Satzungen auch auf der Grundlage von Landesrecht seit dem Inkraft-

³⁷ Vergleiche Monopolkommission, Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen, Hauptgutachten 1988/1989, Baden-Baden 1990, Tz. 1150 f.

³⁸ Vergleiche BGH WuW/E 1474, 1477, WuW/E 2326, 2328; BGH, Beschluss vom 19. März 1991, KVR 4/98, WRP 1991, 393, 395.

³⁹ Vergleiche Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 15/3640, S. 24.

treten der Siebten GWB-Novelle neben dem Grundgesetz auch an § 1 GWB zu messen sind. Daraus folgt ein noch strengerer Prüfungsmaßstab, da eine Prüfung auch nach § 1 GWB eine Berücksichtigung spezifisch wettbewerblicher Gesichtspunkte zulässt.

978. Im Ergebnis ist festzustellen, dass berufsrechtliche Satzungen und auf ihrer Grundlage ergangene Maßnahmen von Berufskammern unabhängig davon, ob sie auf Bundes- oder Landesrecht beruhen, am Maßstab der Verbotsnormen des Artikel 81 EGV bzw. des § 1 GWB zu messen sind. Als Gegennormen stehen Artikel 81 Abs. 3 EGV bzw. § 2 GWB und möglicherweise die Wouters-Ausnahme zur Verfügung.

1.9 Grundfreiheiten

979. Neben dem Kartellrecht sind bei der rechtlichen Bewertung von Wettbewerbsbeschränkungen bei Freien Berufen auch noch die Grundfreiheiten des EG-Vertrages zu beachten. Im Gegensatz zum Kartellrecht sind diese Regeln auf staatliche Rechtsnormen uneingeschränkt anwendbar. Jedoch erfassen die Grundfreiheiten nicht alle wettbewerbsbeschränkenden Regelungen, sondern nur solche, die zu einer Benachteiligung von – im weiteren Sinne – grenzüberschreitenden Aktivitäten führen.

980. Dabei kommen je nach der Tätigkeit des betroffenen Freien Berufes und der relevanten Regelung verschiedene Grundfreiheiten in Betracht. Die Tätigkeit der Apotheker als Einzelhandel z. B. wird vor allem durch die Warenverkehrsfreiheit betroffen. Hier führte in jüngerer Zeit die Überprüfung deutscher Regelungen an den Grundfreiheiten bereits zu zwei Gesetzesänderungen. So entschied der EuGH Ende 2003, dass ein Verbot des Versandhandels mit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gegen den Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit verstößt.⁴⁰ Mitte 2005 wurde die deutsche Regelung, nach der ein Krankenhaus nur durch eine Apotheke mit Sitz im selben oder in einem benachbarten Landkreis mit Arzneimitteln versorgt werden darf, vom Gesetzgeber aufgehoben. Die Europäische Kommission hatte zuvor ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, weil sie diese Vorschrift für mit der Warenverkehrsfreiheit unvereinbar hielt.

981. Die Niederlassungsfreiheit bzw. die Arbeitnehmerfreizügigkeit sind betroffen, wenn ein Angehöriger eines Freien Berufes in einem anderen Mitgliedstaat dauerhaft als Selbständiger oder Angestellter tätig sein will. Die Dienstleistungsfreiheit erfasst Sachverhalte, in denen ein Auftraggeber einen Angehörigen eines Freien Berufes mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat beauftragen will, z. B. wenn ein deutsches Unternehmen einen französischen Architekten mit der Planung eines Gebäudes beauftragt. Die Kapitalverkehrsfreiheit schließlich kann betroffen sein, wenn ausländischen Investoren die Beteiligung

an einem inländischen freiberuflichen Unternehmen erschwert wird.

982. Wie bereits erwähnt, erfassen die Grundfreiheiten nur Regelungen, die grenzüberschreitende Vorgänge beschränken. Dies ist ohne weiteres der Fall, wenn eine Benachteiligung direkt an die Staatsangehörigkeit eines der Betroffenen oder an den grenzüberschreitenden Charakter der Tätigkeit anknüpft. Aber auch Regelungen, die formal keinen Unterschied zwischen inländischen und ausländischen Marktteilnehmern machen, können ein Eingriff in eine Grundfreiheit sein, wenn sie ausländische Marktteilnehmer oder grenzüberschreitende Transaktionen stärker belasten als inländische Vorgänge. So war z. B. in Deutschland der Versandhandel mit Arzneimitteln sowohl für inländische als auch ausländische Apotheken verboten. Der Gerichtshof argumentierte jedoch, dass trotzdem ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit vorgelegen habe. Denn durch die Regelung würden ausländische Apotheken stärker belastet als inländische, da ihnen damit die einzige praktische Möglichkeit, auf dem deutschen Markt Endverbraucher zu beliefern, verweigert werde.⁴¹

983. In jüngster Zeit ist verstärkt diskutiert worden, inwieweit freiberufliche Gebührenregelungen einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit darstellen. Diese Gebührenregelungen gelten oft gleichermaßen für inländische und ausländische Leistungserbringer. So gilt z. B. die deutsche Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) für Bauvorhaben im Inland, auch wenn die Leistung durch einen ausländischen Architekten erbracht wird.⁴² Bei Rechtsanwälten wird das Verbot von Erfolgshonoraren auch bei ausländischen Anwälten für anwendbar gehalten, die in Deutschland auftreten.

984. Zwar sind derartige Gebührenregelungen keine Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes. Trotzdem können sie eine Behinderung grenzüberschreitender Tätigkeiten darstellen. So verhindern z. B. die Mindestgebührenregelungen, dass ausländische Dienstleistungsanbieter bei der Preiskalkulation das niedrigere Kostenniveau ihres Heimatlandes nutzen können. Ausländische Dienstleistungsanbieter werden gerade am Anfang besonders auf Preisvorteile angewiesen sein, um ihr noch neues Angebot auf dem Inlandsmarkt zu etablieren. Analog werden in Deutschland ansässige Dienstleistungsanbieter bei Auftritten im Ausland benachteiligt, soweit sie dort an die deutschen Gebührenregelungen gebunden sind. Daneben ist zu bedenken, dass die Abrechnung nach spezifischen Gebührenordnungen beim Leistungserbringer mit zusätzlichem Aufwand verbunden ist. Er muss sich mit den Regelungen der Gebührenordnung vertraut machen und sicherstellen, dass Kalkulation und Rechnungsstellung ihren Anforderungen genügen. Diese Belastung wird besonders schwer wiegen, wenn in seinem Heimatland eine derartige Gebührenordnung unüblich ist und stattdessen Abrechnungen nach Zeithonorar und Erfolgshonorare üblich sind. Es wird deshalb vertre-

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2003, Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14887, Deutscher Apothekerverband/DocMorris und Jacques Waterval.

⁴¹ Vergleiche ebenda, Rn. 74.

⁴² Vergleiche BGHZ, 154, 110, 115 f.

ten, dass derartige Gebührenordnungen Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind.⁴³

985. Soweit man einen Eingriff in eine Grundfreiheit, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit bejaht, muss geprüft werden, ob bestimmte implizite und explizite Ausnahmen zu den Grundfreiheiten greifen. Bei der Warenverkehrsfreiheit ist zuerst die Keck-Rechtsprechung zu beachten. Danach sind „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ vom Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ausgenommen, solange sie inländische und ausländische Erzeugnisse in gleicher Weise betreffen.⁴⁴ Diese Ausnahme erfasst aber bei weitem nicht alle den Verkauf betreffenden Regelungen, sondern vor allem Regelungen über den Einzelhandel und die Werbung (Ladenschlusszeiten, Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis etc.). So sind nach Ansicht des EuGH die Regelungen über den Versandhandel mit Arzneimitteln keine bloßen Verkaufsmodalitäten, da sie den Marktzugang für ausländische Arzneimittel stärker behindern können als für inländische. Dagegen dürften z. B. die deutschen Regelungen über die Apothekenpflicht von Arzneimitteln unter die Keck-Rechtsprechung fallen.⁴⁵ Ob die Grundsätze der Keck-Entscheidung auch auf die anderen Grundfreiheiten anwendbar sind, ist zweifelhaft und wurde vom EuGH bisher noch nicht entschieden.⁴⁶

986. Daneben können Eingriffe in die Grundfreiheiten dann gerechtfertigt sein, wenn sie durch „zwingende Allgemeininteressen“ gerechtfertigt sind. Voraussetzung für eine Rechtfertigung ist, dass der fragliche Gemeinwohlgrund im EG-Vertrag genannt ist oder vom EuGH als sonstiges „zwingendes Allgemeininteresse“ anerkannt wird. Die getroffene Regelung muss zudem verhältnismäßig sein. Insbesondere muss dem betroffenen Allgemeininteresse nicht schon durch Rechtsvorschriften aus dem Heimatland des Leistungserbringers Rechnung getragen werden.⁴⁷

987. Eine solche Rechtfertigung hat der EuGH für die Vorschriften des deutschen Rechtsberatungsgesetzes angenommen. Das Rechtsberatungsgesetz behält die gerichtliche Einziehung fremder Forderungen den Rechtsanwälten vor. Dieser Vorbehalt behindert nach Ansicht des EuGH zwar die Tätigkeit ausländischer Inkassounternehmen in Deutschland und greift damit in die Dienstleistungsfreiheit ein. Er sei jedoch durch die von der deutschen Regierung verfolgten Ziele des Schutzes der

Dienstleistungsempfänger und der Rechtspflege gerechtfertigt.⁴⁸

2. Rechtsanwälte

2.1 Aktuelle Situation des Rechtsanwaltsberufes

988. Gemäß § 3 BRAO sind die Rechtsanwälte unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten. Sie sind insbesondere zur Hilfeleistung in Steuer-sachen befugt und dürfen Nebentätigkeiten ausüben, die mit dem Anwaltsberuf vereinbar sind. Schon seit längerer Zeit besteht ein deutlicher Trend weg vom Allgemeinanwalt und hin zum spezialisierten Anwalt. Diese Spezialisierung kann sich im Erwerb einer förmlichen Fachanwaltsbezeichnung ausdrücken, muss dies aber nicht. Ein weiterer Trend ist die stärkere Betonung der außergerichtlichen Rechtsberatung und Rechtsgestaltung im Gegensatz zur klassischen forensischen Tätigkeit.

989. Die Anwaltszahlen in Deutschland sind in den letzten Jahrzehnten enorm gestiegen. Seit Gründung der Bundesrepublik hat sich die Zahl der Rechtsanwälte mehr als verzehnfacht. Waren 1950 erst 12 844 Rechtsanwälte zugelassen, verdoppelte sich diese Zahl in den nächsten 25 Jahren auf 26 854 Rechtsanwälte und verdoppelte sich bis 1989 erneut auf 54 108. Die nächsten Jahre waren von einem weiteren deutlichen Anstieg gekennzeichnet, wobei jedoch die bisherige Unterversorgung in den neuen Bundesländern zu bedenken ist. Die Marke von 100 000 Anwälten wurde im Jahr 2000 überschritten. Ende 2005 wurden 138 104 zugelassene Rechtsanwälte gezählt.⁴⁹

990. Diese Entwicklung muss jedoch in Relation gesetzt werden zur zunehmenden Verrechtlichung aller Lebensbereiche, zum gestiegenen Einkommensniveau, das zu höherer Nachfrage nach Rechtsdienstleistungen geführt haben wird, sowie zur allgemeinen Entwicklung der Wirtschaftsstruktur hin zu Dienstleistungen. Auch muss beachtet werden, dass ein Teil der Rechtsanwälte im Hauptberuf bei einem Arbeitgeber fest angestellt ist und den Beruf des Rechtsanwalts nur als Nebentätigkeit ausübt.⁵⁰

991. Im europäischen Vergleich liegt die deutsche Anwaltsdichte mit 651 Einwohner pro Rechtsanwalt auch nur im Mittelfeld. Zwar haben Länder wie Frankreich (1 466 Einwohner pro Rechtsanwalt) oder Österreich (1 806 Einwohner pro Rechtsanwalt) eine deutlich niedrigere Anwaltsdichte als Deutschland. Dafür ist in einigen südeuropäischen Ländern (z. B. Italien mit 448 oder Spanien mit 390 Einwohnern pro Rechtsanwalt), aber auch in Großbritannien (502 Einwohner pro Rechtsanwalt) oder

⁴³ Vergleiche z.B. den Schlussantrag von Generalanwalt Maduro in Bezug auf die italienische Gebührenordnung für Rechtsanwälte, in den Rs. C-94/04 und C-202/04, Cipolla, Rn. 65. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2003 hat der Bundesgerichtshof einen Verstoß der HOAI gegen die Dienstleistungsfreiheit erwogen, vgl. BGHZ 154, 110 ff.

⁴⁴ EuGH, Urteil vom 24. November 1993, Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1991, I-6126, 6131, Keck und Mithouard.

⁴⁵ Rechtmäßig ist die Apothekenpflichtigkeit von Babynahrung in Griechenland, EuGH, Urteil vom 29. Juni 1995, Rs. C-391/92, Slg. 1995, I-1621, Kommission/Griechenland.

⁴⁶ Offen gelassen in EuGH, Urteil vom 10. Mai 1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, Alpine Investments, Rn. 35 ff.

⁴⁷ EuGH, Urteil vom 12. Dezember 1996, Rs. C-3/95, Slg. 1996, I-6511, Reisebüro Broede, Rn. 28.

⁴⁸ Vergleiche ebenda, Rn. 41.

⁴⁹ Bundesrechtsanwaltskammer <http://www.brak.de/seiten/pdf/Statistiken/GesamtzahlenRAe.pdf>.

⁵⁰ Nach einer Untersuchung liegt die Zahl dieser Syndikusanwälte aber nur bei 6 Prozent. Dagegen gingen frühere Schätzungen von 15 Prozent bis 25 Prozent aus. Vergleiche Hommerich, C., Prütting, H., Das Berufsbild des Syndikusanwalts, Bonn 1998, S. 97 f.

den USA (270 Einwohner pro Rechtsanwalt) die Anwaltsdichte noch höher als in Deutschland.⁵¹

992. Bei der räumlichen Verteilung der Anwälte in Deutschland ist eine deutliche Konzentration auf die Großstädte feststellbar. Dagegen liegt die Anwaltsdichte in den neuen Bundesländern noch deutlich unter dem Bundesdurchschnitt.

2.2 Geschichtliche Entwicklung der Regelungen

993. Ein einheitliches Anwaltsrecht gibt es in Deutschland seit der Rechtsanwaltsordnung von 1878 (RAO), welche die davor bestehenden landesrechtlichen Regelungen ablöste. Eine wesentliche Errungenschaft der RAO war die Einführung der „freien Advokatur“. Das bedeutete, dass die Rechtsanwälte nicht länger Staatsdiener waren und keine Beschränkung der Zahl der zugelassenen Rechtsanwälte mehr stattfand. Zuvor waren die Rechtsanwälte regelmäßig „Staatsdiener im weiteren Sinne“ gewesen. Sie wurden zwar nicht wie Beamte besoldet, sondern von den Mandanten gemäß den landesrechtlichen Gebührenregelungen bezahlt; jedoch unterlagen sie einem speziellen Disziplinarregime, und ihre Anstellung erfolgte auf zahlenmäßig begrenzte Anwaltsstellen. Dagegen begründete die RAO einen Anspruch auf Zulassung zur Anwaltschaft für jeden, der die persönlichen, insbesondere bildungsmäßigen Voraussetzungen erfüllte.

Durch die Rechtsanwaltsgebührenordnung von 1879 wurde auch für die Vergütung des Anwalts eine einheitliche Regelung getroffen. Die vorher geltenden landesrechtlichen Regelungen waren stark unterschiedlich und reichten von einer völlig freien Gebührenvereinbarung bis zu ausschließlich festen Gebühren. Das neue Gesetz sah streitwertabhängige Gebührensätze vor, erlaubte aber auch eine Honorarvereinbarung, allerdings nur in schriftlicher Form. Der Anwendungsbereich dieses Gesetzes war jedoch auf die gerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts beschränkt. Andere Bereiche des Gebührenrechts blieben landesrechtlich geregelt.

Die außergerichtliche Rechtsberatung war im Kaiserreich deutlich liberal ausgestaltet, und zwar bereits durch die Gewerbeordnung von 1869, die ab 1872 für das gesamte Reich galt. Danach unterlag die gewerbsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten als „Rechtskonsulent“ der Gewerbefreiheit; die Ausübung dieser Tätigkeit konnte von der Gewerbeaufsicht nur bei nachgewiesener Unzuverlässigkeit untersagt werden. Jedoch war die Tätigkeit der Rechtskonsulenten im gerichtlichen Bereich dadurch eingeschränkt, dass in Zivilverfahren beim Land-

gericht und bei höheren Gerichten ab 1878 Anwaltszwang galt.

994. Die ersten Jahre des Nationalsozialismus waren von einer schrittweisen Abschaffung der freien Advokatur geprägt. Der bisher bestehende Rechtsanspruch auf Zulassung wurde in das Belieben der Staatsorgane gestellt; nur politisch zuverlässigen Personen sollten noch Rechtsanwalt werden können. Juden wurden schrittweise vom Rechtsanwaltsberuf ausgeschlossen.

Die außergerichtliche Rechtsberatung wurde durch das „Gesetz zur Verhütung von Missbräuchen auf dem Gebiet der Rechtsberatung“ von 1935 reglementiert. Das bisherige Prinzip der Gewerbefreiheit mit der Möglichkeit zur Untersagung bei Unzuverlässigkeit wurde ersetzt durch ein grundsätzliches Verbot für Personen, die nicht zu den juristischen Berufen gehörten, geschäftsmäßig fremde Rechtsangelegenheiten zu besorgen. Als Ausnahme davon konnten Rechtsberater mit staatlicher Genehmigung tätig werden. Juden waren vom neuen Beruf des Rechtsberaters ausgeschlossen; mit besonderer Zulassung durften sie Rechtsdienstleistungen für andere Juden erbringen. Der NSDAP einschließlich der ihr angeschlossenen Verbände war die Rechtsberatung weiterhin erlaubt.

Nach Ansicht vieler Kommentatoren war es zumindest eines der mit dem Rechtsberatungsmissbrauchsgesetz verfolgten Ziele, den vielen jüdischen Rechtsanwälten, die aus ihrem Beruf ausgeschlossen worden waren, auch noch die bisher freie außergerichtliche Rechtsbesorgung zu verbieten.

995. Nach Ende des zweiten Weltkriegs wurden zuerst die offen antisemitischen Bestimmungen des Anwaltsrechts und des Rechtsberatungsmissbrauchsgesetzes außer Anwendung gesetzt. Im Folgenden entstanden anwaltsrechtliche Regelungen zuerst wieder auf Landesebene, die teilweise eine Bedürfnisprüfung bei der Zulassung zur Anwaltschaft vorsahen.

Durch die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) von 1959 wurde das Anwaltsrecht wieder einheitlich bundesrechtlich geregelt. Neben diesem Gesetz waren für das Verhalten des Rechtsanwalts auch noch die so genannten anwaltlichen Standesrichtlinien relevant, die von der Bundesrechtsanwaltskammer herausgegeben und von den Gerichten als Hilfsmittel zur Auslegung und Konkretisierung der Generalklausel des § 43 BRAO herangezogen wurden. Die Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung (BRAGO) von 1957 führte auf Bundesebene eine Gebührenregelung für alle Gebiete anwaltlicher Tätigkeit ein.

996. Das Rechtsberatungsmissbrauchsgesetz wurde 1958 unter der Bezeichnung Rechtsberatungsgesetz in die Sammlung des Bundesrechts aufgenommen. Es wurde zur Rechtsgrundlage des Berufs des Rechtsbeistandes, der nach behördlicher Zulassung auf allen Rechtsgebieten außergerichtlich tätig werden konnte. Das Rechtsberatungsgesetz erfuhr 1980 eine Verschärfung, als der Beruf des Vollrechtsbeistands zum 1. November 1980 geschlossen wurde. Seitdem wird eine Erlaubnis zur Rechtsberatung nur noch für umgrenzte, im Gesetz genannte Rechtsgebiete oder Tätigkeiten erteilt (Rentenrecht,

⁵¹ Alle Zahlen Stand 2003/2004. Quelle für alle Zahlen außer den USA: Bundesrechtsanwaltskammer, <http://www.brak.de/seiten/pdf/Statistiken/Anwaltsdichte2003-2004Europa.pdf>, für die USA: American Bar Association, <http://www.abanet.org/marketresearch/resource.html>, US Census Bureau, <http://www.census.gov/statab/www/pop.html> sowie eigene Berechnungen. Wenn man berücksichtigt, dass nur ca. 75 Prozent der zugelassenen Rechtsanwälte in den USA in einer Rechtsanwaltskanzlei tätig sind, erhält man immer noch einen Wert von 361 Einwohnern pro Rechtsanwalt.

Versicherungsrecht, Frachtprüfer, vereidigte Versteigerer, Inkassobüros).

997. In der zweiten Hälfte der achtziger Jahre setzte eine deutliche Liberalisierung des Rechtsanwaltsberufes ein, die aber nicht vom Gesetzgeber oder den Rechtsanwaltskammern ausging, sondern von den Gerichten. Diese Entwicklung begann 1987, als das Bundesverfassungsgericht in Abweichung von seiner bisherigen Rechtsprechung entschied, dass die von der BRAK festgelegten Standesrichtlinien keine hinreichende normative Grundlage für Einschränkungen der anwaltlichen Berufsfreiheit sind. Für eine Übergangszeit dürften die Standesrichtlinien nur insoweit angewandt werden, wie dies für den Erhalt einer funktionsfähigen Rechtspflege unerlässlich sei.⁵² Daran anschließend entschied der Bundesgerichtshof (BGH) 1989, dass das in den Standesrichtlinien enthaltene Verbot der überörtlichen Sozietät nicht länger anwendbar sei und auch sonstige Rechtsnormen nicht gegen derartige Sozietäten sprächen.⁵³

998. Als gesetzgeberische Reaktion auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Standesrichtlinien kam es 1994 zu einer grundlegenden Novellierung der BRAO. Einige Regelungen, die bisher in den Standesrichtlinien enthalten waren, wie z. B. das Verbot der Gebührenunterschreitung, sowie von Erfolgshonoraren und Erfolgsbeteiligung, wurden in gesetzlicher Form niedergelegt. Ausdrücklich von diesem Verbot ausgenommen wurde jedoch die Gebührenunterschreitung im außergerichtlichen Bereich. Außerdem wurde eine besondere Satzungsversammlung bei der BRAK errichtet, die bestimmte Fragen des anwaltlichen Verhaltens in Form einer Satzung (Berufsordnung) regeln soll.

999. In der BRAO-Novelle offen gelassen wurde die Frage nach der Zulässigkeit anwaltlicher Kapitalgesellschaften. Kurz nach dem Inkrafttreten der Novelle entschied das Bayerische Oberste Landgericht (BayObLG), dass die anwaltliche Berufsausübung in Form einer GmbH bei Erfüllung bestimmter Anforderungen an die Satzung zulässig ist.⁵⁴ Diese Entscheidung veranlasste den Gesetzgeber, die Anwalts-GmbH gesetzlich zu regeln. Durch spätere Entscheidungen des BayObLG und des BGH wurde auch die Zulässigkeit einer anwaltlichen Berufsausübung in Form einer Aktiengesellschaft festgestellt.⁵⁵

1000. Ein weiterer Liberalisierungsschritt war im Jahr 2000 die Abschaffung von Lokalisationsgrundsatz und Singularzulassung, wodurch die Möglichkeiten der Rechtsanwälte, vor verschiedenen Zivilgerichten aufzutreten, stark erweitert wurde. Ausgenommen davon sind aber immer noch die Zivilsenate beim Bundesgerichtshof. Mit dem Inkrafttreten des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes (RVG), das die Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung ersetzt, wurde 2004 der Bereich des Vergütungsrechts für außergerichtliche Tätigkeiten dereguliert. Auch

bei der Auslegung des Rechtsberatungsgesetzes ist die Rechtsprechung – ausgehend von der so genannten „Masterpat-Entscheidung“ – inzwischen zu einer zurückhaltenderen Position gelangt, die den Anwendungsbereich des Gesetzes etwas enger zieht.

1001. Die seit den achtziger Jahren vollzogene rechtliche Liberalisierung ging einher mit tief greifenden wirtschaftlichen Umwälzungen auf dem Rechtsberatungsmarkt. Im Bereich des Wirtschaftsrechts wurden zunehmend Großkanzleien tätig, in denen teilweise mehrere hundert Rechtsanwälte tätig sind und die unter Ausnutzung der liberalisierten Regelungen überregional oder sogar international mit Büros vertreten sind. Dabei kam es unter anderem zu Kanzleifusionen, in denen große deutsche Kanzleien sich miteinander oder mit ausländischen Kanzleien zusammenschlossen.

2.3 Zugang zum Markt für Rechtsdienstleistungen

1002. Bei den Regelungen über den Marktzugang ist zu unterscheiden zwischen dem Zugang zum Rechtsanwaltsberuf und – zumindest grundsätzlich unabhängig davon – der Zulassung zur Ausübung bestimmter Rechtsdienstleistungen.

1003. Der Zugang zum Rechtsanwaltsberuf setzt die „Befähigung zum Richteramt“ voraus. Zum Erwerb dieser Befähigung muss zuerst ein universitäres Jurastudium mit der „ersten Prüfung“, die aus einer universitären Prüfung sowie einer Staatsprüfung besteht, absolviert werden.⁵⁶ Daran schließt sich ein zweijähriges Rechtsreferendariat an, das mit der zweiten Staatsprüfung abzuschließen ist.

1004. Beim Zugang zum Markt für Rechtsdienstleistungen geht es um die Frage, wer dazu berechtigt ist, selbstständig für andere Rechtsdienstleistungen zu erbringen. Rechtsanwälte sind zur Erbringung aller Rechtsdienstleistungen zugelassen – gemäß § 3 Abs. 1 BRAO sind sie unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten. Anderen Personen wird dagegen durch das Rechtsberatungsgesetz grundsätzlich jede geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, einschließlich der Rechtsberatung, verboten, soweit sie keine behördliche Erlaubnis dazu besitzen; eine Tätigkeit ohne Erlaubnis kann als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Der Begriff der Geschäftsmäßigkeit umfasst dabei auch die unentgeltliche Rechtsberatung, solange sie mit Wiederholungsabsicht erfolgt. Die Erlaubnis zur Rechtsberatung kann durch die zuständige Behörde an Rentenberater, Versicherungsberater, Frachtprüfer, Versteigerer und Inkassounternehmen – eingeschränkt auf das betreffende Sachgebiet – erteilt werden. Das Rechtsberatungsgesetz lässt Ausnahmen von der Erlaubnispflicht zu, z. B. für die rechtsberatende Tätigkeit von Behörden oder innerhalb von Unternehmensgruppen. Ebenfalls zulässig ist es, wenn berufsständische oder ähnliche Vereinigungen ihre

⁵² BVerfGE 76, 171 ff.

⁵³ BGHZ 108, 290.

⁵⁴ BayObLG, NJW 1995, 199.

⁵⁵ BayObLG, NJW 2000, 147; BGH, NJW 2005, 1568.

⁵⁶ Die „erste Prüfung“, eine Kombination aus Universitäts- und Staatsprüfung, ersetzt das bisherige erste Staatsexamen.

Mitglieder im Rahmen ihres Aufgabenbereiches beraten; darunter fallen z. B. die gewerkschaftliche Beratung auf dem Gebiet des Arbeits- und Sozialrechts sowie die Beratungstätigkeit der Mietervereine. Zudem lässt es das Rechtsberatungsgesetz zu, dass gewerbliche Unternehmen für ihre Kunden rechtliche Angelegenheiten erledigen, die mit dem Geschäft ihres Gewerbebetriebs in unmittelbarem Zusammenhang stehen.

1005. Besondere Regelungen gelten für das Auftreten vor Gericht. In bestimmten Gerichtsverfahren besteht Anwaltszwang, d. h. die Parteien müssen sich von Rechtsanwälten vertreten lassen. Das gilt z. B. für Zivilprozesse vor dem Landgericht, dem Oberlandesgericht und dem Bundesgerichtshof. In anderen Verfahren können die Parteien den Prozess entweder selbst führen oder sich durch eine beliebige geschäftsfähige Person vertreten lassen, so z. B. bei Zivilprozessen vor dem Amtsgericht (außer vor dem Familiengericht). Jedoch sind Personen, die nicht Rechtsanwälte sind, aber die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig betreiben, von einem Auftreten vor Gericht ausgeschlossen; ihre Prozesshandlungen in der mündlichen Verhandlung sind unwirksam.

2.3.1 Aktuelle wettbewerbspolitische Probleme

1006. In letzter Zeit ist insbesondere der weite Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes in die Kritik geraten. Diese Kritik betrifft nicht nur die unterschiedslose Anwendung des Gesetzes auf die unentgeltliche, altruistische Rechtsberatung. Ebenfalls bemängelt wurde die Annahme einer erlaubnispflichtigen Rechtsberatung bei Tätigkeiten aus dem Bereich der Unternehmensberatung, wie z. B. Fördermittelberatung, Energieberatung oder Krisen- und Sanierungsberatung, sowie bei bestimmten geschäftsbesorgenden Tätigkeiten, die zwar auf eine Rechtsgestaltung in Form von Vertragsabschlüssen oder der Abgabe von Willenserklärungen ausgerichtet sind, die aber inhaltlich im Schwerpunkt wirtschaftliche Angelegenheiten betreffen; besonders umstritten sind dabei z. B. die Testamentsvollstreckung oder Treuhändertätigkeiten. Zwar hat die höchstrichterliche Rechtsprechung in jüngster Zeit in vielen Punkten eine liberalere Auffassung vertreten und z. B. die Fördermittelberatung und die Testamentsvollstreckung aus dem Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes herausgenommen. Jedoch besteht in vielen anderen Bereichen weiter Rechtsunsicherheit, insbesondere bei neuen Tätigkeiten, wie z. B. bei der Tätigkeit eines Energieberaters, der für seine Kunden günstigere Stromlieferungsverträge aushandeln soll.

1007. Ein weiterer Problempunkt ist, dass das Rechtsberatungsgesetz grundsätzlich nur die klassischen rechtsberatenden Berufe (Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater etc.) für qualifiziert zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen hält. In letzter Zeit sind jedoch an einer Reihe von Fachhochschulen und an einzelnen Universitäten Studiengänge im Wirtschaftsrecht eingerichtet worden, in denen neben juristischen auch wirtschaftswissenschaftliche Kenntnisse vermittelt werden. Die Absolventen dieser Studiengänge (Diplom-Wirtschaftsjuristen) können be-

reits jetzt als Mitarbeiter eines Unternehmens Rechtsberatung „in-house“ oder für verbundene Unternehmen leisten. Auch werden sie teilweise von Anwaltskanzleien als juristische Mitarbeiter, z. B. für die Bereiche M&A oder Insolvenzverwaltung, eingestellt. Sie sind jedoch von der selbständigen, außergerichtlichen Rechtsberatung ausgeschlossen, soweit sie nicht eine Erlaubnis zur Rechtsberatung auf einem der engen Gebiete nach dem Rechtsberatungsgesetz oder durch zusätzliche Prüfungen die Qualifikation zum Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer erwerben. Von Seiten dieser Berufsgruppe sowie von Vertretern der anbietenden Hochschulen wird gefordert, dass auch Diplom-Wirtschaftsjuristen zur selbständigen Rechtsberatung zugelassen werden sollten.

1008. Weitere Veränderungen des juristischen Ausbildungsangebots könnten möglicherweise durch den „Bologna-Prozess“ ausgelöst werden. Dieser Prozess hat die Schaffung eines europäischen Hochschulraumes zum Ziel. Dabei ist auch eine einheitliche Untergliederung des Studiums in zwei Studienabschnitte vorgesehen (Abschluss mit Bachelor bzw. Master/Promotion), wobei bereits der Bachelor-Abschluss einen berufsqualifizierenden Inhalt haben soll. Zwar gibt es bereits einige juristische Bachelor-Angebote – insbesondere an Fachhochschulen –, jedoch ist immer noch umstritten, ob Bachelor und Master die bisherigen juristischen Staatsexamen ersetzen sollen.

1009. Das Bundesjustizministerium hat im September 2004 einen Diskussionsentwurf und im März 2005 einen Referentenentwurf zur Neuordnung des Rechtsberatungsrechts vorgelegt. Diese Entwürfe sehen eine Novellierung des Rechtsberatungsrechts vor, die terminologisch dadurch erkennbar sein wird, dass das Rechtsberatungsgesetz durch das „Rechtsdienstleistungsgesetz“ ersetzt wird. Grundsätzlich halten die Entwürfe aber an der Zugangsbeschränkung zum Markt für Rechtsdienstleistungen fest.

2.3.2 Gesetzliche Begründung für die Zugangsbeschränkung zum Rechtsberatungsmarkt

1010. Die Monopolkommission will sich nicht an der rechtshistorischen Debatte beteiligen, in welchem Umfang nationalsozialistische, insbesondere antisemitische Motive für den ursprünglichen Erlass des Rechtsberatungsmissbrauchsgesetzes im Jahr 1935 relevant waren. Entscheidend ist für sie, welche Gründe heute für eine Beibehaltung der Zugangsbeschränkungen zum Markt für Rechtsdienstleistungen sprechen. Deshalb wird sie sich im Folgenden vor allem mit den rechtspolitischen Argumenten der gegenwärtigen Debatte auseinandersetzen. Der Referentenentwurf zur Neuordnung des Rechtsberatungsrechts argumentiert folgendermaßen:

„Der Rechtsuchende, sei er Verbraucher, sei er Unternehmer, muss vor den oft weitreichenden Folgen unqualifizierten Rechtsrats geschützt werden. Vor allem die Belange des Verbraucherschutzes, der Schutz der Rechtspflege und der in ihr tätigen Personen, aber auch das Rechtsgut Recht als solches rechtfertigen es daher, die

Berufs- und Dienstleistungsfreiheit in den Bereichen, in denen Rechtsdienstleistungen erbracht werden, einzuschränken.“⁵⁷

1011. Der Nachfrager nach Rechtsdienstleistungen ist nach Ansicht der Entwurfsbegründung besonders schutzbedürftig, weil hier in weiterem Umfang als in anderen Lebensbereichen eine Informationsasymmetrie zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bestehe. Der „Verbraucher“ frage Rechtsdienstleistungen eher selten als Gut des täglichen Bedarfs nach und könne daher „kaum Konsequenzen aus schlechten Erfahrungen ziehen und nach und nach den ihm zusagenden Anbieter herausfinden“.⁵⁸

1012. Unter dem Schutz der Rechtspflege und der in ihr tätigen Personen ist laut Entwurf folgendes zu verstehen:

„Ein hochwertiges Gemeinschaftsgut ist aber auch der Schutz des Rechtsverkehrs vor unqualifizierten Rechtsberatern. Auch die Gegner des Rechtsuchenden müssen vor einer unqualifizierten Rechtsbesorgung geschützt werden. Dies zeigt sich besonders deutlich im Bereich des Forderungsinkassos [...], gilt aber in anderen rechtsbesorgenden Bereichen entsprechend. In gleicher Weise dient die Reglementierung rechtsdienstleistender Tätigkeiten dem Schutz aller übrigen Personen und Stellen, die mit der Tätigkeit eines Rechtsdienstleistenden in Berührung kommen können. Dies betrifft zunächst Behörden, bei denen sich die Vertretungsbefugnis in Ermangelung spezieller Verfahrensregelungen unmittelbar nach dem RDG richtet, aber auch Gerichte, auf deren Tätigkeit außergerichtliche Rechtsdienstleistungen ausstrahlen, sowie sonstige Beteiligte, etwa Drittschuldner, an die sich der Rechtsdienstleistende wendet.“⁵⁹

1013. Auch das „Rechtsgut Recht als solches“ wird im Referentenentwurf noch genauer beschrieben:

„Auch der Schutz der Rechtsordnung an sich rechtfertigt es, Rechtsdienstleistungsbefugnisse insgesamt stärker einzuschränken als allgemeine Dienstleistungsbefugnisse. Das Recht darf als höchststrangiges Gemeinschaftsgut grundsätzlich nicht in die Hände unqualifizierter Personen gelangen, da es als ‚gelebtes Recht‘ maßgeblich durch die Personen beeinflusst und fortentwickelt wird, die Recht beruflich anwenden. Eine Freigabe der beruflichen Anforderungen hätte negative Auswirkungen auf die Rechtskultur und könnte die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege insgesamt gefährden.“⁶⁰

1014. Neben diesen Argumenten des Referentenentwurfs wird – in Anlehnung an eine Aussage des Bundesverfassungsgerichtes⁶¹ – auch noch vertreten, dass allein der Erhalt einer leistungsfähigen Berufsgruppe ein zulässiger Zweck des Rechtsberatungsgesetzes sei. Die Ent-

scheidung, die Rechtsberatung im Wesentlichen den Rechtsanwälten vorzubehalten, sei auch dadurch gerechtfertigt, dass die Anwaltschaft mit den Sonderpflichten zum Tätigwerden im Rahmen der Prozesskostenhilfe, der Beratungshilfe und der Pflichtverteidigung belastet sei.

2.3.3 Wettbewerbspolitische Beurteilung

1015. Es ist anzuerkennen, dass im Bereich der Rechtsdienstleistungen eine asymmetrische Informationsverteilung zwischen Nachfragern und Anbietern besteht, insbesondere wenn der Nachfrager nicht Jurist ist. Für den Nichtjuristen ist die Qualität der juristischen Arbeit auch im Nachhinein schwer zu beurteilen, nicht zuletzt da ein Prozess auch bei guter Arbeit des Anwalts verloren gehen kann. Auch ist schwer zu beurteilen, ob der vom Anwalt betriebene Aufwand der Sache angemessen war. Das Vorhandensein dieser Asymmetrie allein reicht jedoch nicht dazu aus, eine derart strenge Regelung wie im jetzigen Rechtsberatungsgesetz zu rechtfertigen. Insbesondere ist zu fragen, inwiefern die negativen Folgen dieser Asymmetrie durch weniger einschränkende Maßnahmen behoben werden können.

1016. Es ist daran zu erinnern, dass allein durch den Schutz von Berufsbezeichnungen wie „Rechtsanwalt“, „Patentanwalt“ oder „Steuerberater“ gegen unzulässigen Gebrauch ein gewisser Schutz der Nachfrager stattfindet. Geht der an einer Rechtsdienstleistung interessierte Nachfrager zu einem zugelassenen Rechtsanwalt, dann kann er sich zumindest sicher sein, dass diese Person einst die vorgeschriebenen Prüfungen bestanden hat und nicht wegen schwerer Pflichtverletzungen aus der Rechtsanwaltschaft ausgeschlossen wurde. Auch kann er darauf vertrauen, dass diese Person den besonderen Pflichten eines Rechtsanwaltes (Verschwiegenheit, Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, Zwang zur Haftpflichtversicherung) unterliegt sowie über die besonderen Befugnisse dieses Berufes (Akteneinsichtsrecht, Aussageverweigerungsrecht) verfügt. Kommt es dem Nachfrager auf diese Eigenschaften des Anwalts an, dann haben bei ihm Rechtsanwälte einen starken Wettbewerbsvorteil vor anderen Beratern. Insbesondere bei relativ geschäftsgewandten und rechtserfahrenen Nachfragern, wie z. B. vielen Unternehmen, kann man erwarten, dass ihnen die Bedeutung dieser Eigenschaften des Anwaltsberufes bekannt ist, weil sie oft Bedarf nach Rechtsdienstleistungen haben.

1017. Die Monopolkommission hält es jedoch weiterhin für gerechtfertigt, für bestimmte gerichtliche Verfahren eine Vertretung der Parteien durch Rechtsanwälte vorzuschreiben. Der Grund hierfür liegt ganz konkret in der dadurch ermöglichten Effektivitätssteigerung der Gerichte. Die Aufarbeitung des Prozessstoffes durch Rechtsanwälte ermöglicht eine relativ zügige Bearbeitung durch das Gericht. Würden die jetzt geltenden Fälle vom Anwaltszwang aufgehoben, müssten bei den betroffenen Gerichten mehr Richter eingesetzt werden, was die Kosten der Justiz erhöhen und gleichzeitig – durch die Verteilung der Rechtsprechungstätigkeit auf einen größeren Personenkreis – die Einheitlichkeit und Konsistenz der Ent-

⁵⁷ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsgesetzes, S. 39.

⁵⁸ Ebenda, S. 39.

⁵⁹ Ebenda, S. 64 f.

⁶⁰ Ebenda, S. 65.

⁶¹ BVerfGE 87, 12, 31. In der betreffenden Entscheidung verneinte das Bundesverfassungsgericht aber, dass dieser Regelungsgrund im damals vorliegenden Fall betroffen war.

scheidungen verringern würde. Darüber hinaus hält es die Monopolkommission auch weiterhin für gerechtfertigt, zumindest den Kernbereich der außergerichtlichen Rechtsberatung von einer entsprechenden Qualifikation abhängig zu machen. Denn auch außergerichtliche Rechtsberatung findet letztlich immer mit Bezug auf mögliche gerichtliche Verfahren statt.

