

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

Neunzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2010/2011

– Drucksache 17/10365 –

Stellungnahme der Bundesregierung

Inhaltsverzeichnis

	Seite
I. Auftrag der Monopolkommission und kartellrechtliche Schwerpunkte des Neunzehnten Hauptgutachtens	2
II. Aktuelle Fragen der Wettbewerbspolitik	2
(Achte GWB-Novelle, Markttransparenzstelle, Akteneinsicht, Eisenbahnregulierung, Wettbewerb auf Glücksspielmärkten, Seelotswesen)	
III. Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration	8
(Neuausrichtung der Konzentrationsberichterstattung, Sonderauswertung Energie, Stand und Entwicklung der Konzentration von Großunternehmen)	
IV. Wettbewerbsrecht	9
(Kartellverfolgung, Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle)	
V. Wettbewerb und Nachfragemacht im Lebensmittel-einzelhandel	13
VI. Einfluss des Planungsrechts auf den Wettbewerb im (Lebensmittel-)Einzelhandel	15

I. Auftrag der Monopolkommission und kartellrechtliche Schwerpunkte des Neunzehnten Hauptgutachtens

1. Die Monopolkommission hat nach § 44 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) den Auftrag, alle zwei Jahre den Stand und die Entwicklung der Unternehmenskonzentration sowie die Praxis der Fusionskontrolle und der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen zu begutachten und zu aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung zu nehmen.

2. Die Bundesregierung dankt der Monopolkommission für die Vorlage des Neunzehnten Hauptgutachtens vom 30. Juni 2012 unter dem Titel „Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen“. Die Bundesregierung hat das Gutachten dem Deutschen Bundestag (Bundestagsdrucksache 17/10365) und dem Bundesrat (Bundratsdrucksache 423/12 (neu)) unverzüglich zugeleitet und legt nunmehr ihre Stellungnahme dazu vor. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat am 19. September 2012 die betroffenen Wirtschaftsverbände angehört und ihre Stellungnahmen zum Neunzehnten Hauptgutachten eingeholt. Schwerpunkte der Anhörung waren die von der Monopolkommission aufgezeigten Wettbewerbsdefizite auf den Glücksspielmärkten, bei den Seelotsen sowie bei der Trinkwasserversorgung und auf den Kraftstoffmärkten.

3. Im Einleitungskapitel ihres Hauptgutachtens beschäftigt sich die Monopolkommission mit aktuellen Problemen der Wettbewerbspolitik. Sie hat die Unterzeichnung des am 1. Juli 2012 in Kraft getretenen ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages durch die Ministerpräsidenten und Ministerpräsidentinnen aller Länder mit Ausnahme von Schleswig-Holstein zum Anlass genommen, zu prüfen, ob die gesellschaftlichen Ziele durch die strenge Reglementierung erreicht werden (siehe im Einzelnen Tz. 37 ff.). Die Bundesregierung begrüßt, dass die Monopolkommission für die unterschiedlichen Glücksspielformen prüft, welche spezifischen Beschränkungen des Wettbewerbs zur Suchtprävention tatsächlich erforderlich sind. Hier sind in erster Linie die Bundesländer gefragt, in deren Kompetenz das Glücksspielwesen ganz überwiegend fällt.

4. Die Monopolkommission widmet sich weiter der Struktur des deutschen Seelotswesens, die nach ihrer Auffassung der Deregulierung bedarf. Die Bundesregierung begrüßt die Anregung der Monopolkommission, Effizienzreserven im Seelotswesen zu identifizieren und zu heben. Die vorgeschlagenen Maßnahmen sieht sie jedoch differenziert (siehe im Einzelnen Tz. 41 ff.).

5. Gegenstand der Untersuchungen der Monopolkommission sind darüber hinaus mehrere Gesetzgebungsvorhaben der Bundesregierung. Im Zusammenhang mit der anstehenden Novellierung des Eisenbahnregulierungsrechts begrüßt die Monopolkommission den von der Bundesregierung vorgelegten Gesetzentwurf und macht Vorschläge, wie die aus ihrer Sicht im bestehenden Rechtsrahmen vorhandenen Schwachstellen noch besser behoben werden könnten (siehe im Einzelnen Tz. 34 ff.).

6. Die Monopolkommission begrüßt prinzipiell die Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas. Nach Auffassung der Monopolkommission ist dagegen die laufende Marktbeobachtung des Kraftstoffmarktes mithilfe einer Markttransparenzstelle in der Konzeption des Regierungsentwurfs vom 2. Mai 2012 recht wirkungslos. Im Falle einer Einrichtung einer Markttransparenzstelle im Bereich Kraftstoffe schlägt die Monopolkommission deshalb vor, Tankstellenbetreiber zu verpflichten, Preisänderungen für Superbenzin und Diesel in eine entsprechende Datenbank einzuspeisen, sodass den Verbrauchern in Deutschland ermöglicht wird, Preise in Echtzeit, beispielsweise mithilfe von Navigationsgeräten oder Smartphones zu vergleichen. Der Deutsche Bundestag ist den Empfehlungen der Monopolkommission gefolgt (siehe im Einzelnen Tz. 14 ff.).

7. Die Monopolkommission hat im Februar 2012 mit einem Sondergutachten zu mehreren wichtigen Elementen des Referentenentwurfs für eine 8. GWB-Novelle des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie Stellung genommen und darüber hinausgehenden Reformbedarf festgestellt (Bundestagsdrucksache 17/8541). Die Bundesregierung sieht sich durch die breite Unterstützung ihrer Vorschläge durch die Monopolkommission in der grundsätzlichen Ausrichtung der 8. GWB-Novelle bestätigt (siehe im Einzelnen Tz. 9 ff.).

II. Aktuelle Fragen der Wettbewerbspolitik

8. Die Wirtschaftspolitik der Jahre 2010 und 2011 war vor allem geprägt durch die Folgewirkungen der Wirtschaftskrise und Finanzkrise. Nach Einschätzung der Monopolkommission war allerdings nur in Einzelfällen ein mittelbarer Einfluss der Wirtschafts- und Finanzkrise auf konkrete Entscheidungen des Bundeskartellamts erkennbar (Rn. 404). Strukturkrisenkartelle, Sanierungsfusionen sowie eine Insolvenzgefährdung von Bußgeldschuldern waren überhaupt nicht oder nur ganz vereinzelt zu beobachten. Die Bundesregierung teilt die Auffassung der Monopolkommission, dass die Wirtschafts- und Finanzkrise nur mittelbar für die Kartellrechtsanwendung bedeutsam war. Gleichzeitig sind deutsche Unternehmen auch wegen des sehr wettbewerbsintensiven Umfelds in Deutschland bisher sehr gut durch die Krise gekommen.

A. 8. GWB-Novelle

9. Die Monopolkommission hat im Februar 2012 mit einem Sondergutachten zu mehreren wichtigen Elementen des Referentenentwurfs für eine 8. GWB-Novelle des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie Stellung genommen und darüber hinausgehenden Reformbedarf festgestellt (Bundestagsdrucksache 17/8541). Sie empfiehlt in diesem Gutachten insbesondere die prinzipielle Anwendbarkeit des GWB auf die gesetzlichen Krankenkassen in ihrem Verhältnis untereinander sowie im Verhältnis zu ihren Versicherten. Die Monopolkommission begrüßt in ihrem Hauptgutachten nunmehr nachdrücklich die von der Bundesregierung im Rahmen der 8. GWB-Novelle vorgeschlagenen Änderungen des Kran-

kenversicherungsrechts als wichtigen Schritt in die richtige Richtung (Rn. 46).