1018. Jedoch muss nach Ansicht der Monopolkommission eine Neuregelung des Zugangs zur außergerichtlichen Rechtsberatung zwei Anforderungen erfüllen. Zum einen sollte sich der zugangsbeschränkte Bereich auf den Kernbereich der Rechtsberatung und Rechtsbesorgung beziehen. Zum anderen dürfen Personen mit vorhandener Qualifikation nicht vom Markt ausgeschlossen werden.

1019. Die Monopolkommission sieht das vordringlichste wettbewerbspolitische Anliegen bei der Reform des Rechtsberatungsgesetzes darin, den Anwendungsbereich dieses Gesetzes auf den Kernbereich typischer rechtsberatender Dienstleistungen zu beschränken. Auch wenn man es aus Gründen des Verbraucherschutzes für notwendig hält, die Ausübung klassischer Rechtsberatung im Wesentlichen den Anwälten vorzubehalten, muss trotzdem bedacht werden, dass ein zu weiter Anwendungsbereich dieser Zulassungsschranke andere – ebenfalls wichtige – Beratungsangebote behindert, die von Rechtsanwälten regelmäßig nicht angeboten werden und für die Anwälte auch nicht ausgebildet sind. In diesem Zusammenhang ist auch zu bedenken, dass Wirtschaftsberatung im Zuge der zunehmenden Verrechtlichung vieler Lebensbereiche immer stärker von juristischen Aspekten geprägt ist. Bei den Betroffenen besteht jedoch ein Bedürfnis nach umfassender Beratung, das nicht oder nicht nur von Volljuristen befriedigt werden kann.

1020. Der Referentenentwurf sieht zu diesem Punkt Folgendes vor: Der Anwendungsbereich des Gesetzes wird auf solche Dienstleistungen beschränkt, die nach der Verkehrsanschauung oder der erkennbaren Erwartung des Rechtsuchenden eine vertiefte Prüfung der Rechtslage unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls erfordert. Soweit eine solche „Rechtsdienstleistung“ vorliegt, soll sie ohne Erlaubnis erbracht werden können, wenn sie nur eine Nebenleistung zu einer anderen beruflichen oder gesetzlich geregelten Tätigkeit darstellt. Ob eine Nebenleistung vorliegt, soll sich nach Umfang und Inhalt dieser Leistung unter Berücksichtigung der beruflichen Qualifikation, die für die Haupttätigkeit erforderlich ist, beurteilen. Für einige Tätigkeiten (Testamentsvollstreckung, Haus- und Wohnungsverwaltung, Frachtpflichtprüfung, Fördermittelberatung) soll gesetzlich klargestellt werden, dass die im Zusammenhang mit ihnen erbrachten Rechtsdienstleistungen Nebenleistungen sind. Soweit eine Rechtsdienstleistung, die im Zusammenhang mit einer anderen Leistung erbracht wird, nicht mehr als Nebenleistung eingestuft werden kann, soll sie in Zusammenarbeit oder unter Hinzuziehung einer zur Erbringung dieser Rechtsdienstleistungen berechtigten Person erbracht werden dürfen.

1021. Grundsätzlich begrüßt die Monopolkommission das Anliegen, das Rechtsberatungsgesetz gründlich zu

überarbeiten. Sie hofft, dass dieses Vorhaben auch in der neuen Legislaturperiode weitergeführt wird. Während das vorgelegte Konzept im Grundsatz einiges für sich hat, werden aber nach Ansicht der Monopolkommission in der Praxis weiter große Abgrenzungsschwierigkeiten und daraus resultierende Rechtsunsicherheiten bestehen. Bei neu entstehenden Tätigkeiten wird die Abwägung, „ob die Belange des Verbraucherschutzes und der Schutz des Rechtsverkehrs für eine bestimmte Dienstleistung tatsächlich eine spezifisch juristische Tätigkeit erfordern“⁶², in der Praxis erst durch höchstgerichtliche Entscheidung erfolgen. Solange müssen die Anbieter neuer Tätigkeiten mit dem Risiko der Illegalität leben.

1022. Die Monopolkommission sieht eine mögliche Verbesserung darin, eine ausdrückliche Gegennorm zu formulieren. Diese sollte Beratungsleistungen ausdrücklich vom Begriff der Rechtsdienstleistung ausnehmen, wenn bei der Beratung andere als juristische Aspekte im Vordergrund stehen. Eine mögliche Formulierung könnte lauten: „Eine Rechtsdienstleistung liegt insbesondere dann nicht vor, wenn nach der Verkehrsanschauung oder der erkennbaren Erwartung des Auftraggebers eine Beratung vor allem unter betriebswirtschaftlichen, technischen oder sonstigen nichtjuristischen Gesichtspunkten erfolgen soll“. Auch sollte der Katalog der ausdrücklich freigestellten Tätigkeiten noch erweitert werden. Hierzu sollte insbesondere die betriebswirtschaftlich ausgerichtete Krisen- und Sanierungsberatung gehören. Die Schaffung konkreter Gegennormen würde Rechtsunsicherheiten zwar nicht vollkommen beseitigen, würde aber die gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck bringen, dass nicht nur der Schutz vor unqualifizierter Rechtsberatung wichtig ist, sondern auch die Ermöglichung spezifischer nichtjuristischer Beratungsangebote ein Wert ist. Damit würde Argumentationsmaterial für die gerichtliche Behandlung von Zweifelsfällen geschaffen.

2.3.4 Zulassung von Diplom-Wirtschaftsjuristen

1023. Auch soweit man unterstellt, dass asymmetrische Informationen eine Zugangsbeschränkung auf dem Rechtsberatungsmarkt notwendig machen, können dadurch nur Beschränkungen gerechtfertigt werden, die notwendig und verhältnismäßig sind. Das heißt, dass erkennbar nichtqualifizierte Personen von der Rechtsberatung ausgeschlossen werden können. Jedoch kann dadurch nicht gerechtfertigt werden, die tatsächlich bestehenden Qualifikationen einer bestimmten Gruppe von Personen einfach zu übergehen.

1024. Durch die Entstehung von Studiengängen an Universitäten und Fachhochschulen, die zum Diplom-Wirtschaftsjuristen ausbilden, ist eine solche Situation eingetreten. Hier besteht eine Gruppe von Personen, die auf einem relevanten und breiten Rechtsgebiet eindeutig qualifiziert sind, bisher jedoch nicht zur selbständigen Rechtsberatung zugelassen sind.

⁶² Referentenentwurf, a. a. O., S. 52.

1025. Der Referentenentwurf lehnt eine Zulassung von Wirtschaftsjuristen zur außergerichtlichen Rechtsberatung ab. Nach Ansicht des Entwurfs könnte eine derartige Zulassung nicht auf Diplom-Wirtschaftsjuristen beschränkt werden, sondern müsste auf Juraabsolventen mit erster Staatsprüfung ausgedehnt werden. Dadurch käme es zu einem Nebeneinander von zwei auf die gleiche Tätigkeit ausgerichteten Rechtsdienstleistungsberufen mit völlig unterschiedlichen Berufsqualifikationen, was dem Rechtsuchenden auch bei Statuierung umfassender Informationspflichten nicht zu vermitteln sei. Auch sei es bedenklich, einen neuen rechtsberatenden Beruf ohne die umfassenden Berufspflichten des Rechtsanwaltes einzuführen; die Ausdehnung dieser Berufspflichten auf neue Rechtsberatungsberufe solle aber ebenfalls unterbleiben, um eine „Erosion“ dieser Berufspflichten zu verhindern. Auch erfordere die qualifizierte Rechtsberatung „umfassende Kenntnisse des geltenden Rechts“ und nicht nur solche in einem Teilbereich sowie die Berücksichtigung prozessualer Auswirkungen, deren Kenntnis erst durch den juristischen Vorbereitungsdienst vermittelt wird. Zudem stehe es Diplom-Wirtschaftsjuristen offen, ein ergänzendes Jurastudium nebst Referendariat zu absolvieren, um anschließend Rechtsanwalt zu werden oder als Unternehmensberater tätig zu werden und im Rahmen dieser Tätigkeit spezifische Beratungsleistungen in Zusammenarbeit mit einem Rechtsanwalt zu erbringen, was durch den Referentenentwurf ermöglicht werde.

1026. Die Monopolkommission hält diese Begründung für den Ausschluss der Diplom-Wirtschaftsjuristen für nicht überzeugend. Der Referentenentwurf vertritt die Ansicht, dass eine qualifizierte Rechtsberatung nur bei einer umfassenden Kenntnis des geltenden Rechtes erfolgen könne. Das Problem bei dieser Anforderung ist, dass sie auch von Volljuristen mit zweitem Staatsexamen nicht erfüllt werden kann. Angesichts des Umfangs und der Komplexität der heutigen Rechtsordnung – einschließlich des Europarechts und möglicherweise anwendbarer ausländischer Rechtsnormen – können auch gute Juristen nur noch Teilbereiche des Rechts beherrschen. Auch die klassische juristische Ausbildung besteht zwar zu fast 100 Prozent aus juristischen Inhalten, aber sie lehrt – innerhalb des Pflichtfachbereiches – nicht 100 Prozent der Rechtsordnung.

1027. Bei Rechtsanwälten wird ohne weiteres angenommen, dass sie auch in Bereichen arbeiten können, die nicht Teil ihrer Pflichtausbildung waren. Dazu gehört z. B. das Steuerrecht: Rechtsanwälte sind unbeschränkt zur Hilfeleistung in Steuersachen befugt. In der juristischen Ausbildung jedoch sind das Steuerrecht und damit zusammenhängende Materien wie Buchführung und Bilanzrecht ganz regelmäßig nicht Teil der juristischen Pflichtausbildung.⁶³ Trotzdem wird ganz allgemein davon ausgegangen, dass die juristische Pflichtausbildung so gute Methodenkenntnisse vermittelt, dass auch eine Einarbeitung in nicht abgedeckte Rechtsgebiete möglich ist,

obwohl dies gerade im Steuerrecht wegen dessen Zusammenhang mit eher betriebswirtschaftlichen Materien wie der Buchführung zweifelhaft ist.

1028. Neben der mangelnden Vollständigkeit wird gegen die Ausbildung der Diplom-Wirtschaftsjuristen auch noch vorgebracht, dass der juristische Anteil der Ausbildung mit ca. 60 Prozent zu gering sei. Dem kann aber entgegengehalten werden, dass die Ausbildung der Diplom-Wirtschaftsjuristen dafür andere, wirtschaftswissenschaftliche Elemente enthält, die in der klassischen Ausbildung der Juristen fehlen, aber für eine geeignete wirtschaftsrechtliche Beratung oft hilfreich oder sogar notwendig sind.

1029. Die im Referentenentwurf vorgesehene Möglichkeit, Beratungsleistungen in Zusammenarbeit mit einem Rechtsanwalt zu erbringen, wird nach Ansicht der Monopolkommission der Qualifikation der Diplom-Wirtschaftsjuristen nicht gerecht. Denn dadurch würde der juristische Teil ihrer Ausbildung entwertet. Es wäre potentiellen Auftraggebern nur schwer zu vermitteln, dass eine Person die Bezeichnung Diplom-Wirtschaftsjurist führt, aber nur zur betriebswirtschaftlichen, nicht aber zur wirtschaftsrechtlichen Beratung befugt ist.

1030. Die Monopolkommission plädiert deshalb dafür, Diplom-Wirtschaftsjuristen die Möglichkeit einzuräumen, als außergerichtliche Berater auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts tätig zu sein. Die außergerichtliche Vertretung im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren sollte davon aber ausgenommen sein. Falls der Gesetzgeber dies für notwendig hält, könnte diese Befugnis auf die Beratung von Unternehmen beschränkt werden.

1031. Diese außergerichtlichen Rechtsberater sollten auf gewisse ethische Grundregeln, die auch für Anwälte gelten, verpflichtet werden (insbesondere auf die Pflicht zur Vertraulichkeit und ein Verbot der Beratung widerstreitender Interessen). Wieso eine Ausdehnung bestimmter anwaltlicher Berufspflichten auf rechtsberatende Diplom-Wirtschaftsjuristen – wie von der Entwurfsbegründung behauptet – zu einer „Erosion“ anwaltlicher Pflichten führen soll, ist unverständlich.

1032. Eine Erlaubnis zur außergerichtlichen Rechtsberatung kann aber nicht auf Diplom-Wirtschaftsjuristen beschränkt bleiben. Die Monopolkommission spricht sich deshalb dafür aus, auch Juristen mit erster Prüfung (erstem Staatsexamen) zur außergerichtlichen Rechtsberatung zuzulassen. Sollte es auch bei den juristischen Studiengängen zu einer Einführung des Bachelor/Master-Modells kommen, sollte die Erlaubnis zur außergerichtlichen Rechtsberatung bereits nach dem Bachelor-Abschluss einsetzen – möglicherweise verbunden mit der Anforderung eines Nachweises von praktischer Tätigkeit. Denn nur so kann die Anforderung des Bologna-Prozesses, dass bereits der Bachelor eine Berufsqualifikation vermittelt, erfüllt werden.

1033. Da Diplom-Wirtschaftsjuristen und Juristen nur mit erstem Staatsexamen nicht über eine eingehende Ausbildung im Prozessrecht und in praktischer Prozessführung verfügen, sollten sie bei der gerichtlichen Vertretung

⁶³ Es gibt Ausnahmen: In Bayern sind Teile des Steuerrechts Pflichtfachstoff der zweiten Staatsprüfung.

nicht mit den Rechtsanwälten gleichgestellt werden. Soweit der Gesetzgeber aber entschieden hat, in bestimmten Gerichts- oder Behördenverfahren keinen Anwaltszwang vorzusehen, also eine Selbstvertretung zuzulassen, kann das Effektivitätsargument nicht dazu dienen, ein Verbot der Vertretung durch Nichtrechtsanwälte zu rechtfertigen. Denn wenn die Belange der Rechtspflege bei einer Selbstvertretung durch die rechtsunkundige Partei nicht gefährdet sind, dann kann eine Fremdvertretung durch einen Nichtrechtsanwalt, der zur außergerichtlichen Rechtsberatung in dieser Sache befugt ist, ebenfalls keine Gefahr darstellen. Entsprechend sollten Diplom-Wirtschaftsjuristen und Juristen nur mit erstem Staatsexamen zumindest in Verfahren, in denen die Parteien den Prozess selbst führen können, zur geschäftsmäßigen Prozessvertretung zugelassen werden.

2.4 Anwaltliches Honorarrecht

2.4.1 Übersicht

1034. Die Entgelte für anwaltliche Dienstleistungen werden durch das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) festgelegt. Diese Gebühren richten sich nach dem Gegenstandswert (der wirtschaftlichen Bedeutung) einer Angelegenheit. Jedoch können Mandant und Anwalt durch eine Gebührenvereinbarung ein höheres Entgelt als im RVG vorgesehen festlegen. Dagegen ist es dem Anwalt gemäß § 49b BRAO verboten, ein niedrigeres Entgelt zu verlangen, als im RVG vorgesehen, es sei denn das RVG erlaubt eine derartige Gebührenunterschreitung ausdrücklich. Dabei sind drei Bereiche zu unterscheiden:

- Für eine Tätigkeit in gerichtlichen Angelegenheiten ist die Vereinbarung eines niedrigeren Entgeltes nicht zulässig. Für diesen Bereich haben die im RVG vorgesehenen Gebühren und Auslagen den Charakter von verbindlichen Mindestpreisen.
- Für eine Tätigkeit in außergerichtlichen Angelegenheiten ist auch die Vereinbarung eines niedrigeren Entgeltes in Form von Pauschal- oder Zeitvergütungen zulässig (§ 4 Abs. Satz 1 RVG). Wird keine Gebührenvereinbarung getroffen, gelten – außer bei der Mediation – die im RVG vorgesehenen Gebührensätze. Für diesen Bereich haben die im RVG vorgesehenen Gebühren und Auslagen also nur den Charakter von Referenzpreisen, die subsidiär gelten.
- Für bestimmte außergerichtliche Tätigkeiten ist am 1. Juli 2006 eine weitere Liberalisierung in Kraft treten. Für eine Beratung, die nicht mit einer anderen gebührenpflichtigen Tätigkeit zusammenhängt, sowie für die Ausarbeitung eines schriftlichen Gutachtens⁶⁴, gibt es seit diesem Zeitpunkt keine Gebührensätze im RVG mehr. Laut § 34 Abs. 1 RVG n.F. soll der Rechtsanwalt in diesen Bereichen auf den Abschluss einer Gebührenvereinbarung hinwirken. Wird keine Vereinbarung getroffen, erhält der Rechtsanwalt Gebühren nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts, d. h.

die gemäß § 612 Abs. 2 BGB übliche Gebühr. Ist der Mandant Verbraucher, so darf diese „übliche“ Vergütung höchstens 250 Euro betragen, für ein erstes Beratungsgespräch höchstens 190 Euro. Folglich hat für diese Bereiche das RVG seit dem 1. Juli 2006 nicht mehr die Rolle eines Referenztarifs; nur für Verbraucher werden noch Referenzhöchstpreise festgelegt.

Die gesetzlich vorgesehenen Gebühren regeln nicht nur das Verhältnis zwischen Mandanten und Auftraggeber. Nach Abschluss eines Prozesses kann die obsiegende Partei von der Gegenseite nur Gebühren in Höhe der gesetzlichen Gebührenordnung erstattet verlangen, auch wenn sie mit ihrem eigenen Anwalt ein höheres Honorar vereinbart hat. Strikte Regelungen, die den Gebührenanspruch des Rechtsanwalts auch nach oben beschränken, gelten in Fällen, in denen der Rechtsanwalt seine Vergütung aus einer öffentlichen Kasse erhält.

Zu diesen Regelungen über die Höhe der Vergütung tritt noch § 49b Abs. 2 BRAO, der es untersagt, die Vergütung des Anwalts oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig zu machen (Erfolgshonorar) oder zu vereinbaren, dass der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrags als Honorar erhält (quota litis).

2.4.2 Das System der Prozesskosten und der prozessualen Kostenerstattung

1035. Diese Regelungen des anwaltlichen Preisrechts müssen im Zusammenhang des Systems der Prozesskosten und der prozessualen Kostenerstattung gesehen werden. Dabei sind aus Sicht einer Prozesspartei grundsätzlich drei Kostenarten zu unterscheiden: die Gerichtskosten, die eigenen Kosten sowie die Kosten der Gegenpartei. Zu den Gerichtskosten zählen die Gerichtsgebühren sowie eventuell Entschädigungen für Zeugen und Sachverständige. Die eigenen Kosten umfassen insbesondere die Vergütung des eigenen Rechtsanwalts sowie eventuell eigene Reisekosten zu Prozessterminen. Entsprechendes gilt für die Kosten der Gegenpartei.

Bei der Frage, wer die Prozesskosten zu zahlen hat, sind zwei Ebenen von Regelungen zu unterscheiden. Es gibt Regelungen, die eine bestimmte Partei verpflichten, eine Kostenposition im Verlauf des Prozesses vorzuschießen. Der Kläger muss beispielsweise der Gerichtskasse einen Vorschuss auf die Gerichtsgebühren leisten. Die Rechtsanwälte werden regelmäßig von ihrer Partei einen Vorschuss auf das Rechtsanwalts Honorar verlangen. Eine andere Ebene von Regelungen betrifft dagegen die Frage, welche der Parteien die Kosten endgültig zu tragen hat. Diese Frage wird entweder in der abschließenden gerichtlichen Entscheidung – üblicherweise im Urteil – oder in einem Vergleich mitgeregelt.

1036. Wird die Kostentragung im Urteil geregelt, so gilt der Grundsatz, dass die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. Wird beispielsweise die Klage vollumfänglich abgewiesen, dann muss regelmäßig der Kläger die Kosten des Rechtsstreits tragen. Er muss also die Kosten seines eigenen Rechtsanwalts und alle

⁶⁴ Mit Ausnahme eines Gutachtens über die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels.

Gerichtskosten übernehmen sowie dem Beklagten die Kosten für dessen Rechtsanwalt ersetzen. Hat umgekehrt die Klage in vollem Umfang Erfolg, dann muss regelmäßig der Beklagte die Gerichtskosten tragen sowie dem Kläger die Kosten von dessen Rechtsanwalt ersetzen; daneben muss er auch noch seinen eigenen Rechtsanwalt bezahlen. Hat die Klage nur teilweise Erfolg – wird beispielsweise einer Klage über 10 000 Euro nur in Höhe von 4 000 Euro stattgegeben –, kommt es zu einer Kostenteilung, auf deren Details hier nicht näher eingegangen zu werden braucht. Erfolgt die Regelung der Kostenfrage durch Vergleich, dann können die Parteien auch eine von den eben dargestellten Grundsätzen abweichende Regelung treffen.

1037. Soweit eine Partei zur Erstattung von Rechtsanwaltskosten der Gegenseite verpflichtet ist, ist diese Erstattung in der Höhe auf den Betrag der gesetzlichen Anwaltsvergütung nach dem RVG beschränkt. Hat die Gegenseite mit ihrem Anwalt eine höhere Vergütung vereinbart, dann muss sie die Differenz zwischen der vereinbarten Vergütung und der gesetzlichen Vergütung selber tragen. Anders gesagt, die Vereinbarung einer höheren Vergütung führt nicht zu einer zusätzlichen Belastung der Gegenseite.

2.4.3 Mindestvergütung im gerichtlichen Bereich

1038. Laut § 49b Abs. 1 Satz 1 BRAO ist es für den Rechtsanwalt unzulässig, eine geringere Vergütung zu fordern oder zu vereinbaren als nach dem RVG vorgesehen, soweit dieses nichts anderes bestimmt. Damit gilt für die anwaltliche Tätigkeit eine Mindestpreisregelung, allerdings nur für die Tätigkeit vor Gericht, da § 4 Abs. 2 Satz 1 RVG in außergerichtlichen Angelegenheiten eine Unterschreitung der gesetzlichen Vergütung zulässt.

1039. Für eine Freigabe der Anwaltsvergütung im prozessualen Bereich spricht, dass dadurch eine wettbewerbsinduzierte Senkung von Preisen ermöglicht würde. Dies würde auch zu einer Erweiterung des Zugangs zum Rechtsschutzsystem führen. Die zu erwartenden anwaltlichen Honorare wären stärker an die Kosten der Tätigkeit gebunden; die Möglichkeit, dass es bei besonders hohen Streitwerten zu anwaltlichen „windfall profits“ käme, wird reduziert.

1040. Nach Ansicht der Monopolkommission ist die entgegenstehende Mindestpreisregelung wettbewerbspolitisch nicht gerechtfertigt; die dafür vorgebrachten Argumente können nicht überzeugen. Zwar hält die Monopolkommission eine Gebührenordnung für die gerichtliche Tätigkeit des Anwalts für sinnvoll. Jedoch sollte diese Gebührenordnung nicht als Mindestpreisregelung dienen, sondern nur dazu,

- als Referenztarif (taxmäßige Vergütung) im Sinne von § 612 Abs. 2 BGB dann zu gelten, wenn bei Mandatserteilung nichts anderes vereinbart wurde,
- eine Höchstgrenze für die Kostenerstattung im Prozess zu bilden und

- eine Vergütung für die Fallgruppen festzulegen, in denen der Anwalt zur Annahme des Mandats verpflichtet ist.

1041. Das Gebührenunterschreitungsverbot wurde auf gesetzlicher Grundlage erstmals 1994 eingeführt, nachdem davor eine vergleichbare Regelung in den anwaltlichen Standesrichtlinien enthalten war. In den damaligen Gesetzgebungsmaterialien findet sich folgende Begründung für dieses Verbot:

*„Das somit als grundsätzlich anzusehende Verbot, geringere als in der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung vorgesehene Gebühren und Auslagen zu vereinbaren oder zu fordern, soll einen Preiswettbewerb um Mandate und die mittelbare Vereinbarung von Erfolgshonoraren in gerichtlichen Verfahren verhindern. Das bestehende System, das sich mit dem standesrechtlichen Verbot der Gebührenunterschreitung insgesamt bewährt hat, kann einen weitgehenden gleichen Zugang zum Recht und zu den Rechtsanwälten gewährleisten, weil es nicht von der Finanzkraft des Mandanten abhängt, welcher Rechtsanwalt beauftragt wird. Der Verlockung, sich aus wirtschaftlichen Gründen einen besonders 'preiswerten' Anwalt zu suchen, ist das rechtsuchende Publikum nicht ausgesetzt, es kann sich frei von solchen Erwägungen für den Anwalt des Vertrauens entscheiden. Der Chancengleichheit dienlich ist zudem, daß die Rechtsverfolgung allen, die nicht auf Grund ihrer Vermögensverhältnisse Prozesskosten- oder Beratungshilfe beanspruchen können, gleiche finanzielle Lasten für die anwaltliche Vertretung abverlangt. Daß Mandanten, die in größerem Umfang Aufträge erteilen, Rabatte bei den Anwaltshonoraren verlangen, läßt die vorgesehene Regelung nämlich nicht zu.“*⁶⁵

*Die Gefahr einer mittelbaren Zulassung von Erfolgshonoraren [...] entstünde – bei Fehlen der vorgesehenen Regelung –, weil Grundlage einer Kostenerstattung durch den unterlegenen Prozessgegner nur die gesetzlichen Gebühren bleiben könnten. Im Falle des Obsiegens müsste der unterlegene Gegner dann die höheren gesetzlichen Gebühren erstatten, während der obsiegende Mandant seinem Rechtsanwalt lediglich das vereinbarte, niedrigere Honorar schulden würde.“*⁶⁵

1042. Neben diesen Gründen des Gesetzentwurfes werden von den Befürwortern des Gebührenunterschreitungsverbot weitere Argumente für eine verbindliche Vergütungsregelung ins Feld geführt, und zwar Kostentransparenz, Aufrechterhaltung des Systems der Rechtsschutzversicherung, die Quersubventionierung zwischen verschiedenen Verfahren und die Beratungs- und Prozesskostenhilfe.

2.4.3.1 Freie Anwaltswahl

1043. Nach Ansicht der Gesetzesbegründung sichert das Verbot der Gebührenunterschreitung dem Rechtssuchenden die Möglichkeit, seinen Anwalt ohne Rücksicht auf die eigene Finanzkraft zu wählen. Die Verwirklichung

⁶⁵ Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte, Bundestagsdrucksache 12/4993, S. 31.

dieses Ziels scheitert jedoch schon daran, dass es Anwälten erlaubt ist, eine höhere Vergütung als gesetzlich vorgesehen zu verlangen. Der Anwalt kann ein Tätigwerden nach den gesetzlichen Gebühren ablehnen und den Abschluss einer Vereinbarung über eine höhere Vergütung verlangen. Es ist zu erwarten, dass dies gerade bei besonders angesehenen Anwälten häufig vorkommen wird. Die Auswahl des Rechtsuchenden ohne Rücksicht auf finanzielle Gesichtspunkte ist also auf die Anwälte beschränkt, die zu den gesetzlichen Gebühren tätig werden wollen.

1044. Zudem will die Bundesregierung den Rechtsuchenden offenbar vor sich selbst schützen. Nach der Begründung muss er vor der „Verlockung“ bewahrt werden, sich nicht an den Anwalt seines Vertrauens zu wenden, sondern den billigsten Anwalt zu suchen. Die Monopolkommission hält diesen Ansatz für eine paternalistische Bevormundung des Rechtsuchenden. Sie ist der Ansicht, dass der Rechtsuchende durchaus zwischen Qualität und Preis bei Rechtsanwälten abzuwägen weiß und sich für den Anwalt seines Vertrauens entscheiden wird, auch wenn dieser ein wenig mehr kostet.

2.4.3.2 Verhinderung von Rabatten

1045. Weiter soll das Verbot der Gebührenunterschreitung verhindern, dass Rechtsanwälte Mandanten, die in großem Umfang Aufträge erteilen, Rabatte gewähren. Es ist fraglich, ob allein ein Gebührenunterschreitungsverbot im gerichtlichen Bereich dieses Ziel erreichen kann. Rechtsanwälte, die von einem Mandanten eine große Zahl von Aufträgen im gerichtlichen Bereich erhalten, werden für diesen üblicherweise auch im außergerichtlichen Bereich tätig sein. Da sie für ihre Tätigkeit im außergerichtlichen Bereich in der Honorarvereinbarung frei sind, können sie indirekt Rabatte für ihre gerichtliche Tätigkeit gewähren, indem sie weniger für die außergerichtliche Tätigkeit verlangen.

2.4.3.3 Verhinderung von Erfolgshonoraren

1046. Schließlich stellt die Gesetzesbegründung darauf ab, dass das Gebührenunterschreitungsverbot eine indirekte Vereinbarung von Erfolgshonoraren verhindern soll. Die Begründungsverfasser haben dabei offensichtlich folgendes Szenario vor Augen. Der Anwalt vereinbart mit dem Mandanten eine Vergütung, die geringer ist als nach dem RVG vorgesehenen. Im Fall des Unterliegens, bei dem der Mandant seine Kosten selber tragen muss, bleibt es dabei. Obsiegt der Mandant dagegen und kann deswegen von der Gegenpartei Erstattung seiner Kosten verlangen, dann treibt der Anwalt vom Gegner Kosten in voller Höhe der gesetzlichen Vergütung bei und behält den Mehrbetrag. Für den Anwalt bedeutet dies faktisch ein Erfolgshonorar, da er im Erfolgsfall eine höhere Vergütung erhält als bei einem Misserfolg.

1047. Zunächst ist anzumerken, dass dieses Argument vom Verbot des Erfolgshonorars in § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO abhängig ist. Das heißt, die Verhinderung einer indirekten Vereinbarung von Erfolgshonoraren ist nur in dem Umfang sinnvoll, wie die direkte Vereinbarung von

Erfolgshonoraren verboten ist. Soweit Erfolgshonorare zulässig sind, gibt es keinen Anlass, ihre indirekte Vereinbarung zu verhindern.

Jedoch ist dieses Argument selbst bei Aufrechterhaltung des Verbots der Erfolgshonorare nicht überzeugend. Grundsätzlich gilt, dass der prozessuale Kostenerstattungsanspruch nur tatsächlich entstandene Kosten umfasst. Eine Partei, die sich im Prozess selbst vertritt, kann bei Obsiegen keine Erstattung von Rechtsanwaltskosten verlangen – außer sie ist selbst Rechtsanwalt. Wendet man diesen Grundsatz auf Anwaltshonorare an, die niedriger als die gesetzlichen Gebühren sind, dann folgt, dass auch diese nur in Höhe der tatsächlich angefallenen Kosten zu erstatten sind. Die Kostenerstattung wäre nach oben weiterhin durch die gesetzliche Vergütung – als Referenztarif – beschränkt. Zwar ist zuzugeben, dass bei dieser Konstellation Möglichkeiten zur Manipulation bestünden. Die obsiegende Partei könnte versuchen, einen Kostenerstattungsanspruch in voller Höhe der gesetzlichen Gebühren geltend zu machen, obwohl sie mit ihrem Anwalt ein geringeres Honorar vereinbart hätte. Ein derartiges Verhalten würde regelmäßig einen Betrug im Sinne des § 263 Strafgesetzbuch darstellen, in den der Rechtsanwalt als Täter oder Teilnehmer verstrickt ist. Es ist fraglich, ob Rechtsanwälte in großem Umfang zu einer derartigen Kriminalisierung bereit wären. Dagegen spricht, dass sie regelmäßig die Mandanten als Mitwisser fürchten müssten, dass die Entdeckungsgefahr also groß wäre. Falls aber die Strafbarkeit eines Prozessbetruges nicht dazu führt, dass der Rechtsanwalt von einem derartigen Verhalten Abstand nimmt, dann ist fraglich, ob das rein berufsrechtliche Verbot einer Gebührenunterschreitung viel zur Prävention beiträgt. Zudem sind heute schon Manipulationsmöglichkeiten denkbar, bei denen sich der Anwalt stillschweigend mit der Zahlung eines geringeren Honorars durch die eigene Partei zufrieden gibt.

2.4.3.4 Kostentransparenz

1048. Das Argument der Kostentransparenz sieht den Vorteil der Gebührenordnung darin, dass der Mandant bereits bei Auftragserteilung erkennen könne, was ihn die Beauftragung des Anwalts – in dieser Instanz – maximal kosten werde; denn der Anwalt könne ihm die Vergütung nach dem RVG ausrechnen. Eine solche Transparenz sei beispielsweise bei einer Zeitvergütung nicht gegeben.

1049. Für die Monopolkommission liegt der Vorteil einer gesetzlichen Vergütungsregelung weniger in der Kostentransparenz, sondern eher in der Verringerung von Transaktionskosten.⁶⁶ Denn das RVG wählt gerade nicht den Weg der maximalen Kostentransparenz; eine maximale Kostentransparenz ist nämlich nur bei der Vereinbarung eines unbedingten Pauschalhonorars gegeben, bei dem von Anfang an ein fester Betrag für die gesamte Tätigkeit des Anwalts in einer bestimmten Angelegenheit vereinbart würde. Ein solches Pauschalhonorar hat jedoch

⁶⁶ Das Argument der Transaktionskosten und des unvollständigen Vertrages wird im allgemeinen Teil dieses Kapitels näher ausgeführt.

den Nachteil, dass es zu unangemessenen Ergebnissen führen kann. Wird z. B. der Rechtsstreit sehr schnell abgeschlossen, weil die Gegenpartei den Anspruch anerkennt und es nicht zur streitigen Verhandlung kommt, dann stünde das vereinbarte Pauschalhonorar möglicherweise in einem deutlichen Missverhältnis zum Aufwand des Anwalts. Demgegenüber hat das RVG den Vorteil, dass es eine Reihe von Tatbeständen enthält, welche die Höhe der Gebühr an den Verlauf des Prozesses anpassen. Das RVG erspart dem Anwalt und dem Auftraggeber, im Vertrag ausführlich eine Vergütungsregelung zu vereinbaren, in der für möglichst viele denkbare Prozessverläufe Anpassungen des Honorars vereinbart werden.

1050. Die transaktionskostensenkende Wirkung des Vergütungsgesetzes bliebe jedoch auch dann erhalten, wenn das RVG als Referenztarif beibehalten würde, aber seine Unterschreitung erlaubt wäre. So wie Anwalt und Mandant bereits jetzt eine höhere Vergütung in Anlehnung an die Vergütungsregelung vereinbaren können, also ein bestimmtes Vielfaches der gesetzlichen Vergütung, so könnte auch eine Unterschreitung in Anlehnung an das Gesetz vereinbart werden, z. B. ein bestimmter Bruchteil der gesetzlichen Vergütung. Daneben wird es auch Situationen geben, wo das Vergütungsmodell des RVG unangemessen ist. Mit dem Wegfall des Gebührenunterschreitungsverbotes könnten in solchen Fällen noch weitergehend andere Honorarformen vereinbart werden.

2.4.3.5 Quersubventionierung

1051. Ein anderes häufig genanntes Argument für eine Mindestpreisregelung bei Anwaltsgebühren ist die Quersubventionierung zugunsten einkommensschwacher Gruppen. Die Mindestpreisregelung erlaube es den Anwälten, durch höhere Erträge bei großen Streitwerten Verluste bei Mandaten mit geringen Streitwerten auszugleichen. Dadurch könnten die Gebühren für Verfahren mit geringen Streitwerten gering gehalten werden und damit einkommensschwachen Bevölkerungsteilen der Zugang zum Rechtssystem erleichtert werden. Der einzelne Anwalt fungiere also gleichsam als Umverteilungskasse.

1052. Das RVG stellt bei der Berechnung der Vergütung vornehmlich auf den so genannten Gegenstandswert ab. Dieser richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung der Sache. Geht es beispielsweise in dem Rechtsstreit um die Zahlung von 10 000 Euro, so ist dies der Gegenstandswert (Streitwert) des Verfahrens. Die „Gebühren“ des Rechtsanwalts bemessen sich nach diesem Gegenstandswert, wobei sie nicht proportional, sondern nur degressiv wachsen.

Man kann davon ausgehen, dass nur ein unvollständiger Zusammenhang zwischen dem Gegenstandswert eines Prozesses und dem Arbeitsaufwand des Rechtsanwalts für die Prozessführung besteht. Eine Klage über 50 000 Euro wird nur selten hundertmal so aufwendig zu bearbeiten sein wie eine Klage über 500 Euro. Eine Klage mit geringem Gegenstandswert kann sogar aufwendiger zu führen sein als eine Klage mit hohem Streitwert. Zwar steigen die Gebühren des Rechtsanwalts nur degressiv

mit dem Streitwert, trotzdem dürfte die Gebührentabelle diesen Sachverhalt wohl nur unzureichend abbilden. In der Regel sind deshalb Prozesse mit hohem Gegenstandswert für den Anwalt wirtschaftlich ertragreicher als Prozesse mit niedrigem Gegenstandswert. Macht man die weitere Annahme, dass Prozesse mit hohem Gegenstandswert hauptsächlich von wohlhabenden Personen oder von Unternehmen geführt werden und bei Prozessen mit geringem Gegenstandswert sehr oft zumindest eine der Parteien über wenig Einkommen verfügt, dann ist es denkbar, dass durch die Mindestpreisregelung eine Quersubventionierung zugunsten weniger zahlungskräftiger Personen stattfindet und diesem Personenkreis dadurch der Zugang zum Rechtssystem erleichtert wird.

1053. Für die Monopolkommission ist jedoch zweifelhaft, ob eine Quersubventionierung im beschriebenen Sinne tatsächlich im großen Rahmen stattfindet. Sie bezweifelt zudem, dass dieses System tatsächlich dazu geeignet ist, einen hinreichend breiten Zugang zum Rechtssystem sicherzustellen.

Eine Voraussetzung für eine funktionierende Quersubventionierung wäre, dass Aufträge mit hohem und mit niedrigem Streitwert in etwa gleichmäßig auf die Anwaltschaft verteilt sind, also jeder Anwalt in etwa gleichem Umfang attraktive und weniger attraktive Mandate erhält. Tatsächlich wird es in dieser Hinsicht jedoch große Unterschiede geben. Anwälte, die sich erfolgreich auf bestimmte Gebiete des Wirtschaftsrechts spezialisiert haben, werden überproportional viele Mandate mit hohem Gegenstandswert bearbeiten. Andere Anwälte, die beispielsweise hauptsächlich im Bereich des Sozial- oder des Ausländerrechts tätig sind, werden dagegen überproportional viele Mandate mit geringen Streitwert erhalten. Im Zuge einer weiter zunehmenden Spezialisierung auf dem Anwaltsmarkt wird diese Tendenz eher noch zunehmen. Da lukrative und weniger lukrative Mandate also nicht gleichmäßig auf die einzelnen Anwälte verteilt sind, kann der einzelne Anwalt die ihm zugewiesene Rolle als Umverteilungskasse kaum wahrnehmen.

Einer funktionierenden Quersubventionierung steht auch entgegen, dass es für Rechtsanwälte keine Höchstpreisregelung und keinen Kontrahierungszwang gibt. Denn unter der geltenden Rechtslage kann eine Quersubventionierung geringwertiger Mandate daran scheitern, dass der Anwalt ihre Bearbeitung ablehnt oder vom Abschluss einer Honorarvereinbarung abhängig macht. Es ist also in das Belieben jedes einzelnen Rechtsanwalts gestellt, ob er an dieser Quersubventionierung teilnimmt oder sich ihr entzieht.

Selbst wenn der Anwalt die Übernahme geringwertiger Fälle nicht ablehnt, wird er möglicherweise geringere Anstrengungen bei ihrer Bearbeitung aufwenden, da er nur ein geringes Interesse daran hat, durch gute Leistungen weitere Mandate aus diesem Bereich anzuwerben. Bei so genannten „pro-bono-Fällen“ mag dies anders sein, da der Anwalt in solchen Fällen gezielt ein nicht kostendeckendes Mandat übernimmt, weil er die zu vertretende Sache für förderungswürdig hält.

1054. Auch muss bezweifelt werden, dass bei allen nicht kostendeckenden Mandaten eine Subventionierungsabsicht des Rechtsanwaltes vorliegt. In einigen Fällen werden Anwälte Mandate, die sie trotz einer nicht kostendeckenden Vergütung annehmen, als Investition betrachten. Entweder hoffen sie auf weitere, einträglichere Aufträge vom selben Mandanten, oder es geht ihnen darum, weiter empfohlen zu werden. Ein junger Allgemeinanwalt wird möglicherweise fast jedes ernst zu nehmende Mandat annehmen, um erstmal einen gewissen Bekanntheitsgrad zu erwerben. Die Annahme nicht kostendeckender Mandate wird unter diesem Gesichtspunkt oft eine betriebswirtschaftlich rationale Strategie sein.