10. Im Hinblick auf die sektorspezifische Missbrauchskontrolle in der Wasserwirtschaft sieht die Monopolkommission nach wie vor Verbesserungsbedarf (Rn. 47). Es sei essentiell, dass die Regelungen des GWB sämtliche Wasserentgelte, also Preise und Gebühren, erfassen, da anderenfalls eine Flucht ins Gebührenrecht zulasten der Verbraucher drohe. Die Monopolkommission spricht sich darüber hinaus erneut für die sektorspezifische Regulierung in der Trinkwasserversorgung aus. Die Bundesregierung hält an ihrer kritischen Position zu diesen Vorschlägen, die bereits Gegenstand des letzten Hauptgutachtens der Monopolkommission waren, fest (vgl. Bundestagsdrucksache 17/4305, Rn. 10ff.).

11. Die Monopolkommission bedauert die geplante Verlängerung der speziellen Missbrauchsaufsicht für die Energiemärkte in § 29 GWB (Rn. 48). Sie begrüßt aber, dass der Markt für Fernwärme nicht in diese Vorschrift aufgenommen worden ist. Die Bundesregierung hält an der Verlängerung der speziellen Missbrauchsaufsicht über die Strom- und Gasmärkte für weitere fünf Jahre fest. Die Vorschrift des § 29 GWB hatte ursprünglich eine Brückenfunktion bis die vom Gesetzgeber im Übrigen ergriffenen Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen im Energiebereich ihre Wirkung entfaltet haben. Da im Energiebereich immer noch kein strukturell nachhaltig gesicherter Wettbewerb herrscht und die Regelung den Kartellbehörden die Wahrnehmung der Preismissbrauchsaufsicht erleichtert, hat die Bundesregierung an der Verlängerung der Vorschrift festgehalten.

12. Die Monopolkommission begrüßt die Ergänzung des Regierungsentwurfs um eine gesetzliche Regelung zur Rechtsnachfolge in der Bußgeldhaftung (Rn. 49). Die Monopolkommission hatte die Einführung entsprechender Regelungen empfohlen, weil dadurch die Umgehung von Bußgeldern seitens betroffener Unternehmen erschwert werden dürfte.

13. Der Deutsche Bundestag hat am 18. Oktober 2012 aufgrund der Beschlussempfehlung und des Berichts des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie (Bundestagsdrucksache 17/11053) den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Bundestagsdrucksache 17/9852) in veränderter Form angenommen (Bundesratsdrucksache 641/12). Der Bundesrat hat in seiner Sitzung am 23. November 2012 beschlossen, zu dem Gesetz die Einberufung des Vermittlungsausschusses zu verlangen (Bundesratsdrucksache 641/12 (Beschluss)). Der Vermittlungsausschuss hat am 12. Dezember 2012 die Einsetzung einer informellen Arbeitsgruppe beschlossen, die mögliche Kompromisslinien auf politischer Ebene sondieren soll.

B. Markttransparenzstelle

14. Die Stellungnahme der Monopolkommission zur Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas bezieht sich auf den Gesetzentwurf der Bundesregie-

rung vom 2. Mai 2012 (Rn. 122, 124 bis 129, 137 ff.), der im parlamentarischen Verfahren noch erheblich geändert wurde. Das vom Deutschen Bundestag verabschiedete Gesetz trägt u.a. den Forderungen der Monopolkommission, eine Evaluierung der Tätigkeit der Markttransparenzstelle im Bereich des Stromgroßhandels (Rn. 135) und ein Einsichtsrecht für die Monopolkommission in die erhobenen Daten (Rn. 136) vorzusehen, Rechnung. Das Gesetz vom 5. Dezember 2012 (BGBl. I S. 2403) ist am 12. Dezember 2012 in Kraft getreten.

15. Die Bundesregierung sieht sich in ihrer Entscheidung zur Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas durch die weitgehend positive Beurteilung der Monopolkommission bestätigt. Die Monopolkommission, die selbst ein zentrales Marktmonitoring beim Stromgroßhandel vorgeschlagen hatte, begrüßt prinzipiell die Einrichtung einer Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas (Rn. 130). Ebenso wie die Monopolkommission geht auch die Bundesregierung davon aus, dass bei der Vereinheitlichung von Datenabfrage, Datenschnittstellen, Datenauswertung und Datenaustausch deutliche Verbesserungen erzielbar sind und die Markttransparenzstelle als Kooperationsplattform für alle relevanten Behörden und Aufsichtsstellen Synergien schaffen kann. Dies gilt für nachfolgende Sektoruntersuchungen, für die Fusionskontrolle als auch für das gemeinsame Monitoring der Bundesnetzagentur und des Bundeskartellamts im Energiebereich. Aus Sicht der Bundesregierung erlaubt die nunmehr erfolgte organisatorische Ansiedlung der Markttransparenzstelle bei der Bundesnetzagentur zudem ihre sinnvolle Einbeziehung in die Bewältigung der mit der Energiewende verbundenen Aufgaben. Diese Aspekte machen einen wesentlichen, auch von der Monopolkommission anerkannten (Rn. 130), Mehrwert der Markttransparenzstelle aus und rechtfertigen ihre Einrichtung in Ergänzung zu dem EU-Aufsichtssystem nach der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarktes (sog. REMIT-Verordnung).

16. Das im Gesetz vorgesehene System der gestuften Konkretisierung der Mitteilungspflichten gegenüber der Markttransparenzstelle wird von der Monopolkommission ausdrücklich begrüßt. Eine Meldepflicht wird erst durch eine Festlegung der Markttransparenzstelle begründet, die voraussetzt, dass zunächst in einer Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie die allgemein definierten Mitteilungspflichten zu den einzelnen Daten aus dem Katalog der möglichen Festlegungsbereiche hinsichtlich Art, Inhalt, Umfang sowie Zeitpunkt und Form ihrer Übermittlung näher präzisiert wurde. Zu Recht bewertet die Monopolkommission (Rn. 132) den damit verbundenen Effekt, Mitteilungspflichten bei Bedarf dynamisch neuen Erkenntnissen und Methodenfortschritten ohne Gesetzesänderung anpassen zu können, als positiv. Nach Auffassung der Bundesregierung kann durch dieses System eine weitgehende Einbeziehung der betroffenen Unternehmen und Behörden vor Erlass der Rechtsverordnung und auch der Festlegungen erfolgen.

17. Die Bundesregierung geht ebenso wie die Monopolkommission (Rn. 132) davon aus, dass sich der Meldeaufwand für die Unternehmen in engen Grenzen halten wird, da bestehende Berichtspflichten zu berücksichtigen sind und bestehende Quellen und Meldesysteme für die Datenerfassung genutzt werden sollen.

18. Die Bundesregierung unterstützt die Anregung der Monopolkommission (Rn. 132), dass die Markttransparenzstelle bei der Definition von Datenformaten und Datenschnittstellen für eine automatisierte Datenerfassung auf die Erfahrungen von Bundesnetzagentur, Bundeskartellamt und aus anderen Bereichen, etwa der elektronischen Steuerdatenerfassung und Bilanzierung, zurückgreifen sollte, um eine effektive Zusammenarbeit auf nationaler und internationaler Ebene zu ermöglichen.

19. Die Monopolkommission empfiehlt erneut (Rn. 131, 146), die Markttransparenzstelle mit mehr institutioneller Unabhängigkeit auszustatten. So könnten die Voraussetzungen dafür verbessert werden, dass die Markttransparenzstelle tatsächlich als Plattform für eine breitere Kooperation zwischen den relevanten Landes- und Bundesbehörden dienen und die nötige Flexibilität und Dynamik bei der Fortentwicklung der Datenerfassung und Datenanalyse erreicht werden kann. Die Monopolkommission schlägt eine gemischte Zusammensetzung des Personals der Markttransparenzstelle aus „festen“ Mitarbeitern und aus von den betroffenen Behörden abgeordneten qualifizierten Mitarbeitern und Spezialisten vor. So könnten z.B. Ingenieure stichprobenartig und zeitnah vor Ort prüfen, ob tatsächlich eine technische Restriktion an einem Kraftwerk vorliege (Rn. 131).

20. Nach Auffassung der Bundesregierung ist die institutionelle Unabhängigkeit der Markttransparenzstelle gewährleistet. Die Aufgaben der Markttransparenzstelle nehmen die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt einvernehmlich wahr. Damit ist die Basis für eine effektive Kooperationsplattform geschaffen. Durch die organisatorische Ansiedlung bei der Bundesnetzagentur ist gewährleistet, dass durch die verschiedenen behördlichen Datenerhebungen im Energiebereich keine zusätzlichen Belastungen für die Marktteilnehmer entstehen. Auch Doppeldatenmeldungen auf nationaler und europäischer Ebene können so vermieden werden. Bei der Marktbeobachtung im Energiebereich haben sich zudem neue Schwerpunkte beispielsweise in Bezug auf die Versorgungssicherheit ergeben. Erklärtes Ziel der Anbindung der Markttransparenzstelle bei der Bundesnetzagentur ist es, die Markttransparenzstelle in die Aufgabenbereiche des Monitorings und der Begleitung der Energiewende einzubinden. Dies kann dazu beitragen, dass durch behördliche Datenerhebungen im Energiebereich keine zusätzlichen Belastungen für die Marktteilnehmer entstehen. Im Rahmen der haushaltsrechtlichen Personalzuordnungen ist eine gemischte Zusammensetzung der Mitarbeiter – wie von der Monopolkommission angeregt – möglich.

21. Die Monopolkommission hält eine grenzübergreifende Datenerfassung durch die Markttransparenzstelle für wichtig, da die Preise auf den Stromgroßhandelsmärkten

auch durch das Verhalten ausländischer Anbieter und Nachfrager beeinflusst werden kann (Rn. 133, 134 f.). Sie weist in diesem Zusammenhang aber auf praktische Schwierigkeiten bei von rein ausländischen Sachverhalten ausgehenden Sekundärwirkungen hin. Die vorgesehenen Kooperationspflichten unter anderem mit der Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER) und den Regulierungsbehörden anderer Mitgliedstaaten könnten bei der grenzüberschreitenden Datenerfassung für Abhilfe sorgen. Die Monopolkommission hält es aber noch für ungeklärt, ob sich derartige Kompetenzüberlappungen verschiedener Behörden auf EU-Ebene und der Mitgliedstaaten auch negativ auswirken können.

22. Die Bundesregierung stimmt der Monopolkommission (Rn. 147) zu, dass bei der Datenerfassung durch die Markttransparenzstelle dem Aspekt grenzüberschreitender Effekte besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden muss. Für eine adäquate Abbildung des Marktes sollten die börslichen und außerbörslichen Daten aller zum Beispiel durch Marktkopplung integrierten Staaten erfasst werden. Sonst könnte die Effektivität einer Marktüberwachungsstelle erheblich verringert werden. Die von der Monopolkommission ggf. befürchteten negativen Auswirkungen durch die verschiedenen Kompetenzbereiche sieht die Bundesregierung nicht.

23. Im Unterschied zum Stromgroßhandelsbereich zweifelt die Monopolkommission den praktischen Nutzen einer Markttransparenzstelle zur fortlaufenden Marktbeobachtung der Kraftstoffmärkte für die Rechtsanwendung des Bundeskartellamts. Nach ihrer Ansicht lässt sich zudem das auf den Kraftstoffmärkten bestehende grundsätzliche Problem eines strukturell eingeschränkten Wettbewerbs und einer engen Reaktionsverbundenheit nicht durch Missbrauchsverfahren wegen des Verdachts von Preis-Kosten-Scheren und von Verstößen gegen das Verbot von Untereinstandspreisverkäufen nachhaltig überwinden (Rn. 141).

24. Der Monopolkommission zufolge können etwaige Wettbewerbsprobleme auf den Tankstellenmärkten nur unter Einbeziehung der Raffinerieebene gelöst werden (Rn. 142). Die von der Monopolkommission angeregte Sektoruntersuchung des hoch konzentrierten Raffineriemarktes hat das Bundeskartellamt im September 2012 begonnen.

25. Das am 12. Dezember 2012 in Kraft getretene Gesetz trägt dem Petikum der Monopolkommission Rechnung, den Aufwand zu reduzieren (Rn. 142), der mit der vorgesehenen Pflicht der Tankstellbetreiber zur laufenden Meldung der abgegebenen Kraftstoffmengen verbunden gewesen wäre. Der Deutsche Bundestag hat entschieden, hierauf und auf sämtliche Meldepflichten der Raffinerie- und Großhandelsebene zu verzichten, um die Unternehmen nicht übermäßig zu belasten.

26. Die Monopolkommission vermisst im Regierungsentwurf einen Mehrwert für die Autofahrer, der durch einen zeitnahen Preisvergleich der Tankstellen durch einen Zugang zu in Echtzeit erhobenen Kraftstoffpreisen mög-

lich wäre (Rn. 143, 148). Auch diesem Petitum hat der Gesetzgeber entsprochen. Die Preisänderungen müssen nun in Echtzeit an die Markttransparenzstelle für Kraftstoffe übermittelt werden, die die Preisdaten dann elektronisch an Anbieter von Verbraucher-Informationsdiensten zum Zweck der Verbraucherinformation weitergibt. So wird es künftig jedem Autofahrer über Internet, Smartphones und Navigationsgeräte ermöglicht, die jeweils günstigste Tankstelle in einem bestimmten Umkreis oder auf einer bestimmten Route anzusteuern. Am 19. Februar 2013 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie zur Regelung der technischen Einzelheiten der Datenabfrage und der Datenweitergabe eine Verordnung zur Markttransparenzstelle für Kraftstoffe (Bundestagsdrucksache 17/12390) vorgelegt, die noch der Zustimmung des Deutschen Bundestages bedarf.

27. Die Bundesregierung teilt die Auffassung der Monopolkommission (Rn. 144), dass durch verlässliche und in Echtzeit verfügbare Informationen über Tankstellenpreise mittelfristig die Preissensibilität der Verbraucher erhöht und so der Wettbewerb gestärkt werden kann. Zutreffend führt die Monopolkommission aus (Rn. 145), dass es aber letztlich in der Hand der Verbraucher liegt, ob und wie preissensibel sie zukünftig mithilfe von umfangreichen Preismeldungen reagieren. Staatliche Vorgaben zu Preisänderungen und Preisregulierungen lehnt die Bundesregierung ausdrücklich ab.

28. Die Bundesregierung stimmt dem Hinweis der Monopolkommission zu, dass nicht sicher ist, ob eine Änderung des Verbraucherverhaltens die Kraftstoffpreise an den Tankstellen nachhaltig senken kann. Die Kraftstoffpreise werden auch weiterhin auf den Weltmarktpreisen für Rohöl basieren, und der Endkundenpreis besteht zu rund 60 Prozent aus Energie- und Mehrwertsteuer sowie einem Zuschlag für die Erdölbevorratung.