1055. Schließlich muss die Frage nach der „sozialen Treffsicherheit“⁶⁷ der angestrebten Quersubventionierung gestellt werden. Den Zusammenhang zwischen der Höhe des Gegenstandswertes eines Rechtsstreites und der wirtschaftlichen Lage der Parteien ist nur unvollständig. Insbesondere als Kläger in Schadensersatzfällen können auch wirtschaftlich schwache Personen mit relativ großen Streitwerten konfrontiert werden. Es ist schwer einzusehen, dass sie in dieser Situation auch noch andere Verfahren subventionieren sollen.

1056. Die Monopolkommission bezweifelt, dass Quersubventionierung ein überzeugendes Argument für anwaltliche Mindestgebühren ist. Der Zugang wirtschaftlich schwacher Personen zum Recht kann und wird heute auch besser durch Institute wie Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe sichergestellt. Zudem ist darüber nachzudenken, durch die Zulassung von Erfolgshonoraren den Zugang zum Rechtsschutzsystem verstärkt abzusichern.⁶⁸

2.4.3.6 Stärkung des Rechtsschutzversicherungsmarktes

1057. Als weiterer Grund für eine Vergütungsregelung wird angeführt, dass dadurch ein starker Rechtsschutzversicherungsmarkt ermöglicht werde. Die pauschalierten Tarife der Gebührenordnung ermöglichten den Versicherungen eine bessere Kalkulation des Risikos. Außerdem werde dadurch die freie Anwaltswahl erleichtert, da sonst die Versicherungen nur die Kosten ihrer „Hausanwälte“ erstatten würde, die zu den von der Versicherung vorgegebenen Vergütungssätzen zu arbeiten bereit sind.

1058. Hieran ist richtig, dass das Risiko eines Rechtsschutzversicherungsvertrages nur kalkulierbar ist, wenn er eine Regelung über die Höhe der zu erstattenden Rechtsverfolgungskosten enthält. Denn grundsätzlich sind die Kosten eines Rechtsstreites nach oben offen, da man ihn beliebig aufwendig führen kann. Es besteht die Gefahr, dass der Versicherte nach Eintritt des Versicherungsfalles eine sehr aufwendige Führung des Rechtsstreits wählt (so genannter „moral hazard“). Deshalb muss im Versicherungsvertrag von Anfang an festgelegt werden, in welchem Umfang die Versicherung leistet. Gibt es eine Gebührenordnung, wird diese Festlegung

vereinfacht. Der Vertrag verweist dann einfach auf die Gebührenordnung. Auch in diesem Fall hilft die Gebührenordnung, Transaktionskosten einzusparen. Jedoch muss sie dazu nicht verbindlich sein; auch wenn die Gebührenordnung nur als Referenztarif gilt, kann im Rechtsschutzversicherungsvertrag auf sie verwiesen werden.

1059. Die Wahlfreiheit des Versicherten bezüglich seines Anwalts ist in § 158m VVG geregelt. Danach ist der Versicherte berechtigt, zu seiner Vertretung in Gerichts- und Verwaltungsverfahren seinen Anwalt aus dem Kreis der Rechtsanwälte, deren Vergütung der Versicherer nach dem Versicherungsvertrag trägt, frei zu wählen. Bereits jetzt – unter Geltung des Verbots der Gebührenunterschreitung – gibt es für diese Wahlfreiheit eine Einschränkung, nämlich dass der Versicherte keinen Anwalt wählen kann, der ein höheres Honorar verlangt, als in der Gebührenordnung vorgesehen, es sei denn, der Versicherte ist bereit, den Mehrbetrag selbst zu übernehmen.

1060. Sollte eine Unterschreitung der gesetzlichen Vergütung in gerichtlichen Verfahren erlaubt werden, könnten Versicherungsunternehmen anfangen, auch Verträge anzubieten, die nur eine Abdeckung bis zu einem bestimmten Bruchteil der gesetzlichen Gebühren vorsieht. Dadurch würde der Zugang zur Rechtsschutzversicherung möglicherweise noch erweitert.

Dagegen würde ein Modell, bei dem Rechtsschutzversicherer Verträge mit „Hausanwälten“ schließen, die Versicherten für die Vertretung vor Gericht und in Verwaltungsverfahren nur diese „Hausanwälte“ beauftragen können und die „Hausanwälte“ als Gegenleistung für diese Exklusivität eine geringere Vergütung akzeptieren, nach jetziger Rechtslage an §§ 158m, 158o VVG scheitern.⁶⁹

1061. Unbestritten von Vorteil ist die Existenz einer Gebührenordnung dagegen in Bezug auf die Transaktionskosten des Rechtsschutzversicherungsvertrages. Der Vertrag kann auf das RVG verweisen (§ 5 Abs. 1 lit. a ARB 94) und muss nicht für einzelne Tätigkeiten bestimmte Höchstattarife vorsehen. Dieser Vorteil bliebe aber auch bei der Gebührenordnung als Referenztarif erhalten.

2.4.3.7 Ermöglichung von Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe

1062. Schließlich wird zugunsten des Gebührenunterschreitungsverbotes auch noch das System der Beratungs- und Prozesskostenhilfe angeführt. Die Regelung sei notwendig, um Klarheit über die zu erstattenden Gebühren bei Kontrahierungszwang zu schaffen und Streit zwischen Staatskasse und Anwalt über die Höhe der Gebühren zu vermeiden.

Zutreffend daran ist, dass der Rechtsanwalt in bestimmten Situationen nicht frei entscheiden kann, ob er ein

⁶⁷ Vergleiche Wein, T., *Recht durch Rechtsanwälte*, Berlin 1995, S. 284.

⁶⁸ Zur Frage der Zulassung von Erfolgshonoraren vgl. Tz. 1066 ff.

⁶⁹ Diese Regelungen beruhen auf der EWG-Rechtsschutzversicherungsrichtlinie; Richtlinie 87/344/EWG des Rates vom 22. Juni 1987 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Rechtsschutzversicherung, ABl. EG Nr. L 185 vom 4. Juli 1987, S. 77.

Mandat übernimmt. In bestimmten Fällen kann er vielmehr durch gerichtliche Anordnung zur Übernahme des Mandats verpflichtet werden, insbesondere in Fällen der Prozesskostenhilfe (§§ 48 f. BRAO); auch ist er verpflichtet, eine außergerichtliche Beratung nach dem Beratungshilfegesetz vorzunehmen. Da der Rechtsanwalt in solchen Fällen nicht mit dem Mandanten über seine Vergütung verhandeln kann, ist hier eine gesetzliche Vergütungsregelung notwendig. Nach der jetzigen Rechtslage gelten in einem solchen Fall grundsätzlich die gesetzlichen Gebühren, wobei für Fälle der Prozesskosten- oder Beratungshilfe teilweise noch eine Absenkung davon vorgesehen ist. Diese Regelungsfunktion könnte die Gebührenordnung auch dann beibehalten, wenn das Gebührenunterschreitungsverbot nicht mehr gelten würde. Durch die Anwendung der allgemeinen Gebührenordnung bzw. der besonderen Gebührenregelungen für Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe wäre auch weiter Klarheit über die Gebührenhöhe geschaffen. Es bestünde nicht die Gefahr, dass zwischen Staatskasse und Rechtsanwalt Streit über die Höhe der Vergütung entsteht.

1063. Daneben wird noch vertreten, dass die Anwaltschaft durch die Erbringung von Leistungen im Bereich von Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe ein Sonderopfer erbringe, da die dafür gezahlten Gebühren nicht kostendeckend seien. Dieses Sonderopfer müsse durch höhere Gebühren für andere Verfahren ausgeglichen werden.

Für diese These gilt Ähnliches wie für das Argument der Quersubventionierung. Bereits die Konzeption, die „Anwaltschaft“ erbringe ein Sonderopfer, ist problematisch, da sie alle Anwälte zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammenfasst, was nicht der wirtschaftlichen Realität entspricht. Dies wird dadurch problematisch, dass das Aufkommen an Prozesskosten- und Beratungshilfefällen nicht gleichmäßig auf die Anwaltschaft verteilt ist. Anwälte mit bestimmten Themenschwerpunkten, z. B. im Ausländer- oder Sozialrecht, werden überproportional Prozesskosten- und Beratungshilfemandate übernehmen. Dasselbe gilt für junge Anwälte, die sich ebenfalls mangels eigenen Mandantenstammes um die Akquirierung von Prozesskosten- und Beratungshilfefällen bemühen werden.

1064. Wenn diese Anwälte für ihre Tätigkeit nur eine geringe Vergütung erhalten, dann kann das kein Grund sein, der Rechtsanwaltschaft insgesamt höhere Gebühren zuzuweisen, wobei die attraktivsten Mandate möglicherweise bei ganz anderen Anwälten landen. Sollten die Vergütung für Prozesskosten- und Beratungshilfemandate tatsächlich zu niedrig sein, wäre es Sache des Gesetzgebers, diese Gebühren entsprechend anzupassen. Dies hätte den Vorteil, dass möglicherweise ein größerer Teil der Anwälte sich für diese Gruppe von Aufträgen interessiert.

2.4.3.8 Qualitätssicherung

1065. Im Gegensatz zu anderen Freien Berufen wird das Argument der Qualitätssicherung bei der Rechtfertigung der anwaltlichen Gebührenordnung nur selten ange-

führt. Bezüglich dieses Arguments wird auf die Ausführungen im allgemeinen Teil dieses Kapitels verwiesen, die zu einem ablehnenden Ergebnis kommen, da für Anwälte keine Besonderheiten erkennbar sind.

2.4.4 Erfolgshonorare und quota litis

1066. Zwar kann der Anwalt mit dem Mandanten eine Honorarvereinbarung treffen, gemäß § 49 b Abs. 2 BRAO ist es ihm jedoch untersagt zu vereinbaren, dass seine Vergütung vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird (Erfolgshonorar) oder dass er einen Teil des erstrittenen Betrags als Honorar erhält (quota litis).

1067. Vom Verbot des Erfolgshonorars wird ein weiterer Bereich von Gestaltungsmöglichkeiten erfasst. Es greift nicht nur bei Absprachen, bei denen ein Anwaltshonorar nur im Falle eines Erfolges zu zahlen ist (spekulatives Honorar), sondern verbietet auch Vereinbarungen, die neben einem Festhonorar noch ein Zusatzhonorar vorsehen, das nur im Falle des erfolgreichen Ausgangs zu zahlen ist (Festhonorar mit Erfolgszuschlag).

1068. Ebenfalls verboten ist die quota litis, bei der das anwaltliche Honorar aus einem bestimmten Bruchteil des erstrittenen Betrages besteht. Die quota litis wird oft als besonders problematisch angesehen, jedoch ist sie letztlich nur eine Sonderform des Erfolgshonorars. Dies wird deutlich, wenn man sich bewusst macht, dass in vielen Fällen die Frage nach dem Erfolg eines Rechtsstreits nicht ohne weiteres mit Ja oder Nein beantwortet werden kann.

1069. Als Beispiel sei der Fall unterstellt, dass ein Unfallgeschädigter einen Betrag von 20 000 Euro geltend macht. Wird die Klage vollumfänglich abgewiesen, dann liegt ein eindeutiger Misserfolg vor, wird der Gegner im Umfang von 20 000 Euro verurteilt, dann liegt ein eindeutiger Erfolg vor. Oft ist es aber der Fall, dass das Gericht zwar einen Anspruch des Klägers dem Grunde nach bejaht, aber in der zugesprochenen Höhe hinter der Vorstellung des Klägers zurückbleibt. Das Gericht könnte z. B. den Gegner zur Zahlung von 12 000 Euro verurteilen, aber die Klage bezüglich der übrigen 8 000 Euro abweisen. In diesem Fall kann nicht mehr eindeutig gesagt werden, dass die Sache erfolgreich ausgegangen ist. Neben dieser Möglichkeit der teilweisen Klageabweisung, ist auch noch an die Möglichkeit zu denken, dass ein bestimmter Betrag zwar vom Gericht zugesprochen wird, aber dieser Anspruch wegen Vermögenslosigkeit oder Insolvenz des Beklagten nicht oder nur im begrenzten Umfang verwirklicht werden kann.

1070. Soll ein Erfolgshonorar vereinbart werden, dann muss genau definiert werden, wann ein Erfolg vorliegt, d. h. ab welchem zugesprochenen oder eingetriebenen Betrag der Anwalt überhaupt ein Honorar bzw. den Erfolgszuschlag erhalten soll. Allerdings kann die Vereinbarung einer einzelnen Erfolgsschwelle zu problematischen Ergebnissen führen, insbesondere wenn der erstrittene Betrag nur wenig unterhalb oder wenig oberhalb dieser Schwelle liegt. Im Beispielfall könnte ein Erfolg bei

einem erstrittenen Betrag von mindesten 10 000 Euro definiert sein. Bei einem Ergebnis von 9 900 Euro wäre kein Erfolg eingetreten, und der Anwalt erhielte kein Erfolgshonorar.

Insofern bietet es sich an, mehrere Schwellen mit daran gekoppelten Erfolgshonoraren zu vereinbaren, z. B. ein Drittel des Erfolgshonorars bei einem erstrittenem Betrag von mindestens 5 000 Euro, ein zusätzliches Drittel bei mindestens 10 000 Euro und das letzte Drittel bei mindestens 15 000 Euro. Die quota litis ist letztlich nichts anderes als eine Folge von derartigen Erfolgsschwellen, welche den erstrittenen Betrag in eine Menge kleiner Teilerfolge aufteilen. Jeder zusätzlich erstrittene Euro ist insofern ein Teilerfolg.

1071. Üblicherweise wird unter der quota litis eine feste Quote verstanden, die auf den gesamten erstrittenen Betrag anzuwenden ist, z. B. 25 Prozent vom erstrittenen Betrag. Es ist jedoch auch denkbar, gestaffelte Quoten anzuwenden, z. B. 20 Prozent von den ersten 10 000 Euro und 30 Prozent von dem darüber hinausgehenden Betrag.

1072. Da wie dargelegt die quota litis nur eine Sonderform des Erfolgshonorars ist für Angelegenheiten, bei denen es um die Zahlung eines Geldbetrages geht, wird im Folgenden einheitlich von Erfolgshonoraren geredet und dabei die quota litis regelmäßig mit eingeschlossen. Die quota litis wird nur dann extra erwähnt, wenn für sie Besonderheiten gelten.

2.4.4.1 Gründe für die Zulassung von Erfolgshonoraren

1073. Für die Zulassung des Erfolgshonorars sprechen zwei Gesichtspunkte. Zum einen kann das Erfolgshonorar für den Rechtsanwalt Ansporn zu besonderer Anstrengung sein, die über das hinausgeht, was nach Berufs- und Haftungsrecht als Mindestmaß gefordert wird. Das gilt besonders, wenn die Prozessführung für den Mandanten ein einmaliger Vorgang ist, wie das bei Privatpersonen regelmäßig der Fall ist, da dann ein Interesse des Anwalts an Anschlussaufträgen nicht gegeben ist. Zum anderen bewirkt das Erfolgshonorar eine Risikoverlagerung zwischen Mandant und Rechtsanwalt. Die gerichtliche Geltendmachung eines hohen Betrages bedeutet für den Kläger ein relativ riskantes Geschäft, da er im Fall des Unterliegens die Gerichtskosten sowie die Kosten des eigenen und des gegnerischen Anwalts tragen muss. Beim Erfolgshonorar wird ein Teil dieses Risikos auf den Anwalt übertragen, der möglicherweise dieses Risiko vermögensmäßig besser tragen kann bzw. zur Diversifikation in der Lage ist.

1074. Zwar kann das Prozesskostenrisiko oft durch den (rechtzeitigen) Abschluss einer Rechtsschutzversicherung abgewendet werden. Jedoch sind nicht alle Rechtsgebiete gut versicherbar – so schließen die üblichen Rechtsschutzversicherungsverträge z. B. den Bereich des Baurechts grundsätzlich vom Versicherungsschutz aus. Zum anderen ist es unter dem Ziel der Sicherung des Zugangs zum Rechtsschutzsystem äußerst problematisch, diesen Zugang praktisch vom vorherigen Abschluss eines Versi-

cherungsvertrages abhängig zu machen und Vertragsformen mit ähnlicher wirtschaftlicher Wirkung – wie z. B. das Erfolgshonorar – auszuschließen.

1075. Auch das Institut der Prozesskostenhilfe ist kein vollständiger Ersatz für das Erfolgshonorar. Denn an Parteien, die zwar über hinreichend Einkommen oder Vermögen verfügen, um die Prozesskosten zu zahlen, d. h. die – vereinfacht – durch die Zahlung der Prozesskosten nicht unter Sozialhilfeniveau gedrückt werden, wird Prozesskostenhilfe nicht oder nur als Darlehen gewährt. Diese Parteien sind durch einen größeren Prozess mit der Gefahr einer deutlichen Absenkung ihres Lebensstandards konfrontiert. Obwohl es verständlich ist, dass dieser Personenkreis keine Prozesskostenhilfe in Form eines Zuschusses erhält, ist es unter dem Gesichtspunkt des Zugangs zum Rechtsschutzsystem trotzdem problematisch, hier eine nachträgliche Risikoabsenkung durch Vereinbarung eines Erfolgshonorars zu verbieten.

1076. Durch die Vereinbarung eines Erfolgshonorars wird allerdings nur ein Teil des Kostenrisikos eines Prozesses verlagert, da der Kläger bei einer Niederlage immer noch die Gerichtskosten sowie die Kosten des gegnerischen Anwalts zu tragen hätte. Zu einer vollständigen Verlagerung käme es nur bei einer Prozessfinanzierung, bei der dem Kläger das Kostenrisiko gegen eine Erfolgsbeteiligung vollständig abgenommen würde. Diese Prozessfinanzierung könnte grundsätzlich ebenfalls durch den Rechtsanwalt erfolgen – wie z. B. in den USA – oder aber durch Dritte. So gibt es in Deutschland inzwischen Prozessfinanzierer, also Unternehmen, die Zivilprozesse gegen eine Beteiligung am erstrittenen Betrag finanzieren. Jedoch findet bei diesem Vorgehen eine Trennung zwischen Prozessfinanzierung und Prozessführung statt. Das Beispiel der USA zeigt, dass bei einer Zulässigkeit der quota litis die Prozessfinanzierung durch Rechtsanwälte zu dominieren scheint. Das könnte damit zusammenhängen, dass es effektiver ist, die Erfolgsaussichten des Anspruchs nur durch eine Person – den Rechtsanwalt – prüfen zu lassen, statt diese Aufgabe auf zwei Personen – Rechtsanwalt und Prozessfinanzierer – zu verteilen.

2.4.4.2 Gesetzliche Begründung des Verbotes

1077. Das Verbot des Erfolgshonorars wurde – wie auch das Gebührenunterschreitungsverbot – erst 1994 gesetzlich geregelt. Im Regierungsentwurf findet sich folgende Begründung:

„Bei dem Verbot, ein Erfolgshonorar oder eine quota litis zu vereinbaren, steht die Frage der Unabhängigkeit des Anwalts im Vordergrund. Sie ist gefährdet, wenn bei der Führung der Sache wirtschaftliche Erwägungen den Ausschlag geben könnten.“⁷⁰

Damit greift die Gesetzesbegründung ein Argument auf, das zuvor bereits von der Rechtsprechung verwendet wurde. Denn bereits vor 1994 gingen die Gerichte davon aus, dass Erfolgshonorare sittenwidrig und damit verbo-

⁷⁰ Bundestagsdrucksache 12/4993, S. 31.

ten sind (§ 138 BGB), weil sie die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts gegenüber seinem Mandanten gefährden könnten.

„Der Rechtsanwalt hat eine gesetzlich garantierte Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO). Er ist der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten (§ 3 I BRAO). Ihm sind damit Aufgaben übertragen, die ihn aus der Ebene allgemeiner wirtschaftlicher Betätigung herausheben. Seine Stellung wird noch dadurch verstärkt, daß ihm insbesondere vor Kollegialgerichten die ausschließliche Vertretungsbefugnis zukommt (§ 78 ZPO). Dieser herausgehobenen Stellung entsprechen besondere Pflichten. Dazu gehört, dass der Rechtsanwalt sich die erforderliche Freiheit gegenüber seinem Auftraggeber und dessen Belangen bewahrt. Er darf sich in seiner beruflichen Tätigkeit nur von Rücksichten auf die von ihm betriebene Sache leiten lassen. Diese Unabhängigkeit gefährdet er, wenn er sein Interesse an einer angemessenen Entlohnung seiner Dienste mit dem Interesse der Partei an einem ihr günstigen Ausgang der Sache dadurch verquickt, daß er seine Vergütung ganz oder teilweise von der erfolgreichen Durchführung des Auftrags abhängig macht. Denn dann sind seine wirtschaftlichen Interessen so mit denen des Mandanten verknüpft, daß zumindest die Gefahr nicht auszuschließen ist, daß der Rechtsanwalt den Erfolg ohne Rücksicht auf die wirkliche Sach- und Rechtslage auch mit nicht zu billigen Mitteln anstrebt. Kaufmännische Erwägungen können dann bei ihm so sehr in den Vordergrund treten, wie dies mit seiner gesetzlichen Stellung nicht zu vereinbaren ist ...“⁷¹

1078. Nach Ansicht der Monopolkommission kann das Verbot von Erfolgshonoraren nicht auf diese Argumentation gestützt werden. Zum einen gibt es im geltenden Recht eine Reihe von Konstellationen, in denen der Anwalt ein wirtschaftliches Interesse am Ausgang der Sache haben kann bzw. ein Erfolgshonorar sogar gesetzlich vorgesehen ist, ohne dass der Gesetzgeber dadurch die anwaltliche Unabhängigkeit als gefährdet angesehen hätte. Zum anderen liegt dieser Argumentation nicht nur ein problematisches Anwaltsbild zugrunde, sondern es wird auch das stets bestehende, zumindest indirekte wirtschaftliche Interesse des Anwalts am Erfolg seiner Mandanten übersehen.

1079. Bereits jetzt gibt es eine Reihe von Konstellationen, in denen der Anwalt ein wirtschaftliches Interesse am Ausgang der von ihm vertretenen Angelegenheit haben kann. Teilweise ist sogar explizit im Gesetz vorgesehen, dass die Höhe der Vergütung vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängt.

1080. Für Rechtsanwälte ist es zulässig, sich vor Gericht in eigenen Angelegenheiten selbst zu vertreten. Bemerkenswert ist dabei, dass dies nicht nur für Fälle gilt, in denen sich jedermann selbst vertreten kann, sondern z. B. auch für Zivilverfahren vor dem Landgericht, bei denen Anwaltszwang besteht (§ 78 Abs. 6 ZPO). Wird der

Rechtsanwalt in einer eigenen Angelegenheit tätig, dann hat er ein klar definiertes wirtschaftliches Interesse am Ausgang der Sache. Bei der Geltendmachung einer eigenen Forderung liegt praktisch eine quota litis von 100 Prozent vor. Ist der sich selbst vertretende Anwalt im Zivilverfahren erfolgreich, dann kann er zudem von der Gegenseite als Kostenerstattung die gesetzliche Vergütung eines bevollmächtigten Anwalts verlangen. Hier liegt ein gesetzlich vorgesehener Fall eines Erfolgshonorars vor: Ist die Klage erfolgreich, dann erhält der Anwalt eine Vergütung für seine Tätigkeit, bleibt sie erfolglos, dann nicht.

1081. Im RVG sind spezielle Gebührentatbestände für das erfolgreiche Mitwirken des Anwalts bei der Streitschlichtung vorgesehen. Die „Einigungsgebühr“ entsteht, wenn es unter Mitwirkung des Rechtsanwalts zum Abschluss eines Vertrags gekommen ist, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis beseitigt wird. Die „Aussöhnungsgebühr“ entsteht für die Mitwirkung des Rechtsanwalts bei der Aussöhnung von Ehegatten, wenn ernstliche Scheidungsabsicht bestand. Es handelt sich dabei um erfolgsabhängige Honorare; denn es reicht nicht, dass der Anwalt umfangreiche, aber letztlich erfolglose Vergleichsverhandlungen bzw. Aussöhnungsgespräche führt. Durch Honorarvereinbarung können solche gesetzlichen, erfolgsabhängigen Gebühren sogar noch erhöht werden (§ 49 Abs. 2 Satz 2 BRAO). Gesetzgeberisches Ziel dieser Gebührentatbestände ist die Förderung der Vergleichsbereitschaft bzw. die Erhaltung von Ehen. Die Erfolgsabhängigkeit des anwaltlichen Honorars wird hier nicht nur hingenommen – vielmehr setzt der Gesetzgeber bewusst einen Erfolgsanreiz, um das Verhalten des Anwalts in der Sache zu beeinflussen.⁷²

1082. Auch wenn der Rechtsanwalt für eine Person tätig wird, die Anspruch auf staatliche Unterstützung bei der Rechtswahrnehmung hat, kann es zu einer erfolgsbezogenen Vergütung kommen. Nimmt die Partei z. B. Prozesskostenhilfe in Anspruch, so erhält der Rechtsanwalt aus der Staatskasse eine Vergütung, die regelmäßig niedriger ist als die gesetzlichen Gebühren (§ 49 RVG). Ist die bedürftige Person im Prozess erfolgreich und muss die Gegenseite deshalb die Kosten des Rechtsstreits tragen, so kann der Rechtsanwalt die vollen gesetzlichen Gebühren von der Gegenseite betreiben (§ 126 ZPO). Es liegt also ein Erfolgshonorar vor, weil der Anwalt beim erfolgreichen Ausgang des Prozesses ein höheres Honorar erhält. Ähnliche Regelungen gelten, wenn ein Rechtsanwalt außergerichtlich für einen Mandanten tätig wird, der Anspruch auf staatliche Unterstützung nach dem Beratungshilfegesetz hat, sowie für einen als Pflichtverteidiger bestellten Rechtsanwalt. Beim Pflichtverteidiger ist der „Erfolgsfall“ gegeben, wenn der Beschuldigte einen Anspruch auf Kostenerstattung gegenüber der Staatskasse hat, insbesondere wenn es zu einem vollständigen oder beschränkten Freispruch kommt.

⁷¹ BGH NJW 87, 3203, 3204.

⁷² Vergleiche Schepke, J., Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts, Tübingen 1998, S. 143.

1083. Das Institut der Streitwertspaltung ermöglicht in bestimmten Gerichtsverfahren, bei denen häufig ein wirtschaftliches Ungleichgewicht zwischen den Beteiligten besteht, z. B. bei Patentstreitigkeiten, der wirtschaftlich schwächeren Partei, ihr Prozesskostenrisiko zu senken. Sie muss dazu dem Gericht glaubhaft machen, dass die Belastung mit den vollen Prozesskosten ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde. Das Gericht ordnet dann an, dass sich die Prozesskosten dieser Partei nach einem niedrigeren, der wirtschaftlichen Lage der Partei angepassten Teil des Streitwerts bemessen. Das heißt insbesondere, dass diese Partei ihrem Anwalt nur eine Vergütung schuldet, die sich nach dem niedrigeren Streitwert bemisst. Ist die wirtschaftlich schwächere Partei im Prozess zumindest teilweise erfolgreich und ergibt sich daraus eine Kostentragungspflicht der wirtschaftlich stärkeren Partei, dann kann der Rechtsanwalt der wirtschaftlich schwächeren Partei Gebühren von dem Gegner nach dem vollen Streitwert Beitreiben. Für den Rechtsanwalt der wirtschaftlich schwächeren Partei führt diese Regelung dazu, dass die Höhe seines Honorars vom Erfolg seines Mandanten im Verfahren abhängt. Unterliegt der Mandant und muss die Kosten seines Anwalts tragen, dann erhält dieser nur eine Vergütung nach dem niedrigeren Streitwert. Obsiegt der Mandant, dann trägt die Gegenseite die Kosten und die Vergütung des Anwalts berechnet sich nach dem vollen Streitwert. Derartige Regelungen existieren vor allem im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes,⁷³ aber auch im Kartellrecht,⁷⁴ im Energiewirtschaftsrecht⁷⁵ sowie für die aktienrechtliche Anfechtungsklage.⁷⁶ Während diese Regelungen im Kartell- und Energiewirtschaftsrecht neu sind, bestehen sie im gewerblichen Rechtsschutz schon lange.

1084. Es ist widersprüchlich, einerseits die Vereinbarung von Erfolgshonoraren kategorisch zu verbieten, weil es kein wirtschaftliches Interesse des Anwalts am Ausgang der Sache geben dürfe, aber andererseits in bestimmten Konstellationen ein eigenes wirtschaftliches Interesse des Anwalts bzw. ein Erfolgshonorar gesetzlich vorzusehen,⁷⁷ obwohl die Begründung für das Verbot einer Vereinbarung von Erfolgshonoraren auch hier anwendbar ist.

1085. Nicht zuletzt angesichts dieses widersprüchlichen Verhaltens des Gesetzgebers erscheint es sinnvoll, grundsätzlich zu untersuchen, ob das Postulat einer vollkommenen wirtschaftlichen Unabhängigkeit des Anwalts vom Mandanten rechtspolitisch zu rechtfertigen ist. Zwar betont die Bundesrechtsanwaltsordnung die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts. Laut § 1 BRAO hat der Rechtsanwalt die Stellung eines unabhängigen Organs der Rechts-

pflage; gemäß § 3 Abs. 1 BRAO ist der Rechtsanwalt der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten. Jedoch geht es beim Grundsatz anwaltlicher Unabhängigkeit vor allem um die Unabhängigkeit gegenüber dem Staat. Im Sinne des Postulats der „freien Advokatur“ (Rudolf von Gneist) sollen die Anwälte nicht Teil des öffentlichen Dienstes sein, sondern einen vom Staat unabhängigen freien Beruf ausüben. Das Bundesverfassungsgericht hat die rechtsstaatliche Bedeutung der anwaltlichen Unabhängigkeit vom Staat so umschrieben:

„Es entspricht dem Rechtsstaatsgedanken und dient der Rechtspflege, daß dem Bürger schon aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit Rechtskundige zur Verfügung stehen, zu denen er Vertrauen hat und die seine Interessen möglichst frei und unabhängig von staatlicher Einflussnahme wahrnehmen können.“⁷⁸

Bei der Begründung für das Verbot des Erfolgshonorars geht es aber um eine andere Form von Unabhängigkeit, nämlich um die Unabhängigkeit des Anwalts gegenüber seinem Mandanten. Der Anwalt soll sich nur „von Rücksichten auf die von ihm betriebene Sache leiten lassen“. Diese Distanz gegenüber dem eigenen Mandanten erscheint fragwürdig, wenn der Rechtsanwalt – wie vom Bundesverfassungsgericht betont – gerade ein Interessenvertreter des Mandanten sein soll. Um Interessenvertreter zu sein, kann der Rechtsanwalt aber nicht – wie der Richter – über den Parteien stehen. Vielmehr muss er die Interessen des Mandanten vertreten und auch dessen Weisungen befolgen. Andere Vorschriften setzen diese parteiische Rolle des Rechtsanwalts voraus. So ist es dem Rechtsanwalt gemäß § 43 Abs. 4 BRAO verboten, widerstreitende Interessen zu vertreten. In bestimmten Fällen kann dies sogar als Parteiverrat strafbar sein (§ 356 StGB).

1086. Akzeptiert man die nötige Parteilichkeit des Anwalts, kann es beim Schutz der Unabhängigkeit des Anwalts also nur darum gehen zu verhindern, dass das Interesse des Anwalts am Ausgang der Sache ihn dazu bewegen wird, den Erfolg der Sache mit unzulässigen Mitteln anzustreben, möglicherweise unter Ausnutzung der ihm zustehenden besonderen verfahrensrechtlichen Befugnisse (z. B. Postulationsfähigkeit, Akteneinsichtsrecht, Zeugnisverweigerungsrecht).

1087. Jedoch ist der Anwalt auch ohne Erfolgshonorar wirtschaftlichen Anreizen bei der Mandatsbearbeitung ausgesetzt. So hat jeder Anwalt ein Interesse daran, dass seine Mandanten mit seiner Arbeit zufrieden sind. Dieses Ziel wird er vor allem dann erreichen, wenn er die Interessen seiner Mandanten erfolgreich durchsetzt. Ist der Mandant zufrieden, dann kann der Anwalt damit rechnen, weitere Aufträge zu erhalten und weiterempfohlen zu werden. Insbesondere wenn ein wesentlicher Teil der Aufträge des Mandanten von einem Auftraggeber (z. B. einem Unternehmen) kommt, kann daraus durchaus eine

⁷³ Neben § 144 Abs. 1 PatG auch § 142 Abs. 2 und 3 MarkenG, § 54 Abs. 1 und 2 GeschmG, § 26 Abs. 1 GebrMG.

⁷⁴ § 89a Abs. 1 GWB. Die Monopolkommission hat sich 2004 für die Einführung dieser Vorschrift ausgesprochen, vgl. Monopolkommission, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten 41, Baden-Baden 2004, Tz. 96 ff.

⁷⁵ § 105 Abs. 1 EnWG.

⁷⁶ § 247 Abs. 2 AktG.

⁷⁷ Neben den erwähnten Fällen gibt es noch die erfolgsbezogene Vergütungsabrede in Mahn- und Zwangsvollstreckungssachen (§ 4 Abs. 2 Satz 2 RVG).

⁷⁸ BVerfGE 63, 266, 284.

nicht unbeträchtliche wirtschaftliche Abhängigkeit werden.

1088. Weiterhin hat jede Honorarform Anreize auf die Art der Mandatsbearbeitung. Bei Zeithonoraren besteht ein Anreiz zu einer besonders zeitaufwendigen, übersorgfältigen Mandatsbearbeitung. Bei einem Pauschalhonorar hat der Anwalt zumindest „innerhalb des Vertrages“ keinen Anreiz, sich über das haftungsrechtliche Maß hinaus besonders anzustrengen. Bei einer Honorarregelung, die Gebühren an die Erfüllung besonderer Tatbestände knüpft, wie das RVG, besteht für den Anwalt der Anreiz, es zur Erfüllung dieser Tatbestände kommen zu lassen. In diesem Zusammenhang hat das Erfolgshonorar den Vorteil, dass – nach seiner Vereinbarung – ein relativer Gleichklang der Interessen von Mandant und Rechtsanwalt entsteht. Dies entspricht der Rolle des Rechtsanwalts als Interessenvertreter des Mandanten und kann helfen, das Problem der asymmetrischen Informationsverteilung zwischen Anwalt und Mandant – der Mandant kann den Arbeitseinsatz des Rechtsanwalts nur unzureichend kontrollieren – abzumildern. Insgesamt betrachtet kann das Gebot der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts kein Argument dafür sein, eine Vereinbarung von Erfolgshonoraren grundsätzlich zu verbieten.

1089. Oft wird die Vereinbarung von Erfolgshonoraren auch deshalb abgelehnt, weil man dadurch die Entstehung „amerikanischer Verhältnisse“ im deutschen Schadensersatzrecht erwartet. Insbesondere wird eine starke Zunahme der Prozesse, insbesondere auch zur Durchsetzung fragwürdiger Ansprüche erwartet. Zwar ist zuzugeben, dass Erfolgshonorare eine Zunahme der Klagehäufigkeit bewirken könnten. Einerseits sind jedoch höhere Anreize zur Klageerhebung nur dann ein Problem, wenn man die jetzige Klagehäufigkeit als optimal oder bereits als zu hoch ansieht. Andererseits gibt es noch eine Reihe von anderen Besonderheiten des amerikanischen US-Rechtssystems, die für die „amerikanischen Verhältnisse“ verantwortlich sein dürften. Dazu zählen insbesondere:

- keine Erstattung der Anwaltskosten des Beklagten bei erfolgloser Klage,
- Möglichkeit von Sammelklagen (class actions),
- Strafschadensersatz (punitive damages),
- Entscheidung durch die Jury,
- Zulässigkeit des Ausforschungsbeweises (pretrial discovery),
- weniger enges soziales Netz,
- „lump sum payments“ statt Verrentung von Schadensersatz.

Die Anreize zur Klageerhebung in Deutschland dürften also auch weiterhin hinter denen in den USA zurückbleiben. Zudem kann die Vereinbarung eines Erfolgshonorars auch klagehemmende Wirkung haben. Denn der Anwalt wird in einem solchen Fall die Erfolgsaussichten einer Klage besonders sorgfältig prüfen, insbesondere wenn er im Fall der Niederlage kein oder nur ein geringes Honorar erhält. Zudem ist das Erfolgshonorar keine Besonderheit

des US-amerikanischen Rechtssystems, sondern existiert auch in einer Vielzahl anderer Länder.⁷⁹

1090. Schließlich ist auch darauf hinzuweisen, dass Erfolgshonorare im deutschen System nicht zu einer Kostenmehrbelastung der anderen Seite im Erfolgsfall führen werden. Denn das erhöhte Erfolgshonorar wird nicht von der Kostenerstattung erfasst.

1091. Es gibt jedoch zwei Fragen, die im Zusammenhang mit anwaltlichen Erfolgshonoraren geklärt werden müssten. Zum einen ergibt sich die Frage, ob der Anwalt das Maß seiner Anstrengungen zurücknehmen kann, wenn sich aus seiner Sicht die Chancen für einen erfolgreichen Ausgang des Rechtsstreits deutlich verschlechtert haben. Bei der bisherigen Regelung obliegt die Beurteilung, ob ein Rechtsstreit wert ist geführt zu werden, beim Mandanten, da dieser allein die finanziellen Konsequenzen einer Niederlage zu tragen hat. Dagegen erhält der Anwalt beim Erfolgshonorar ein eigenes finanzielles Interesse am Ausgang des Rechtsstreits. Zum anderen ist zu klären, wer über die Annahme eines Vergleiches entscheiden kann, also ob sich der Kläger mit der sicheren Zahlung eines Teilbetrages begnügen soll oder den Prozess weiterführt, um möglicherweise den vollen Betrag zu erhalten. Da der Anwalt bei Vereinbarung eines Erfolgshonorars am Prozessrisiko beteiligt ist, wird er regelmäßig ein Mitspracherecht bei dieser Frage verlangen.

1092. Ein Problem, das in der US-amerikanischen Diskussion über Erfolgshonorare eine große Rolle spielt, ist der Verbraucherschutz bei der Vereinbarung der Höhe des Erfolgshonorars. Konkret geht es dabei z. B. um die Frage, welcher Anteil des Erstrittenen als quota litis vereinbart werden soll. Bei funktionierendem Wettbewerb sollte ein Erfolgshonorar den zu erwartenden Aufwand des Anwalts bei der Bearbeitung der Sache widerspiegeln sowie sein Risiko, für diesen Aufwand aufgrund eines Misserfolgs keine oder nur eine unzureichende Vergütung zu erhalten. Bei einer Streitsache mit einer relativ geringen Erfolgswahrscheinlichkeit kann es deshalb durchaus angemessen sein, eine recht hohe Beteiligung am erstrittenen Betrag zu vereinbaren. Allerdings wird bei der Beurteilung von Aufwand und Erfolgsaussichten einer Sache regelmäßig eine asymmetrische Informationsverteilung zwischen Anwalt und Mandanten bestehen. Der Rechtsanwalt kann aufgrund seiner Rechtskenntnisse die Erfolgschancen einer Klage regelmäßig besser beurteilen. Deshalb besteht die Gefahr, dass der Anwalt gegenüber dem Mandanten den zu erwartenden Aufwand und das Risiko einer Klage übertreibt, um ihn zum Abschluss eines überhöhten Erfolgshonorars zu bewegen. Oder er kann ihn veranlassen, überhaupt ein Erfolgshonorar zu vereinbaren, obwohl der Mandant bei richtiger Kenntnis des Risikos lieber ein Festhonorar vereinbaren würde. Allerdings ist auch zu bedenken, dass der Rechtsanwalt auch noch einen besonderen Risikozuschlag berücksichtigen muss für die Situation, dass der Mandant ihm negative Informationen über die Sache verheimlicht.

⁷⁹ Vergleiche die ausführliche Übersicht bei Kilian, M., Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts, Bonn 2003, S. 453–487.

1093. Es ist zu fragen, ob dieses Problem asymmetrischer Information nicht durch den Wettbewerb der Rechtsanwälte um Mandate gelöst werden kann. Der Mandant könnte seine Sache mehreren Rechtsanwälten vorlegen, um dann das für ihn beste Angebot eines Erfolgshonorars auszuwählen. Die Erfahrungen aus den USA sprechen aber dafür, dass solch ein Wettbewerb nur selten stattfindet.⁸⁰ Das könnte entweder daran liegen, dass die üblichen Erfolgshonorare durchaus angemessen sind, oder daran, dass die Mandanten bei Erteilung des Mandates der Höhe des Erfolgshonorars nur eine geringe Bedeutung beimessen.