29. Die Monopolkommission bezweifelt die Notwendigkeit einer eigenen staatlichen Markttransparenzstelle für Kraftstoffe, da die Aufgabe der Information der Autofahrer auch von Verbrauchereinrichtungen oder privaten Institutionen übernommen werden könnte (Rn. 144). Die Bundesregierung erwartet ebenso wie der Gesetzgeber eine positive Wirkung von der neutralen und zentralen staatlichen Datenerhebung. Es wird keine staatliche Informationsstelle in Konkurrenz zu Privaten gegründet. Die Markttransparenzstelle Kraftstoffe kann anhand der Datenmeldungen Auffälligkeiten entdecken und es so den Kartellbehörden erleichtern, unzulässige Verdrängungsstrategien aufzudecken und zu verfolgen.

C. Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission

30. Die Monopolkommission beabsichtigt, ihre Analysen stärker empirisch zu unterlegen. Das Gutachten befasst sich deshalb auch mit Fragen des Umfangs und der Ausgestaltung des Akteneinsichtsrechts der Monopolkommission gegenüber dem Bundeskartellamt und der Bundesnetzagentur (Rn. 160 bis 165).

31. In diesem Kontext verweist die Monopolkommission insbesondere auf ihren gesetzlichen Auftrag zur Un-

tersuchung von Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration, die Würdigung der Anwendung der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle sowie die Stellungnahme zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen in den Zweijahresgutachten (§ 44 Absatz 1 Satz 1 GWB). Die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Aufgaben sei ihr nur möglich, wenn sie uneingeschränkt Einsicht in Verfahrensakten der zu begutachtenden Fälle und Verfahren nehmen kann, wie es der mit der 7. GWB-Novelle neu aufgenommene § 46 Absatz 2a GWB ermöglicht. Die Verschwiegenheitspflicht des § 46 Absatz 3 Satz 2 GWB sichere den vertraulichen Umgang mit den Informationen.

32. Die Bundesregierung unterstützt die Absicht der Monopolkommission, ihre Analysen stärker empirisch zu unterlegen. Die Bundesregierung wird hinsichtlich des Umfangs der zu gewährenden Einsicht auf eine praxisorientierte und einvernehmliche Lösung hinwirken, die es sowohl der Monopolkommission als auch dem Bundeskartellamt ermöglicht, ihre gesetzlichen Aufgaben uneingeschränkt zu erfüllen.

33. Die Monopolkommission begrüßt, dass der Gesetzgeber auf die von ihr kritisierten Defizite bei der Möglichkeit zur Akteneinsicht in Akten der Bundesnetzagentur reagiert und entsprechende Vorschriften in das Telekommunikationsgesetz (§ 121 Absatz 2 TKG) und das Energiewirtschaftsgesetz (§ 62 Absatz 1 EnWG) eingefügt hat.

D. Wettbewerbspolitische Aspekte der Eisenbahnregulierung

34. Die Monopolkommission hat erneut eine grundlegende Überarbeitung der gesetzlichen Rahmenbedingungen im Eisenbahnbereich angemahnt. Sie begrüßt daher die von der Bundesregierung eingeleitete Überarbeitung der Eisenbahnregulierung, sieht aber noch Änderungsbedarf am Regierungsentwurf zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich (Rn. 86 ff.).

35. Die Bundesregierung hat in dem am 19. September 2012 beschlossenen Gesetzentwurf (Bundesratsdrucksache 559/12) zahlreiche Forderungen der Monopolkommission aufgegriffen. So wurde die Überwachung der Entflechtungsvorschriften – inhaltlich unverändert – der Bundesnetzagentur übertragen und die Ausgestaltung der Entgeltregulierung grundlegend überarbeitet. Es wurde eine Anreizregulierung in den Gesetzentwurf aufgenommen, für die sich auch die Monopolkommission einsetzt. Für den Fahrscheinvertrieb sowie die Belieferung mit Bahnstrom ist eine Missbrauchsaufsicht der Bundesnetzagentur vorgesehen. Der von der Monopolkommission geforderte bundesweite Tarifverbund sollte dagegen nach Auffassung der Bundesregierung marktinitiiert sein und nicht gesetzlich vorgeschrieben werden. Eine effektive Regulierung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen mit Effizienzanreizen fördert den Wettbewerb und führt letztlich zu mehr Verkehr auf der Schiene. Dazu bedarf es sowohl einer starken Regulierungsbehörde als auch einer effektiven Zugangs- und Entgeltregulierung. In engem Zusammenhang mit den Anforderungen an eine effektive

Regulierung stehen die Anforderungen an die rechtliche, organisatorische und entscheidungsbezogene Unabhängigkeit der Eisenbahninfrastrukturbetreiber. Im Rahmen eines 4. Eisenbahnpakets hat die EU-Kommission neue Vorschläge für eine weitergehende Entflechtung von Infrastruktur und Eisenbahnverkehrsunternehmen vorgelegt. Die Bundesregierung wird diese Vorschläge intensiv prüfen.

36. Der Bundesrat hat zwischenzeitlich zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung Stellung genommen (Bundratsdrucksache 559/12 (Beschluss)). Die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates soll in Kürze vom Bundeskabinett beschlossen werden.

E. Wettbewerb auf Glücksspielmärkten

37. Die Monopolkommission setzt sich in ihrem Hauptgutachten sehr ausführlich mit dem Wettbewerb auf den Glücksspielmärkten auseinander. Sie beleuchtet die Historie des seit Mitte 2012 geltenden Glücksspieländerungsstaatsvertrages und analysiert dessen Regelungen. Die Bundesregierung ist wie die Monopolkommission der Auffassung, dass eine effiziente Regulierung der Glücksspielmärkte eine genaue Abstimmung auf die einzelnen Glücksspielformen erfordert und Beschränkungen des Wettbewerbs nur erfolgen sollten, wenn dies den Gefahren der Glücksspielsucht und möglichen Spielmanipulationen vorbeugt. Dies steht in Übereinstimmung mit der europäischen und nationalen Rechtsprechung. Im Ergebnis ihrer Analyse hält die Monopolkommission die gegenwärtige Situation für nicht befriedigend und fordert eine Überprüfung der Regelungen der einzelnen Glücksspielformen anhand belastbarer Studien, ob die getroffenen Beschränkungen des Wettbewerbs auf den Glücksspielmärkten tatsächlich zur Suchtprävention erforderlich und verhältnismäßig sind (Rn. 54). Die Monopolkommission hält Nachbesserungen für erforderlich insbesondere in Bezug auf die Beschränkung der Anzahl der Konzessionen für Anbieter von Sportwetten, das Besteuerungssystem, den Vertrieb von Spielscheinen staatlicher Lotterien, die Erlaubniserteilung im Bereich der Lotterien und die unterschiedliche Behandlung von Spielcasinos und Automatenspiel.

38. Die Bundesregierung begrüßt es, dass sich die Monopolkommission intensiv mit den streng reglementierten und staatlich dominierten Glücksspielmärkten auseinandersetzt. Zudem haben das Internet und die damit verbundenen neuen Spielmöglichkeiten diese Märkte stark verändert. Soweit die Regelungen zu den Sportwetten betroffen sind, ist die Bundesregierung nach dem Inkrafttreten des Glücksspieländerungsstaatsvertrages vom 1. Juli 2012 allerdings der Auffassung, dass vor jeglichen weiteren Änderungsbestrebungen in diesem Bereich die im Rahmen der Experimentierklausel für Sportwetten vorgesehenen Evaluierungen und Berichte abgewartet werden.

39. Das Glücksspielwesen wird in Deutschland ganz überwiegend durch Landesrecht geregelt; dies gilt jedenfalls für staatlich konzessionierte Glücksspiele, während das gewerbliche Automatenspiel überwiegend in der bun-

desrechtlichen Gewerbeordnung und der hierauf gestützten Spielverordnung geregelt ist. Die Bundesregierung geht davon aus, dass sich die Länder sehr detailliert und sorgfältig mit der Stellungnahme der Monopolkommission auseinandersetzen werden. Oft wird darauf verwiesen, dass eine Stärkung des Spieler- und Jugendschutzes nur durch eine strenge Haltung gegenüber den Anbietern erreicht werden kann. Eine Betrachtung allein aus Regulierungssicht greife zu kurz. Entsprechend kritisiert die Monopolkommission eine Betrachtungsweise, die von einem staatlichen Monopol als Normalfall ausgeht, während sie bei der wettbewerblichen Öffnung dieser Märkte einen Rechtfertigungsbedarf erkennt; eine solche Sichtweise stehe einer sachlichen Auseinandersetzung mit der Frage nach einer Glücksspielregulierung entgegen (Rn. 10 f). Die Monopolkommission erinnert zu Recht daran, dass in einer marktwirtschaftlichen Gesellschaftsordnung der freie Zugang von im Wettbewerb stehenden Anbietern und Nachfragern der Regelfall sein sollte. Maßnahmen des Staates dienen insoweit der Korrektur von Fehlwirkungen. Eine effiziente Regulierung der Glücksspielmärkte muss sich daher daran messen lassen, inwiefern sie geeignet ist, mögliche Fehlwirkungen unregulierter Ergebnisse zu begrenzen.

40. Wie die Monopolkommission versteht auch die Bundesregierung das Erfordernis kohärenter Rahmenbedingungen nicht als identische Regelung für alle Glücksspielformen sondern als geeignete Differenzierung zwischen Spielen mit unterschiedlichen Suchtrisiken. Im Bereich des gewerblichen Spielrechts findet deshalb derzeit auch die Abstimmungen zwischen den Bundesressorts zur Änderung der Spielverordnung statt. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie beabsichtigt mit dem Entwurf einer Sechsten Verordnung zur Änderung der Spielverordnung eine Verbesserung des Spieler- und Jugendschutzes bei Geldspielgeräten. Vorgesehen sind unter anderem die Einführung einer Spielpause nach drei Stunden, die Begrenzung des so genannten Punktespiels und die Eindämmung der Mehrfachbespielung von Spielgeräten. Weiterhin soll die Zahl der in Gaststätten zulässigen Geldspielgeräte unter Beachtung des Jugendschutzes reduziert werden. Zusätzlich soll die Spielverordnung künftig um Regelungen zur Verbesserung des Manipulationsschutzes zur Verhinderung der Geldwäsche und der Steuerhinterziehung ergänzt werden. Nach Abschluss der Ressortabstimmungen wird der Entwurf bei der Europäischen Kommission notifiziert und anschließend dem Bundesrat zugeleitet.

F. Seelotswesen

41. Die Monopolkommission sieht Potenzial für mehr Wettbewerb im Seelotswesen. Mehr Wettbewerb könnte für günstigere Lotsentgelte sorgen und damit auch die Wettbewerbssituation deutscher Seestraßen und Häfen im europäischen und internationalen Vergleich stärken. Zwar erkennt die Monopolkommission die qualitätssichernde Wirkung der verpflichtenden Beratung durch Lotsen an, hält diese aber für zu weitgehend. Ebenso hätte die Sprachenfolge Deutsch/Englisch und die faktische Regulie-

zung der Anzahl der Lotsen im Markt die Wirkung einer Marktzutrittsschranke. Nach Ansicht der Monopolkommission bewirkt die Verbindung von Selbstverwaltung und Aufsicht des Bundes ein intransparentes System, in dem Wettbewerb zugunsten von Sicherheitsargumenten ausgeschlossen wird. Die durch die Lotstarifverordnung festgesetzten Lotsgelder seien ein Eingriff in die freie Preisfestsetzung. Zudem würde die Börtfolge den Qualitäts-Wettbewerb zwischen den Lotsen ausschließen. Die Monopolkommission empfiehlt daher, dass Seelotensystem transparenter zu gestalten, die Lotstarifverordnung nicht bindend auszugestalten und eine freie Lotsenwahl zu ermöglichen. Zudem sollte die erste Reviersprache Englisch sein.

42. In der Anhörung zum Gutachten der Monopolkommission war das Seelotswesen ein Schwerpunktthema. Übereinstimmend wurde betont, dass die Wettbewerbsfähigkeit der Seehäfen und des Seeverkehrs maßgeblich auch durch effiziente Strukturen im Lotswesen beeinflusst werden. Es sollten daher alle Kostensenkungspotenziale ausgeschöpft werden, ohne jedoch die hohe Verkehrssicherheit und Dienstleistungsqualität – insbesondere die ständige Verfügbarkeit von Lotsen – zu beeinträchtigen. Für wünschenswert wurde eine stärkere Einbindung der Seehafen- und Seeverkehrswirtschaft und die Schaffung von mehr Transparenz gehalten.

43. Die Bundesregierung nimmt die Anregungen der Monopolkommission zur derzeitigen Organisationsstruktur des deutschen Seelotswesens und der Erweiterung der Befreiungsmöglichkeiten zur Kenntnis. Sie werden unter Berücksichtigung der Aspekte Sicherheit und Dienstleistungsqualität im stetigen Anpassungs- und Optimierungsprozess sorgfältig zu prüfen und zu diskutieren sein.

44. Staatliche Aufgaben können grundsätzlich auch im Einklang mit dem Wettbewerbsprinzip ausgeübt werden. Dies belegen viele Beispiele. Das Seelotswesen ist indes nicht ohne weiteres einer rein wettbewerblichen Betrachtung zugänglich, da es an Sicherheitsanforderungen ausgerichtet ist. Die Bundesregierung sieht daher die Ergebnisse der von der Monopolkommission dargelegten Analyse zum deutschen Seelotswesen kritisch. Sie bezweifelt insbesondere, dass die Betrachtung der Monopolkommission den das Seelotswesen begründenden Sicherheitszweck ausreichend einbezieht. Das deutsche Seelotswesen ist Teil der sich aus Artikel 89 Absatz 2 des Grundgesetzes ergebenden Sicherheitsverantwortung des Bundes für die deutschen Bundeswasserstraßen. Nach dem hieraus abgeleiteten Sicherheitskonzept ist das Seelotswesen vorrangig eine präventive Sicherheitseinrichtung zur Gewährleistung der Sicherheit des Schiffsverkehrs sowie zur Abwehr von Gefahren für die Meeresumwelt. Innerhalb dieses Rahmens bleibt das Seelotswesen natürlich nicht Anpassungen oder Optimierungen verschlossen. Der Bund pflegt gemeinsam mit den Aufsichtsbehörden zu allen von der maritimen Wirtschaft zum Lotswesen vorgetragenen Aspekten einen offenen und transparenten Dialog, z.B. in Form von gemeinsam mit der maritimen Wirtschaft durchgeführten Arbeitskreisen zu Tarifierungs- und Qualitätssicherungsfragen oder auch Angaben

zu Unfällen. Zur Empfehlung der Monopolkommission zur Umkehr der Reviersprache von Deutsch zu Englisch liegt dem Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung des Deutschen Bundestages ein Gutachten vor. Das Thema ist in einem größeren Kontext im Rahmen der allgemeinen Verkehrssicherung zu betrachten.