1094. Der Schutz des Verbrauchers vor Übervorteilung könnte entweder durch eine gesetzliche Beschränkung der Höhe von Erfolgshonorar bzw. quota litis – beispielsweise auf maximal 25 Prozent des erstrittenen Betrages – oder durch die Möglichkeit einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle der Angemessenheit erfolgen. Das Problem mit der ersten Variante besteht darin, dass sie zu starr ist: Bei sehr riskanten Klagen kann auch eine relativ hohe quota litis angemessen sein. Die zweite Variante bringt die Gefahr mit sich, dass der Richter nach Abschluss des Verfahrens das ex ante vorhandene Risiko unterschätzen könnte, weil er dem Fehlschluss unterliegt, dass die Klage risikolos war, da sie erfolgreich war (so genanntes „hindsight bias“/„Rückschaufehler“).

1095. Trotz dieser Probleme spricht sich die Monopolkommission dafür aus, Erfolgshonorare auch im deutschen Recht zuzulassen. Jedoch sollte die nachträgliche gerichtliche Kontrolle eines Erfolgshonorars oder einer quota litis in Bezug auf eine angemessene Höhe möglich sein. Als Kriterien einer Angemessenheit sollte dabei unter anderem auf die Höhe des Streitwerts, die Erfolgchancen des Prozesses ex ante sowie die vom Anwalt übernommenen Aufwendungen wie Gutachterkosten abgestellt werden.⁸¹

2.5 Werbebeschränkungen

1096. Bis zur Standesrichtlinien-Entscheidung des BVerfG im Jahr 1987 galt für Rechtsanwälte ein grundsätzliches Werbeverbot.⁸² Inzwischen ist dem Anwalt Werbung zwar erlaubt; allerdings unterliegt anwaltliche Werbung den in der BRAO und der Berufsordnung (BORA) enthaltenen Beschränkungen. Gemäß § 43b BRAO ist dem Anwalt nur eine „sachliche“ Werbung erlaubt; außerdem untersagt diese Vorschrift, um die Ertei-

lung eines Auftrages im Einzelfall zu werben. In den §§ 6 bis 10 BORA finden sich weitere Regelungen, welche die Werbemöglichkeiten des Anwalts, insbesondere seine Außendarstellung, beschränken. Sie regeln z. B. die Gestaltung von Kanzleinamen und Briefbögen und verbieten ein Werben mit Erfolgs- oder Umsatzzahlen.⁸³

1097. In § 7 BORA wird die Möglichkeit des Anwalts geregelt, fachliche Schwerpunkte seiner Arbeit in Werbemitteln wie Briefbögen, Kanzleischilddern, Zeitungsanzeigen oder Branchenbucheinträgen zu benennen. Die bis vor kurzem geltende Fassung dieser Vorschrift sah ein System von „Interessen-“ und „Tätigkeitsschwerpunkten“ vor. Danach konnte der Anwalt höchstens fünf inhaltliche Schwerpunkte seiner Arbeit benennen, von denen höchstens drei Tätigkeitsschwerpunkte sein durften. Die Nennung eines Interessenschwerpunktes durfte nur erfolgen, wenn besondere Kenntnisse auf dem benannten Gebiet nachgewiesen werden konnten, die im Studium, durch vorherige Berufstätigkeit, durch Veröffentlichungen oder in sonstiger Weise erworben wurden. Die Nennung eines Tätigkeitsschwerpunktes setzte zusätzlich eine zweijährige erhebliche Tätigkeit als Rechtsanwalt in dem betroffenen Rechtsgebiet voraus. Es war jedoch kein besonderes Verfahren vorgesehen, um die Einhaltung dieser Voraussetzungen zu überprüfen. Die Möglichkeit, auf Briefbögen etc. mit durch Prüfungen erworbenen Qualifikationen – z. B. „Fachanwalt“ oder „Steuerberater“ – anzugeben, blieb unberührt.

Die praktische Bedeutung des Systems der Tätigkeits- und Interessenschwerpunkte war dadurch beschränkt, dass der Anwalt in ausführlicheren Werbemitteln – wie Praxisbroschüren, Web-Seiten oder Rundschreiben – auch detailliertere Angaben über die Schwerpunkte seiner Arbeit machen kann. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 2004 die Angabe „Spezialist für Verkehrsrecht“ auf dem Briefbogen – bei unstreitiger Experteneigenschaft und tatsächlicher Tätigkeitsbeschränkung des Betroffenen – als zulässig angesehen, und damit die Beschränkung auf Tätigkeits- und Interessenschwerpunkte faktisch aufgehoben.⁸⁴

1098. Die Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer hat inzwischen eine Neufassung dieser Regelung beschlossen. Die neue Regelung gibt die bisher vorgeschriebene Terminologie von Tätigkeits- und Interessenschwerpunkten auf. Für die Benennung eines Fachgebietes auf Briefbogen, Kanzleischild oder in Anzeigen ist erforderlich, dass der Anwalt seinen Angaben entsprechende Kenntnisse nachweisen kann, die er in der Ausbildung, durch Berufstätigkeit, Veröffentlichungen oder in sonstiger Weise erworben hat. Für die Verwendung von qualifizierenden Zusätzen, wie z. B. Spezialist oder Experte, müssen zusätzlich entsprechende theoretische Kenntnisse und eine erhebliche Tätigkeit auf dem benannten Gebiet vorhanden sein. Auch hier ist jedoch kein

⁸⁰ Zu Rechtstatsachen über Erfolgshonorare in den USA vgl. Kritzer, H., Risks, reputations, and rewards : contingency fee legal practice in the United States, Stanford 2004.

⁸¹ In einem zur Zeit vor dem Bundesverfassungsgericht anhängigem Verfahren haben sowohl die Bundesrechtsanwaltskammer wie auch der Deutsche Anwaltverein Stellungnahmen abgegeben, die sich für eine Zulassung von Erfolgshonoraren aussprechen. Dagegen lehnen DIHK und BDI Erfolgshonorare ab.

⁸² Vergleiche § 2 Abs. 1 Standesrichtlinien 1973: „Der Rechtsanwalt handelt standeswidrig, wenn er um Praxis wirbt.“ Zur Reichweite dieses Verbotes vgl. Zuck in: Lingenberg/Hummel/Zuck/Eich, Kommentar zu den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts, Köln 1988, § 2, S. 88 ff.

⁸³ Nach Ansicht des OLG Nürnberg ist das Verbot der Werbung mit Umsatzzahlen verfassungswidrig, OLG Nürnberg, NJW 2004, 2167.

⁸⁴ BVerfG, NJW 2004, 2656.

besonderes Verfahren vorgesehen, um die Einhaltung dieser Voraussetzungen zu überprüfen.

1099. Für die Durchsetzung der anwaltlichen Werbe-regelungen gibt es zwei Wege. Zum einen kann die Staatsanwaltschaft – unter anderem auf Antrag einer Rechtsanwaltskammer – bei Verdacht einer Verletzung der anwaltlichen Berufspflichten ein anwaltsgerichtliches Verfahren einleiten, das vor speziellen Anwaltsgerichten stattfindet. Die Anwaltsgerichte sind unabhängige Gerichte bei den Rechtsanwaltskammern und sind mit Rechtsanwälten besetzt. Im anwaltsgerichtlichen Verfahren kann eine Geldbuße, aber auch ein Ausschluss aus der Anwaltschaft ausgesprochen werden, wobei letztere Sanktion bei Werbeverstößen wohl nicht in Frage kommt. Gegen die Entscheidung der Anwaltsgerichte ist Rechtsmittel zum Anwaltsgerichtshof und – teilweise – in letzter Instanz zum Senat für Anwaltssachen beim Bundesgerichtshof gegeben; beide Spruchkörper sind gemischt mit Anwälten und Berufsrichtern besetzt. Neben dem anwaltsgerichtlichen Verfahren besteht auch die Möglichkeit eines Verfahrens nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Ein solches Verfahren kann von einem konkurrierenden Rechtsanwalt, aber auch von der Rechtsanwaltskammer eingeleitet werden.⁸⁵ Dabei gilt der Grundsatz, dass ein Verstoß gegen die Werberegeln des anwaltlichen Berufsrechts unter dem Gesichtspunkt des „Wettbewerbsvorsprungs durch Rechtsbruch“ gleichzeitig als unlautere Wettbewerbshandlung im Sinne des § 3 UWG zu werten ist (§ 4 Nr. 11 UWG).

2.5.1 Wettbewerbliche Einschätzung

1100. Diese Regelungen des anwaltlichen Werberechts haben sich in der praktischen Rechtsanwendung als problematisch erwiesen. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie beispielsweise „sachliche Werbung“ oder „Werbung um Erteilung eines Auftrages im Einzelfall“ hat zu einer umfangreichen Rechtsprechung zu diesen Fragen geführt. Auch wenn die Gerichte in vielen Fällen schließlich zugunsten des Werbung treibenden Anwalts entschieden haben, kann die Aussicht auf ein langwieriges Verfahren über mehrere Instanzen mit ungewissem Ausgang eine abschreckende Wirkung auslösen – selbst bei Rechtsanwälten. Zudem führt die Verfolgung relativ trivialer Werbeverstöße zu unnötigem Aufwand bei Rechtsanwälten, Kammern und Gerichten.

1101. Außerdem erscheint der Monopolkommission das Sachlichkeitsgebot, so wie es in der Rechtsprechung teilweise ausgelegt wird, noch immer zu restriktiv. So werden z. B. Selbstanpreisungen wie „Spitzenleistungen“ oder „hervorragendes Renommé“ in der Rechtsprechung teilweise als unsachliche Werbung eingestuft,⁸⁶ obwohl sie vom Verbraucher leicht durchschaubar sind und deswegen kaum eine Irreführungsgefahr besteht. Nach An-

sicht der Monopolkommission ist Sachlichkeit letztlich der falsche Begriff; es sollte darauf ankommen, dass die Werbung nicht irreführend ist und keine Leistungen oder Erfolge verspricht, die rechtswidrig sind.

1102. Auch das Verbot der Einzelfallwerbung wird nach Ansicht der Monopolkommission zu weit ausgelegt. Es wird nicht nur auf das so genannte „ambulance chasing“, d. h. die direkte Ansprache von Unfall- und Katastrophenopfern bzw. ihrer Angehörigen, angewendet, sondern kann auch schon bei Rundschreiben an potentielle Mandanten, z. B. die geschädigten Anleger eines Notleidenden Investmentfonds, einschlägig sein.

1103. Die Monopolkommission hält es für wünschenswert, dass die bereits vollzogene Liberalisierung des anwaltlichen Werberechts weiter fortgesetzt wird. Gerade bei einem komplexen Gut wie der Rechtsberatung ist es wichtig, dass sich potentielle Verbraucher über die Qualifikation und möglicherweise auch den Preis der Leistung schon vor einer eventuellen Kontaktaufnahme informieren können. Zudem macht die Möglichkeit, Werbung zu treiben, es für den Anwalt attraktiv, in einen intensiven Wettbewerb um Mandate einzutreten, da er günstige Angebote einem weiteren Interessentenkreis bekannt machen kann. Werbung im anwaltlichen Bereich mag manchmal vulgär erscheinen; das Beispiel eines Rechtsanwalts, der mit Sonderangeboten für Ehescheidungen wirbt, wird in diesem Zusammenhang oft genannt. Solche Geschmackverirrungen werden vom Publikum aber als solche erkannt und können keinen Schaden anrichten. Sie können daher keine wettbewerbspolitische Begründung dafür sein, die anwaltliche Werbung zu beschränken. Außerdem muss bedacht werden, dass der Wettbewerb zwischen den Anwälten den Anreiz zum marktschreierischen Verhalten in Grenzen halten wird; nicht nur Unternehmen, sondern auch die meisten Verbraucher wollen von einem Anwalt beraten werden, dessen Auftreten Seriosität verspricht. Schon allein dies wird den Rechtsanwalt zu einem zurückhaltenden und dem Berufsbild entsprechenden Auftreten anhalten. Es gibt keine Regel des anwaltlichen Berufsrechts, die den Anwalt zum Tragen von Jackett und Krawatte beim Mandantenkontakt verpflichtet; trotzdem tun dies sehr viele Anwälte. Auch die Erfahrungen in den USA zeigen, dass die Zulassung der Werbung für „professional services“ keineswegs zur Folge hat, dass Anwälte generell ihre Dienste anpreisen; Werbung in der allgemeinen Presse bleibt vielmehr die Ausnahme.

1104. Ein weiteres Regulierungsargument ist, dass bei Anwaltswerbung und besonders bei einer Werbung mit Werturteilen die Gefahr bestehe, dass durch nicht überprüfbare Werbeaussagen unrichtige Erwartungen entstünden, weil der Rechtsuchende die Leistungen eines Rechtsanwalts in der Regel nur schwer einschätzen könne.⁸⁷ Zwar ist es richtig, dass der typische Nachfrager die Qualität anwaltlicher Leistungen nur schwer beurteilen kann. Dies ist aber keine Besonderheit des Rechtsberatungsmarktes, sondern gilt beispielsweise auch für jede

⁸⁵ Die Rechtsanwaltskammer ist gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG zur Erhebung von Unterlassungsklagen befugt; vgl. BVerfG, NJW 2004, 3765.

⁸⁶ Nachweise bei Kleine-Cosack, M., Bundesrechtsanwaltsordnung, München 2003, § 43b, Rn. 47.

⁸⁷ BGHZ 147, 71, 78 m. w. N.

Kfz-Werkstatt. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Verbraucher heute ständig mit anpreisender Werbung konfrontiert sind und tendenziell eher dazu neigen, nicht überprüfbare Werturteile in Zweifel zu stellen. Dies ist im allgemeinen Lauterkeitsrecht (UWG) bereits anerkannt, wo – zumindest für nicht geringwertige Güter – das Leitbild des flüchtigen Verbrauchers durch das des aufmerksamen, verständigen und durchschnittlich informierten Verbrauchers ersetzt wurde.⁸⁸ Dieses Leitbild sollte auch für die Beurteilung anwaltlicher Werbung zugrunde gelegt werden. Denn Rechtsangelegenheiten sind nach Meinung der meisten Menschen ernste Sachen, so dass hier – ähnlich wie beim Kauf hochwertiger Konsumgüter – eine gewisse Erkundung erfolgen wird.

1105. Zudem ist zu bedenken, dass sich Anwaltswerbung oft an Unternehmen richtet, die weniger schutzbedürftig sind. Auch wird der Anwalt vom Wecken nicht erfüllbarer Erwartungen vor allem durch das anwaltliche Haftungsrecht abgeschreckt. Macht er dem Mandanten überzogene Hoffnungen bezüglich der Erfolgsaussichten einer Sache bzw. unterlässt er notwendige Warnungen, kann er bei Prozessverlust haftbar sein.

2.5.2 Herausnahme der Werbung aus dem anwaltlichen Berufsrecht

1106. Die Monopolkommission spricht sich deshalb dafür aus, die anwaltliche Werbung aus dem Berufsrecht herauszunehmen und nur noch den allgemeinen Regelungen des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb zu unterstellen. Das heißt, das Sachlichkeitsgebot des § 43b BRAO sowie die Satzungsermächtigung für Werberegungen in § 59b Nr. 3 BRAO sollten aufgehoben werden. Das Verbot der Werbung im Einzelfall in § 43b BRAO sollte beschränkt werden auf ein Verbot von aggressiven oder irreführenden Vorgehensweisen bei der Ansprache einzelner Personen (eindeutiges „ambulance chasing“). Dementsprechend würden anwaltliche Werbeverstöße regelmäßig nur noch in wettbewerbsrechtlichen Verfahren und nicht mehr in anwaltsgerichtlichen Verfahren verfolgt werden.

1107. Nach Ansicht der Monopolkommission eignet sich das Werberecht nicht zur Selbstregulierung durch die Anwaltschaft.⁸⁹ Es handelt sich dabei einerseits nicht um eine rein interne Angelegenheit der Anwälte, da ja die Kommunikation mit Dritten betroffen ist. Andererseits geht es auch nicht um eine bloße Qualitätsbeschreibung der anwaltlichen Leistung, bei der ein bestimmtes Qualitätsniveau aus Mandantensicht nie unterschritten werden sollte, und die bei einem vollständigen Vertrag immer vereinbart würde. Zudem werden gerade bei der Frage der Werberegulation die Interessenkonflikte innerhalb der

Anwaltschaft sehr groß sein, insbesondere zwischen Berufseinsteigern und bereits etablierten Anwälten.

1108. Der notwendige Verbraucherschutz wäre durch das UWG weiterhin gegeben. Denn eine Werbung mit falschen Angaben über erworbene Qualifikationen (Fachanwalt, Dokortitel) oder die Ausnutzung einer emotionalen Ausnahmesituation (Überrumpelung von Unfallopfern) sind auch heute schon nach dem UWG verboten. Besonderheiten des Anwaltsberufes können auch im UWG-Verfahren berücksichtigt werden. Nach aller Erfahrung mit dem UWG in anderen Bereichen werden die zuständigen Gerichte das Gesetz nicht zu liberal auslegen. Zudem erfolgt heute schon ein wesentlicher Teil der Rechtsprechung zum anwaltlichen Werberecht durch die Wettbewerbsgerichte und nicht durch die Berufsgerichte.

1109. Die Monopolkommission sieht durchaus die Möglichkeit, dass diese weitere Liberalisierung des Werberechts zu einer Verlagerung vom bisherigen Qualitätswettbewerb und Reputationswettbewerb zu einem stärker am Preis orientierten Wettbewerb führt. Die Entstehung eines anwaltlichen Billigsegments wäre aber zu begrüßen, wenn dadurch ein breiterer Zugang zu anwaltlichen Dienstleistungen ermöglicht wird.

2.5.3 Angaben über fachliche Schwerpunkte

1110. Die Monopolkommission begrüßt die von der Satzungsversammlung beschlossene Abschaffung des Systems der Interessen- und Tätigkeitsschwerpunkte. Das System war verwirrend und trug nicht wirklich zur Aufklärung über die Qualifikation des Rechtsanwalts bei. Zudem hatte die Spezialisten-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Geltung dieses Systems in Frage gestellt.

1111. Nach Ansicht der Monopolkommission kann aber auch die von der Satzungsversammlung beschlossene Nachfolgeregelung nicht überzeugen. Zwar macht die vorgeschlagene Neuregelung die Benennung fachlicher Schwerpunkte von der Existenz einer entsprechenden persönlichen Qualifikation abhängig. Die dabei verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe sowie das Fehlen eines institutionellen Prüfungssystems führen aber dazu, dass weder der Verbraucher eine zuverlässige Information über die Qualifikation des Anwalts erhält, noch der Rechtsanwalt sicher feststellen kann, ob die von ihm gewählten Schwerpunktangaben zulässig sind. Eine Überprüfung fände nur im anwalts- oder wettbewerbsgerichtlichen Verfahren statt und wäre von der Strenge der zuständigen Rechtsanwaltskammer bzw. der zuständigen Gerichte abhängig.

1112. Außerdem ist zu bedenken, dass eine Spezialisierungsangabe des Anwalts nicht nur bestimmte Mandanten anziehen kann, die unbedingt von einem Spezialisten betreut werden wollen, sondern auch andere potentielle Mandanten abschrecken kann, die davon ausgehen, dass der Rechtsanwalt von Fragen außerhalb seiner angegebenen Spezialfelder nichts versteht. Die denkbare Reaktion des Anwalts, möglichst viele Spezialisierungsangaben zu

⁸⁸ EuGH, Urteil vom 16. Juli 1998, Rs. C-210/96, Slg. 1998, I-4657, Gut Springenheide, Rn. 37; BGH, GRUR 2000, 619 „Orient-Tepichmuster“; BGH, NJW 2001, 2193, 3193 (zum anwaltlichen Berufsrecht).

⁸⁹ Die Argumente für und gegen Selbstregulierung werden im allgemeinen Teil dieses Kapitels näher behandelt.

machen, wirkt wenig glaubhaft, denn sie untergräbt ja gerade die Aussage, Spezialist zu sein.

1113. Nach Ansicht der Monopolkommission sollte sich die Reglementierung der Angabe fachlicher Schwerpunkte auf den Schutz der Fachanwaltsbezeichnungen beschränken. Es soll auch weiterhin verboten sein, unrechtmäßig eine Fachanwaltsbezeichnung zu führen oder durch missverständliche Angaben den Anschein einer Fachanwaltsbezeichnung zu erwecken. Dieser Schutz wäre aber auch unter dem UWG weiter gewährt.

2.6 Gesellschaftsrechtlicher Rahmen für Rechtsberatung

1114. Neben der Tätigkeit als Einzelunternehmer kann der Rechtsanwalt seinen Beruf auch in Zusammenarbeit mit anderen Anwälten ausüben. Dies kann entweder in Form einer Bürogemeinschaft oder in Form einer Sozietät geschehen. Während sich die Zusammenarbeit in der Bürogemeinschaft darauf beschränkt, Betriebsmittel wie Kanzleiräume, Personal und Büromaterial gemeinsam zu nutzen, ist die Sozietät ein Zusammenschluss zur gemeinschaftlichen Berufsausübung mit gemeinsamer Entgegennahme von Aufträgen und Honoraren. Ein Mandant beauftragt regelmäßig alle Mitglieder einer Sozietät; regelmäßig haften auch alle Sozien für eventuelle Berufsfehler. Mögliche Rechtsformen für eine Sozietät sind die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und seit Mitte der neunziger Jahre auch die neue Rechtsform der Partnerschaftsgesellschaft. Schließlich ist es auch noch möglich, dass ein Rechtsanwalt als Angestellter oder freier Mitarbeiter eines anderen Rechtsanwalts oder einer Sozietät tätig wird.

Darüber hinaus können Rechtsanwälte Sozietäten und Bürogemeinschaften auch mit den Angehörigen bestimmter anderer Freier Berufe bilden. Bei diesen so genannten sozietätsfähigen Berufen handelt es sich um Patentanwälte, Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer und Rechtsbeistände.⁹⁰ Insbesondere die Möglichkeit einer Zusammenarbeit von Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern ist im internationalen Vergleich nicht selbstverständlich; hier ist das deutsche Recht vergleichsweise liberal.

Inzwischen ist die Tätigkeit von Rechtsanwälten auch in der Form einer GmbH oder einer AG möglich. Nachdem man derartige Kapitalgesellschaften lange als mit der Freiberuflichkeit für unvereinbar gehalten hatte, entschied das Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLG) 1994, dass es keine rechtlichen Hindernisse für eine anwaltliche Tätigkeit in der Rechtsform einer GmbH gebe.⁹¹ Allerdings legt das Gericht eine Reihe von Anforderungen fest, die eine Anwalts-GmbH erfüllen müsse, um zulässigerweise ins Handelsregister eingetragen zu werden. Danach entschied sich der Gesetzgeber dafür, die Anwalts-GmbH gesetzlich auszugestalten, wobei an meh-

rerer Stellen des Gesetzes ein deutliches „Unwohlsein“⁹² des Gesetzgebers mit dieser Rechtsform zu spüren ist.

Nach den gesetzlichen Regelungen in den §§ 59c bis 59m BRAO muss eine GmbH, deren Unternehmensgegenstand die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten ist, in einem gesonderten Verfahren als „Rechtsanwalts-gesellschaft“ zugelassen werden. Um zugelassen zu werden, muss eine GmbH eine Reihe von Anforderungen bezüglich Gesellschafterkreis und Geschäftsführer erfüllen. Die Mehrheit der Gesellschaftsanteile und der Stimmrechte muss von Rechtsanwälten gehalten werden. Die anderen Gesellschaftsanteile dürfen nur von Angehörigen sozietätsfähiger Berufe gehalten werden (also von Patentanwälten, Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern oder vereidigten Buchprüfern). Weiter müssen alle Gesellschafter der Rechtsanwalts-gesellschaft in der Gesellschaft beruflich tätig sein. Geschäftsführer dürfen nur Angehörige der erwähnten sozietätsfähigen Berufe sein; die Mehrheit der Geschäftsführer müssen Rechtsanwälte sein.

Bei der gesetzlichen Regelung der Anwalts-GmbH im Jahr 1998 wurde in der Entwurfsbegründung die Zulässigkeit einer Anwalts-AG ausdrücklich offen gelassen.⁹³ Inzwischen hat der BGH jedoch entschieden, dass es auch bei der Aktiengesellschaft nicht darauf ankommt, ob diese Gesellschaftsform für die Ausübung des Anwaltsberufes gesetzlich ausdrücklich erlaubt ist, sondern ob die aus Artikel 12 Abs. 1, Artikel 3 Abs. 1 GG resultierende Berufswahlfreiheit der Gesellschaft durch ein verfassungskonformes Gesetz eingeschränkt wurde.⁹⁴ Solange es jedoch an einer gesetzlichen Regelung der Anwalts-AG fehlt, sind laut BGH die für die Rechtsanwalts-gesellschaft geltenden Regelungen entsprechend anzuwenden. Damit die Einhaltung der entsprechend geltenden Regelungen über den Aktionärskreis sichergestellt ist, darf die Anwalts-AG nur vinkulierte Namensaktien ausgeben. Eine gesetzliche Regelung der Anwalts-AG ist bisher noch nicht erfolgt.

Ähnlich wie in der Bundesrechtsanwaltsordnung finden sich auch in den Berufsgesetzen der Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Patentanwälte Regelungen über die Ausübung dieser Berufe in Form einer Kapitalgesellschaft – als Steuerberatungs-, Wirtschaftsprüfungs- oder Patentanwalts-gesellschaft. Diese Regelungen sind teilweise etwas liberaler als bei den Rechtsanwälten.

2.6.1 Einheitliches Gesellschaftsrecht für die sozietätsfähigen Berufe

1115. Nach Ansicht der Monopolkommission befinden sich die berufsrechtlichen Regelungen für eine Zusammenarbeit der sozietätsfähigen Berufe in Form einer Kapitalgesellschaft im Moment in einem Zustand der Rechtszersplitterung.

⁹⁰ Rechtsanwälte, die zugleich Notar sind, dürfen eine Sozietät nur in Bezug auf ihre anwaltliche Berufstätigkeit eingehen.

⁹¹ BayObLG, NJW 1995, 199.

⁹² So Römermann, V., Hartung, W., Anwaltliches Berufsrecht, München 2002, S. 148.

⁹³ Bundestagsdrucksache 13/9820, S. 11.

⁹⁴ BGH, NJW 2005, 1571.

Je nachdem, welche Berufe beteiligt sind und in welcher Form der Kapitalgesellschaft sie zusammenarbeiten wollen, gelten unterschiedliche Regelungen, ohne dass dabei ein System erkennbar wäre. Zudem stammen die Regelungen aus verschiedenen Rechtsquellen: Die Regeln für die Anwalts-GmbH sind gesetzlich geregelt, während die Regeln für die Anwalts-AG auf Richterrecht beruhen.

Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass die Regelung dieser Fragen einheitlich stattfinden sollte. Es sollte also keine gesonderten Vorschriften für Rechtsanwalts-, Steuerberatungs-, Wirtschaftsprüfungs- oder Patentanwaltsgesellschaften mehr geben, sondern nur noch besondere Vorschriften für die berufliche Zusammenarbeit der sozietätsfähigen Berufe in Form einer Kapitalgesellschaft. Falls dieser Vorschlag nicht realisierbar sein sollte, empfiehlt sich zumindest eine Harmonisierung der Regelungen in den einzelnen Berufsgesetzen.

2.6.2 Interprofessionelle Zusammenarbeit in Form von Kapitalgesellschaften

1116. Teilweise behindern die derzeitigen Regelungen auch eine interprofessionelle Zusammenarbeit in Form einer Kapitalgesellschaft, die als GbR oder Partnerschaftsgesellschaft unproblematisch möglich wäre. Gemäß § 59e Abs. 3 Satz 1 BRAO muss die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte einer Rechtsanwalts-Gesellschaft von Rechtsanwälten gehalten werden. Gemäß § 59f Abs. 1 Satz 2 BRAO müssen die Geschäftsführer mehrheitlich Rechtsanwälte sein. Dieses Mehrheitserfordernis, kombiniert mit den vergleichbaren Regelungen, die für Wirtschaftsprüfer und Patentanwälte gelten, erschweren eine interprofessionelle Zusammenarbeit in Form einer GmbH. Wollen beispielsweise Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer in Form einer GmbH zusammenarbeiten, ergeben sich Schwierigkeiten. Für die Zulassung als Rechtsanwalts-Gesellschaft muss eine Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte von Rechtsanwälten gehalten werden. Für eine Anerkennung als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ist erforderlich, dass eine Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte von Wirtschaftsprüfern oder anderen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften gehalten wird. Beide Bedingungen zusammen können nicht erfüllt sein, es sei denn, mindestens einer der Beteiligten verfügt über eine Doppelqualifikation, d. h. ist sowohl als Rechtsanwalt als auch als Wirtschaftsprüfer qualifiziert. Dagegen ist eine Zusammenarbeit von Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern in Form einer GbR oder einer Partnerschaftsgesellschaft in beliebiger Zusammensetzung möglich. Vergleichbare Probleme ergeben sich, wenn Rechtsanwälte und Patentanwälte in Form einer GmbH zusammenarbeiten wollen. Dagegen bestehen bei einer Steuerberatungsgesellschaft keine derartigen Mehrheitserfordernisse zugunsten einer Berufsgruppe; es reicht, dass die Mehrheit der Kapitalanteile von Berufsangehörigen gehalten wird, die zur Steuerberatung befugt sind. Da Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer zur Steuerberatung befugt sind, können sie folglich auch die Mehrheit der Anteile an einer Steuerberatungsgesellschaft halten.

Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass ein Mehrheitserfordernis bei einer Zusammenarbeit von Rechtsanwälten mit anderen sozietätsfähigen Berufen in Form einer GmbH nicht erforderlich ist. Es reicht aus, wenn Folgendes gilt: Bei einer Kapitalgesellschaft, zu deren Unternehmensgegenstand Rechtsberatung gehört, muss mindestens ein Gesellschafter und mindestens ein Geschäftsführer Rechtsanwalt sein; eine entsprechende Regelung sollte in Bezug auf den Unternehmensgegenstand Wirtschaftsprüfung gelten; beim Unternehmensgegenstand Steuerberatung muss mindestens ein Gesellschafter und ein Geschäftsführer zur Hilfeleistung in Steuersachen befugt sein. Die übrigen Gesellschafter und Geschäftsführer können aus dem Kreis der sozietätsfähigen Berufe kommen.

2.6.3 Nichtrechtsanwälte als Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-Gesellschaft

1117. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, als Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-GmbH auch Personen, die keinen sozietätsfähigen Beruf ausüben, zuzulassen. Jedoch sollte es weiterhin erforderlich sein, dass mindestens einer der Geschäftsführer der GmbH Rechtsanwalt ist.

1118. Große Rechtsanwaltskanzleien sind heute komplexe Unternehmen, deren Management auch betriebswirtschaftliche Kompetenz erfordert, insbesondere für die Bereiche Finanzmanagement, Personal, Marketing oder die Beschaffung von EDV, Büros und anderer Infrastruktur. Hierfür kann die Einbeziehung von Personen mit nichtjuristischem Hintergrund vorteilhaft sein. Denn die juristische Ausbildung vermittelt nach allgemeiner Ansicht nur sehr unzureichende betriebswirtschaftliche Kenntnisse. Die Zulassung von Nichtrechtsanwälten als Geschäftsführer würde es zudem ermöglichen, dass Managementenerfahrung aus anderen Branchen für Rechtsanwaltskanzleien genutzt werden könnte. Bisher kann Personen, die keinen sozietätsfähigen Beruf ausüben, nicht einmal Prokura oder Handlungsvollmacht zum gesamten Geschäftsbetrieb erteilt werden.

1119. Gegen diesen Vorschlag wird vermutlich eingewandt werden, dass bereits der Unternehmensgegenstand einer Rechtsanwalts-GmbH, die Rechtsberatung und Rechtsvertretung, es erforderlich mache, Personen, die nicht zur Rechtsberatung befugt sind, von der Geschäftsführung auszuschließen. Diese Ansicht übersieht, dass es trotz des Charakters der Rechtsanwalts-GmbH als juristische Person dabei bleibt, dass der Unternehmensgegenstand zulässigerweise nur die Rechtsberatung durch im Rahmen ihrer beruflichen Befugnisse handelnde Personen sein kann (so auch § 3 Nr. 2 Rechtsberatungsgesetz). Allein die Anstellung eines Nichtrechtsanwalts bei einer Rechtsanwalts-GmbH verleiht dieser Person nicht die Befugnis zur unbeschränkten Rechtsberatung. Das gilt auch für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, die nach dem Gesetz ja als Gesellschafter oder Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-GmbH tätig sein können. Auch sie erfahren durch ihre Tätigkeit in der Rechtsanwalts-GmbH keine Erweiterung ihrer Befugnisse. Eine Zulassung von

Personen, die keinem sozietätsfähigen Beruf angehören, bedeutet dann insofern nichts Neues, als auch diese Personen ihre Geschäftsführertätigkeit nur im Rahmen ihrer Befugnisse ausüben können. Für Personen, die keinem sozietätsfähigen Beruf angehören, bedeutet dies, dass sie sich auf Tätigkeiten beschränken müssen, die das Management der Rechtsanwalts-GmbH bzw. die Herstellung der personellen, sachlichen und räumlichen Voraussetzungen für die Tätigkeit der Rechtsanwälte betreffen.

1120. Ein anderer Einwand wäre, dass ein Geschäftsführer, der keinem sozietätsfähigen Beruf angehört, nicht unter der Aufsicht einer Berufskammer stehe. Diesem Einwand könnte z. B. dadurch abgeholfen werden, dass man im Gesetz vorsieht, dass sich ein solcher Geschäftsführer durch Erklärung gegenüber der Rechtsanwaltskammer zur Einhaltung des anwaltlichen Berufsrechts verpflichtet und sich der anwaltlichen Berufsgerichtsbarkeit unterstellt. Eine andere Möglichkeit wäre, die als Geschäftsführer tätigen Rechtsanwälte auch für das Verhalten der nichtanwaltlichen Geschäftsführer verantwortlich zu machen. Weiter muss ein nichtanwaltlicher Geschäftsführer in Bezug auf bestimmte Angelegenheiten, insbesondere das anwaltliche Schweigerecht, den Rechtsanwälten gleichgestellt werden.

2.6.4 Kapitalbeteiligung Dritter an einer Rechtsanwaltsgesellschaft

1121. Sehr radikal erscheint schließlich die Idee, Personen, die nicht sozietätsfähig sind, als Kapitaleigner einer Rechtsanwalts-GmbH zuzulassen, also die Möglichkeit eines Fremdbesitzes an Rechtsanwaltskanzleien zu ermöglichen. Dies würde für den Anwaltsberuf eine weitere Trennung des Konzepts des Freien Berufes von der Ausübungsform der wirtschaftlichen Selbständigkeit bedeuten.

1122. Eine Fremdbeteiligung an Rechtsanwaltskanzleien ist auch im internationalen Vergleich sehr ungewöhnlich. Auch in den USA ist bisher ein Eigenbesitz der Rechtsanwaltskanzlei durch Rechtsanwälte vorgeschrieben. Jedoch ist das Konzept nicht ganz ohne Vorbild. Im australischen Bundesstaat New South Wales gibt es schon seit 2001 die Gesellschaftsform der „Incorporated Legal Practice“.⁹⁵ Dabei handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft, die dazu befugt ist, Rechtsdienstleistungen anzubieten. Der Gesellschafterkreis ist nicht beschränkt. Jedoch muss mindestens einer der „Directors“ eine Zulassung zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen haben („Legal Practice Director“). Die von der Gesellschaft angestellten Rechtsanwälte sind für ihr Verhalten berufsrechtlich verantwortlich; jeder Legal Practice Director ist für das Verhalten der angestellten Rechtsanwälte sowie der anderen Directors berufsrechtlich verantwortlich. Einem Nichtrechtsanwalt kann durch Gerichtsentscheidung untersagt werden, als Director einer Incorporated Legal Practice tätig zu werden. Die Incorporated Legal Practice

ist zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung verpflichtet.

In Australien wurde die Incorporated Legal Practice inzwischen auch in ein Mustergesetz auf Bundesebene übernommen; es wird damit gerechnet, dass die anderen australischen Bundesstaaten diese Gesellschaftsform ebenfalls einführen werden. Auch in Großbritannien hat die Regierung einen Gesetzentwurf eingebracht, der unter anderem die Zulassung von Kapitalbeteiligungen Dritter vorsieht.⁹⁶

1123. Bisher konnten in Australien nur wenige Erfahrungen mit dieser Regelung gemacht werden, weil interessierte Anwaltskanzleien abgewartet hatten, bis diese Gesellschaftsform bundesweit anerkannt ist. Interessant ist jedoch auf jeden Fall das Konzept, die berufsrechtliche Verantwortlichkeit stark auf die Person des Rechtsanwalts zu konzentrieren (im Gegensatz zur deutschen Anwalts-GmbH). Eine derartige Ausrichtung der berufsrechtlichen Verantwortlichkeit auf den einzelnen Freiberufler entspricht z. B. der Regelung bei Ärzten in Deutschland. Deren Status als Freiberufler ist nach allgemeiner Ansicht auch nicht dadurch gefährdet, dass viele Ärzte als Angestellte in Krankenhaus-GmbHs oder -Aktiengesellschaften tätig sind.

1124. Der Vorteil einer Zulassung von Fremdgegesellschaftern ist, dass damit ein Hindernis für den Zugang von Kapital zum Rechtsberatungsmarkt beseitigt würde. Diese könnte den Wettbewerb auf diesem Markt intensivieren und neue starke Wettbewerber hervorbringen. Auch könnte durch eine attraktive Ausgestaltung der Kapitalgesellschaft für Rechtsanwälte der Standort Deutschland auf dem internationalen Rechtsberatungsmarkt attraktiver werden. Dem wird wahrscheinlich entgegengehalten werden, dass auf dem Rechtsberatungsmarkt kein großer Kapitalbedarf bestehe – der Rechtsanwalt könne seine Büroeinrichtung selber finanzieren. Dies übersieht aber, dass insbesondere die Expansion eines Unternehmens auf dem Rechtsberatungsmarkt nicht unbedeutende Anlaufkosten verursachen kann, zu deren Abdeckung Kapital erforderlich sind. Die Beschränkung des Kapitalzugangs kann deshalb als Marktzutritts- bzw. Expansionshindernis betrachtet werden. Im Bereich der Wirtschaftsprüfung wird im Moment diskutiert, ob der hohe Kapitalbedarf ein Zugangshemmnis zum Markt für die Prüfung multinationaler Unternehmen darstellt, der im Moment von nur vier großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften dominiert wird.

1125. Gegen die Kapitalbeteiligung Dritter an Rechtsanwaltssozietäten wird häufig angeführt, dass sie dazu führen werde, dass die Profitmaximierung über die Interessen des Mandanten gestellt werde. Dieser Zielkonflikt

⁹⁵ Vergleiche Legal Profession Act 2004, Sec. 132 bis 164 bzw. die vorherige Regelung im Legal Profession Act 1987 (geändert durch den Legal Profession Amendment [Incorporated Legal Practices] Act 2000), Sec. 47B bis 48.

⁹⁶ Department for Constitutional Affairs, Draft Legal Services Bill, Explanatory Notes and Regulatory Impact Assessment, 2006, Cm 6839. Der Vorschlag geht zurück auf den so genannten Clementi-Report: David Clementi, Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales, Final Report 2004. Vergleiche auch Department for Constitutional Affairs, The Future of Legal Services: Putting Consumers First, 2005, Cm 6679.

besteht jedoch bereits jetzt, da auch der als Selbständiger tätige Anwalt Gewinnmaximierungsinteressen haben kann. Das wesentliche Problem bei einer Fremdkapitalbeteiligung liegt eher im Bereich möglicher, nicht erkennbarer Interessenkonflikte bei verdeckten oder wechselnden Fremdkapitalgebern. Es besteht die Gefahr, dass der Anwalt die Interessen des Mandanten vernachlässigt, weil sie im Widerspruch zu anderen Interessen des Unternehmenseigentümers stehen, beispielsweise wenn ein Mandant einen Eigentümer der Anwaltskanzlei verklagen will.

Bei Anwaltskanzleien, deren Eigentümerkreis nicht auf die in der Kanzlei tätigen Rechtsanwälte beschränkt ist, besteht für den potentiellen Mandanten die Schwierigkeit, Auskunft über die Eigentümer zu erlangen und mögliche wirtschaftliche Interessenkonflikte aufzudecken. Dieses Problem kann jedoch durch eine Offenlegungspflicht bewältigt werden. Wenn ein Rechtsanwalt einen Mandanten gegen einen Gesellschafter seiner Sozietät vertritt, muss er dem Mandanten mitteilen, dass der Beklagte Gesellschafter der Anwaltssozietät ist. Es ist auch an die Möglichkeit eines Eigentümerverzeichnisses zu denken, das von der Sozietät zur öffentlichen Einsichtnahme zur Verfügung gestellt werden muss.

1126. Die Monopolkommission spricht sich deshalb für eine Zulassung des Fremdbesitzes an Rechtsanwaltssozietäten aus. Allerdings sollten Vorkehrungen getroffen werden, um eine Transparenz der Eigentümerstruktur gegenüber potentiellen Mandanten zu ermöglichen und Interessenkonflikte auszuschließen. Unter diesem Gesichtspunkt sollte eine Börsennotierung der Rechtsanwalts-AG ausgeschlossen sein. Denkbar sind auch weitere Vorkehrungen wie eine Zuverlässigkeitsprüfung von nichtanwaltschaftlichen Kapitalgebern.