45. Aus Sicht der Bundesregierung ist hervorzuheben, dass der Seelotse ein unabhängiger Berater der Schiffsführung ist und bleiben sollte. Seelotsen sollten sich nicht individuellen Reederei- oder sonstigen Wirtschaftsinteressen unterordnen und weder die Schiffsführung noch die Besatzung teilersetzen, sondern vielmehr in nautisch sensiblen Seegebieten die Schiffsführung unterstützen und neutrale Sicherheitsarbeit im Interesse der Allgemeinheit und der Umwelt leisten. So hat er beispielsweise eine unabhängige Aufgabe beim Erkennen von Mängeln am Schiff und bei der Besatzung und hat dies unverzüglich den zuständigen Behörden zu melden.

46. Auf bestimmten Revieren ist für die Gewährleistung der Verkehrssicherheit ein ständiger Seelotsendienst erforderlich. Im Grundsatz sind nicht alle Schiffe lotspflichtig, sondern erst bei Beanspruchung eines bestimmten Verkehrsraumes oder beim Transport bestimmter gefährlicher Güter. Die Monopolkommission verkennt nach Auffassung der Bundesregierung, dass Ausnahmen von der Lotsenannahmepflicht stetig fortgeschrieben werden und einer permanenten Überprüfung sowie Anpassung (zum Beispiel an Entwicklungen der Navigationstechnologie) unterliegen. Nach Einschätzung der Bundesregierung wird das bestehende Lotsbefreiungsregime von den Reedern allerdings noch nicht ausgeschöpft. Dabei ist auch festzuhalten, dass die Qualifikation von Schiffsführern, die lotsbefreit fahren dürfen, nicht mit der über die allgemeinen nautischen Anforderungen hinaus gehenden Qualifikation eines staatlich geprüften Seelotsen vergleichbar ist. Dieser besitzt nicht nur zusätzliche schiffs- und wasserstraßenbezogene Kenntnisse, sondern absolviert wiederholt Simulatortraining, Notfallmanagementübungen und Rechtsfortbildung.

47. Die Organisationsform der Lotsenbrüderschaften als Körperschaften des Öffentlichen Rechts gewährleistet wegen einer Vielzahl von gesetzlich verankerten Aufgaben verbunden mit der Möglichkeit der staatlichen Durchsetzung nach Auffassung der Bundesregierung das reibungslose Funktionieren des Seelotswesens. Es wird unter Berücksichtigung des Sicherheitsgedankens gewährleistet, dass jedes Schiff verlässlich den erforderlichen qualifizierten Seelotsen erhält.

48. Die Bundesregierung kann in der von der Monopolkommission vorgeschlagenen Deregulierung derzeit keine Vorteile in Bezug auf die Sicherheit, Verlässlichkeit und Wirtschaftlichkeit erkennen. Die Bundesregierung steht gleichwohl fachlichen Diskussionen zu einer praxisgerechten Optimierung und Fortschreibung des Seelotswesens weiterhin offen gegenüber und wird den hierzu geführten Dialog mit den betroffenen Institutionen und der maritimen Wirtschaft aktiv fortsetzen.

III. Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration

A. Neuausrichtung der Konzentrationsberichterstattung; Sonderauswertung Energie

49. Die 1973 in das GWB eingeführte Untersuchung und Bewertung der Unternehmenskonzentration durch die Monopolkommission zielt darauf ab, die Wettbewerbsintensität der Märkte zu analysieren. Grundlage für die Konzentrationsstatistik der Monopolkommission ist die Wirtschaftszweigstatistik bzw. das Güterverzeichnis der Produktionsstatistik. Die Abbildung geeigneter Konzentrationsmaße setzt dabei eine adäquate sachliche und räumliche Abgrenzung wettbewerbsrechtlich relevanter Einzelmärkte voraus. Dies können die Statistiken aber nicht leisten. Trotz verschiedener Versuche der Monopolkommission, dem Rechnung zu tragen, hat sich daran nichts wesentlich geändert. Vielmehr vergrößern die europäische Integration und die weltweite Globalisierung diese konzeptionelle Schwierigkeit.

50. Die Monopolkommission hat in ihren Hauptgutachten der letzten Jahre (insbes. Hauptgutachten 2008/2009 Rn. 120 ff.) auf diese konzeptionelle Schwäche der Konzentrationsberichterstattung aufmerksam gemacht, insbesondere bei der adäquaten Abbildung der relevanten Märkte der komplexen deutschen Wirtschaft. Die Monopolkommission weist die Konzentrationsberichterstattung im Neunzehnten Hauptgutachten daher letztmalig in der klassischen Form aus (Rn. 198) und wird sie konzeptionell neu ausrichten. Die Monopolkommission wird künftig die flächendeckende Konzentrationsberichterstattung zugunsten weniger umfangreicher, jedoch tiefer gehender empirischer Analysen einschränken oder ganz einstellen (Rn. 181). Von der Fokussierung auf einzelne Branchen oder einzelne Fragestellungen erwartet die Monopolkommission eine adäquatere Marktabgrenzung. Diese Vorgehensweise wird auch durch ein im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie erstelltes wissenschaftliches Gutachten des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) empfohlen.

51. Die Bundesregierung unterstützt die Neuausrichtung der Konzentrationsberichterstattung durch die Monopolkommission nachdrücklich. Nach Auffassung der Bundesregierung hat die flächendeckende Konzentrationsberichterstattung in ihrer bisherigen Form nur noch eine sehr geringe wettbewerbspolitische Relevanz und selbst sorgfältig berechnete Konzentrationsmaße verfügen vor dem Hintergrund der wettbewerbspolitischen Forschung nur über eine relativ geringe Aussagekraft. Die flächendeckende Konzentrationsberichterstattung kann nicht mit der kartellrechtlichen Marktabgrenzungsmethodik durchgeführt werden. Dies wäre aber notwendig, um überhaupt zu wettbewerbspolitisch ansatzweise gehaltvollen Aussagen zu gelangen. Selbst wenn die kartellrechtliche Marktabgrenzungsmethodik flächendeckend zugrunde gelegt werden könnte, ließen sich allein auf Basis der Konzentration keine Aussagen zur Wettbewerbsintensität treffen.

52. Potenziale für wettbewerbspolitisch gehaltvolle Empfehlungen sieht die Bundesregierung – gerade vor dem Hintergrund der begrenzten finanziellen und personellen Ressourcen der Monopolkommission – daher ebenso in einer Fokussierung auf aktuelle themen- und marktbezogene Wettbewerbsstudien, die nach neuesten Erkenntnissen und Methoden der empirischen Industrieökonomik erfolgen. Die Monopolkommission kann so kurzfristig und flexibel auf aktuelle Entwicklungen in bestimmten Branchen reagieren, intensivere Analysen als bisher vornehmen und aktiv an der Weiterentwicklung der Methodik arbeiten.

53. Aus Sicht der Bundesregierung bedarf die Neuausrichtung der Konzentrationsberichterstattung keiner Änderung des gesetzlichen Auftrags der Monopolkommission (§ 44 GWB). Die Monopolkommission wird auch bei einer Fokussierung auf die Durchführung und Interpretation von Einzelmarktstudien ihrem gesetzlichen Auftrag gerecht. Der Gesetzgeber hat nie die Veröffentlichung von Konzentrationsmaßen gefordert. Auch aus § 47 GWB, der die Übermittlung bestimmter statistischer Daten vom Statistischen Bundesamt zur Begutachtung der Unternehmenskonzentration regelt, kann keine Verpflichtung zur Nutzung dieser und Erstellung von Konzentrationsstatistiken herausgelesen werden.