1127. Falls dieser Vorschlag dem Gesetzgeber zu radikal erscheint, sollte er die Möglichkeit einer anteilmäßig beschränkten Zulassung von Kapitalbeteiligungen Dritter erwägen. So wäre z. B. auch eine auf 25 Prozent der Anteile und Stimmrechte beschränkte Zulassung von Kapitalbeteiligungen Dritter denkbar.

3. Apotheker und der Einzelhandel mit Arzneimitteln

1128. Der folgende Abschnitt beschränkt sich auf die Tätigkeit von Apothekern in „öffentlichen Apotheken“, also Apotheken, die Arzneimittel an den Endverbraucher abgeben. Nicht behandelt werden die Krankenhausapotheken, die als wirtschaftlich unselbständiger Teil eines Krankenhauses geführt werden.⁹⁷

1129. Bei der Tätigkeit der öffentlichen Apotheken handelt es sich im Wesentlichen um Einzelhandel. Denn diese Apotheken erzielen ihre Umsätze ganz überwiegend mit dem Verkauf von fertig eingekauften Arzneimitteln und anderen apothekenüblichen Gütern; der Anteil der von der Apotheke selbst hergestellten Arzneimittel und eigenständig erbrachten Dienstleistungen ist anteilmäßig

relativ gering.⁹⁸ Wie bei anderen Einzelhandelsbetrieben auch, hängt ihr wirtschaftlicher Erfolg nicht unwesentlich von einem günstigen Standort ab. Wichtig sind eine gute Erreichbarkeit sowie die Nähe zu Arztpraxen. Apotheken finden sich deshalb typischerweise in Innenstädten, Geschäftsstraßen oder Einkaufszentren, daneben spielen Standorte in Ärztehäusern eine wichtige Rolle. Ihre Kundschaft besteht vor allem aus Laufkundschaft in dem Sinne, dass anders als z. B. bei Ärzten und Rechtsanwälten eine Terminvereinbarung unüblich ist. Dies schließt natürlich nicht aus, dass zufriedene Kunden zur Stammkundschaft werden. Als Einzelhändler müssen die Apotheken ihre Erträge über die Preisspanne zwischen Großhandelspreis und Endverkaufspreis erzielen. Zwar erbringen die Apotheker beim Verkauf von Arzneimitteln auch Beratungsleistungen; diese stellen jedoch keine vertraglich eigenständige Tätigkeit dar und werden auch nicht eigenständig vergütet.

1130. Das seit 2005 zugelassene Modell der Hausapotheken schwächt diese Einzelhandelseigenschaft ab, hebt sie aber nicht auf. Im Hausarzt- und Hausapothekenmodell verpflichtet sich ein gesetzlich Versicherter, seine Arzneimittel grundsätzlich nur in einer Apotheke – seiner Hausapotheke – zu beziehen; die gewählte Apotheke kann ohne wichtigen Grund erst nach einem Jahr gewechselt werden. Diese Bindung ermöglicht dem Apotheker, eine Liste aller an den Versicherten abgegebenen Arzneimittel zu führen und auf mögliche negative Wechselwirkungen zwischen Arzneimitteln und auf Doppelverordnungen hinzuweisen. Gleichzeitig wählt der Patient einen Hausarzt, der als erster Ansprechpartner vor eventuellen Überweisungen an Fachärzte fungiert. Dem Versicherten wird als Anreiz zu dieser Verpflichtung ein Teil der Praxisgebühren erlassen. Der Hausapotheker erhält eine Vergütung für bestimmte Beratungsleistungen. Jedoch wird dieses Modell bisher nur von einzelnen Krankenkassen angeboten, und es ist noch nicht abzusehen, welcher Anteil der gesetzlich Versicherten sich schließlich für dieses Modell entscheiden wird.⁹⁹ Die relative Bedeutung der Vergütung für Beratungsleistungen für die Apotheker ist auch relativ gering. Zudem werden beim Wettbewerb der Apotheker darum, als Hausapotheke ausgewählt zu werden, weiter die oben angesprochenen Standortfaktoren eine Rolle spielen.

3.1 Überblick über die wettbewerbsbeschränkenden Regelungen

3.1.1 Produktsortiment

1131. Die auffallendste wettbewerbspolitische Besonderheit auf dem Gebiet des Einzelhandels mit Arzneimitteln ist, dass diese Tätigkeit für den wesentlichen Teil der

⁹⁷ Ebenfalls nicht behandelt werden die Regelungen über Bundeswehrapotheken.

⁹⁸ Den 25 Millionen in der Apotheke selbst hergestellten Rezepturen stehen 1 500 Millionen abgegebene Packungen apothekenpflichtiger Arzneimittel gegenüber.

⁹⁹ Bisher hat die die Barmer Ersatzkasse das einzige bundesweite Angebot eines Hausarzt-/Hausapothekenmodells. Daneben bieten einige Ortskrankenkassen dieses Modell regional an. Bei der Barmer Ersatzkasse sind nach einem Jahr etwa 1,5 Millionen von 7,1 Millionen Mitgliedern dem Hausarzt- und Hausapothekenmodell beigetreten, also ca. 20 Prozent.

Arzneimittel nur in besonderen Einzelhandelsgeschäften – eben den Apotheken – möglich ist. Hinzu kommt, dass Apotheken einer Reihe spezifischer Regelungen unterliegen, die ihre Wettbewerbsmöglichkeiten in Bezug auf die Parameter Preisgestaltung, Produktsortiment, Werbung, Personal, räumliche Integration, Unternehmensform und Eigentümerstruktur beschränken.

1132. Bezüglich des Produktsortiments gibt es einerseits bestimmte Produkte, die nur in Apotheken verkauft werden dürfen, andererseits dürfen die Apotheken ihr Sortiment nicht beliebig auf andere Bereiche ausdehnen.

Die gesetzliche Regelungen sehen drei Kategorien von Arzneimitteln vor, und zwar

- freiverkäufliche Arzneimittel,
- apothekenpflichtige, aber nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel,
- apothekenpflichtige, verschreibungspflichtige Arzneimittel.

1133. Apothekenpflichtige Arzneimittel dürfen nur durch Apotheken verkauft werden. Bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln tritt noch die Anforderung dazu, dass sie nur nach Vorlage einer ärztlichen Verschreibung an den Verbraucher abgegeben werden dürfen. Dagegen können freiverkäufliche Arzneimittel auch von anderen Geschäften verkauft werden, solange im Geschäft eine Person mit besonderer Sachkunde in Bezug auf Arzneimittel vorhanden ist.¹⁰⁰ Der Katalog der freiverkäuflichen Arzneimittel umfasst z. B. Heilwässer, Bademoore, pflanzliche Heilmittel, Pflaster und bestimmte Desinfektionsmittel.

1134. Apotheken müssen sich nicht auf den Handel mit Arzneimitteln beschränken, sondern können darüber hinaus ein bestimmtes Nebensortiment anbieten. Dieses ist jedoch der Art nach beschränkt. Außer Arzneimitteln dürfen in Apotheken nur apothekenübliche Waren verkauft werden. Dazu zählen nach der Apothekenbetriebsordnung insbesondere Produkte, die der Gesundheit von Menschen und Tieren mittelbar oder unmittelbar dienen oder diese fördern. Diese Regelung wird in der Praxis ziemlich weit ausgelegt und umfasst z. B. auch die dekorative Kosmetik.

Manche Hersteller von freiverkäuflichen Arzneimitteln und apothekenüblicher Ware beschränken den Vertrieb ihrer Produkte freiwillig auf die Apotheken. Man spricht dann von „apothekenexklusiver Ware“. Die Hersteller werden diese Beschränkung wahrscheinlich deshalb vornehmen, weil sie die betroffenen Produkte für besonders beratungsbedürftig halten oder weil sie davon ausgehen, dass der Hinweis „Nur in der Apotheke erhältlich“ eine besondere Wirksamkeit suggeriert.

¹⁰⁰ Der Nachweis dieser Sachkunde kann z. B. durch eine Prüfung vor der IHK erworben werden.

3.1.2 Zugang zum Beruf

1135. Zugangsvoraussetzung für den Beruf des Apothekers ist die Approbation, die ein Universitätsstudium der Pharmazie und eine einjährige praktische Ausbildung voraussetzt. Im Gegensatz zu vielen anderen europäischen Ländern sind die Regelungen über den Marktzugang von Apothekenbetrieben in Deutschland recht liberal. Für die Errichtung neuer Apotheken gibt es weder einen Numerus clausus noch eine Bedürfnisprüfung.¹⁰¹ Auch die Zulassung zur Versorgung von Kassenpatienten ist nicht beschränkt – die für die wirtschaftliche Vertretung der Apotheker zuständige Spitzenorganisation schließt einen Rahmenvertrag mit den Spitzenverbänden der Krankenkassen; Apotheker, die nicht Mitglieder der zuständigen Verbandsorganisationen sind, können diesem Rahmenvertrag beitreten.

3.1.3 Preisregelung

1136. Beim Verkauf von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln unterliegt der Apotheker einer Preisbindung nach der Arzneimittelpreisverordnung, die ihn auf eine bestimmte Handelsspanne festlegt. Dagegen ist der Apotheker bei der Kalkulation der Verkaufspreise von nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln und des Nebensortiments bis auf wenige Ausnahmen frei.¹⁰²

Ausgangspunkt für die Berechnung der gebundenen Apothekenverkaufspreise ist der Abgabepreis des Herstellers. Darauf wird ein Großhandelszuschlag erhoben, der durch die Verordnung nach oben beschränkt ist. Der Apotheker schlägt eine Pauschale von 8,10 Euro je Packung sowie 3 Prozent auf den Herstellerabgabepreis zuzüglich des höchstzulässigen Großhandelszuschlags zu. Daraus ergibt sich der Apothekenverkaufspreis:¹⁰³

$$\text{Apothekenverkaufspreis} = (\text{Herstellerabgabepreis} + \text{Großhandelshöchstzuschlag}) \cdot 1,03 + 8,10 \text{ Euro}$$

Werden die Arzneimittel direkt vom Hersteller an die Apotheke geliefert, entfällt bei der Berechnung des Apothekenpreises der Großhandelshöchstzuschlag. Eine gesonderte Regelung gilt beim Verkauf von Arzneimitteln, die in der Apotheke hergestellt werden.

1137. Dieser Verkaufspreis gilt grundsätzlich für alle Verkäufe von verschreibungspflichtigen Medikamenten, also sowohl für Verkäufe an gesetzlich versicherte Patienten als auch an privat Versicherte oder Selbstzahler. Jedoch müssen die Apotheken bei Verkäufen auf Kosten der gesetzlichen Krankenversicherung einen gesetzlich festgelegten Rabatt in Höhe von momentan 2 Euro je Packung gewähren.

¹⁰¹ Die früher bestehenden Bedürfnisprüfungen wurden durch das so genannte Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts für verfassungswidrig erklärt, vgl. BVerfGE 7, 377 ff.

¹⁰² Nur in Fällen, in denen nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel noch von der Krankenkasse erstattet werden, gelten weiter feste Zuschlagssätze, und zwar in Höhe der bis 2003 wirksamen allgemeinen Regelung.

¹⁰³ Zuzüglich Umsatzsteuer; der Zuschlag von 3 Prozent wird ohne Einrechnung der Umsatzsteuer berechnet.

3.1.4 Mehr- und Fremdbesitzverbot

1138. Traditionell gilt im deutschen Apothekenrecht das Leitbild des „Apothekers in seiner Apotheke“. Gemäß dem so genannten Fremdbesitzverbot darf ein Apothekenbetrieb nur durch einen Apotheker als Einzelunternehmer oder durch eine von Apothekern gebildeten offenen Handelsgesellschaft betrieben werden. Der Betrieb einer Apotheke in der Rechtsform einer GmbH oder einer Aktiengesellschaft ist nicht möglich.

Dagegen ist das bis vor kurzem geltende strikte Mehrbesitzverbot inzwischen gelockert worden. Während sich vor 2004 ein Apotheker auf den Betrieb einer Apotheke beschränken musste, kann er jetzt bis zu vier Apotheken betreiben. Er muss dabei eine der Apotheken als Hauptapotheke selber leiten und für jede der Filialapotheken einen angestellten Apotheker als verantwortlichen Leiter benennen. Die Hauptapotheke und die Filialapotheken müssen innerhalb desselben Kreises oder derselben kreisfreien Stadt oder in einander benachbarten Kreisen oder kreisfreien Städten liegen.

3.1.5 Räumliche Abschottung der Apotheke

1139. Die Apothekenbetriebsordnung schreibt vor, dass der Verkaufsraum einer Apotheke (Offizin) von anderweitig gewerblich genutzten Räumen durch Wände und Türen abgetrennt sein muss. Eine räumliche Integration einer Apotheke beispielsweise in ein Kaufhaus oder eine Drogerie ist damit nicht möglich.

3.1.6 Werbung

1140. Der Apotheker unterliegt in seiner Werbetätigkeit einerseits dem UWG und dem Heilmittelwerbegesetz, das mit Geltung für jedermann (d. h. insbesondere für Hersteller) die Werbemöglichkeiten für Arzneimittel beschränkt, und andererseits den Werberegeln, die in der Berufsordnung seiner Landesapothekerkammer als Satzungsrecht niedergelegt sind.

1141. Da die Berufsordnungen von Land zu Land verschieden sind, lassen sich allgemeine Aussagen nur eingeschränkt machen. Jedoch enthalten die meisten Berufsordnungen die folgenden oder ähnliche Bestimmungen:

- Verweis auf das Verbot der unlauteren Wettbewerbs,
- Verbot einer Werbung, die irreführend oder übertrieben ist oder Arzneimittelfehlbrauch und Arzneimittel-mehrverbrauch begünstigt,
- kostenlose Abgabe von Arzneimitteln oder kostenlose Durchführung von Untersuchungen,
- Abgehen von gesetzlich vorgeschriebenen Preisen,
- Verzicht auf Zuzahlungen,
- Vortäuschen einer besonderen Stellung der eigenen Apotheke,
- Duldung von werbender Berichterstattung,
- Überlassen von Ausstellungsflächen in der Apotheke gegen Entgelt,

- Werbung für apothekenpflichtige Arzneimittel außerhalb der Apotheke.

Auch im Bereich der Apotheken gilt, dass die Werbebeschränkungen in den letzten Jahren insbesondere unter dem Einfluss der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung stark abgebaut wurden.

3.2 Zur Apothekendichte

1142. Bei der Analyse der Apothekenzahlen muss man zwischen den alten und den neuen Bundesländern unterscheiden. In den alten Bundesländern nahm die Zahl der Apotheken nach der Freigabe Ende der fünfziger Jahre stark zu. Die Zahl von 8 173 öffentlichen Apotheken, die im Jahr 1958 die Bevölkerung versorgten, verdoppelte sich bis 1982 auf 16 438. Ihren Höhepunkt erreichte diese Entwicklung im Jahr 1998 mit 18 329 öffentlichen Apotheken. Seitdem ist die Zahl der Apotheken in den alten Bundesländern leicht zurückgegangen und betrug 2002 noch 18 184. Damit korrespondiert eine starke Zunahme der Apothekendichte. Kamen im Jahr 1958 durchschnittlich ca. 6 700 Einwohner auf eine Apotheke waren es 2002 noch ca. 3 700.¹⁰⁴

1143. In der ehemaligen DDR war die Apothekendichte deutlich geringer als im Westen; nach der Wiedervereinigung nahm die Zahl der Apotheken in den neuen Bundesländern jedoch deutlich zu, und zwar von 2 187 Apotheken im Jahr 1992 auf 3 281 Apotheken im Jahr 2002, also um ca. 50 Prozent in zehn Jahren.

1144. Betrachtet man die Zahl der Einwohner pro Apotheke nach Bundesländern aufgeschlüsselt (Stand 2004), fällt auf, dass in den alten Bundesländern fast überall Werte zwischen 3 500 und 3 900 erreicht werden. Dabei bestehen keine erkennbaren Unterschiede zwischen Stadtstaaten und Flächenländern, nur das Saarland stellt mit einem Wert unter 3 000 eine Ausnahme dar. Dagegen liegen die Werte in den neuen Bundesländern noch deutlich über 4 000.

1145. Betrachtet man die Regelung des Apothekenwesens im internationalen Vergleich, dann fällt auf, dass ein breites Spektrum an Regelungsmöglichkeiten besteht. So werden in Schweden alle Apotheken von einem staatlichem Monopolunternehmen betrieben. Dagegen sind in Ländern wie Großbritannien und den USA auch Apothekenketten möglich, und Apotheken können räumlich integriert in anderen Geschäften als „drug counter“ betrieben werden. Auch ist in anderen Ländern der Bereich der freiverkäuflichen Arzneimittel weiter und enthält z. B. Medikamente wie Aspirin oder Paracetamol. Restriktiver ist in vielen europäischen Ländern die Frage der Zulassung neuer Apotheken. So bestehen in den meisten EU-Mitgliedstaaten Regelungen, die den Marktzugang neuer Apotheken quantitativ beschränken. Trotzdem ist die Apothekendichte in einigen dieser Länder noch wesentlich höher als in Deutschland. Während in den Niederlan-

¹⁰⁴ Vergleiche Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände, <http://www.abda.de>, sowie Schöffski, O., Die Regulierung des deutschen Apothekenwesens, Baden-Baden 1995, S. 177.

Tabelle VI.1

Apothekendichte in den Bundesländern 2004

Land	Einwohner pro Apotheke	Land	Einwohner pro Apotheke
Baden-Württemberg	3.869,1	Niedersachsen	3.820,9
Bayern	3.654,6	Nordrhein-Westfalen	3.807,7
Berlin	3.898,5	Rheinland-Pfalz	3.571,8
Brandenburg	4.790,5	Saarland	2.992,7
Bremen	3.747,0	Sachsen	4.517,7
Hamburg	3.738,9	Sachsen-Anhalt	4.150,5
Hessen	3.745,6	Schleswig-Holstein	3.928,8
Mecklenburg-Vorpommern	4.409,4	Thüringen	4.282,3

Quelle: Pharmaceutical Group of the European Union, <http://www.pgeu.org>, und eigene Berechnungen

den knapp 10 000 Einwohner auf eine Apotheke kommen und in Schweden und Großbritannien knapp unter 5 000, sind es beispielsweise in Belgien nur knapp 2 000 und in Griechenland etwa 1 300 Einwohner pro Apotheke.¹⁰⁵ Beim Vergleich dieser Zahlen ist allerdings zu beachten, dass in einigen Ländern der Kreis der apothekenpflichtigen Waren größer ist als in Deutschland und z. B. auch Babynahrung umfasst.

1146. Auch die Umsatzmargen der Apotheken beim Verkauf von Arzneimitteln differieren in Europa deutlich. Der Anteil der Apotheke am Endverkaufspreis (einschließlich Mehrwertsteuer) reichte 1999 von maximal 33 Prozent in Irland und 30,9 Prozent in Luxemburg bis zu 19 Prozent in Portugal und 17,3 Prozent im Vereinigten Königreich. Deutschland lag mit 27,3 Prozent an vierter Stelle.¹⁰⁶

3.3 Wettbewerbspolitische Probleme der Apothekenregulierung

1147. Im Bereich des Einzelhandels mit Arzneimitteln herrschen gewisse Besonderheiten, die eine Regulierung in diesem Bereich rechtfertigen könnten. Abgehoben wird vor allem darauf, dass Arzneimittel beratungsbedürftige Produkte sind. Der Endverbraucher könne nicht ohne weiteres beurteilen, ob der Einsatz eines bestimmten Arzneimittels für ihn nützlich, nutzlos oder sogar schädlich ist. Diese Problematik spricht in erster Linie dafür, dass der Gesetzgeber für bestimmte Arzneimittel eine Verschreibungspflicht einführt, also ihre Abgabe an Endverbraucher von einer ärztlichen Verordnung abhängig macht. Dadurch wird sichergestellt, dass ein Patient ein Arzneimittel nur dann legal erwerben kann, wenn der Einsatz dieses Arzneimittels nach Ansicht einer fachkundigen Person bei ihm geboten ist. Der Apotheker dient in

dieser Konstellation in erster Linie als „gatekeeper“, der für die Einhaltung der Verschreibungspflicht verantwortlich ist.

1148. Eine andere Besonderheit, die aber in ähnlicher Weise für viele Bereiche im Gesundheitssystem gilt, liegt darin, dass die Kosten für den wesentlichen Teil des Arzneimittelverbrauches nicht direkt vom Patienten, sondern von einer gesetzlichen oder privaten Krankenversicherung getragen werden. Beim Einkauf solcher Arzneimittel ist der einzelne Verbraucher also kaum preissensitiv.¹⁰⁷ Üblicherweise tritt deshalb an die Stelle eines individuell vereinbarten Preises entweder eine staatliche Preisregulierung oder eine Vereinbarung zwischen Krankenversicherung und Apotheker. In Deutschland gilt für die gesetzlichen Krankenkassen ein Kontrahierungszwang; sie können also nicht mit einer begrenzten Anzahl von Apotheken exklusive Verträge über die Versorgung ihrer Mitglieder als Gegenleistung für günstige Arzneimittelpreise schließen. Solange dieser Kontrahierungszwang gilt, ist es folgerichtig, dass es einheitliche, nicht ausgehandelte, sondern staatlich festgesetzte Apothekenaufschläge gibt.

1149. Diese Argumentation gilt jedoch nicht für Arzneimittel, die vom Patienten selbst bezahlt werden müssen. Hier ist der Patient, wie bei anderen Gütern auch, durchaus preissensitiv. Zwar wird diese Preissensitivität bei dringend benötigten Arzneimitteln für den akuten Bedarf nicht besonders groß sein. Eine längere Suche nach dem günstigsten Angebot wird hier nur selten stattfinden, insbesondere wenn ein Preisvergleich nur umständlich zu realisieren ist. Dagegen wird der Käufer beim Vorratskauf oder bei ständigem Bedarf stärker an günstigen Arzneimittelpreisen interessiert sein. Ein Preiswettbewerb ist

¹⁰⁵ Pharmaceutical Group of the European Union, <http://www.pgeu.org>.

¹⁰⁶ Bezogen auf die damals 15 EU-Mitgliedstaaten. Vergleiche Paterson, Iain, Fink, Marcel, Ogus, Anthony et. al., a. a. O., S. 349.

¹⁰⁷ Auch die aktuell in der gesetzlichen Krankenkasse geltenden Zuzahlungsregelungen ändern daran nur wenig, da sie nur in geringem Umfang preisabhängig sind. Bei der privaten Krankenversicherung gilt das aufgrund des Systems der Beitragsermäßigung bei Nichtanspruchnahme von Versicherungsleistungen nur eingeschränkt.

hier durchaus möglich; der Gesundheitsbezug von Arzneimitteln zumindest schließt ihn nicht aus.

1150. Seit Anfang 2004 müssen gesetzlich Versicherte die Kosten von nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln mit wenigen Ausnahmen selbst übernehmen. Es ist deshalb folgerichtig, dass der Gesetzgeber für diese Arzneimittel die Preisbindung aufgehoben hat. Nach Einschätzung der Monopolkommission ist der Preiswettbewerb bei Arzneimitteln noch nicht wirklich im öffentlichen Bewusstsein verankert. Es ist noch nicht üblich, dass in Apotheken gut erkennbare Preisschilder für die nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel angebracht sind. Das Selbstbedienungsverbot in § 17 Abs. 3 Apothekenbetriebsordnung verhindert außerdem, dass Kunden direkt an Regale mit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln herantreten können, um sich einen Überblick über das Angebot und die Preise zu verschaffen. Bisher können Preise für apothekenpflichtige Arzneimittel, auch verschreibungspflichtige, oft nur im Gespräch mit dem Verkaufspersonal ermittelt werden.

1151. Dagegen sind die Preise für verschreibungspflichtige Medikamente weiterhin staatlich festgelegt. Auf Märkten mit offenem Marktzutritt, aber geregelten Preisen besteht das Problem, dass es zu einer Überbesetzung der Angebotsseite kommen kann. Die künstlich hoch gehaltenen Preise führen höchstens zeitweise zu Übergewinnen. Denn die Erwartung auf gute Erträge lockt weitere Markteintritte an. Diese Eintrittswelle kann so lange anhalten, bis Übergewinne abgebaut sind und nur noch Gewinne in Höhe eines Unternehmerlohns erzielt werden. Administrierte Erhöhungen des Preisniveaus führen dann zu einer erhöhten Anbieterdichte, Senkungen des Preisniveaus langfristig zu einer Abnahme.

1152. Dies hat zur Folge, dass im Gegensatz zum Zustand mit Wettbewerb die Arzneimitteldistribution zu höheren volkswirtschaftlichen Kosten erfolgt, weil die im Markt auftretenden Betriebe eine zu geringe, nicht optimale Größe haben. Ökonomisch eigentlich zu kleine Betriebe können überleben, weil sie durch die effizienteren Betriebe nicht unterboten werden können. Wann eine Apotheke volkswirtschaftlich zu klein ist, hängt natürlich von der Umgebung ab. Auf dem Land kann auch eine relativ kleine Apotheke volkswirtschaftlich gerechtfertigt sein, da hier höheren Betriebskosten in der Apotheke geringere Wegekosten der Patienten gegenüberstehen.

1153. Eine andere mögliche Konsequenz ist, dass der nicht erlaubte Preiswettbewerb durch Wettbewerb bei anderen Komponenten ersetzt wird. Apotheken versuchen möglichst gute Standorte zu beziehen, durch eine gehobene Ladeneinrichtung, durch freundlichen Service oder kostenlose Beigaben wie Apothekenzeitungen oder Hustenbonbons im Wettbewerb zu bestehen. Manche dieser Komponenten – wie Service, Qualität der Beratung, gute Erreichbarkeit – mögen gesundheitspolitisch positiv bewertet werden, andere sind teilweise gesundheitspolitisch unnötig (gehobene Ladeneinrichtung) oder unter Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten fragwürdig (Apothekenzeitung). Die Monopolkommission spricht sich nicht dagegen aus, dass es Einzelhandelsgeschäfte mit gehobener Einrich-

tung gibt. Jedoch ist es fragwürdig, sie mit Beitragsgeldern der gesetzlichen Krankenkassen zu finanzieren.

1154. Schließlich ist es denkbar, dass die Gewinnmöglichkeiten, die mit besonders günstigen Apothekenstandorten (Ärztelhaus, Alleinstellung in einem Einkaufszentrum) verbunden sind, nicht beim Apotheker, sondern beim Vermieter der Apothekenräume anfallen, denn diese Gewinnmöglichkeiten bestimmen seine Verhandlungsposition bei der Aushandlung der Miete.

1155. Die Lösung dieses Problems kann nicht darin bestehen – wie teilweise in anderen Ländern üblich –, den Marktzugang für Apotheken durch Numerus clausus oder Bedürfnisprüfungen zu beschränken. Es ist äußerst zweifelhaft, ob der zuständige Regulierer die volkswirtschaftlich richtigen Apothekenzahlen festsetzen würde. Denn er wäre starkem politischem Druck durch die etablierten Apotheker ausgesetzt, die daran interessiert sind, die Zahl der Apotheken klein zu halten, selbst wenn wegen Bevölkerungswachstums in einer Gemeinde oder der Erschließung neuer Wohngebiete mehr Apotheken nötig wären. Auch bestünde weniger wettbewerblicher Druck, eine effiziente Betriebsstruktur zu organisieren, und auch die positiven Elemente des Qualitätswettbewerbs würden wegfallen.

1156. Ein weiteres Problem von Festpreisen ist, dass sie keine hinreichenden Anreize bieten, sich in Gegenden mit vergleichsweise geringer Apothekendichte anzusiedeln. Bestünde Preiswettbewerb, wäre die Ansiedlung gerade in solchen Gegenden interessant, weil dort bessere Preise erzielt werden könnten.

3.4 Reformvorschläge der Monopolkommission

3.4.1 Apothekenpflichtige Arzneimittel

1157. Bei der Beurteilung der Apothekenpflicht muss man nach Arzneimittelgruppen unterscheiden. Bei der Gruppe der verschreibungspflichtigen Arzneimittel liegt die Rechtfertigung primär darin, dass der Apotheker als „gatekeeper“ fungiert, der einerseits die Einhaltung der Verschreibungspflicht sicherstellen soll, aber andererseits keinen Einfluss auf die Verschreibungsentscheidung hat. Wären Verschreibung und Verkauf in einer Hand, dann bestünde der Anreiz, besonders viel zu verschreiben. Hinzu kommt manchmal die Aufgabe, die Verschreibung des Arztes zu konkretisieren, falls nur ein bestimmter Wirkstoff und nicht ein bestimmtes Präparat verschrieben wurde, oder ein anderes Produkt zu substituieren, falls dies gesetzlich zugelassen ist.

1158. Bei den apothekenpflichtigen, aber nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln, wird als Rechtfertigung der Beratungsbedarf der Käufer beim Erwerb dieser Produkte genannt. Diesem könne man nur durch einen Verkauf in der Apotheke gerecht werden. Eine weitere Rechtfertigung der Apothekenpflicht kann in beiden Kategorien darin liegen, dass bestimmte Arzneimittel besonderen Anforderungen bei der Lagerung oder Herstellung¹⁰⁸ unterliegen, deren Einhaltung nur durch besonders fachlich geschulte Personen sichergestellt werden kann.

1159. Es fällt auf, dass der Bereich der apothekenpflichtigen Arzneimittel in Deutschland im Vergleich z. B. zu Großbritannien und den USA besonders umfangreich ist. Zum Beispiel sind in Großbritannien leichte Schmerzmittel wie Aspirin, aber auch Mittel zur Raucherentwöhnung wie Nikotinpflaster im allgemeinen Einzelhandel erhältlich, in Deutschland dagegen apothekenpflichtig.

1160. Für die Monopolkommission ist nicht erkennbar, dass bei diesen Arzneimitteln ein so großer Beratungsbedarf besteht, dass ihr Verkauf nur in Apotheken erlaubt sein sollte. Der Verkauf dieser Arzneimittel erfolgt vielfach ohne Beratung. Auch kann die Monopolkommission keine besonders erhöhte Anforderung an die Lagerung dieser Arzneimittel erkennen, die über das hinausgeht, was z. B. für Lebensmittel oder Kosmetika notwendig ist. Sie empfiehlt der Bundesregierung deshalb, die Apothekenpflicht für diese – und vergleichbare – Arzneimittel unter Hinzuziehung der zuständigen Sachverständigenkommission für die Apothekenpflicht erneut zu überprüfen und dabei auch die Erfahrungen in anderen Ländern zu berücksichtigen.

1161. Dabei sollte sie insbesondere bedenken, dass in der Praxis beim Verkauf dieser Arzneimittel oft keine Beratung stattfindet und auch vom Käufer nicht gewünscht wird. Sie werden oft auf Vorrat oder aufgrund eines regelmäßigen Bedarfs gekauft. In Situationen, in denen die Einnahme dieser Arzneimittel schädlich sein kann, sei es wegen Nebenwirkungen oder wegen Wechselwirkungen

mit anderen Präparaten, wird es regelmäßig der Arzt sein, der warnen muss. Für den Apotheker wird regelmäßig nicht erkennbar sein, dass eine besondere Gefahrensituation vorliegt.

1162. Eine Apothekenpflicht bei diesen Arzneimitteln kann nicht dann gerechtfertigt sein, wenn sie nur geringe Vorteile bringt. Denn eine Apothekenpflicht von Arzneimitteln ist für die Allgemeinheit auch mit Lasten verbunden. Wäre ein Verkauf dieser Arzneimittel in Drogerien und Supermärkten möglich, dann wäre von einer größeren Wettbewerbsintensität und damit niedrigeren Preisen auszugehen. Insbesondere wäre es möglich, dass Einzelhandelsketten diese Arzneimittel auch als Handelsmarken anbieten. Ein weiterer Vorteil für die Verbraucher wäre, dass sie für den Erwerb dieser Arzneimittel kürzere Wege zurücklegen müssten und oft längere Öffnungszeiten nutzen könnten.

1163. Falls eine Aufhebung der Apothekenpflicht für diese Arzneimittel für zu weitgehend gehalten wird, könnte man auch daran denken, dass zumindest das Selbstbedienungsverbot für sie aufgehoben wird. Bereits durch diese Maßnahme könnte der Preiswettbewerb für diese Präparate intensiviert werden, und die Kosten der Apotheken beim Verkauf dieser Arzneimittel könnten gesenkt werden.

1164. Darüber hinaus ist die ganze Kategorie der nicht verschreibungspflichtigen, aber apothekenpflichtigen Arzneimittel in Frage zu stellen. Denn nach der bisherigen Regelung ist auch beim Verkauf in der Apotheke nicht sichergestellt, dass tatsächlich eine Beratung stattfindet, da es keine überprüfbare Beratungspflicht des

¹⁰⁸ Bestimmte Arzneimittel werden direkt in der Apotheke hergestellt.

Tabelle VI.2

Freiverkäufliche Arzneimittel in Großbritannien, die in Deutschland apothekenpflichtig sind

Wirkstoff/Handelsname (Darreichungsform)	Art des Arzneimittels	Beschränkungen
Acetylsalicylsäure/Aspirin (Tabletten)	Schmerzmittel u. a.	Maximale Stärke: 500 mg Packungsgröße maximal 20 Stück mit maximal 500 mg oder 30 Stück mit maximal 325 mg
Cetirizine Hydrochlorid/ Zyrtec (Tabletten)	Zur symptomatischen Behandlung von Allergien	Maximale Stärke: 10 mg Packungsgröße maximal 7 Stück
Ibuprofen (Tabletten)	Schmerzmittel	Maximale Stärke: 200 mg Packungsgröße maximal 16 Stück
Paracetamol (Tabletten)	Schmerzmittel	Maximale Stärke: 500 mg Erwachsene, 120 mg Kinder, Packungsgröße maximal 30 Stück
Nikotin (Pflaster)	Zur Raucherentwöhnung	Maximal abgegebene Wirkstoffmenge: 21 mg in 24 Stunden
Nikotin (Kaugummis)	Zur Raucherentwöhnung	Maximale Stärke: 4 mg

Quelle: Medicines and Healthcare products Regulatory Agency, www.mhra.gov.uk

Apothekern gibt. In anonymen Großstadtapotheken wird ein Missbrauch von nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln auch nur schwer auffallen. Neben der oben angedeuteten Reduzierung dieser Kategorie von Arzneimitteln sollte auch darüber nachgedacht werden, bei bestimmten Arzneimitteln, deren Konsum eine Beratung vorangehen sollte, eine zu dokumentierende Beratungspflicht des Apothekers einzuführen. Der Apotheker müsste bei Abgabe dieser Arzneimittel eine kurze Niederschrift der vom Käufer berichteten Symptome fertigen.

3.4.2 Zugang zum Apothekerberuf

1165. Die Monopolkommission empfiehlt, den Beruf des Apothekers auch für Fachhochschulabsolventen zu öffnen. Zwar existieren bereits jetzt pharmazeutische Studiengänge an Fachhochschulen. Diese eröffnen jedoch nicht den Zugang zum Apothekerberuf, sondern sind vor allem auf die Anforderungen der Industrie ausgerichtet oder bieten als Master-Studiengänge Weiterbildungsmöglichkeiten für Apotheker. Ein allgemeines Ziel der Hochschulpolitik ist es, den Bereich der Fachhochschulen auszubauen. Dabei müssen gerade auch die traditionellen akademischen Berufe auf ihre Einbeziehung in den Bereich der Fachhochschulen geprüft werden. Der Beruf des Apothekers erscheint für das anwendungsbezogene wissenschaftliche Studium, das Aufgabe der Fachhochschulen ist, besonders geeignet. Die pharmazeutischen Fakultäten an den Universitäten hätten dann die Möglichkeit, sich stärker auf eine forschungsbezogene Ausbildung zu konzentrieren.

3.4.3 Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln

1166. Eine Freigabe der Preise für verschreibungspflichtige Arzneimittel wäre unter den momentan geltenden Regelungen in den gesetzlichen Krankenkassen nicht sinnvoll. Denn soweit die Krankenkasse die Kosten des Arzneimittels übernimmt, besteht für den Patienten, der die Apotheke auswählt, kaum ein Anreiz, eine besonders günstige Apotheke zu suchen. Zwar gilt in der gesetzlichen Krankenversicherung seit Anfang 2004 eine Regelung, welche die Zuzahlung für Arzneimittel vom Preis des Arzneimittels abhängig macht. Danach trägt der Versicherte – in der seit Anfang 2004 geltenden Fassung – grundsätzlich 10 Prozent des Arzneimittelpreises, jedoch mindestens 5 Euro und höchstens 10 Euro und nicht mehr als die Kosten des Präparats.

1167. Jedoch hat damit der Preis des Arzneimittels nur in den Intervallen zwischen 0 Euro und 5 Euro sowie zwischen 50 und 100 Euro Auswirkungen auf die Höhe der Zuzahlung. Und im Bereich zwischen 50 und 100 Euro kommen dem Patienten nur 10 Prozent einer Einsparung zugute. Bei einer Freigabe der Preise für verschreibungspflichtige Medikamente gäbe es also nur sehr geringe Anreize, nach preisgünstigen Apotheken zu suchen. Da es für die Krankenkassen nicht möglich ist, Apotheken von der Versorgung ihrer Versicherten auszuschließen, bestünde die Gefahr, dass eine Freigabe der Apothekenpreise nicht zu Preissenkungen, sondern sogar

zu Preiserhöhungen führen würde. Jedoch könnte durch eine Änderung der aktuellen Krankenkassenregelungen auch Preiswettbewerb der Apotheker bei verschreibungspflichtigen Medikamenten ermöglicht werden.

Tabelle VI.3

Zuzahlung in Abhängigkeit vom Arzneimittelpreis

Preis des Arzneimittels	Zuzahlung
0 € bis 5 €	0 € bis 5 €
5,01 € bis 50 €	5 €
50,01 € bis 100 €	5 € bis 10 €
über 100 €	10 €

Quelle: § 61 SGBV und eigene Berechnungen

1168. Eine Möglichkeit besteht darin, Wettbewerb der Apotheker um die Zulassung zur Versorgung von Patienten einer bestimmten Kasse zu ermöglichen. Die Versicherten einer bestimmten Krankenkasse könnten dann nur bei solchen Apotheken auf Kassenkosten Arzneimittel beziehen, mit denen ihre Kasse einen Vertrag abgeschlossen hat (Vertragsapotheken). Als Gegenleistung für die Berechtigung, an ihre Versicherten zu verkaufen, handelt die Krankenkasse Rabatte mit den Apotheken heraus, die sie durch Beitragssenkungen an die Versicherten weitergibt. Die Krankenkasse hätte dann die Möglichkeit, die Apotheken auszuwählen, die ihr besonders hohe Rabatte einräumen; die Arzneimittelpreisverordnung würde auf die Funktion einer Preisobergrenze beschränkt.¹⁰⁹ Im Gegensatz zum bereits praktizierten Modell der Hausapotheke ist hier die Zahl der von der Krankenkasse zugelassenen Apotheken beschränkt, unter denen der Patient jedoch frei wählen kann. Dagegen können beim Hausapothekenmodell grundsätzlich alle Apotheken mitmachen.

1169. Dieses Modell einer Vertragsapotheke wäre in Großstädten wohl gut durchführbar, da dort die räumliche Dichte der Apotheken relativ hoch ist. Dagegen bestünde in ländlichen Gegenden die Gefahr, dass entweder die durchschnittliche Entfernung zur nächsten Apotheke deutlich zunehmen würde oder die Krankenkassen dort fast alle Apotheken zur Versorgung zulassen müssten, was den Wettbewerbsdruck verringern würde. Dagegen würde in größeren Städten eine Einschränkung der Apothekenwahlfreiheit nur eine geringe Belastung der Versicherten mit sich bringen. Ein weiterer Nachteil dieser Lösung wäre, dass sie mit einem hohen Informationsaufwand für die Versicherten verbunden wäre, die erst he-

¹⁰⁹ Für die Diskussion eines solchen Modells vgl. Glaeske, G. u. a., Stärkung des Wettbewerbs in der Arzneimittelversorgung zur Steigerung von Konsumentennutzen, Effizienz und Qualität, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit und Soziale Sicherung (BMGS), Stand: 16. April 2003, S. 158–160.

rausfinden müssten, welche Apotheken von ihrer Kasse zugelassen sind, was letztlich dem Charakter der Apotheke als Einzelhandel widerspricht.