54. Die Bundesregierung erwartet von der Neukonzeption eine Erhöhung der wirtschaftspolitischen Aussagekraft der Konzentrationsberichterstattung und die Generierung zusätzlicher wettbewerbspolitisch relevanter Erkenntnisse auf der Grundlage datenbasierter Analysen. Das erhöht deutlich den praktischen Nutzen der Arbeit der Monopolkommission. Soweit die Monopolkommission Wettbewerbsanalysen in Branchen mit spezifischen Merkmalen erarbeitet, werden diese auch die Arbeit des Bundeskartellamts sinnvoll ergänzen können.

55. Im Rahmen der Neuausrichtung ihrer Konzentrationsberichterstattung hat die Monopolkommission erstmals mit der Sonderauswertung Energie eine Analyse eines wettbewerbspolitisch relevanten Einzelthemas mithilfe empirischer Methoden vorgenommen (Rn. 209 bis 237). Sie untersucht die Effekte möglicher Einflussfaktoren auf die Vertriebsmarge von Grundversorgern auf dem Stromendkundenmarkt. Nach Ansicht der Bundesregierung bestätigen die Erkenntnisse dieser Analyse die Richtigkeit der Neuausrichtung der Konzentrationsberichterstattung durch die Monopolkommission.

56. Die Monopolkommission ist der Frage nachgegangen, ob Kunden des Grundversorgers (nach § 36 Absatz 2 des Energiewirtschaftsgesetzes) auch ohne Anbieterwechsel von einer größeren Wettbewerbsintensität im Endkundenmarkt profitieren, weil der Grundversorger auf den stärkeren Wettbewerb mit Preissenkungen oder dem Angebot eines günstigeren Sondertarifs reagiert (Rn. 210). Hintergrund ist der Umstand, dass knapp die Hälfte aller Haushalte noch immer zum vergleichsweise teuren Grundversorgungstarif versorgt wird, in den alle Haushalts-Stromkunden, die keinen Wechsel vollzogen haben, automatisch eingruppiert werden.

57. Die Monopolkommission hat zunächst festgestellt, dass die von den vier großen Energieversorgungsunternehmen beherrschten Grundversorger (etwa 10 Prozent aller Grundversorger) durchschnittlich die teuersten Endkundenpreise verlangten (Rn. 222). Diese Grundversorger hatten aber – aus Sicht der Monopolkommission auf den ersten Blick „verwunderlich“ – nicht die höchste durchschnittliche Vertriebsmarge¹. Nach der Untersuchung der Vertriebsmarge von insgesamt 450 verschiedenen Grundversorgern war diese am höchsten bei denjenigen Grundversorgern (Rn. 225), die sich mehrheitlich in kommunaler Hand befanden (etwa 84 Prozent aller Grundversorger). Am niedrigsten war sie für die privaten Anbieter (rund 6 Prozent), die zu keinem der vier großen Energieversorgungsunternehmen gehörten. Die Monopolkommission hat das Ergebnis dieser deskriptiven Auswertung (Rn. 220 ff.) einer ökonomischen Analyse darauf hin unterzogen, ob ein kausaler Zusammenhang zwischen der Wettbewerbsintensität auf dem Stromendkundenmarkt und der Vertriebsmarge der Grundversorger bestehe (Rn. 227 ff.).

58. Diese Analyse zeigt der Monopolkommission zufolge deutlich, dass eine steigende Wettbewerbsintensität zu einer sinkenden Vertriebsmarge der Grundversorger führt. Das lässt vermuten, dass auch nicht wechselfreudige Kunden von einer erhöhten Intensität des Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten profitieren, da Grundversorger in diesem Fall geringere Margen erwirtschaften, was auf eine Senkung der Preise für den Grundversorgungstarif schließen lässt (Rn. 238).

59. Nach Ansicht der Bundesregierung gibt die Untersuchung einen guten Einblick in die Einflussgrößen auf Vertriebsmargen der Stromgrundversorger. Die Bundesregierung begrüßt die Erläuterung des im Rahmen des ökonomischen Modells angewendeten Schätzverfahrens durch die Monopolkommission (Rn. 242 ff.). Grundsätzlich erscheint danach die Auffassung der Monopolkommission nachvollziehbar, dass die deskriptiven Auswertungen und die ökonomische Analyse durch die zugrunde gelegten Daten eine hohe Abdeckung des deutschen Endkundenmarktes und damit eine Einsicht erlauben, die sonst nur mit unverhältnismäßig hohem Ressourcenaufwand, etwa durch eine Sektoruntersuchung, erreichbar wäre.

60. Die Bundesregierung weist aber zugleich darauf hin, dass die Belastbarkeit solcher Analysen und der daraus gezogenen Schlussfolgerungen sowie ihre Eignung als

¹ Die Monopolkommission hat ihre Untersuchung auf die Vertriebsmarge (Anteil an den Energiekosten, der einer Stromvertriebsgesellschaft bzw. dem Grundversorger zur Verfügung steht, um die Kosten für Kundenabwicklung und -betreuung zu decken und einen Gewinn zu erzielen) fokussiert, da diese im Wettbewerb um den Endkunden eine wesentliche Rolle spielen (Rn. 212 f.). Im Gegensatz zu den übrigen, weitestgehend wettbewerbsneutralen, da für alle gleich geltenden, Bestandteilen des Strompreises (regulierte Netzentgelte, gleiche Konzessionsabgaben für alle Stromlieferanten in einem Netzgebiet, gleiche Steuern sowie EEG/KWK Abgabe), unterschieden sich die Vertriebskosten und dementsprechend die Vertriebsmarge der jeweiligen Stromanbieter bzw. Grundversorger.

Basis für eigene Interpretationen entscheidend von der Offenlegung aller Aspekte abhängt, auch solcher, die eine auch abweichende Auslegung rechtfertigen könnten. Sie begrüßt daher, dass die Monopolkommission darauf hingewiesen hat, dass trotz der recht großen Anzahl an Beobachtungen keine repräsentative Stichprobe für den deutschen Endkundenmarkt vorliegt und daher keine Hochrechnungen der Ergebnisse für ganz Deutschland möglich sind. Da nicht alle notwendigen Daten vollumfänglich und für mehrere Zeitperioden zur Verfügung standen, konnten andere wettbewerbspolitisch relevanten Parameter (z.B. Wechselquoten in den einzelnen Märkten) oder weitere Vertriebskosten (z.B. Personal), nicht identifiziert und in der Analyse nicht berücksichtigt werden (Rn. 219, 240).

61. Nach Auffassung der Bundesregierung wäre es vor diesem Hintergrund wünschenswert gewesen, wenn die Monopolkommission Belege für ihre Vermutung, dass Grundversorger bei erhöhter Wettbewerbsintensität geringere Vertriebsmargen erwirtschaften und dies auf eine Senkung der Preise für den Grundversorgungstarif schließen lässt (Rn. 238), angeführt und ggf. auch einen Bezug zur Eigentümerstruktur der Grundversorger hergestellt hätte. Das erscheint insbesondere angebracht, da die Monopolkommission aus ihrem Analyseergebnis, dass zwischen der Wettbewerbsintensität durch das Angebot von Sonderverträgen und dem Wettbewerbsdruck auf die Grundversorger eine Beziehung besteht, Schlussfolgerungen für eine korrekte Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bei Haushalts- und Kleingewerbekunden zieht und ihre bisherige Kritik an der vom Bundeskartellamt vorgenommenen Trennung zwischen Märkten für Kunden der Stromgrundversorgung und Sondervertragskunden bestätigt sieht (Rn. 239).