1170. Die Monopolkommission hält deshalb eine andere Lösung für vorzugswürdig, bei der wirksamer Preiswettbewerb zwischen den Apotheken durch ein Beteiligung der Patienten am Preis der Apothekenleistung stattfindet. Dies könnte in der gesetzlichen Krankenversicherung durch eine Umgestaltung der jetzigen Zuzahlungsregelung erreicht werden. Die momentane Regelung beteiligt den Patienten zwar an den Kosten des Arzneimittels. Jedoch ist die Höhe der Zuzahlung nur in geringem Maß von den Kosten des Arzneimittels abhängig. Hinzu kommt, dass die Beteiligung an den Gesamtkosten des Arzneimittels wenig Steuerungswirkung hat. Denn der Patient hat wenig Einfluss auf die Auswahl des verschriebenen Arzneimittels, die üblicherweise durch den Arzt erfolgt. Dagegen trifft der Patient die Entscheidung über die besuchte Apotheke eigenständig. Um einen Anreiz zum Besuch einer günstigen Apotheke zu gewähren, sollte der Patient deshalb nicht an den Gesamtkosten des Arzneimittels, sondern an den Kosten der Apothekenleistung beteiligt werden.

1171. Eine Beteiligung der Patienten an den Kosten der Apothekenleistung könnte so aussehen: Die bisherige Zuzahlung wird abgeschafft. Stattdessen erhebt der Apotheker vom Patienten eine eigenständige Pauschale für die Vertriebsleistung (des Apothekers und des Großhandels). Die Höhe dieses Zuschlages kann vom Apotheker variiert werden, wobei der Gesetzgeber Ober- und Untergrenzen festsetzen kann.¹¹⁰

1172. In diesem System trägt die Krankenkasse die Kosten für das Arzneimittel allein, während sich der Patient an den Kosten der Vertriebsleistung beteiligt. Damit wird der Patient gerade an dem Kostenfaktor beteiligt, für den er selber verantwortlich ist. Vom Gesetzgeber wären noch in einigen Parametern Ausgestaltungen zu treffen. So wäre über mögliche Ober- und Untergrenzen der Vertriebspauschale zu entscheiden. Eine Obergrenze könnte notwendig sein, um einen Missbrauch von lokalen oder zeitlichen Monopolstellungen (Nachtdienst) zu vermeiden. Ferner müsste festgelegt werden, inwieweit der Apotheker für verschiedene Arzneimittel unterschiedliche Vertriebspauschalen nehmen kann oder ob er sich auf einen Betrag festlegen muss. Um übermäßige Belastungen von Versicherten mit chronischen Krankheiten zu verhindern, könnte die Vertriebspauschale – wie bereits die Zuzahlungen – ab einer bestimmten Jahressumme von der Krankenkasse erstattet werden. Der Gesetzgeber müsste zudem entscheiden, ob die vom Versicherten gezahlte Vertriebspauschale die einzige Vergütung des Apothekers ist oder ob er darüber hinaus eine weitere Vergütung von der Krankenkasse erhält.

¹¹⁰ Vergleichbare wirtschaftliche Auswirkungen hat es, wenn der Apotheker dem Patienten einen Teil der Zuzahlung erlässt bzw. einen Teil der Zuzahlung selber übernimmt. Diese Praxis wird bereits jetzt von ausländischen Versandapotheken, die nach Deutschland liefern, geübt, ist für deutsche Apotheken aber noch nicht zulässig.

1173. Die Einführung einer vom Patienten zu erhebenden Vertriebspauschale hätte den Vorteil, dass sie einen wirksamen Preiswettbewerb der Apotheker auch bei den verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ermöglichen würde. Der Patient trägt die Kosten für die Entscheidung, die er selber trifft; er hat nun einen Anreiz, nach preisgünstigen Apotheken zu suchen. Aber es bestünden auch weiterhin Anreize zum Qualitätswettbewerb; Apotheken mit gutem Beratungsangebot könnten höhere Vertriebspauschalen am Markt durchsetzen. Auch würde sie Anreize zur Apothekenansiedlung in bisher noch vergleichsweise schwach mit Apotheken besetzten Gegenden bieten. Denn in solchen Gebieten wäre der Preiswettbewerb noch nicht so stark, was eine Ansiedlung attraktiver machen würde.

3.4.4 Mehr- und Fremdbesitzverbot

1174. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, das Fremdbesitzverbot aufzuheben sowie einen Mehrbesitz von Apotheken auch oberhalb der aktuellen Grenze von vier Apotheken zuzulassen. Damit wäre eine Kapitalbeteiligung von Nichtapothekern an Apothekenbetrieben möglich, und es könnten Apothekenketten von grundsätzlich nicht beschränkter Größe gebildet werden. Weiterhin würde gelten, dass jede Apotheke durch einen – möglicherweise angestellten – Apotheker verantwortlich geführt werden muss.

Durch die Bildung von Apothekenketten könnten Effizienzvorteile in Bereichen wie Einkauf, Organisation und EDV erzielt werden. Außerdem ist zu erwarten, dass größere Einheiten für eine Belebung des Wettbewerbs auf dem Apothekensektor führen werden. Größere Einheiten werden eher mit wettbewerblichen Innovationen am Markt auftreten. Für den einzelnen Apotheker bestehen im Moment nur geringe Anreize zu wettbewerblichen Vorstößen, da seine Expansionsmöglichkeiten beschränkt sind. Durch die Zulassung von Fremdbesitz wird ermöglicht, dass Managementkompetenz von außerhalb des Apothekenbereiches in den Sektor eingebracht wird. Zwar steht offen, wie groß die durch eine solche Reform bewirkten Vorteile sind. Jedoch kann sich die Frage nach der optimalen Unternehmensorganisation erst im Wettbewerb beantworten.

Ein weiterer Vorzug einer Zulassung von Apothekenketten wäre, dass damit ein breiteres Betätigungsfeld für Apotheker, die nach ihrer Lebensplanung eher als Angestellte denn als Selbständige tätig sein wollen, geschaffen wird. Sie könnten damit auch die Tätigkeit der Leitung einer (Filial-)Apotheke als Angestellte wahrnehmen.

1175. Gegen eine Apothekenkette, die sich im Eigentum von Nichtapothekern befindet, könnte eingewandt werden, in einem solchem Unternehmen bestehe die Gefahr, dass die berufliche Sorgfalt des Apothekers hinter den Gewinnmaximierungsinteressen der Eigentümer zurückstehen wird. Jedoch wird auch der als Einzelunternehmer tätige Apotheker ein Interesse an Gewinnen haben. Im Gegenteil, bei einer Einzelunternehmensform des Apothekers könnte die Beeinflussung der Arbeitsweise der Apotheke durch Gewinnmaximierungsinteressen

noch viel stärker sein, da hier der wirtschaftlich Interessierte unmittelbar die Entscheidungen trifft. Außerdem ist davon auszugehen, dass die Aufsichtsbehörden größere Apothekenketten öfter kontrollieren werden als ein Einzelunternehmen.

1176. Gegen eine unbeschränkte Zulassung von Apothekenketten wird teilweise angeführt, dass sie zu wettbewerbspolitisch problematischen Oligopolen führen würden. Hierzu ist anzumerken, dass es keinen einseitigen Zusammenhang zwischen wettbewerbspolitisch positiven Marktergebnissen und der Konzentration auf einem Markt gibt. Mit anderen Worten, eine optimale Wettbewerbsintensität ist nicht unbedingt bei einer möglichst kleinteiligen Marktstruktur verwirklicht. Gerade in anderen Bereichen des Einzelhandels zeigt sich, dass auch bei nicht unbeträchtlicher Unternehmenskonzentration starker Wettbewerb möglich ist. Allerdings muss verhindert werden, dass es – insbesondere in der Übergangszeit – durch Bildung von Apothekenketten zu lokalen oder regionalen Monopolen kommt. Dem könnte aber durch eine Regelung abgeholfen werden, nach der bei der Erteilung von weiteren Apothekenerlaubnissen eine fusionskontrollrechtliche Prüfung auf Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erfolgt und Zusammenschlüsse von Apothekenketten auch unterhalb der üblichen Aufgreifschwelle der Fusionskontrolle unterliegen; wegen der nur lokalen Bedeutung solcher Zusammenschlüsse wären die Kontrollverfahren auf die Landeskartellbehörden zu verlagern. Diese Sonderregelungen könnten nach gewisser Zeit, wenn sich intensiver Wettbewerb zwischen Apothekenketten entwickelt hat, aufgehoben werden.

1177. Unabhängig von der Frage des Mehr- und Fremdbesitzverbotes spricht sich die Monopolkommission dafür aus, dass Apothekern eine selbständige Berufsausübung auch in Form einer GmbH ermöglicht wird. Im Rahmen dieser Forderung ginge es nur darum, den Apothekern das zu erlauben, was z. B. den Anwälten ohne weiteres möglich ist, nämlich zur Ausübung ihres Berufes eine GmbH zu bilden. Sollte sich der Gesetzgeber gegen eine Aufhebung des Fremdbesitzverbotes entscheiden, dann müsste festgelegt sein, dass sich nur in den betroffenen Apotheken tätige Apotheker an der GmbH beteiligen könnten.

Es sind keine Gründe ersichtlich, wieso Apothekenbetriebe nicht in der Form einer Apotheker-GmbH geführt werden sollten. Inwiefern diese Gesellschaftsform für Apotheken wirtschaftlich sinnvoll ist, muss sich im Wettbewerb zeigen. Zur Sicherung möglicher Schadensersatzansprüche von Patienten ist an eine Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung zu denken.

3.4.5 Räumliche Integration der Apotheke in andere Geschäfte

1178. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, eine räumliche Integration von Apotheken in andere Geschäfte zu ermöglichen. Apotheken könnten dann als räumlich unselbständiger Teil eines Drogeriemarktes oder Kaufhauses betrieben werden. Der Verkauf von verschreibungspflichtigen oder besonders beratungsbedürfti-

gen Arzneimitteln sollte aber weiterhin nicht in Selbstbedienung, sondern nur über den Apothekentisch erfolgen und der Zugang zu den eigentlichen Apothekenbetriebsräumen (Lager, Labor) nur berechtigten Personen gestattet sein. Zudem müsste auch bei diesen Apotheken ein Notdienst außerhalb der Ladenöffnungszeiten stattfinden.

1179. Als Argument für die bisherige räumliche Abschottung wird genannt, dass damit die besondere Funktion der Apotheke hervorgehoben werden soll. Eine räumliche Gestaltung der Apotheke, die zum „Arzneimittel-Shopping“ einlade, sei gefährlich.¹¹¹ Es ist unklar, was mit „Arzneimittel-Shopping“ gemeint ist. Schon heute versuchen Apotheken durchaus, durch eine vorteilhafte Gestaltung ihrer Einrichtung Kundschaft anzuziehen. Es gibt sogar Großapotheken, die auf dem überwiegenden Teil ihres Verkaufsraumes eher einem gehobenen Drogeriemarkt ähneln. Im Verkaufsraum der Apotheke direkt zugänglich sind ja auch nur Produkte, die auch außerhalb der Apotheke von anderen Geschäften verkauft werden dürfen. Einem falschen Gebrauch von Arzneimitteln wird weiterhin dadurch vorgebeugt, dass verschreibungspflichtige und besonders beratungsbedürftige Arzneimittel nur über den Apothekentisch verkauft werden können.

3.4.6 Werbebeschränkungen

1180. Die Monopolkommission empfiehlt, das Gebiet der Werbung vollständig aus der landesrechtlichen Ermächtigung der Apothekerkammern, Berufsregeln zu erlassen, herauszunehmen. Die Werbung der Apotheker würde sich dann nur noch nach der allgemeinen Rechtsordnung, also insbesondere nach dem UWG und dem Heilmittelwerbegesetz, richten. Sollten einzelne Regeln aus den Berufsordnungen weiterhin unabdingbar erscheinen, könnten sie gesetzlich verankert werden; jedoch besteht kein Bedarf nach regional unterschiedlichen Werbebestimmungen. Auch dürfte Werbung kein geeignetes Thema für eine Selbstregulierung durch die Berufskammern sein.

1181. Zwar gehen die meisten der heute noch in den Berufsordnungen enthaltenen Verbote nicht über das hinaus, was auch nach dem UWG verboten ist, oder verweisen nur auf gesetzliche Regelungen. Sie erscheinen deshalb als wettbewerbspolitisch wenig bedenklich. Jedoch sollte den Kammern die Möglichkeit versperrt werden, in Zukunft wettbewerbsschädliche Werbebeschränkungen zu erlassen.

4. Regulierung des Marktes für freiberufliche Dienstleistungen im Baubereich

1182. Der folgende Abschnitt beschäftigt sich mit der Tätigkeit von freiberuflichen Architekten und Ingenieuren, beschränkt sich inhaltlich aber auf die Problematik der Mindestgebührenregelung durch die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI). Der Anwendungsbereich der HOAI umfasst die Planungs- und Überwachungsaufgaben im Baubereich (einschließlich Städte-

¹¹¹ Vergleiche die Begründung in Bundesratsdrucksache 515/94, S. 20.

bau, Landschaftsplanung und Gebäudeausrüstung). Das heißt, das aus der Berufsgruppe der Ingenieure vor allem die selbständig tätigen Bauingenieure betroffen sind, daneben aber auch z. B. Elektroingenieure im Bereich der technischen Gebäudeausrüstung. Die vielfältigen Tätigkeiten von Ingenieuren in Bereichen außerhalb des Bauwesens werden hier dagegen nicht behandelt.

1183. Laut der Statistik der Bundesarchitektenkammer sind 107 751 eingetragene Architekten und Stadtplaner in Deutschland tätig (Stand Anfang 2006). Davon sind 57 868 selbständig tätig (freiberuflich oder gewerblich) und 49 883 als Beamte oder Angestellte.¹¹² Laut den Zahlen des Statistischen Bundesamtes sind etwa 13 000 Architekten und Raumplaner in der öffentlichen Verwaltung tätig.¹¹³ Die Bundesingenieurkammer vertritt 42.131 Ingenieure (Stand Ende 2005). Diese Zahl umfasst aber nicht alle Ingenieure, die Leistungen nach der HOAI erbringen. Das Statistische Bundesamt schätzt etwa 136 000 Bauingenieure, von denen 115 000 außerhalb der öffentlichen Verwaltung tätig sind.¹¹⁴

4.1 Geltender Regelungsrahmen

4.1.1 Zugang zum Beruf und zur Berufstätigkeit

1184. Es ist zu unterscheiden zwischen dem Zugang zum Beruf, bei dem es um das Tätigwerden unter der Bezeichnung Architekt oder Ingenieur geht, und Regelungen über bestimmte Tätigkeiten, die Architekten und Bauingenieuren vorbehalten sind.

1185. Um unter der Bezeichnung Architekt tätig zu werden, muss eine Eintragung in die Architektenliste des jeweiligen Bundeslandes erfolgen; dazu muss ein einschlägiger Hochschulabschluss sowie eine praktische Tätigkeit von zwei bis drei Jahren nachgewiesen werden. In einigen Bundesländern ist es auch möglich, ohne Hochschulabschluss nach einer zehnjährigen praktischen Tätigkeit in die Architektenliste eingetragen zu werden.

1186. Die Tätigkeit unter der Bezeichnung „Ingenieur“ ist gesetzlich an eine entsprechende Ausbildung geknüpft. Es gibt jedoch regelmäßig keine Pflicht zur Kammermitgliedschaft. Dagegen setzt die selbständige Tätigkeit unter der Bezeichnung „Beratender Ingenieur“ die Mitgliedschaft in der jeweiligen Bau- oder Ingenieurkammer voraus.

1187. Die Landesbauordnungen der Länder verlangen, dass die im Baugenehmigungsverfahren notwendigen Planvorlagen von bestimmten zugelassenen Entwurfsverfassern unterschrieben sind. Zu den zugelassenen Entwurfsverfassern gehören Architekten und Bauingenieure sowie – je nach Bundesland – Personen mit anderen Qualifikationen. Bei Bauingenieuren ist oft erforderlich, dass

der Ingenieur in eine Liste eingetragen ist, die von der Ingenieurkammer des betroffenen Landes geführt wird.

4.1.2 Preisregelung

1188. Im Baubereich gelten die Regeln der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI). In den von den Kammern erlassenen Berufsordnungen wird ausdrücklich auf die Geltung der HOAI verwiesen (§ 3 Abs. 4 Satz 1 der Berufsordnung der Baukammer Berlin: „Honorarwettbewerbe finden nicht statt.“)

1189. Die HOAI regelt die Honorare für die meisten Tätigkeiten der Architekten und Bauingenieure.¹¹⁵ Zwar richtet sich das Honorar für diese Leistungen grundsätzlich nach der schriftlichen Vereinbarung zwischen Bauherr und Auftragnehmer. Jedoch müssen sich die Vertragsparteien dabei an die in der HOAI festgelegten Höchst- und Mindestsätze halten; nur in Ausnahmefällen darf das vereinbarte Honorar diese Sätze über- bzw. unterschreiten (§ 4 Abs. 2 und 3 HOAI). Wird bei der Auftragserteilung keine Vereinbarung über die Höhe des Honorars getroffen, gelten die Mindestsätze als vereinbart.

1190. Die Ermittlung dieser Höchst- und Mindestsätze wird nachfolgend für den Bereich der Objektplanung bei Gebäuden dargestellt; die Honorarermittlung bei den anderen von der HOAI abgedeckten Leistungen verläuft ähnlich. Grundlagen für die Honorarermittlung sind die anrechenbaren Kosten und die Honorarzone des Gebäudes. Die anrechenbaren Kosten sind die (veranschlagten oder tatsächlichen¹¹⁶) Kosten für die Herstellung des Gebäudes; davon sind aber bestimmte Kosten ausgenommen, wie z. B. die Kosten für die Beschaffung des Grundstücks oder seine öffentliche Erschließung. Bei der Zuordnung eines Gebäudes zu einer Honorarzone kommt es auf die planerische Schwierigkeit des Gebäudes an. Die Einteilung reicht von Honorarzone I (geringe Planungsanforderungen, z. B. Unterkunftsbaracken, Feldscheunen oder Wetterschutzhäuser) bis zur Honorarzone V (sehr hohe Planungsanforderungen, z. B. Universitätskliniken, Fernsehstudios oder Konzertgebäude). Eine höhere Honorarzone bedeutet dabei, dass dem Architekten bei gleichen anrechenbaren Kosten höhere Honorarsätze zustehen. Nach der Feststellung der anrechenbaren Kosten und der Honorarzone lassen sich die Höchst- und Mindestsätze aufgrund einer Honorartafel ermitteln. So beträgt z. B. für ein Wohnhaus mit durchschnittlicher Ausstattung (Honorarzone III) und anrechenbaren Kosten von

¹¹² Vergleiche Bundesarchitektenkammer, <http://www.bakcms.de/bak/daten-fakten/bundeskammerstatistik/Bundeskammerstatistik.pdf>.

¹¹³ Ergebnisse des Mikrozensus; Statistisches Bundesamt, Fachserie 1, Reihe 4.1.2, 2004.

¹¹⁴ Statistisches Bundesamt, Fachserie 1, Reihe 4.1.2, 2004.

¹¹⁵ Im Einzelnen: Objektplanung bei Gebäuden, Planungsleistungen bei Ausbauten und Freianlagen, Gutachten und Wertermittlungen, städtebauliche und landschaftsplanerische Leistungen, Planungsleistungen bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen, verkehrsplanerische Leistungen, Tragwerksplanung, Leistungen für bestimmte technische Gebäudeausrüstungen, Leistungen für thermische Bauphysik, Schallschutz und Raumakustik, für Bodenmechanik, Erd- und Grundbau sowie vermessungstechnische Leistungen.

¹¹⁶ Die Honorare für planerische und sonstige bauvorbereitende Maßnahmen werden aufgrund der veranschlagten Kosten, die Honorare für Bauüberwachung und Abschlussdokumentation aufgrund der tatsächlich verausgabten Kosten berechnet.

200 000 Euro der Mindestsatz 21 586 Euro und der Höchstsatz 26 792 Euro.

1191. Diese Sätze beziehen sich auf einen Auftrag, der alle Phasen der Objektplanung für Gebäude, von der Ermittlung der Planungsgrundlagen über die einzelnen Planungsphasen bis zur Bauüberwachung und Abschlussdokumentation, umfasst. Wird ein Architekt nur mit der Ausführung einer einzelnen Leistungsphase beauftragt, beispielsweise nur mit der Bauüberwachung, dann betragen die Honorarsätze nur einen in der HOAI festgelegten Bruchteil davon, für die Bauüberwachung z. B. 31 Prozent.

1192. Planungshonorare für kleine Vorhaben, deren anrechenbare Kosten unter 25 565 Euro liegen, können frei vereinbart werden; jedoch dürfen sie nicht den Höchstsatz für ein Vorhaben mit anrechenbaren Kosten von 25 565 Euro überschreiten. Liegen die anrechenbaren Kosten über 25 564 594 Euro, kann das Honorar frei vereinbart werden.¹¹⁷

1193. Daneben ist für bestimmte Leistungen die Vereinbarung eines Zeithonorars zulässig. Die HOAI legt für diese Fälle Höchst- und Mindestbeträge für die Stundensätze fest. Zudem sieht die HOAI auch die Möglichkeit von Erfolgshonoraren vor, die für besondere Leistungen, die zu Kosteneinsparungen führen, von den Parteien vereinbart werden können (§ 5 Abs. 4a HOAI und § 29 HOAI). Dieses Erfolgshonorar darf bis zu 20 Prozent der eingesparten Kosten betragen.

4.2 Geschichtliche Entwicklung der Honorarregelungen

1194. Im Folgenden wird die geschichtliche Entwicklung der Honorarregelung dargestellt. Hintergrund dieser Darstellung ist es zu zeigen, dass es auch Zeiten ohne verbindliche Honorarregelung gab und dass die Einführung der HOAI als verbindliche Preisregelung nicht erkennbar eine Reaktion auf tatsächliche Qualitätsprobleme im Baubereich war.

4.2.1 Honorarregelungen vor Inkrafttreten der HOAI

1195. Die HOAI ist seit dem 1. Januar 1977 in Kraft. Jedoch gab es auch in der Zeit davor Instrumente mit unterschiedlicher Rechtsnatur, welche die Honorare der Architekten und Ingenieure regeln sollten. Ursprünglich handelte es sich dabei um rein private Preisempfehlungen, die von den Berufsverbänden der Architekten und Ingenieure herausgegeben wurden. Die erste derartige Gebührenordnung für Architekten stammt aus dem Jahre 1871; die Ingenieure zogen bereits 1878 nach. Diese Gebührenordnungen wurden mehrfach überarbeitet, von 1888 bis 1920 gab es sogar eine gemeinsame Gebührenordnung der beiden Berufe, die danach wieder getrennte Wege gingen. Für die Architekten wurde die Gebühren-

ordnung ab 1935 von der Reichskammer der bildenden Künste herausgegeben, also von einer staatlichen Institution, während die Gebührenordnungen für Ingenieure weiterhin private Empfehlungen blieben.

1196. Ebenfalls nur für Architekten galt ab 1950 die Verordnung PR 66/50 über die Gebühren der Architekten, die vom Bundeswirtschaftsminister auf der Grundlage des Preisgesetzes erlassen wurde. Die dieser Verordnung beigefügte Gebührenordnung für Architekten (GOA) ähnelt in der Methodik der Honorarermittlung bereits der HOAI. Der wesentliche Unterschied war jedoch, dass die in der GOA festgelegten Honorare nur Höchstpreise waren, die durch Vereinbarung der Parteien unterschritten werden konnten. Allerdings wurden die Honorare nach der GOA als übliche bzw. taxmäßige Vergütung im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB angesehen, die beim Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung gelten sollte.

1197. Dagegen blieb es bei den Ingenieuren weiter bei einer Gebührenempfehlung der Verbände. Nach Inkrafttreten des GWB begann das Bundeskartellamt aber, gegen solche privaten Gebührenordnungen vorzugehen, da es sie als kartellrechtswidrige Empfehlungen einstufte. Nach der damaligen Praxis des Bundeskartellamts waren nur Preisverzeichnisse zulässig, die eine Übersicht über die in der Vergangenheit tatsächlich erzielten Honorare wiedergaben. Dabei durften nur „Von-bis-Werte“ angegeben werden, eine Durchschnittsbildung war bereits unzulässig. Auch musste in dem Gebührenverzeichnis auf die Unverbindlichkeit der Werte hingewiesen werden, und es durfte kein Druck auf Verbandsmitglieder ausgeübt werden, sich an dieses Gebührenverzeichnis zu halten.¹¹⁸ Die Ingenieurverbände überarbeiteten schließlich ihre Gebührenordnung unter Beachtung dieser Vorgaben.

1198. Auch im Bereich der Architekten kam es zu kartellrechtlichen Konflikten. So versuchte die niedersächsische Landesarchitektenkammer, aus den Höchstpreisen der GOA in der Praxis Festpreise zu machen. Bei einer Unterschreitung der Honorare der GOA drohte sie ihren Mitgliedern berufsgerichtliche Verfahren sowie den ausschreibenden Kommunen Schadensersatzforderungen an. Dieses Verhalten wurde ihr von der niedersächsischen Landeskartellbehörde untersagt;¹¹⁹ die Verfügung wurde vom Kammergericht und vom Bundesgerichtshof bestätigt.¹²⁰

4.2.2 Entstehungsgeschichte der HOAI

1199. Die HOAI ist in der Form einer Rechtsverordnung erlassen worden. Die dafür notwendige Ermächtigungsgrundlage findet sich in § 1 und § 2 des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen. Im Folgenden wird kurz auf die Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes eingegangen.

¹¹⁷ Die krummen Beträge resultieren aus der Umwandlung von DM-Werten in Euro.

¹¹⁸ Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit im Jahre 1961 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Arbeitsgebiet, Bundestagsdrucksache IV/378, S. 49.

¹¹⁹ WuW/E LKartB 169.

¹²⁰ WuW/E OLG 1623; WuW/E BGH 1474.

1200. Ende des Jahres 1970 legte die damalige Bundesregierung den „Entwurf eines Gesetzes über Maßnahmen zur Verbesserung des Mietrechts und der Begrenzung des Mietanstiegs“ vor.¹²¹ Dieses Gesetzgebungsvorhaben beinhaltete unter anderem

- eine Verschärfung des Kündigungsschutzes bei Mietverträgen über Wohnraum,
- strengere Strafvorschriften für Mietwucher,
- strengere Regelungen für Wohnungsmakler,
- ein Koppelungsverbot zwischen Grundstückskauf- und Architektenverträgen und
- eine Ermächtigung zum Erlass einer Honorarordnung für Architekten und Ingenieure.

1201. Ziel der neuen Honorarordnung sollte es laut Entwurfsbegründung sein, den Architekten und Ingenieuren materielle Anreize zu rationalisierungswirksamen besonderen Leistungen zu geben, um damit die Bau- und Nutzungskosten neu erbauter Gebäude zu senken. Daneben legte die Begründung besonderen Wert auf die Möglichkeit, Höchstsätze für Honorare festzulegen, um damit zur Begrenzung des Mietanstiegs beizutragen. Die Möglichkeit, Mindestsätze festzulegen, sollte dagegen verhindern, dass aus Höchstsätzen Festsätze werden. Dementsprechend sah der Entwurf vor, dass diese Mindestsätze durch schriftliche Vereinbarung unterschritten werden konnten.

1202. Es ist bemerkenswert, dass der Regierungsentwurf nur eine Notwendigkeit sah, die Honorare der Architekten und Ingenieure nach oben zu beschränken, nicht jedoch nach unten. Der Entwurf wurde jedoch in diesem Punkt durch den federführenden Rechtsausschuss des Bundestages geändert; nach dem Beschlussvorschlag des Ausschusses sollte die zu erlassende Honorarordnung Mindestsätze enthalten, die nicht unterschritten werden dürfen. Dem lag nach dem Bericht des Ausschusses die Erwägung zugrunde, „dass Unterschreitungen der Mindestsätze zu einer Minderung des Umfangs oder der Qualität der Leistung führen könnten“, was aber nicht näher erläutert wurde.¹²² Der Berichterstatter im Ausschuss erklärte in der Bundestagsdebatte zu diesem Gesetz, dass mit den Änderungen „weitgehend den Wünschen der Berufsverbände entsprochen“ wurde.¹²³ Der Bundestag beschloss das Gesetz in der Fassung der Ausschussvorlage.

1203. Nach Intervention des Bundesrates kam das Gesetz in den Vermittlungsausschuss. Das Bundesland Baden-Württemberg hatte eingewandt, dass es zu einer Verteuerung von Umbau- und Reparaturarbeiten, vor allem für Kleinhauseigentümer, kommen könnte, wenn bei wenig aufwendigen Architektur- und Ingenieurleistungen keine Unterschreitung der Mindestsätze möglich sei. Im Bundesrat einigte man sich darauf, dass die Honorarordnung zwar Mindestsätze vorsehen sollte – der Regierungsentwurf hatte nur die Möglichkeit von Mindestsätzen ge-

nannt –, diese aber durch schriftliche Vereinbarungen unterschritten werden dürfen.

1204. Trotz des eindeutigen Gesetzeswortlautes wurde 1976 beim Erlass der Honorarordnung in § 4 Abs. 2 HOAI festgelegt, dass eine Unterschreitung der Mindestsätze „nur in Ausnahmefällen“ möglich sein solle. Das Bundesverfassungsgericht hob diese Vorschrift jedoch 1981 mit der Begründung auf, sie überschreite den Rahmen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Daraufhin brachten die Fraktionen von CDU/CSU und FDP 1983 einen Gesetzentwurf ein, der die Folgen dieses Urteils korrigieren sollte. Nach Ansicht der Entwurfsbegründung bestand die Gefahr, „dass Leistungen des Architekten- und Ingenieurwesens nicht mehr nach qualitativen Gesichtspunkten vergeben werden, sondern einem Preiswettbewerb unterliegen.“¹²⁴ Die HOAI habe ihren Sinn als Honorarordnung verloren, wenn ein jederzeitiges Unterschreiten des Mindestsatzes möglich sei. Tatsächliche Anzeichen für einen Qualitätsverfall seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes wurden nicht genannt. In dem schließlich verabschiedeten Gesetz, das auf diese Initiative zurückging, wurde nun auch auf gesetzlicher Ebene festgelegt, dass eine Unterschreitung nur in Ausnahmefällen möglich sein solle.

1205. Auch im Übrigen entsprach die 1976 nach längeren Vorarbeiten verabschiedete HOAI den Vorstellungen der Begründung des Gesetzentwurfes nur wenig. Der Gesichtspunkt, dem Planer materielle Anreize zu Kostensenkungen zu geben, spielt nur noch eine geringe Rolle – ein Erfolgshonorar war nur für die Erbringung von völlig neuen, erstmalig erbrachten Leistungen zulässig. Diese Möglichkeit zur Vereinbarung von Erfolgshonoraren wurde später in gewissem Maße erweitert.

1206. Die HOAI wurde später mehrmals geändert. Die wichtigste Änderung war dabei die Ausdehnung des Anwendungsbereiches bei den Ingenieurleistungen. Die ursprüngliche HOAI hatte bei den Ingenieurleistungen nur die Tragwerksplanung erfasst. Andere Ingenieurleistungen, wie zum Beispiel Planungsleistungen bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen, verkehrsplanerische Leistungen, Planungsleistungen für technische Gebäudeausrüstungen oder auf dem Gebiet der thermischen Bauphysik, wurden erst später in den Anwendungsbereich der HOAI einbezogen.

1207. Der Bundesrat hatte 1995 bei der Verabschiedung der Fünften HOAI-Änderungsverordnung als Arbeitsaufträge für die nächste Novelle eine stärkere Verankerung von Anreizen zum kostensparenden Bauen, eine Vereinfachung der Honorarberechnung sowie eine Spreizung der Honorarsätze (Anhebung der Höchstsätze bei Beibehaltung der Mindestsätze) angemahnt. Ende 2001 vergab das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit einen Gutachterauftrag an eine Forschungsgruppe an der Technischen Universität Berlin, die Konzeptionen zu einer Fortentwicklung des beruflichen Rechtsrahmens der

¹²¹ Bundestagsdrucksache VI/1549, S. 14.

¹²² Bundestagsdrucksache VI/2421, S. 6.

¹²³ Rede des Abgeordneten Gnädiger, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 6. Wahlperiode, Bd. 76, 1971, S. 7781.

¹²⁴ Bundestagsdrucksache 10/543, S. 4.

Architekten und Bauingenieure entwickeln sollte. Ein wesentlicher Punkt dabei war die Zukunft der HOAI.

1208. Das Gutachten, das Anfang 2003 unter dem Titel „Statusbericht Architekten/Ingenieure 2000 plus“ erschien, beschäftigte sich ausführlich mit einer möglichen Fortentwicklung der HOAI.¹²⁵ Es enthält aber auch ein Kapitel, das sich mit der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung der HOAI auseinandersetzt, jedoch – anders als manchmal behauptet – kein abschließendes Urteil über diese Rechtfertigung abgibt.

4.3 Internationaler Vergleich

1209. Der Statusbericht 2000 plus enthält auch eine rechtsvergleichende Übersicht zu Honorarregelungen für Architekten und Ingenieure in anderen europäischen Ländern. Es fällt auf, dass neben Deutschland nur noch Italien und Griechenland verbindliche Preisregelungen in diesem Bereich haben (vgl. Tabelle VI.4). Außerdem ist zu erwarten, dass die in einigen Ländern geltenden Preisempfehlungen, soweit sie nicht von staatlicher Seite he-

rausgeben wurden, gegen das europäische Kartellrecht verstoßen und deswegen nicht länger bestehen bleiben können. So hat die Europäische Kommission 2004 die empfohlenen Mindestpreise der belgischen Architektenkammer wegen Verstoßes gegen Artikel 81 Abs. 1 EGV mit einem Bußgeld geahndet. Interessant ist auch der Fall Großbritannien. Bis in die achtziger Jahre hinein galten dort verbindliche Mindesthonorare für Architekten. In einem Gutachten aus dem Jahr 1977 sprach sich die Monopolies and Merger Commission für eine Abschaffung dieser Regelung aus.¹²⁶ Diese Empfehlung wurde 1983 umgesetzt. In der Folgezeit gab die britische Architektenvereinigung unverbindliche Leitlinien zur Honorargestaltung heraus. Diese mussten 2003 nach Bemängelung durch das Office of Fair Trading so überarbeitet werden, dass sie sich rein auf die Wiedergabe in der Vergangenheit erzielter Honorare beschränken, ohne Projektionen in Gegenwart und Zukunft.¹²⁷

¹²⁵ Im Internet erhältlich unter: <http://www.a.tu-berlin.de/hoai2000plus/schlussbericht.html>.

¹²⁶ Monopolies and Mergers Commission, Architects' Services, A Report on the Supply of Architects' Services with Reference to Scale Fees, 1977.

¹²⁷ Office of Fair Trading, Competition Act 1998, Competition case closure summaries, 1-31 March 2003.

Tabelle VI.4

Rechtsrahmen für Honorare von Architekten und Ingenieuren in anderen europäischen Ländern

Land	Rechtsrahmen für Honorare
Belgien	bis vor kurzem: unverbindliche Empfehlung
Dänemark	unverbindliche Empfehlung
Finnland	keine Regelung
Frankreich	unverbindliche Empfehlung für öffentliche Aufträge
Griechenland	gesetzliche Festhonorare (mit Anpassungsfaktoren für die Marktlage)
Großbritannien	bis vor kurzem: unverbindliche Empfehlung; inzwischen nur noch Preisübersicht, veröffentlicht von der Architektenvereinigung
Irland	unverbindliche Empfehlung
Italien	rechtsverbindliche Honorarregelung
Luxemburg	unverbindliche Empfehlung, ministerielle Richtlinien für den öffentlichen Bereich
Niederlande	unverbindliche Empfehlung
Österreich	unverbindliche Empfehlung
Portugal	unverbindliche Empfehlung
Schweden	keine Regelung
Schweiz	unverbindliche Empfehlung
Spanien	unverbindliche Empfehlung

Quelle: Statusbericht Architekten/Ingenieure 2000 plus und eigene Recherchen

4.4 Mögliche Rechtfertigungen für Regulierung

1210. Zur Rechtfertigung einer Geltung der HOAI als verbindliche Honorarordnung, d. h. als Preisregelung mit verbindlichen Mindestpreisen, wird eine Reihe von Argumenten angeführt. Das dabei am häufigsten genannte Argument ist die Qualitätssicherung. Danach würde eine Freigabe der Preise zu einem reinem Preiswettbewerb zu Lasten des Qualitätswettbewerbs führen. Zu niedrige, nicht mehr auskömmliche Honorare würden den Planer zwingen, qualitativ unzureichende Leistungen zu erbringen. Die Monopolkommission ist – wie oben ausgeführt – nicht davon überzeugt, dass verbindliche Mindestpreise unter dem Gesichtspunkt der Qualitätssicherung gerechtfertigt sind. Auch im Baubereich sind keine Besonderheiten erkennbar, die zu einer anderen Schlussfolgerung führen könnten.

1211. Der Statusbericht 2000 plus enthält ein Kapitel, dass sich mit der volkswirtschaftlichen Rechtfertigung der HOAI beschäftigt.¹²⁸ Anders als manchmal behauptet, kommt dieses Kapitel nicht zu dem Ergebnis, dass die HOAI als verbindliche Mindestpreisregelung gerechtfertigt ist. Vielmehr stellt es die These auf, dass angesichts der asymmetrischen Verteilung von Informationen über die Qualität von Planungsleistungen eine verbindliche Preisregelung wie die HOAI zu einer Qualitätsverbesserung gegenüber einem Zustand mit unregulierten Preisen führen kann, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: (1) die Berufsangehörigen müssen intrinsisch motiviert sein, hohe Qualität zu liefern, wenn sie dafür ein „auskömmliches“ Honorar erhalten; (2) eine Erhöhung der durchschnittlich angebotenen Qualität muss zu einer ausreichend hohen Steigerung der Nachfrage führen. Das Kapitel nimmt aber nicht dazu Stellung, ob diese Bedingungen im Bereich der Architekten und Bauingenieure erfüllt sind. Abgesehen davon berücksichtigt das im Kapitel formulierte Modell nach Ansicht der Monopolkommission nur unzureichend den Gesichtspunkt, dass allzu „auskömmliche“ Honorare neue Marktzutritte und Gehaltssteigerungen bei den Mitarbeitern von Planungsbüros auslösen können, die diese Auskömmlichkeit wieder gefährden.

1212. Auch der historische und der internationale Vergleich sprechen nicht dafür, dass eine Mindestpreisregelung in diesem Bereich notwendig ist. Die HOAI ist erst seit 1977 in Kraft; davor gab es keine verbindlichen Mindestpreise. Viele Ingenieurleistungen sind sogar erst 1985 in die HOAI aufgenommen worden. Wegen der oben referierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hatte die HOAI außerdem von 1982 bis 1985 nicht den Charakter einer Mindestpreisregelung. Es wurde bisher nicht dargelegt, dass die Einführung der Mindestpreisregelung bzw. ihre temporäre Aussetzung zu einer Ver-

schlechterung der Planungs- oder Bauqualität geführt hätten. Zudem erscheint es wenig überzeugend, dass die Bauqualität in Deutschland, Italien und Griechenland besonders hoch sein soll, während sie in den anderen europäischen Ländern, die keine verbindlichen Mindestpreise kennen, besonders niedrig ist. Auch müssten für die tatsächlich beobachtbaren Unterschiede in der Bauqualität zwischen verschiedenen Ländern andere Erklärungsfaktoren mit berücksichtigt werden, wie z. B. wirtschaftlicher Wohlstand, technische Baunormen oder das Ausbildungsniveau in der Bauindustrie.

1213. Daneben wird noch angeführt, dass Planungsleistungen als geistig-schöpferische Leistungen einer Kostenkalkulation nicht zugänglich wären. Dem steht jedoch entgegen, dass in vielen anderen Bereichen geistige, kreative oder wissenschaftliche Leistungen erbracht werden – man denke z. B. an Werbeagenturen –, ohne dass eine verbindliche Honorarordnung gilt.

1214. Als weitere Rechtfertigung für die HOAI werden die besonderen Anforderungen öffentlicher Stellen, die Planungsleistungen in Auftrag geben, angeführt. Diese benötigten Rechtssicherheit bei der Vergabe von Aufträgen an Architekten und Ingenieure. Werde die HOAI abgeschafft, müssten Städte und Gemeinden eigene Vergabeordnungen für diesen Bereich einführen.

1215. Hierzu ist anzumerken, dass die besonderen Anforderungen öffentlicher Auftraggeber keine Honorarordnung rechtfertigen können, die für alle Auftraggeber gilt. Darüber hinaus ist auch unklar, ob es bei diesem Argument um die Interessen der öffentlichen Stellen selber oder um die Interessen derer geht, die bei ihnen angestellt sind; für die Mitarbeiter, die für die Vergabe von Planungsleistungen zuständig sind, ist es natürlich einfacher, wenn sie bei der Vergabe von Planungsaufträgen einfach die Mindesthonorare der HOAI vereinbaren können; keine Rechnungsprüfungsstelle kann ihnen dann vorhalten, dass sie ein zu hohes Honorar vereinbart hätten. Dagegen kann es durchaus im Interesse der auftragvergebenden öffentlichen Stellen sein, einen Preiswettbewerb bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen zu nutzen, wenn sie als dessen Ergebnis ein besseres Preis/Leistungs-Verhältnis erhalten.

1216. Als weiteres Argument für die HOAI wird angeführt, dass sie dem Auftraggeber Informationen über angemessene Preise liefere. Dies gelte besonders für Aufträge von Privatpersonen, für die die Beauftragung eines Architekten eine im Leben einmalige Sache sei. Diese Funktion kann die HOAI aber auch erfüllen, wenn sie keine verbindlichen Höchst- und Mindestpreise enthält, sondern nur als Referenztarif gilt.

1217. Gegen eine verbindliche Geltung der HOAI spricht vor allem, dass sie zu nicht angemessenen Preisen für bestimmte Planungsleistungen führen kann. Eine Folge davon kann sein, dass bestimmte Planungsleistungen nicht in Auftrag gegeben werden. Zwar wird teilweise behauptet, dass die HOAI bei Leistungen für private Auftraggeber oft nicht befolgt werde. Dies kann jedoch kein Grund für ihre Beibehaltung als Mindest-

¹²⁸ Statusbericht Architekten/Ingenieure 2000 plus, Kapitel 4. In einem neueren Diskussionspapier äußern sich die Autoren dieses Kapitels wesentlich skeptischer über Mindestpreisregelungen, vgl. Meran, G., Schwarze, R., Can Minimum Prices Assure the Quality of Professional Services?, DIW Discussion Paper 531, Berlin 2005.

preisregelung sein, da ein offener Preiswettbewerb besser ist als ein verdeckter.

1218. Zudem ist denkbar, dass sich verbindliche Mindesthonorare negativ auf die Lage von jungen Architekten und Bauingenieuren auswirken. Ihnen wird ein Markteintritt als Selbstständige erschwert, da ihnen die Möglichkeit des Preiswettbewerbs verschlossen ist. Außerdem gibt die Existenz einer verbindlichen Honorarordnung dem Schulabgänger den unzutreffenden Eindruck, dass in diesen Berufen ein auskömmliches Einkommen gesetzlich sichergestellt sei.

1219. Die Monopolkommission spricht sich deshalb dafür aus, die HOAI nur noch als nicht bindenden Referenztarif zu erhalten. Ist bei Vertragsschluss nichts anderes vereinbart, dann gelten die Mindestsätze der HOAI. Eine derartige Regelgebühr würde nicht gegen das europäische Kartellrecht verstoßen, solange sie als staatliche Rechtsnorm – und nicht etwa von einer Kammer oder einem Berufsverband – erlassen wird. Es erscheint auch wünschenswert, die Einteilung der Planungsarbeit in Leistungsphasen weiter normativ zu verankern. Durch die Bezugnahme im Vertrag lässt sich relativ gut abgrenzen, welche Tätigkeiten von einem Ingenieur oder Architekten im Rahmen dieses Vertrages ausgeführt werden sollen. Dadurch kann der vertraglich geschuldete Leistungsinhalt abgegrenzt werden, und verschiedene Preisangebote werden besser vergleichbar.

1220. Bei der Entwicklung neuer Vertrags- und Vergütungsformen sollte den Parteien jedoch relativ viel Freiheit gelassen werden. In den Jahren, als die HOAI keinen Mindestpreischarakter hatte, waren teilweise Pauschalhonorare recht populär, weil sie dem Auftraggeber Planungssicherheit gaben und dem Architekten die teilweise recht aufwendige Berechnung des Honorars nach HOAI ersparten. Die bisherigen Bemühungen, erfolgsbezogene Honorare in der HOAI zu verankern, waren wahrscheinlich auch deshalb wenig erfolgreich, weil sich „am grünen Tisch“ kein überzeugendes Vertragsmodell entwickeln ließ. Diese Frage sollte deshalb der vertragsgestaltenden Praxis überlassen werden.

5. Zusammenfassung der Empfehlungen

1221. Im Bereich der Rechtsanwälte empfiehlt die Monopolkommission

- bei der Reform des Rechtsberatungsgesetzes den Erlaubnisvorbehalt auf den Kernbereich von Rechtsberatung und Rechtsbesorgung zu beschränken; der Referentenentwurf für die Reform des Rechtsberatungsgesetzes ist ein begrüßenswerter Ansatz dazu; jedoch sollte bei einer Neuregelung eine ausdrückliche Gegennorm Tätigkeiten, bei denen der Schwerpunkt auf betriebswirtschaftlichen, technischen oder sonstigen nichtjuristischen Gebieten liegt, vom Begriff der Rechtsdienstleistung ausnehmen; auch sollte der Katalog der ausdrücklich freigestellten Tätigkeiten insbesondere um die betriebswirtschaftlich ausgerichtete Krisen- und Sanierungsberatung erweitert werden;
- Diplom-Wirtschaftsjuristen als außergerichtliche Berater auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts zuzulassen, möglicherweise beschränkt auf die Beratung von Unternehmen; die außergerichtliche Vertretung im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren sollte von dieser Befugnis ausgenommen sein;
- Juristen mit erster Prüfung (erstem Staatsexamen) zur außergerichtlichen Rechtsberatung zuzulassen; falls sich das Bachelor/Master-Modell auch bei den juristischen Studiengängen durchsetzt, sollte diese Erlaubnis bereits für Bachelor-Absolventen gelten;
- Diplom-Wirtschaftsjuristen und Juristen mit erster Prüfung (erstem Staatsexamen) in gerichtlichen Verfahren, bei denen die Parteien den Prozess auch selber führen können, zur geschäftsmäßigen Prozessvertretung zuzulassen; dagegen sollten sie nicht zur Vertretung in Verfahren zugelassen werden, in denen im Moment Anwaltszwang herrscht;
- das anwaltliche Gebührenunterschreitungsverbot auch für den gerichtlichen Bereich aufzuheben; gesetzliche Vergütungsregelungen sollten in Zukunft nur noch ein Referenztarif sein, der gilt, wenn nichts anderes vereinbart wird; zudem sollte die Vergütungsregelung eine Höchstgrenze für die Kostenerstattung im Prozess darstellen und eine Vergütung für Fallgruppen festlegen, in denen der Anwalt zur Annahme des Mandats verpflichtet ist;
- Erfolgshonorar und quota litis zuzulassen; jedoch sollte die nachträgliche gerichtliche Kontrolle dieser Honorare in Bezug auf eine angemessene Höhe möglich sein; Kriterien für eine Angemessenheit sollten unter anderem die Höhe des Streitwerts, die Erfolgchancen des Prozesses sowie die vom Anwalt zusätzlich übernommenen Aufwendungen sein;
- die anwaltliche Werbung aus dem Berufsrecht herauszunehmen und nur noch den allgemeinen Regelungen des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb zu unterstellen; das Berufsrecht sollte sich auf ein Verbot von aggressiven oder irreführenden Vorgehensweisen bei der Ansprache einzelner Personen (eindeutiges „ambulance chasing“) beschränken;
- die Zusammenarbeit der sozietätsfähigen Berufe in Form von Kapitalgesellschaften einheitlich zu regeln; dabei sind die bisher bestehenden Mehrheitserfordernisse für einzelne Berufsgruppen aufzuheben;
- als Geschäftsführer einer Rechtsanwalts-GmbH auch Personen, die keinen sozietätsfähigen Beruf ausüben, zuzulassen; jedoch sollte es weiterhin erforderlich sein, das mindestens einer der Geschäftsführer der GmbH Rechtsanwalt ist; die nichtanwaltlichen Geschäftsführer dürfen keine anwaltlichen Leistungen an Dritte erbringen, ihre Rechte und Pflichten sind jedoch teilweise, z. B. bei der Verschwiegenheit, denen der Anwälte anzugleichen;
- Personen, die keinen sozietätsfähigen Beruf ausüben, auch als Gesellschafter einer Rechtsanwalts-GmbH oder Rechtsanwalts-AG zuzulassen; es sollten jedoch

Vorkehrungen getroffen werden, um eine Transparenz der Eigentümerstruktur gegenüber potentiellen Mandanten herzustellen und Interessenkonflikte zu verhindern; eine Börsennotierung der Rechtsanwalts-AG sollte ausgeschlossen sein; daneben ist an eine Zuverlässigkeitsprüfung der nichtanwaltlichen Kapitalgeber zu denken; falls der Gesetzgeber dies für sinnvoll hält, wäre auch eine anteilmäßige Beschränkung der Kapitalbeteiligung von Nichtanwältinnen möglich.

1222. Für den Bereich der Apotheker empfiehlt die Monopolkommission

- die Apothekenpflicht für bestimmte Arzneimittel, wie z. B. Aspirin, unter Berücksichtigung der internationalen Erfahrungen kritisch zu überprüfen; falls eine Aufhebung der Apothekenpflicht nicht erfolgt, sollte für diese Arzneimittel zumindest das Selbstbedienungsverbot aufgehoben werden;
- darüber hinausgehend die ganze Kategorie der nicht verschreibungspflichtigen, aber apothekenpflichtigen Arzneimittel kritisch zu prüfen; es ist darüber nachzudenken, bei bestimmten Arzneimitteln, deren Konsum eine Beratung vorangehen sollte, eine zu dokumentierende Beratungspflicht des Apothekers einzuführen;
- den Zugang zum Apothekerberuf auch über ein Fachhochschulstudium zu eröffnen;
- die Einführung von Preiswettbewerb auch bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zu prüfen; eine Möglichkeit dafür ist das Modell der Vertragsapotheke, bei der eine Krankenkasse nur eine begrenzte Zahl von Apotheken zur Versorgung ihrer Mitglieder zulässt; eine andere, nach Ansicht der Monopolkommission vorzugswürdige Variante würde darin bestehen, dass der Apotheker vom Patienten eine eigenständige Vertriebspauschale erhebt, die in der gesetzlichen Krankenkasse an die Stelle der Zuzahlung tritt; die Höhe dieser Pauschale kann vom Apotheker variiert werden, wobei der Gesetzgeber Ober- und Untergrenzen festsetzen kann;
- das Fremdbesitzverbot aufzuheben sowie einen Mehrbesitz von Apotheken auch oberhalb der aktuellen

Grenze von vier Apotheken zuzulassen; es wäre auch weiterhin erforderlich, dass jede Apotheke durch einen – möglicherweise angestellten – Apotheker verantwortlich geführt wird; für eine Übergangszeit sollten Zusammenschlüsse von Apothekenketten auch unterhalb der üblichen Aufgreifschwelle der Fusionskontrolle unterliegen – das Kontrollverfahren sollte dabei auf die Landeskartellbehörden übertragen werden;

- das Betreiben einer Apotheke in der Rechtsform einer GmbH zu ermöglichen; sollte sich der Gesetzgeber gegen eine Aufhebung des Fremdbesitzverbotes entscheiden, müsste die Beteiligung an dieser GmbH auf – in den betroffenen Apotheken tätige – Apotheker beschränkt werden;
- eine räumliche Integration von Apotheken in andere Geschäfte zu ermöglichen; der Verkauf von verschreibungspflichtigen oder besonders beratungsbedürftigen Arzneimitteln würde aber weiterhin nicht durch Selbstbedienung, sondern nur über den Apotheken-tisch erfolgen;
- das Gebiet der Werbung vollständig aus der landesrechtlichen Ermächtigung der Apothekerkammern, Berufsregeln zu erlassen, herauszunehmen; die Werbung der Apotheker würde sich dann nur noch nach der allgemeinen Rechtsordnung, also insbesondere nach dem UWG und dem Heilmittelwerbegesetz, richten.

1223. Die Monopolkommission empfiehlt auf dem Gebiet der Architekten und Ingenieure,

- die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure nur noch als nicht bindenden Referenztarif beizubehalten; wird nichts anderes vereinbart, gelten die Mindestsätze der Honorarordnung.

Bonn, den 30. Juni 2006

J. Basedow

J. Aldag M. Hellwig P.-M. Preusker K. Trebitsch

Anhang

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Anhang A: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Auszug: §§ 44 bis 47) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114)	430
Anhang B: Untersagungen durch das Bundeskartellamt – Verfahrensstand Ende 2005 –	432
Anhang C: Veröffentlichungen von im Auftrag der Monopol- kommission erstellten Gutachten	447
Anhang D: Gutachten der Monopolkommission	452

A. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Auszug: §§ 44 bis 47)

in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114)

Achter Abschnitt**Monopolkommission****§ 44****Aufgaben**

(1) ¹ Die Monopolkommission erstellt alle zwei Jahre ein Gutachten, in dem sie den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland beurteilt, die Anwendung der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle würdigt sowie zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung nimmt. ² Das Gutachten soll die Verhältnisse in den letzten beiden abgeschlossenen Kalenderjahren einbeziehen und bis zum 30. Juni des darauffolgenden Jahres abgeschlossen sein. ³ Die Bundesregierung kann die Monopolkommission mit der Erstattung zusätzlicher Gutachten beauftragen. ⁴ Darüber hinaus kann die Monopolkommission nach ihrem Ermessen Gutachten erstellen.

(2) ¹ Die Monopolkommission ist nur an den durch dieses Gesetz begründeten Auftrag gebunden und in ihrer Tätigkeit unabhängig. ² Vertritt eine Minderheit bei der Abfassung der Gutachten eine abweichende Auffassung, so kann sie diese in dem Gutachten zum Ausdruck bringen.

(3) ¹ Die Monopolkommission leitet ihre Gutachten der Bundesregierung zu. ² Die Bundesregierung legt Gutachten nach Absatz 1 Satz 1 den gesetzgebenden Körperschaften unverzüglich vor und nimmt zu ihnen in angemessener Frist Stellung. ³ Die Gutachten werden von der Monopolkommission veröffentlicht. ⁴ Bei Gutachten nach Absatz 1 Satz 1 erfolgt dies zu dem Zeitpunkt, zu dem sie von der Bundesregierung der gesetzgebenden Körperschaft vorgelegt werden.

§ 45**Mitglieder**

(1) ¹ Die Monopolkommission besteht aus fünf Mitgliedern, die über besondere volkswirtschaftliche, betriebswirtschaftliche, sozialpolitische, technologische oder wirtschaftsrechtliche Kenntnisse und Erfahrungen verfügen müssen. ² Die Monopolkommission wählt aus ihrer Mitte einen Vorsitzenden.

(2) ¹ Die Mitglieder der Monopolkommission werden auf Vorschlag der Bundesregierung durch den Bundespräsidenten für die Dauer von vier Jahren berufen. ² Wiederberufungen sind zulässig. ³ Die Bundesregierung

hört die Mitglieder der Kommission an, bevor sie neue Mitglieder vorschlägt. ⁴ Die Mitglieder sind berechtigt, ihr Amt durch Erklärung gegenüber dem Bundespräsidenten niederzulegen. ⁵ Scheidet ein Mitglied vorzeitig aus, so wird ein neues Mitglied für die Dauer der Amtszeit des ausgeschiedenen Mitglieds berufen.

(3) ¹ Die Mitglieder der Monopolkommission dürfen weder der Regierung oder einer gesetzgebenden Körperschaft des Bundes oder eines Landes noch dem öffentlichen Dienst des Bundes, eines Landes oder einer sonstigen juristischen Person des öffentlichen Rechts, es sei denn als Hochschullehrer oder als Mitarbeiter eines wissenschaftlichen Instituts, angehören. ² Ferner dürfen sie weder einen Wirtschaftsverband noch eine Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerorganisation repräsentieren oder zu diesen in einem ständigen Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis stehen. ³ Sie dürfen auch nicht während des letzten Jahres vor der Berufung zum Mitglied der Monopolkommission eine derartige Stellung innegehabt haben.

§ 46**Beschlüsse, Organisation, Rechte und Pflichten der Mitglieder**

(1) Die Beschlüsse der Monopolkommission bedürfen der Zustimmung von mindestens drei Mitgliedern.

(2) ¹ Die Monopolkommission hat eine Geschäftsordnung und verfügt über eine Geschäftsstelle. ² Diese hat die Aufgabe, die Monopolkommission wissenschaftlich, administrativ und technisch zu unterstützen.

(2a) Die Monopolkommission kann Einsicht in die von der Kartellbehörde geführten Akten, einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und personenbezogener Daten nehmen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist.

(3) ¹ Die Mitglieder der Monopolkommission und die Angehörigen der Geschäftsstelle sind zur Verschwiegenheit über die Beratungen und die von der Monopolkommission als vertraulich bezeichneten Beratungsunterlagen verpflichtet. ² Die Pflicht zur Verschwiegenheit bezieht sich auch auf Informationen, die der Monopolkommission gegeben und als vertraulich bezeichnet werden.

(4) ¹ Die Mitglieder der Monopolkommission erhalten eine pauschale Entschädigung sowie Ersatz ihrer Reisekosten. ² Diese werden vom Bundesministerium für Wirtschaft im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern festgesetzt. Die Kosten der Monopolkommission trägt der Bund.

§ 47**Übermittlung statistischer Daten**

(1) ¹ Für die Begutachtung der Entwicklung der Unternehmenskonzentration werden der Monopolkommission vom Statistischen Bundesamt aus Wirtschaftsstatistiken (Statistik im Produzierenden Gewerbe, Handwerksstatistik, Außenhandelsstatistik, Steuerstatistik, Verkehrsstatistik, Statistik im Handel und Gastgewerbe, Dienstleistungsstatistik) und dem Statistikregister zusammengefasste Einzelangaben über die Vmhundertanteile der größten Unternehmen, Betriebe oder fachlichen Teile von Unternehmen des jeweiligen Wirtschaftsbereichs

- a) am Wert der zum Absatz bestimmten Güterproduktion,
- b) am Umsatz,
- c) an der Zahl der tätigen Personen,
- d) an den Lohn- und Gehaltsummen,
- e) an den Investitionen,
- f) am Wert der gemieteten und gepachteten Sachanlagen,
- g) an der Wertschöpfung oder dem Rohertrag,
- h) an der Zahl der jeweiligen Einheiten

übermittelt. ² Satz 1 gilt entsprechend für die Übermittlung von Angaben über die Vmhundertanteile der größten Unternehmensgruppen. ³ Für die Zuordnung der Angaben der Unternehmensgruppen übermittelt die Monopolkommission dem Statistischen Bundesamt Namen und Anschriften der Unternehmen, deren Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe sowie Kennzeichen zur Identifikation. ⁴ Die zusammengefassten Einzelangaben dürfen nicht weniger als drei Unternehmensgruppen, Unternehmen, Betriebe oder fachliche Teile von Unternehmen betreffen. ⁵ Durch Kombination oder zeitliche Nähe mit anderen übermittelten oder allgemein zugänglichen Angaben darf kein Rückschluss auf zusammengefasste Angaben von

weniger als drei Unternehmensgruppen, Unternehmen, Betrieben oder fachlichen Teilen von Unternehmen möglich sein. ⁶ Für die Berechnung von summarischen Konzentrationsmaßen, insbesondere Herfindahl-Indizes und Gini-Koeffizienten, gilt dies entsprechend. ⁷ Die statistischen Ämter der Länder stellen die hierfür erforderlichen Einzelangaben dem Statistischen Bundesamt zur Verfügung.

(2) ¹ Personen, die zusammengefasste Einzelangaben nach Absatz 1 erhalten sollen, sind vor der Übermittlung zur Geheimhaltung besonders zu verpflichten, soweit sie nicht Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete sind. ² § 1 Abs. 2, 3 und 4 Nr. 2 des Verpflichtungsgesetzes gilt entsprechend. ³ Personen, die nach Satz 1 besonders verpflichtet worden sind, stehen für die Anwendung der Vorschriften des Strafgesetzbuches über die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 Abs. 2, 4, 5; §§ 204, 205) und des Dienstgeheimnisses (§ 353 b Abs. 1) den für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten gleich.

(3) ¹ Die zusammengefassten Einzelangaben dürfen nur für die Zwecke verwendet werden, für die sie übermittelt wurden. ² Sie sind zu löschen, sobald der in Absatz 1 genannte Zweck erfüllt ist.

(4) Bei der Monopolkommission muss durch organisatorische und technische Maßnahmen sichergestellt sein, dass nur Amtsträger, für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete oder Verpflichtete nach Absatz 2 Satz 1 Empfänger von zusammengefassten Einzelangaben sind.

(5) ¹ Die Übermittlungen sind nach Maßgabe des § 16 Abs. 9 des Bundesstatistikgesetzes aufzuzeichnen. ² Die Aufzeichnungen sind mindestens fünf Jahre aufzubewahren.

(6) Bei der Durchführung der Wirtschaftsstatistiken nach Absatz 1 sind die befragten Unternehmen schriftlich zu unterrichten, dass die zusammengefassten Einzelangaben nach Absatz 1 der Monopolkommission übermittelt werden dürfen.

B. Untersagungen durch das Bundeskartellamt

– Verfahrensstand Ende 2005 –

Seit Beginn der Fusionskontrolle (Anfang 1974) wurden 159 Untersagungen vom Bundeskartellamt ausgesprochen. Ende Dezember 2005 wurde folgender Verfahrensstand erreicht:

93 Untersagungen sind rechtskräftig oder übereinstimmend für erledigt erklärt

1. Haindl/Holtzmann
Beschluss des BKartA vom 4. Februar 1974, B6-46/73, WuW/E BKartA 1475
2. Kaiser/Preussag Aluminium
(nach Ablehnung des Antrages auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 23. Dezember 1974, B8-251/74, WuW/E BKartA 1571
Verfügung des BMWi vom 26. Juni 1975, WuW/E BMW 149
3. Lech-Elektrizitätswerke AG/Erdgas Schwaben¹
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 9. März 1976, B8-119/75, WuW/E BKartA 1647
Beschluss des KG vom 23. März 1977, Kart 11/76, WuW/E OLG 1895
Beschluss des BGH vom 12. Dezember 1978, KVR 6/77, WuW/E BGH 1533
4. GKN/Sachs
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof und Rücknahme des Antrages auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 12. Mai 1976, B7-67/75, WuW/E BKartA 1625
Beschluss des KG vom 1. Dezember 1976, Kart 51/76, WuW/E OLG 1745
Beschluss des BGH vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, WuW/E BGH 1501
5. Alsen-Breitenburg/Zementwerk Klöckner-Werke AG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 22. Dezember 1976, B7-24/76, WuW/E BKartA 1667
Beschluss des KG vom 15. März 1978, Kart 1/77, WuW/E OLG 1989
Beschluss des BGH vom 23. Oktober 1979, KVR 3/78, WuW/E BGH 1655
6. RWE/Gesellschaft für Energiebeteiligung
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 16. September 1977, B8-37/77, AG 1978, S. 109
Beschluss des KG vom 15. März 1979, Kart 23/77, WuW/E OLG 2113
7. Bergedorfer Buchdruckerei (Springer)/Elbe-Wochenblatt
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 18. Januar 1978, B6-62/77, WuW/E BKartA 1700
Beschluss des KG vom 1. November 1978, Kart 4/78, WuW/E OLG 2109
Beschluss des BGH vom 18. Dezember 1979, KVR 2/79, WuW/E BGH 1685
Entflechtung: WuW/E BKartA 1888, WuW/E OLG 2753, WuW/E BGH 2031
8. Bertelsmann/Deutscher Verkehrsverlag
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 1978, B6-75/77, WuW/E BKartA 1709

¹ Die Statistik wurde der Zählweise des Bundeskartellamtes angepasst. Bis zum Achten Hauptgutachten wurde dieser Fall unter der Rubrik „vom Kartellamt zurückgenommen oder in sonstiger Weise erledigt“ geführt.

9. Andreae-Noris Zahn/R. Holdermann
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 31. März 1978, B8-170/77, WuW/E BKartA 1747
10. AVEBE/KSH-Emslandstärke
(durch einstweilige Anordnung)
Beschluss des BKartA vom 3. Mai 1978, B6-187/77, WuW/E BKartA 1716
11. Springer Verlag/Münchener Zeitungsverlag
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 6. Juli 1978, B6-88/76, WuW/E BKartA 1733
Beschluss des KG vom 24. Oktober 1979, Kart 19/78, WuW/E OLG 2228
Beschluss des BGH vom 29. September 1981, KVR 2/80, WuW/E BGH 1854
12. Münchener Wochenblatt Verlags- und Werbegesellschaft mbH/3 Münchener Anzeigenblätter
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 22. November 1979, B6-12/79, AG 1980, S. 283
Beschluss des KG vom 7. November 1980, Kart 2/80, WuW/E OLG 2457
Beschluss des BGH vom 16. Februar 1982, KVR 1/81, WuW/E BGH 1905
13. Bayer AG/Röhm GmbH²
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 28. Januar 1980, B8-117/79, AG 1980, S. 196
14. Deutsche Uhrglasfabrik/Eurotech Mirrors International Ltd.
Beschluss des BKartA vom 27. Mai 1980, B7-163/79, WuW/E BKartA 1875
15. Springer Verlag (Ullstein GmbH)/Verlag Haupt & Koska GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1980, B6-125/79, AG 1981, S. 260
Beschluss des KG vom 3. Juli 1981, Kart 22/80, WuW/E OLG 2527
Beschluss des BGH vom 28. September 1982, KVR 8/81, WuW/E BGH 1954
16. Süddeutsche Zucker AG/KWS Kleinwanzlebener Saatzucht AG
Beschluss des BKartA vom 6. November 1980, B6-116/79, AG 1981, S. 288
17. Gruner & Jahr AG & Co./Zeitverlag Bucerius AG
(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 9. Januar 1981, B6-95/80, WuW/E BKartA 1863
Beschluss des KG vom 24. November 1982, Kart 11/81, AG 1983, S. 285
Beschluss des BGH vom 2. Oktober 1984, KVR 5/83, WuW/E BGH 2112
Beschluss des KG vom 7. Februar 1986, Kart 17/84, WuW/E OLG 3807
Beschluss des BGH vom 22. September 1987, KVR 5/86, WuW/E BGH 2433
18. Rewe-Zentral-Handelsgesellschaft mbH/Florimex Verwaltungsgesellschaft mbH
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 30. Januar 1981, B6-44/80, WuW/E BKartA 1876
Beschluss des KG vom 22. März 1983, Kart 17/81, WuW/E OLG 2862
19. VPM Rheinmetall Plastikmaschinen GmbH/Württembergische Metallwarenfabrik
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof und Rücknahme des Antrages auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 4. März 1981, B7-35/80, WuW/E BKartA 1867
Beschluss des KG vom 9. September 1983, Kart 19/81, WuW/E OLG 3137
Beschluss des BGH vom 25. Juni 1985, KVR 3/84, WuW/E BGH 2150

² Vgl. vorige Fn.

20. Deutsche Lufthansa AG/f.i.r.s.t.-Reisebüro GmbH
(nach Rücknahme der Rechtsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 14. August 1981, B6-162/80, WuW/E BKartA 1908
Beschluss des KG vom 8. Dezember 1982, Kart 42/81, WuW/E OLG 2849
21. Nordwest-Zeitung Druck- und Pressehaus GmbH/Ammerland-Echo Verlags GmbH & Co. KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 1. September 1981, B6-8/81, WuW/E BKartA 1931
22. Burda GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik KG
(nach Rücknahme der Beschwerde und des Antrages auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1981, B6-47/81, WuW/E BKartA 1921
23. Co op AG/Supermagazin GmbH
(nach Rücknahme der Beschwerde der Beigeladenen vom Bundesgerichtshof zurückgewiesen)
Beschluss des BKartA vom 23. März 1982, B9-2002/82, WuW/E BKartA 1970
Beschluss des KG vom 19. Januar 1983, Kart 18/82, WuW/E OLG 2970
Beschluss des BGH vom 10. April 1984, KVR 8/83, WuW/E BGH 2077
24. Schaper Zentralverwaltung/Discounthaus zum „bösen Wolf“, Theodor Wolf GmbH & Co. KG
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 17. Februar 1983, B9-2054/82, WuW/E BKartA 2022
Beschluss des KG vom 7. Dezember 1983, Kart 7/83, WuW/E OLG 3213
25. Deutag-Mischwerke GmbH & Co. KG/Oberbergische Asphaltmischwerke GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 21. Februar 1983, B1-34/82, WuW/E BKartA 2077
Beschluss des KG vom 28. Februar 1984, Kart 5/83, WuW/E OLG 3417
Beschluss des BGH vom 1. Oktober 1985, KVR 6/84, WuW/E BGH 2169
26. Stadtwerke Bremen AG + Gasversorgung Wesermünde GmbH/Gasversorgung Schwanewede GmbH
Beschluss des BKartA vom 28. Februar 1983, B8-183/82, WuW/E BKartA 2107
27. Süddeutscher Verlag GmbH/Donau-Kurier Verlagsgesellschaft A. Ganghofer'sche Buchhandlung,
Courier Druckhaus KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 24. Oktober 1983, B6-7/83, WuW/E BKartA 2103
Beschluss des KG vom 11. Juli 1984, Kart 28/83, WuW/E OLG 3303
Beschluss des BGH vom 27. Mai 1986, KVR 7/84, WuW/E BGH 2276
28. Panorama Anzeigenblatt GmbH + Rhein-Erft GmbH/Anzeigenblätter
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 22. Dezember 1983, B6-96/82, AG 1984, S. 164
Beschluss des KG vom 4. März 1986 Kart 1/84, WuW/E OLG 3767
Beschluss des BGH vom 26. Mai 1987, KVR 3/86, WuW/E BGH 2425
29. Südkurier GmbH/Singener Wochenblatt GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 3. Mai 1984, B6-32/82, WuW/E BKartA 2140
Beschluss des KG vom 23. April 1986, Kart 8/84, WuW/E OLG 3875
Beschluss des BGH vom 10. November 1987, KVR 7/86, WuW/E BGH 2443
30. Siemens, Philips, AEG, SEL, kabelmetal/GfL Gesellschaft für Lichtwellenleiter GmbH & Co. KG
Beschluss des BKartA vom 8. Juni 1984, B7-18/82, WuW/E BKartA 2143

31. Touristik Union International GmbH & Co. KG/Air-Conti Flugreisen GmbH & Co. KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 19. Juli 1984, B6-89/83, WuW/E BKartA 2169
32. Pillsbury Company/Sonnen-Bassermann-Werke Sieburg & Pfortner GmbH & Co. KG
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 26. März 1985, B2-146/84, AG 1985, S. 281
Beschluss des KG vom 7. November 1985, Kart 6/85, WuW/E OLG 3759
33. Karstadt AG + Kaufhof AG/NUR-Touristik GmbH + ITS International Tourist Services
Länderreisedienste GmbH
Beschluss des BKartA vom 23. September 1985, B6-26/85, AG 1986, S. 377
34. Kampffmeyer Mühlen GmbH/Georg Plange GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 8. November 1985, B2-10/85, WuW/E BKartA 2223
Beschluss des KG vom 16. Dezember 1987, Kart 73/85, WuW/E OLG 4167
Beschluss des BGH vom 7. März 1989, KVR 3/88, WuW/E BGH 2575
35. Linde AG/Agefko Kohlensäure-Industrie GmbH
Beschluss des BKartA vom 13. Dezember 1985, B3-54/85, WuW/E BKartA 2213
36. Weiss-Druck + Verlag GmbH & Co. KG/S-W Verlag GmbH & Co. für Lokal-
informationen
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 16. Dezember 1985, B6-71/84, AG 1986, S. 371
Beschluss des KG vom 15. Januar 1988, Kart 1/86 WuW/E OLG 4095
37. Darmstädter Echo Verlag und Druckerei GmbH/Südhessische Post GmbH
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 12. Mai 1986, B6-16/85, AG 1986, S. 370
38. Hüls AG/Condea Chemie GmbH
Beschluss des BKartA vom 8. Dezember 1986, B3-58/86, WUW/E BKartA 2247
39. Hamburger Wochenblatt Verlag GmbH/Schlei-Verlag GmbH
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 14. Januar 1987, B6-108/86, WuW/E BKartA 2251
40. Lübecker Nachrichten GmbH/Stormarner Tageblatt Verlag und Druckerei GmbH & Co.
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 18. Februar 1988, B6-24/87, WuW/E BKartA 2290
Beschluss des KG vom 12. Juli 1990, Kart 4/88, WuW/E OLG 4547
Beschluss des BGH vom 15. Oktober 1991, KVR 3/90, WuW/E BGH 2743
41. Heidelberger Zement AG/Malik Baustoffe GmbH & Co.KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 27. Juli 1988, B1-107/87, WuW/E BKartA 2297
42. Wieland-Werke AG/Langenberg Kupfer- und Messingwerke KG
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 18. August 1988, B5-92/88, WuW/E BKartA 2304
43. Melitta Werke Bentz & Sohn/Kraft GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 14. April 1989, B3-137/88, WuW/E BKartA 2370
Beschluss des KG vom 23. Mai 1991, Kart 13/89, WuW/E OLG 4771
Beschluss des BGH vom 7. Juli 1992, KVR 14/91, WuW/E BGH 2783

44. DLT Deutsche Luftverkehrsgesellschaft mbH/Südavia Fluggesellschaft mbH
Beschluss des BKartA vom 23. Mai 1989, B5-256/88, WuW/E BKartA 2391
45. Westdeutscher Rundfunk Köln/Radio NRW GmbH
(Erledigungserklärung im Rechtsbeschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 18. Juli 1989, B6-71/88, WuW/E BKartA 2396
Beschluss des KG vom 26. Juni 1991, Kart 23/89, WuW/E OLG 4811
46. MAN B & W Diesel AG/Gebr. Sulzer AG
(nach Ablehnung des Antrages auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 23. August 1989, B4-64/89, WuW/E BKartA 2405
Verfügung des BMWi vom 24. Januar 1990, WuW/E BMW 207
47. WMF Württembergische Metallwarenfabrik AG/Kistra Beteiligungsgesellschaft mbH
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 25. August 1989, B1-28/89, WuW/E BKartA 2414
Beschluss des KG vom 28. Juni 1991, Kart 25/89, WuW/E OLG 4865
48. Meistermarken-Werke GmbH/Martin Braun Backmittel und Essenzen KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 19. Oktober 1989, B2-62/89, WuW/E BKartA 2421
49. Tengelmann Handelsgesellschaft/Gottlieb Handelsgesellschaft mbH
Beschluss des BKartA vom 20. November 1989, B9-2056/89, WuW/E BKartA 2441
50. Axel Springer Verlag AG/A. Beig Druckerei und Verlag GmbH & Co.
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 25. April 1990, B6-59/86, WuW/E BKartA 2477
Beschluss des KG vom 13. Februar 1991, Kart 12/90, WuW/E OLG 4737
Beschluss des BGH vom 6. Oktober 1992, KVR 24/91, WuW/E BGH 2795
51. Mainpresse Richter Druck und Verlag GmbH/Bote vom Grabfeld GmbH
(nach Beschwerde beim Kammergericht)
Beschluss des BKartA vom 29. Mai 1990, B6-22/90
Beschluss des KG vom 14. November 1990, Kart 14/90, WuW/E OLG 4637
52. MAN AG + Daimler Benz AG/ENASA
(nach Rücknahme des Antrages auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 13. Juli 1990, B5-271/89, WuW/E BKartA 2445
53. GfB Gesellschaft für Beteiligungsbesitz mbH & Co.KG/Zeitungsverlag Iserlohner Kreisanzeiger und Zeitung (IKZ) Wichelhoven Verlags-GmbH & Co.KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 9. August 1990, B6-116/89, WuW/E BKartA 2471
Beschluss des KG vom 12. Juni 1991, Kart 16/90, WuW/E OLG 4835
Beschluss des BGH vom 19. Januar 1993, KVR 32/91, WuW/E BGH 2882
54. BayWa AG/WLZ Raiffeisen AG
(nach Ablehnung des Antrags auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 27. Dezember 1991, B2-42/91, AG 1992, S. 130
Verfügung des BMWi vom 16. Juni 1992, WuW/E BMW 213
55. Wandsbek Kurier Verlag GmbH/Stadt-Anzeiger Werbe- und Verlagsgesellschaft mbH, Leipzig
Beschluss des BKartA vom 26. Februar 1992, B6-157/91, WuW/E BKartA 2515

56. Werner & Pfleiderer GmbH/Franz Daub und Söhne (GmbH & Co.)
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 13. Mai 1992, B4-173/91, AG 1992, S. 406
Beschluss des KG vom 15. Dezember 1993, Kart 15/92, WuW/E OLG 5271
Beschluss des BGH vom 24. Oktober 1995, KVR 17/94, WuW/E BGH 3026
57. Gillette Company/Wilkinson Sword Europe
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. Juli 1992, B5-42/90, AG 1992, S. 363
58. Fahrradfabrik Friedrichshafen AG/Allison Transmission Division
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 15. April 1993, B5-117/92, WuW/E BKartA 2521
59. Fresenius/Schiwa
(nach Rücknahme der Rechtsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. August 1993, B3-52/92, WuW/E BKartA 2591
Beschluss des KG vom 18. Oktober 1995, Kart 18/93, AG 1996, S. 268
60. ATG Automobiltransportlogistik GmbH, Eschborn/Menke Holding GmbH & Co.KG/
Silcock & Colling Ltd.
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 20. Juni 1994, B9-2013/94, WuW/E BKartA 2659
61. Narva Speziallampen GmbH (Philips GmbH)/Lindner Licht GmbH
(Beschwerde vom Kammergericht zurückgewiesen, da kein Feststellungsinteresse
nach Aufgabe des Vorhabens)
Beschluss des BKartA vom 11. August 1994, B7-56/94, WuW/E BKartA 2669
Beschluss des KG vom 6. September 1995, Kart 17/94, WuW/E OLG 5497
62. Hannover Braunschweigische Stromversorgungs-AG/Stadtwerke Garbsen GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 30. September 1994, B8-111/94, WuW/E BKartA 2701
Beschluss des KG vom 10. Januar 1996, Kart 23/94, WuW/E OLG 5621
Beschluss des BGH vom 15. Juli 1997, KVR 21/96, WuW/E DE-R 32
63. Hochtief AG/Philipp Holzmann AG³
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 24. Januar 1995, B1-252/94, WuW/E BKartA 2729
Beschluss des KG vom 18. März 1998, Kart 3/95, WuW/E DE-R 94
64. RWE Energie AG/Stromversorgung Aggertal GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 1995, B8-178/94, WuW/E BKartA 2713
Beschluss des KG vom 20. März 1996, Kart 4/95, WuW/E OLG 5601
Beschluss des BGH vom 15. Juli 1997, KVR 33/96, WuW/E DE-R 24
65. T & N plc/Kolbenschmidt AG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 6. Juli 1995, B5-25/95, WuW/E BKartA 2829
66. Société d'Application, Routières S.A./Limburger Lackfabrik GmbH
Beschluss des BKartA vom 12. Dezember 1995, B3-50/95, WuW/E BKartA 2820

³ Hochtief hat das Vorhaben aufgegeben; Erledigungserklärung im Rechtsbeschwerdeverfahren.

67. WMF Württembergische Metallwarenfabrik AG/Auerhahn Besteckfabrik GmbH⁴
(Erledigungserklärung im Rechtsbeschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 9. Februar 1996, B5-33/95, AG 1996, S. 282
Beschluss des KG vom 16. April 1997, Kart 2/96, WuW/E OLG 5879
68. Tukan Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG/Adolf Deil GmbH & Co. KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 23. Februar 1996, B6-51/95, AG 1996, S. 477
Beschluss des KG vom 12. März 1997, Kart 5/96, WuW/E OLG 5907
Beschluss des BGH vom 8. Dezember 1998, KVR 31/97, WuW/E DE-R 243
69. Axel Springer Verlag/PSG Postdienst Service GmbH
Beschluss des BKartA vom 3. Januar 1997, B6-108/96, WuW/E BKartA 2909
70. Potash Corporation of Saskatchewan (PCS)/Kali + Salz
(nach Ablehnung des Antrages auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 27. Februar 1997, B3-103/96, WuW/E BKartA 2885
Verfügung des BMWi vom 22. Juli 1997, WuW/E BMW 225
71. Moksel/Südfleisch/Ost-Fleisch GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 21. August 1997, B2-13/97, WuW/E DE-V 9
Beschluss des KG vom 29. September 1999, Kart 23/97, WuW/E DE-R 439
Beschluss des BGH vom 8. Mai 2001, KVR 12/99, WuW/E DE-R 711
72. Axel Springer Verlag AG/Stilke Buch- und Zeitschriftenhandels-gesellschaft mH
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 6. November 1997, B6-136/96, WuW/E DE-V 1
Beschluss des KG vom 28. Oktober 1998, Kart 26/97, WuW/E DE-R 270
Beschluss des BGH vom 21. November 2000, KVR 16/99, WuW/E DE-R 607
73. Verlag Dierichs GmbH & Co. KG/Werra Verlag Kluthe KG
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 27. Januar 1998, B6-152/96, WuW/E DE-V 19
Beschluss des KG vom 23. Dezember 1998, Kart 13/98, WuW/E DE-R 317, 369
Beschluss des BGH vom 6. März 2001, KVR 18/99, WuW/E DE-R 668
- 74./75. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften- und Beteiligungs KG/Zeitungsverlag
Iserlohn Iserlohner Kreisanzeiger und Zeitung (IKZ) Wichelhoven Verlags-GmbH & Co. KG⁵
(nach Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 27. Februar 1998, B6-154/96, WuW/E DE-V 40
Beschluss des KG vom 16. Dezember 1998, Kart 14/98, WuW/E DE-R 336
Beschluss des BGH vom 21. November 2000, KVR 21/99, WuW/E DE-R 613
76. Bertelsmann AG/Premiere Medien GmbH & Co. KG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 1. Oktober 1998, B6-72/98, WuW/E DE-V 53
77. PTB Pay-TV Beteiligungs GmbH (Kirch-Gruppe)/Premiere Medien GmbH & Co. KG⁶
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 1. Oktober 1998, B6-78/98, WuW/E DE-V 53

⁴ Das Verfahren wurde von beiden Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt, weil der Zusammenschluss nach neuer Rechtslage nicht mehr kontrollpflichtig ist.

⁵ Im vorliegenden Fall geht es formal um zwei Untersagungen. Mit Wirkung zum 1. Oktober 1992 und zum 1. Juli 1994 hatte die WAZ Anteilserwerbe an der IKZ durch eine dritte natürliche Person finanziert.

⁶ Das Verfahren wurde als einheitlicher Vorgang mit Bertelsmann/Premiere (Nr. 76) behandelt.

78. Thüringische Landeszeitung Verlag/R&B Werbe- und Verlagsgesellschaft mbH
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. November 1998, B6-35/98
79. Betonschwellenwerk Coswig GmbH & Co. KG/Pfleiderer AG/Waiss & Freitag AG
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 21. April 1999, B1-275/98, WuW/E DE-V 145
80. Henkel KGaA/Luhns GmbH
Beschluss des BKartA vom 20. September 1999, B3-20/99
81. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften und Beteiligungs KG/
OTZ Ostthüringer Zeitung Verlag GmbH & Co. KG
(nach Beschwerde beim OLG und Ablehnung der Nichtzulassungsbeschwerde)
Beschluss des BKartA vom 12. Januar 2000, B6-118/98
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 31. Januar 2001, Kart 5/00, WuW/E DE-R 647
(Auflösungs-)Beschluss des BKartA vom 27. November 2003, B6-51/02
WuW/E DE-V 885
82. Liberty/KDG
Beschluss des BKartA vom 22. Februar 2002, B7-168/01, WuW/E DE-V 558
83. Brunata/Viterra
Beschluss des BKartA vom 3. Juli 2002, B10-177/01, WuW/E DE-V 618
84. Holtzbrinck/Berliner Verlag
(nach Rücknahme des Antrages auf Ministererlaubnis)
Beschluss des BKartA vom 10. Dezember 2002, B6-98/02, WuW/E DE-V 695
85. K. Nehlsen, Rethmann Entsorgung,swb/Bremerhavener Entsorgungsgesellschaft
Beschluss des BKartA vom 17. Dezember 2002, B10-104/02, WuW/E DE-V 759
86. E.ON Hanse/Stadtwerke Lübeck
Beschluss des BKartA vom 20. November 2003, B8-84/03, WuW/E DE-V 837
87. Leggett & Platt/AGRO
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 29. September 2004, B5-170/03, WuW/E DE-V 1048
88. Lausitzer Rundschau/Wochenkurier Verlagsgesellschaft
(nach Zurückweisung der Beschwerde durch das Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 2. April 2004, B6-81/03, WuW/E DE-V 977
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 24. November 2004, VI-2 Kart 10/04 (V),
WuW/E DE-R 1390
89. Deutsche Post AG/trans-o-flex Schnell-Lieferdienst GmbH
(nach Rechtsbeschwerde beim BGH)
Beschluss des BKartA vom 21. November 2001, B9-100/01, WuW/E DE-V 501
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 13. August 2003, Kart 52/01 (V),
WuW/E DE-R 1149
Beschluss des BGH vom 21. Dezember 2004, KVR 26/03, WuW/E DE R 1419
90. S-W Verlag/Wochenspiegel (Mayen/Cochem/Zell)
Beschluss des BKartA vom 1. März 2005, B6-103/04, WuW/E DE-V 1135

91. Rhön-Klinikum/Krankenhaus Eisenhüttenstadt
(nach Rücknahme der Beschwerde)
Beschluss des BKartA vom 23. März 2005, B10-109/04
92. Volksfreund-Druckerei/TW Wochenspiegel
Beschluss des BKartA vom 31. Mai 2005, B6-106/04, WuW/E DE-V 1072
93. RUAG Deutschland GmbH/MEN Metallwerk Eisenhütte GmbH
(nach Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf)
Beschluss des BKartA vom 30. Juni 2005, B4-50/05, WuW/E DE-V 1081
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 3. Januar 2006, VI-Kart 14/05 (V),
WuW/E DE-R 1654

17 Beschlüsse wurden vom Bundeskartellamt zurückgenommen

1. Bitumenverkaufsgesellschaft
(nach Änderung, im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 29. Mai 1974, B8-95/73, WuW/E BKartA 1517
2. Mannesmann AG/Brüninghaus Hydraulik GmbH
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 18. Mai 1977, B7-86/76, WuW/E BKartA 1685
Beschluss des KG vom 18. Mai 1979, Kart 13/77, WuW/E OLG 2120
Beschluss des BGH vom 24. Juni 1980, KVR 5/79, WuW/E BGH 1711
3. Klöckner-Werke AG/Becorit Grubenausbau GmbH
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 15. Dezember 1978, B7-20/78, WuW/E BKartA 1831
Beschluss des KG vom 28. August 1979, Kart 4/79, WuW/E OLG 2182
Beschluss des BGH vom 2. Dezember 1980, KVR 1/80, WuW/E BGH 1749
4. Mobil Oil AG/Wilh. Mertl
Beschluss des BKartA vom 8. Dezember 1980, B8-128/80, AG 1981, S. 290
5. Deutsche Total GmbH/Mineralölhandel Speier
Beschluss des BKartA vom 17. August 1981, B8-66/81, TB BKartA 1981/82, S. 41
6. Philip Morris Inc./Rothmans Tobacco Holding Ltd.
(nach Änderung des Zusammenschlusses erneute Untersagung)
Beschluss des BKartA vom 24. Februar 1982, B6-49/81, WuW/E BKartA 1943
Beschluss des KG vom 1. Juli 1983, Kart 16/82, WuW/E OLG 3051
Beschluss des BKartA vom 9. Juli 1985, B6-71/85, WuW/E BKartA 2204
Beschluss des BGH vom 29. Oktober 1985, KVR 1/84, WuW/E BGH 2211
7. Metro Vermögensverwaltung GmbH & Co. KG/Kaufhof AG
(Erledigungserklärung nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 20. Juni 1983, B9-2056/82, WuW/E BKartA 2060
Beschluss des KG vom 16. Oktober 1984, Kart 14/83, WuW/E OLG 3367
Beschluss des BGH vom 11. März 1986, KVR 2/85, WuW/E BGH 2231
8. Klöckner-Werke AG/Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG
(nach Rücknahme des Antrages auf Ministererlaubnis; Beschwerde eingelegt, aber
zurückgenommen nach Erklärung des Bundeskartellamtes, aus dem Untersagungsbeschluss
keine Rechte mehr geltend zu machen)
Beschluss des BKartA vom 10. Oktober 1984, B7-106/83, WuW/E BKartA 2178

9. Badenwerk AG/Energie- und Wasserwerke Rhein-Neckar AG – Gasversorgung
Beschluss des BKartA vom 13. Mai 1985, B8-236/84, AG 1985, S. 337
10. Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG – BGE Beteiligungsges. für Energieunternehmen/Ruhrkohle AG
(nach Ablehnung des Antrages auf Ministererlaubnis wegen Formfehlers;
Beschwerde eingelegt; Untersagung zurückgenommen)
Beschluss des BKartA vom 19. Juni 1985, B8-31/85, AG 1986, S. 335
Verfügung des BMWi vom 20. Februar 1986, WuW/E BWL 185
11. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlagsges. mbH & Co./Borbecker Nachrichten + Werdener Nachrichten
Wilhelm Wimmer GmbH & Co.KG⁷
(nach Erledigungserklärung im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 19. Mai 1987, B6-88/86, AG 1987, S. 354
12. Messer Griesheim GmbH/Buse Gase GmbH
(nach Änderung, im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 2. August 1988, B3-35/88, WuW/E BKartA 2319
13. Nordfleisch e.G. Raiffeisen Vieh- und Fleischzentrale Schleswig-Holstein/
Centralgenossenschaft Vieh und Fleisch e.G.
(nach Änderung, im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 30. November 1989, B2-75/89, WuW/E BKartA 2428
14. Axel Springer Verlag AG/Erich Lezinsky Verlag und Buchdruckerei GmbH
(nach Erledigungserklärung im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 14. Mai 1990, B6-56/89, WuW/E BKartA 2497
15. Bayerische Asphalt-Mischwerke GmbH & Co. Kommanditgesellschaft für Straßenbaustoffe/
H + W Asphalt-Mischwerke GmbH
(nach Erledigungserklärung im Beschwerdeverfahren)
Beschluss des BKartA vom 1. Oktober 1990, B1-104/88, WuW/E BKartA 2488
16. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften und Beteiligungs KG/
Ostthüringer Nachrichten Verlag GmbH & Co.KG
(Erledigung in der Hauptsache)
Beschluss des BKartA vom 25. Oktober 1990, B6-103/90, WuW/E BKartA 2483
17. Gebr. Gerstenberg GmbH & Co./Druckerei und Verlag E. Jungfer GmbH & Co. KG –
Sarstedter Kurier-Kreisanzeiger
(Rücknahme der Beschwerde, Erledigungserklärung durch das Bundeskartellamt)
Beschluss des BKartA vom 17. Januar 1994, B6-153/92, WuW/E BKartA 2641

22 Verfügungen wurden rechtskräftig aufgehoben

1. Johnson/Hahn
Beschluss des BKartA vom 18. November 1974, B8-259/74, WuW/E BKartA 1561
Beschluss des KG vom 16. Februar 1976, Kart 4/75, WuW/E OLG 1712
2. Teerbau/Makadam
(nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Kammergericht aufgehoben)
Beschluss des BKartA vom 24. Mai 1978, B6-108/77, WuW/E BKartA 1753
Beschluss des KG vom 10. Januar 1979, Kart 17/78, WuW/E OLG 2093
Beschluss des BGH vom 12. Februar 1980, KVR 4/79, WuW/E BGH 1763
Beschluss des KG vom 9. Dezember 1981, Kart 13/80, WuW/E OLG 2633

⁷ Das ursprüngliche Vorhaben wurde umstrukturiert. Vgl. Monopolkommission, Die Wettbewerbsordnung erweitern, Hauptgutachten 1986/1987, Baden-Baden 1988, Tz. 372.

3. RWE/Stadt Leverkusen
Beschluss des BKartA vom 30. Juni 1978, B8-78/77, WuW/E BKartA 1727
Beschluss des KG vom 19. September 1979, Kart 20/78, WuW/E OLG 2202
4. Deutscher TransportbetonVertrieb GmbH, Ratingen/Transportbeton-Vertrieb Sauerland GmbH
(nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Kammergericht aufgehoben)
Beschluss des BKartA vom 21. September 1978, B6-184/77, WuW/E BKartA 1771
Beschluss des KG vom 24. Oktober 1979, Kart 25/78, WuW/E OLG 2265
Beschluss des BGH vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, WuW/E BGH 1810
Beschluss des KG vom 12. März 1982, Kart 33/81, WuW/E OLG 2655
5. Deutscher TransportbetonVertrieb GmbH, Ratingen/Verkaufsbüro Siegerländer Transportbeton GmbH & Co. KG
(nach Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof vom Kammergericht aufgehoben)
Beschluss des BKartA vom 21. September 1978, B6-172/77, WuW/E BKartA 1779
Beschluss des KG vom 24. Oktober 1979, Kart 24/78, WuW/E OLG 2259
Beschluss des BGH vom 22. Juni 1981, KVR 7/80, WuW/E BGH 1810
Beschluss des KG vom 12. März 1982, Kart 33/81, WuW/E OLG 2655
6. Tonolli International B.V./Blei- und Silberhütte Braubach GmbH
Beschluss des BKartA vom 30. März 1979, B8-137/78, WuW/E BKartA 1799
Beschluss des KG vom 16. Januar 1980, Kart 14/79, WuW/E OLG 2234
Beschluss des BGH vom 22. Juni 1981, KVR 5/80, WuW/E BGH 1824
7. Braun Melsungen AG/Almo-Erzeugnisse Erwin Busch GmbH
Beschluss des BKartA vom 24. Juni 1980, B8-45/79, WuW/E BKartA 1853
Beschluss des KG vom 26. Mai 1981, Kart 14/80, WuW/E OLG 2539
Beschluss des BGH vom 29. Juni 1982, KVR 7/81, WuW/E BGH 1949
8. Hastra Hannover-Braunschweigische Stromversorgungs-AG (Veba)/ Stadt Wolfenbüttel GmbH
Beschluss des BKartA vom 29. Juli 1980, B8-132/79, WuW/E BKartA 1857
Beschluss des KG vom 16. Juni 1981, Kart 15/80, WuW/E OLG 2507
9. Bayer AG/Firestone France S.A.
Beschluss des BKartA vom 23. September 1980, B8-45/80, WuW/E BKartA 1837
Beschluss des KG vom 26. November 1980, Kart 17/80, WuW/E OLG 2411
10. Deutsche Texaco AG/Zerssen & Co.
Beschluss des BKartA vom 28. Oktober 1980, B8-50/80, WuW/E BKartA 1840
Beschluss des KG vom 2. Juli 1982, Kart 21/80, WuW/E OLG 2663
Beschluss des BGH vom 4. Oktober 1983, KVR 3/82, WuW/E BGH 2025
11. Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG/Gelsenwasser AG
Beschluss des BKartA vom 5. Dezember 1980, B8-136/80, AG 1981, S. 314
Beschluss des KG vom 14. April 1982, Kart 23/80, WuW/E OLG 2677
Beschluss des BGH vom 19. April 1983, KVR 1/82, WuW/E BGH 2013
12. Maschinenfabrik Buckau R. Wolf AG (Krupp)/Total-Kidde Gaslöschanlagen
Beschluss des BKartA vom 31. März 1981, B7-92/80, WuW/E BKartA 1882
Beschluss des KG vom 30. März 1983, Kart 25/81, WuW/E OLG 2887
13. Hussel Holding AG/Mara Kosmetik Parfümerie- und Drogerie GmbH
Beschluss des BKartA vom 29. Juni 1981, B8-159/80, WuW/E BKartA 1897
Beschluss des KG vom 24. April 1985, Kart 34/81, WuW/E OLG 3577
Beschluss des BGH vom 18. November 1986, KVR 9/85, WuW/E BGH 2337
14. Verlagsgruppe Georg v. Holtzbrinck GmbH/Rowohlt Verlag GmbH
Beschluss des BKartA vom 19. Oktober 1981, B6-76/81, AG 1982, S. 79
Beschluss des KG vom 13. Oktober 1982, Kart 51/81, WuW/E OLG 2825

15. Co op Schleswig-Holstein e.G./Deutscher Supermarkt Handels-GmbH
Beschluss des BKartA vom 23. August 1983, B9-2037/82, WuW/E BKartA 2114
Beschluss des KG vom 22. Mai 1985, Kart 21/83, WuW/E OLG 3591
Beschluss des BGH vom 24. März 1987, KVR 10/85, WuW/E BGH 2389
16. Thüringer Gas AG/Stadtwerke Westerland
Beschluss des BKartA vom 9. September 1983, B8-79/83, WuW/E BKartA 2110
Beschluss des KG vom 18. Februar 1985, Kart 24/83, WuW/E OLG 3469
17. Energie-Versorgung Schwaben AG/Technische Werke der Stadt Stuttgart AG
Beschluss des BKartA vom 23. März 1984, B8-91/83, WuW/E BKartA 2157
Beschluss des KG vom 28. Dezember 1984, Kart 6/84, WuW/E OLG 3443
18. Co op AG/H. Wandmaker GmbH
Beschluss des BKartA vom 14. August 1984, B9-2006/84, WuW/E BKartA 2161
Beschluss des KG vom 5. November 1986, Kart 15/84, WuW/E OLG 3917
19. Axel Springer Verlag + Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. KG/ Kieler Zeitung, Verlags- und Druckerei KG GmbH & Co.
Beschluss des BKartA vom 29. April 1987, B6-111/86, WuW/E BKartA 2259
Beschluss des KG vom 4. Dezember 1987, Kart 32/87, WuW/E OLG 4075
Beschluss des BGH vom 19. Dezember 1989, KVR 2/88, WuW/E BGH 2620
20. Flensburger Zeitungsverlag GmbH/Schleswig-Holsteinische Landeszeitung Heinz Müller KG
Beschluss des BKartA vom 20. Mai 1988, B6-30/87, WuW/E BKartA 2292
Beschluss des KG vom 1. März 1989, Kart 14/88, WuW/E OLG 4379
21. Linde AG/Lansing GmbH
Beschluss des BKartA vom 3. März 1989, B4-123/88, WuW/E BKartA 2363
Beschluss des KG vom 22. März 1990, Kart 6/89, WuW/E OLG 4537
Beschluss des BGH vom 10. Dezember 1991, KVR 2/90, WuW/E BGH 2731
22. Kaufhof AG/Saturn Elektro-Handelsgesellschaft mbH – Hansa-Foto Handelsgesellschaft
Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1989, B9-2050/88, WuW/E BKartA 2437
Beschluss des KG vom 26. Oktober 1990, Kart 29/89, WuW/E OLG 4657
Beschluss des BGH vom 28. April 1992, KVR 9/91, WuW/E BGH 2771

Sieben Untersagungsfälle wurden vom Bundesminister für Wirtschaft vollständig oder unter Auflagen genehmigt

1. Veba/Gelsenberg
Beschluss des BKartA vom 7. Januar 1974, B8-33/73, WuW/E BKartA 1457
Verfügung des BMWi vom 1. Februar 1974, WuW/E BWM 147
2. Babcock/Artos
Beschluss des BKartA vom 25. März 1976, B7-127/75, WuW/E BKartA 1653
Verfügung des BMWi vom 17. Oktober 1976, WuW/E BWM 155 (Erlaubnis mit Auflagen)
3. Rheinstahl (Thyssen)/Hüller
Beschluss des BKartA vom 17. Dezember 1976, B7-36/76, WuW/E BKartA 1657
Verfügung des BMWi vom 1. August 1977, WuW/E BWM 159 (Teilerlaubnis)
Beschluss des KG vom 7. Februar 1978, Kart 2/77, WuW/E OLG 1921
Beschluss des KG vom 7. Februar 1978, Kart 15/77, WuW/E OLG 1937
4. BP/Veba
Beschluss des BKartA vom 27. September 1978, B8-92/78, WuW/E BKartA 1719
Verfügung des BMWi vom 5. März 1979, WuW/E BWM 165 (Erlaubnis mit Auflagen)

5. IBH Holding/Wibau Maschinenfabrik Hartmann AG
Beschluss des BKartA vom 3. Juli 1981, B7-44/80, WuW/E BKartA 1892
Verfügung des BMWi vom 9. Dezember 1981, WuW/E BMW 177
6. Daimler-Benz AG/Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH
Beschluss des BKartA vom 17. April 1989, B7-137/88, WuW/E BKartA 2335
Verfügung des BMWi vom 6. September 1989, WuW/E BMW 191 (Erlaubnis mit Auflagen)
7. E.ON/Ruhrgas⁸
Beschluss des BKartA vom 17. Januar 2002, B8-109/01 (E.ON/Gelsenberg), WuW/E DE-V 511
Beschluss des BKartA vom 26. Februar 2002, B8-149/01 (E.ON/Bergemann), WuW/E DE-V 533
Verfügung des BMWi vom 5. Juli 2002, WuW/E DE-V 573
Verfügung des BMWi vom 18. September 2002 (modifiziert), WuW/E DE-V 643 (Erlaubnis mit Auflagen)

In sechs Fällen wurde die Ministererlaubnis versagt

(Diese Fälle werden unter den rechtskräftigen bzw. zurückgenommenen Untersagungen des Bundeskartellamtes aufgeführt.)

1. Kaiser/Preussag Aluminium
Beschluss des BKartA vom 23. Dezember 1974, B8-251/74, WuW/E BKartA 1571
Verfügung des BMWi vom 26. Juni 1975, WuW/E BMW 149)
2. Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG – BGE Beteiligungsges. für Energieunternehmen/Ruhrkohle AG
Beschluss des BKartA vom 19. Juni 1985, B8-31/85, AG 1986, S. 335
Verfügung des BMWi vom 20. Februar 1986, WuW/E BMW 185
3. MAN B&W Diesel AG/Gebr. Sulzer AG
Beschluss des BKartA vom 23. August 1989, B4-64/89, WuW/E BKartA 2405
Verfügung des BMWi vom 24. Januar 1990, WuW/E BMW 207
4. BayWa AG/WLZ Raiffeisen AG
Beschluss des BKartA vom 27. Dezember 1991, B2-42/91, AG 1992, S. 130
Verfügung des BMWi vom 16. Juni 1992, WuW/E BMW 213
5. Potash Corporation of Saskatchewan (PCS)/Kali + Salz
Beschluss des BKartA vom 27. Februar 1997, B3-103/96, WuW/E BKartA 2885
Verfügung des BMWi vom 22. Juli 1997, WuW/E BMW 225
6. Rhön-Klinikum AG/Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt, Mellrichstadt⁹
Beschluss des BKartA vom 10. März 2005, B10-123/04, WuW/E DE-V 1987
Verfügung des BMWi vom 22. Mai 2006

In sechs Fällen wurden die Anträge auf Ministererlaubnis zurückgenommen

(Diese Fälle werden unter den rechtskräftigen bzw. zurückgenommenen Untersagungen des Bundeskartellamtes aufgeführt.)

1. GKN/Sachs
Beschluss des BKartA vom 12. Mai 1976, B7-67/75, WuW/E BKartA 1625
Beschluss des KG vom 1. Dezember 1976, Kart 51/76, WuW/E OLG 1745
Beschluss des BGH vom 21. Februar 1978, KVR 4/77, WuW/E BGH 1501

⁸ Die beiden Fälle E.ON/Gelsenberg und E.ON/Bergemann wurden zu einem Ministererlaubnisverfahren (E.ON/Ruhrgas) zusammengefasst. In der Gesamtzahl der bisher untersagten Zusammenschlüsse von 159 sind sie jedoch weiterhin als zwei Untersagungen enthalten.

⁹ Die Ministererlaubnis war vom Landkreis Rhön-Grabfeld beantragt worden; unabhängig davon hat die Rhön-Klinikum AG Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt, die Entscheidung wird für Herbst 2006 erwartet.

2. VPM Rheinmetall Plastikmaschinen GmbH/Württembergische Metallwarenfabrik
Beschluss des BKartA vom 4. März 1981, B7-35/80, WuW/E BKartA 1867
Beschluss des KG vom 9. September 1983, Kart 19/81, WuW/E OLG 3137
Beschluss des BGH vom 25. Juni 1985, KVR 3/84, WuW/E BGH 2150
3. Burda GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik KG
Beschluss des BKartA vom 23. Oktober 1981, B6-47/81, WuW/E BKartA 1921
4. Klöckner-Werke AG/Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG
Beschluss des BKartA vom 10. Oktober 1984, B7-106/83, WuW/E BKartA 2178
5. MAN AG + Daimler Benz AG/ENASA
Beschluss des BKartA vom 13. Juli 1990, B5-271/89, WuW/E BKartA 2445
6. Holtzbrinck/Berliner Verlag
Beschluss des BKartA vom 10. Dezember 2002, B6-98/02, WuW/E DE-V 695

Gegen neun Untersagungen läuft ein Beschwerdeverfahren beim Kammergericht bzw. beim Oberlandesgericht Düsseldorf

1. Raiffeisen Hauptgenossenschaft Nord AG/Raiffeisen Haupt-Genossenschaft eG, Hannover
(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof – beiderseitige Erledigungserklärung)
Beschluss des BKartA vom 20. September 1993, B2-35/93, AG 1993, S. 571
Beschluss des KG vom 9. November 1994, Kart 20/93, WuW/E OLG 5364
Beschluss des BGH vom 19. Dezember 1995, KVR 6/95, WuW/E BGH 3037
(Verfahren ruht)
2. Veba Energiebeteiligungs-GmbH/Stadtwerke Bremen AG
Beschluss des BKartA vom 29. Mai 1996, B8-148/95, AG 1996, S. 378
(Verfahren ruht)
3. Merck/KMF Laborchemie Handels GmbH
Beschluss des BKartA vom 3. Juni 1997, B3-132/96, WuW/E BKartA 2905
(Verfahren ruht)
4. Melitta Bentz KG/Airflo Europe N.V./Schultink
(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 21. Juni 2000, B1-280/99, WuW/E DE-R 275
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30. April 2003, Kart 9/00 (V), WuW/E DE-R 1112
Beschluss des BGH vom 5. Oktober 2004, KVR 14/03, WuW/E DE-R 1355
5. Sanacorp/Andrae-Noris Zahn/DG-Bank
(Rückverweisung durch den Bundesgerichtshof)
Beschluss des BKartA vom 18. September 2001, B3-59/01
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30. Oktober 2002, Kart 40/01 (V), WuW/E DE-R 1033
Beschluss des BGH vom 13. Juli 2004, KVR 2/03, WuW/E DE-R 1301
6. EAM Energie AG/Stadtwerke Eschwege
Beschluss des BKartA vom 12. September 2003, B8-21/03, WuW/E DE-V 823
7. Synthes-Stratec/Mathys
Beschluss des BKartA vom 24. März 2004, B4-167/03, WuW/E DE-V 931
8. Rhön-Klinikum AG/Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt, Mellrichstadt¹⁰
Beschluss des BKartA vom 10. März 2005, B10-123/04, WuW/E DE-V 1987
Verfügung des BMWi vom 22. Mai 2006

¹⁰ Unabhängig von der Beschwerde durch die Rhön-Klinikum AG hatte der Landkreis Rhön-Grabfeld eine Ministererlaubnis beantragt, deren Erteilung jedoch am 22. Mai 2006 abgelehnt wurde.

9. MSV Medien Spezial Vertrieb GmbH & Co. KG/Presse Vertrieb Nord KG
Beschluss des BKartA vom 27. Oktober 2005, B6-86/05, WuW/E DE-V 1135

In zehn Fällen ist eine Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof anhängig

1. Herlitz AG/Landré GmbH¹¹
Beschluss des BKartA vom 6. Februar 1997, B10-54/96, WuW/E BKartA 2894
Beschluss des KG vom 20. Oktober 1999, WuW/E DE-R 451
2. Holtzbrinck/Berliner Verlag II
Beschluss des BKartA vom 2. Februar 2004, B6-120/03, WuW/E DE-V 871
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 10. April 2004, VI-Kart 7/04 (V),
WuW/E DE-R 1361
3. Agrana/Atys
Beschluss des BKartA vom 21. April 2004, B2-160/03; WuW/E DE-V 923
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 17. November 2004, VI-Kart 13/04 (V),
WuW/E DE-R 1435
4. Radio Ton-Regional/Lokalradio Services
Beschluss des BKartA vom 23. April 2004, B6-56/03, WuW/E DE-V 1011
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 6. Oktober 2004, VI-Kart 14/04 (V),
WuW/E DE-R 1413
5. Deutsche Bahn/KVS
Beschluss des BKartA vom 9. Juni 2004, B9-16/04, WuW/E DE-V 937
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 4. Mai 2005, VI-Kart 19/04 (V),
WuW/E DE-R 1495
6. Mainova AG/Aschaffener VersorgungsAG
Beschluss des BKartA vom 22. Juli 2004, B8-27/04, WuW/E DE-V 983
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 23. November 2005, Kart 14/04 (V),
WuW/E DE-R 1639
7. G+J/Lizenz für National Geographic
Beschluss des BKartA vom 2. August 2004, B6-26/04, WuW/E DE-V 947
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Juni 2005, VI-Kart 24/04 (V),
WuW/E DE-R 1504
8. G+J/RBA
Beschluss des BKartA vom 3. August 2004, B6-45/04, WuW/E DE-V 955
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Juni 2005, VI-Kart 25/04 (V),
WuW/E DE-R 1501
9. DuMont Schauberg/Bonner Zeitungsdruckerei
Beschluss des BKartA vom 8. September, B6-27/04, WuW/E DE-V 968
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 6. Juli 2005, VI-Kart 26/04 (V),
WuW/E DE-R 1581
10. Rethmann/Tönsmeier
Beschluss des BKartA vom 16. November 2004, B10-74/04, WuW/E DE-V 995
Beschluss des OLG Düsseldorf vom 2. November 2005, VI-Kart 30/04 (V),
WuW/E 1625

¹¹ Das Rechtsbeschwerdeverfahren wird von den Verfahrensbeteiligten nicht mehr betrieben, seitdem das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Herlitz AG eröffnet wurde. Es kann jedoch jederzeit auf Antrag der Verfahrensbeteiligten fortgesetzt werden.

C. Veröffentlichungen von im Auftrag der Monopolkommission erstellten Gutachten

BAUM, Clemens/MÖLLER, Hans-Hermann:
Die Messung der Unternehmenskonzentration und ihre statistischen Voraussetzungen in der Bundesrepublik Deutschland.
Meisenheim a. Glan: Hain 1976.
(Wirtschaftswissenschaftliche Schriften. H. 11.)

MARFELS, Christian:
Erfassung und Darstellung industrieller Konzentration.
Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1977.
(Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 52.)

MÖNIG, Walter u. a.:
Konzentration und Wettbewerb in der Energiewirtschaft.
München: Oldenbourg 1977.
(Aktuelle Fragen der Energiewirtschaft. Bd. 10.)

MÖSCHEL, Wernhard:
Das Trennsystem in der U.S.-amerikanischen Bankwirtschaft.
Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1978.
(Studien zum Bank- und Börsenrecht. Bd. 3.)

OBERHAUSER, Alois:
Unternehmenskonzentration und Wirksamkeit der Stabilitätspolitik.
Tübingen: Mohr 1979.
(Wirtschaft und Gesellschaft. 13.)

PISCHNER, Rainer:
Möglichkeiten und Grenzen der Messung von Einflüssen der Unternehmenskonzentration auf industrielle Kennziffern.
Berlin: Duncker & Humblot 1979.
(DIW-Beiträge zur Strukturforschung. H. 56.)

MÖSCHEL, Wernhard:
Konglomerate Zusammenschlüsse im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika.
In: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Jg. 44, 1980,
S. 203–256.

Albach, Horst:
Finanzkraft und Marktbeherrschung.
Tübingen: Mohr 1981.

DIRRHEIMER, Manfred/WAGNER, Karin/HÜBNER, Thomas:
Vertikale Integration in der Mineralöl- und Chemischen Industrie.
Meisenheim a. Glan: Hain 1981.
(Sozialwissenschaft und Praxis. Bd. 28.)

KNIEPS, Günter/MÜLLER, Jürgen/WEIZSÄCKER, Carl Christian von:
Die Rolle des Wettbewerbs im Fernmeldebereich.
Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1981.
(Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 69.)

SCHOLZ, Rupert:
Entflechtung und Verfassung.
Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1981.
(Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 68.)

PIETZKE, Rudolf:
Patentschutz, Wettbewerbsbeschränkungen und Konzentration im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika.
Köln u. a.: Heymanns 1983.
(Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz. Bd. 58.)

MÖSCHEL, Wernhard:
Konglomerate Zusammenschlüsse in den Vereinigten Staaten seit 1979.
In: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Jg. 48, 1984, S. 552–577.

SANDROCK, Otto:
Vertikale Konzentrationen im USamerikanischen Antitrustrecht unter besonderer Berücksichtigung der Reagan-Administration.
Heidelberg: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft 1984.
(Schriftenreihe Recht der Internationalen Wirtschaft. Bd. 25.)

DONGES, Juergen B./SCHATZ, Klaus-Werner:
Staatliche Interventionen in der Bundesrepublik Deutschland.
Kiel: Institut für Weltwirtschaft 1986.
(Kieler Diskussionsbeiträge. 119/120.)

PFAB, Reinhard/TONNEMACHER, Jan/SEETZEN, Jürgen:
Technische Entwicklung und der Strukturwandel der Massenmedien.
Berlin: Heinrich-Hertz-Institut für Nachrichtentechnik 1986.
(Wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Arbeitsberichte des Heinrich-Hertz-Instituts für Nachrichtentechnik. 1986/8.)

RÖPER, Horst:
Stand der Verflechtung von privatem Rundfunk und Presse 1986.
In: Media Perspektiven 5/1986, S. 281–303.

FINSINGER, Jörg:
Verbraucherschutz auf Versicherungsmärkten.
München: Florentz 1988.
(Law and Economics. Bd. 9.)

HÜBNER, Ulrich:
Rechtliche Rahmenbedingungen des Wettbewerbs in der Versicherungswirtschaft.
Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1988.
(Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 96.)

KÜBLER, Friedrich/SCHMIDT, Reinhard H.:
Gesellschaftsrecht und Konzentration.
Berlin: Duncker & Humblot 1988.
(Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts. Bd. 3.)

ULLRICH, Hanns:
Kooperative Forschung und Kartellrecht.
Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft 1988.
(Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht. H. 61.)

BASEDOW, Jürgen:
Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten.
Heidelberg: Müller 1989.
(Augsburger Rechtsstudien. Bd. 5.)

BÜHNER, Rolf:

Die fusionskontrollrechtliche Bedeutung der Finanzkraft.

In: Wirtschaft und Wettbewerb, Jg. 39, 1989, S. 277–284.

FWU Forschungsgesellschaft für Wettbewerb und Unternehmensorganisation M.b.H. (Hrsg.):

Versicherungsmärkte im Wettbewerb.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1989.

HAMM, Walter:

Deregulierung im Verkehr als Aufgabe.

München: Minerva Publ. 1989.

(Studien des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz. 36.)

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim u. a.:

Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die deutsche Rundfunkordnung.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1990.

(Law and Economics of International Telecommunications. Vol. 15.)

ESCH, Bastiaan van der:

Die Artikel 5, 3f, 85/86 und 90 EWGV als Grundlage der wettbewerbsrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten.

In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Bd. 155, 1991,

S. 274–299.

BACH, Albrecht:

Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht.

Tübingen: Mohr 1992.

(Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen. Bd. 72.)

BLETSCHACHER, Georg/KLODT, Henning:

Strategische Handelspolitik und Industriepolitik.

Tübingen: Mohr 1992.

(Kieler Studien. 244.)

BURKERT, Thomas O. J.:

Die Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften aus wettbewerbsrechtlicher Sicht.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1992.

(Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Bd. 122.)

SEUFERT, Wolfgang:

Die Entwicklung des Wettbewerbs auf den Hörfunk- und Fernsehmärkten der Bundesrepublik Deutschland.

Berlin: Duncker & Humblot 1992.

(Beiträge zur Strukturforschung. H. 133.)

TÄGER, Uwe Christian u.a.:

Entwicklungsstand und -perspektiven des Handels mit Konsumgütern.

Berlin/München: Duncker & Humblot 1994.

(Struktur und Wachstum. Reihe Absatzwirtschaft. H. 14.)

REUTER, Dieter:

Möglichkeiten und Grenzen einer Auflösung des Tarifikartells.

In: Zeitschrift für Arbeitsrecht, Jg. 26, 1995, S. 1–94.

ENGEL, Christoph:

Medienordnungsrecht.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1996.

(Law and Economics of International Telecommunications. Bd. 28.)

KÖHLER, Helmut:
Zur Reform des GWB.
In: Wettbewerb in Recht und Praxis, Jg. 42, 1996, S. 835–848.

BASEDOW, Jürgen:
Weltkartellrecht.
Tübingen: Mohr 1998.
(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht. Bd. 63.)

FREDEBEUL-KREIN, Markus/SCHÜRFELD, Angela:
Marktzutrittsregulierungen im Handwerk und bei technischen Dienstleistungen.
Köln: Institut für Wirtschaftspolitik 1998.
(Untersuchungen zur Wirtschaftspolitik. 112.)

MEYER, Dirk:
Wettbewerbliche Neuorientierung der Freien Wohlfahrtspflege.
Berlin: Duncker & Humblot 1999.
(Volkswirtschaftliche Schriften. H. 486.)

KLEINERT, Jörn/KLODT, Henning:
Megafusionen.
Tübingen: Mohr 2000.
(Kieler Studien. 302.)

STREIT, Manfred E./KIWITT, Daniel:
Zur Theorie des Systemwettbewerbs.
In: Manfred Streit/Michael Wohlgemuth (Hrsg.): Systemwettbewerb als Herausforderung an Politik und Theorie, Contributiones Jenenses. Bd. 7, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1999, S. 13–48.

WOLL, Artur:
Reform der Hochschulausbildung durch Wettbewerb.
Berlin: Duncker & Humblot 2001.
(Abhandlungen zu Bildungsforschung und Bildungsrecht. Bd. 10.)

ABERLE, Gerd/EISENKOPF, Alexander:
Schienenverkehr und Netzzugang.
Hamburg: Deutscher Verkehrs-Verlag 2002.
(Giessener Studien für Transportwirtschaft und Kommunikation. Bd. 18.)

ENGEL, Christoph:
Verhandelter Netzzugang.
Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2002.
(Common Goods: Law, Politics and Economics. Vol. 7.)

VEELKEN, Winfried:
Die Abgrenzung zwischen Strukturaufgabe und laufender Verhaltenskontrolle in den Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts und bei der Ministererlaubnis.
In: Wettbewerb in Recht und Praxis, Jg. 49, 2003, S. 692–724.

GERKE, Wolfgang/SCHWINTOWSKI, Hans-Peter:
Alterssicherung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht.
Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2004.
(Versicherungswissenschaftliche Studien. Bd. 27.)

VOGELSANG, Ingo:
Resale und konsistente Entgeltregulierung.
Bad Honnef: wik Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste 2005. (wik Diskussionsbeiträge. Nr. 269.)

EHRICKE, Ulrich:

Die EG-rechtliche Beurteilung der Rundfunkfinanzierung.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2006.

ENGEL, Christoph:

Paketvermittelte Telefonie.

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2006.

(Law and Economics of International Telecommunications. Bd. 55.)

Die hier aufgeführten Veröffentlichungen stimmen größtenteils nicht mit der im Auftrag der Monopolkommission erstellten Fassung überein. Es handelt sich überwiegend um überarbeitete, gekürzte bzw. erweiterte oder zusammenfassende Darstellungen. In Einzelfällen sind Teile der für die Monopolkommission erstellten Untersuchungen in umfangreichere Veröffentlichungen eingeflossen.

D. Gutachten der Monopolkommission

Hauptgutachten I:	(1973/1975):	Mehr Wettbewerb ist möglich. 2. Aufl. 1977.
Hauptgutachten II:	(1976/1977):	Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978.
Hauptgutachten III:	(1978/1979):	Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980.
Hauptgutachten IV:	(1980/1981):	Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982.
Hauptgutachten V:	(1982/1983):	Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984.
Hauptgutachten VI:	(1984/1985):	Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986.
Hauptgutachten VII:	(1986/1987):	Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988.
Hauptgutachten VIII:	(1988/1989):	Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990.
Hauptgutachten IX:	(1990/1991):	Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992.
Hauptgutachten X:	(1992/1993):	Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994.
Hauptgutachten XI:	(1994/1995):	Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996.
Hauptgutachten XII:	(1996/1997):	Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998.
Hauptgutachten XIII:	(1998/1999):	Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000.
Hauptgutachten XIV:	(2000/2001):	Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003.
Hauptgutachten XV:	(2002/2003):	Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005.
Sondergutachten 1:	Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 2. Aufl. 1977.	
Sondergutachten 2:	Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.	
Sondergutachten 3:	Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.	
Sondergutachten 4:	Zusammenschluss der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.	
Sondergutachten 5:	Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.	
Sondergutachten 6:	Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.	
Sondergutachten 7:	Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.	
Sondergutachten 8:	Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.	
Sondergutachten 9:	Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.	
Sondergutachten 10:	Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.	

- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1989.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.
- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.
- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 1999.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002.
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.

Sondergutachten 37:	Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
Sondergutachten 38:	Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
Sondergutachten 39:	Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
Sondergutachten 40:	Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
Sondergutachten 41:	Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
Sondergutachten 42:	Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
Sondergutachten 43:	Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
Sondergutachten 44:	Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
Sondergutachten 45:	Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreiskrankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreiskrankenhaus Mellrichstadt). 2006.

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

Die Sondergutachten 4 bis 6, 10 und 12, 15 und 16 sowie 41 und 42 wurden jeweils in einem Band zusammengefasst. Das Sondergutachten 17 liegt auch in einer englischen und in einer französischen Fassung vor, die Sondergutachten 28 und 32 in einer englischen Fassung.