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

62. Für die Beurteilung der Konzentrationsentwicklung sind Veränderungen bei den Großunternehmen wettbewerbspolitisch von besonderem Interesse. Die Monopolkommission stützt sich dabei vorrangig auf die Analyse der 100 größten Unternehmen aus allen Wirtschaftsbereichen, deren Rangfolge sie nach dem Kriterium der Wertschöpfung bildet. Hierbei betrachtet sie auf Grund der Globalisierung und der zunehmenden internationalen Ausrichtung der Wirtschaftsprozesse nicht nur wie bislang die inländische sondern auch die weltweite Wertschöpfung. Dies ist konsequent in Bezug auf die zunehmende Globalisierung und die internationale Ausrichtung der Unternehmen. Darüber hinaus untersucht die Monopolkommission die Unternehmen im Hinblick auf die Merkmale Umsatz, Beschäftigte, Rechtsform, Sachanlagevermögen und Cashflow. Einen Schwerpunkt legt die Monopolkommission auf die Verflechtungen dieser Unternehmen über Kapitalbeteiligungen und personelle Verflechtungen.

63. In der Rangfolge nach der Wertschöpfung führte die Daimler AG gefolgt von der Volkswagen AG, der Sie-

mens AG, der Deutschen Telekom AG und der Deutschen Bahn AG. Die Wertschöpfung der 100 größten Unternehmen betrug im Berichtszeitraum 18,2 Prozent an der Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen und erhöhte sich um 3,8 Prozent, nachdem sie im vorangegangenen Berichtszeitraum infolge der Finanz- und Wirtschaftskrise um 6,3 Prozent zurückgegangen war.

64. Als ein Ergebnis stellt die Monopolkommission die Fortsetzung des Trends der Auflösung des Beteiligungsnetzwerkes aus gegenseitigen Kapitalbeteiligungen und personellen Verflechtungen unter den 100 größten Unternehmen fest. Sowohl von der Kapitalentflechtung als auch der personellen Entflechtung erwartet die Monopolkommission Wettbewerbsvorteile für die deutsche Wirtschaft wie eine unabhängigere Unternehmensverwaltung, die Stärkung des Marktes für Unternehmenskontrolle, die Reduzierung bestehender Informationsasymmetrien zwischen Unternehmensin- und -outsidern verbunden mit einer verbesserten Allokation des Kapitals auf den Finanzmärkten sowie die Intensivierung des Wettbewerbs (Rn. 336). Denn personelle Verflechtungen sind geeignet, ein koordiniertes Marktverhalten und informelle Verhaltensabstimmungen zu begünstigen und so den Wettbewerb zu dämpfen. Die Bundesregierung teilt die Auffassung der Monopolkommission, dass für verflochtene Unternehmen geringere Anreize bestehen, in den Wettbewerb zu treten als bei nicht verflochtenen Unternehmen. Auch wenn ggf. auf betriebswirtschaftlicher Ebene positive Effekte mit personellen Verflechtungen einhergehen, sind sie wettbewerbspolitisch kritisch zu betrachten.

65. Nach Auffassung der Bundesregierung belegen die Ergebnisse der Untersuchungen der 100 größten Unternehmen durch die Monopolkommission keinen wettbewerblich bedenklichen Konzentrationsprozess im Bereich der Großunternehmen. Die Bundesregierung begrüßt es, wenn die Unternehmen durch geeignete Zusammenschlüsse ihre Wettbewerbsfähigkeit auf den Weltmärkten stärken und dadurch Beschäftigung und Wohlstand in Deutschland sichern. Das vorhandene und durch die 8. GWB-Novelle weiter verbesserte Instrumentarium reicht grundsätzlich aus, um wettbewerblich bedenklichen Fehlentwicklungen auf dem deutschen Markt vorzubeugen. Durch ebenso funktionierende wettbewerbliche Kontrolle über die Landesgrenzen hinweg werden auch wettbewerbliche Strukturen auf den internationalen Märkten gewährleistet.

66. Die Monopolkommission begrüßt die steigende Zahl empirischer Forschungsarbeiten zu Fragestellungen personeller Verflechtungen und deren Wirkungen auf wettbewerbspolitisch relevante Parameter und sieht auch weiterhin erheblichen Forschungsbedarf (Rn. 356). Die Bundesregierung unterstützt das Vorhaben der Monopolkommission, künftig bei ihren empirischen Untersuchungen der Analyse personeller und kapitalmäßiger Verflechtungsbeziehungen auf Unternehmen mehr Raum zu geben.

IV. Wettbewerbsrecht

67. Die Bundesregierung schließt sich der grundsätzlich positiven Würdigung der Tätigkeit des Bundeskartellamts durch die Monopolkommission an.

A. Kartellverfolgung

68. Die Monopolkommission analysiert auch die Kartellrechtsanwendung in spezialgesetzlich geregelten Bereichen, beispielsweise in der Landwirtschaft. Sie ist der Ansicht, dass solche spezialgesetzlichen Regelungen oftmals ein Einfallstor für die Durchsetzung von Partikularinteressen sind (Rn. 405). Von einer Ausweitung der Regelungen für die Landwirtschaft rät die Monopolkommission ab, da sie zu Verwerfungen in den betroffenen Märkten führen kann. Die Monopolkommission verweist in diesem Zusammenhang auch auf ihre Untersuchungen der Wettbewerbsdefizite im Bereich der gesetzlichen Krankenkassen im Achtzehnten Hauptgutachten. Sie unterstützt nachdrücklich die im Rahmen der 8. GWB-Novelle vorgeschlagenen Änderungen (Rn. 410). Die Bundesregierung stimmt der Monopolkommission darin zu, dass spezialgesetzliche Regelungen auf das für die Erreichung des verfolgten Zwecks notwendige Mindestmaß zu beschränken sind.

69. Die Bundesregierung teilt die Einschätzung der Monopolkommission, dass sich das Instrument der Verpflichtungszusagen nach § 32 Absatz 2 GWB bewährt hat (Rn. 428). Zuwiderhandlungen können damit wirksam abgestellt werden: Zulässig sind alle Maßnahmen, die gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind. Auch informelle Verfahrensabschlüsse können ein effizientes Durchsetzungsinstrument sein, da sie den Verfahrensaufwand verringern und die Unternehmen weniger belasten als von der Kartellbehörde vorgegebene Maßnahmen (Rn. 430). Das Instrument der Sektoruntersuchung sieht die Bundesregierung ebenso wie die Monopolkommission als etabliert und bewährt an (Rn. 434 ff.). Aus den abgeschlossenen Sektoruntersuchungen konnten für politische Entscheidungen wertvolle Erkenntnisse gewonnen werden. Beispiele sind die Sektoruntersuchungen im Bereich Kraftstoffe und beim Stromgroßhandel. Insofern ist der hohe Aufwand solcher Untersuchungen gerechtfertigt. In Bezug auf die Anregung der Monopolkommission, bei Sektoruntersuchungen auch die Fachöffentlichkeit und externe Experten einzubinden, verweist die Bundesregierung darauf, dass die umfassenden Ermittlungskompetenzen des Bundeskartellamts erlauben, sämtliche für die Sektoruntersuchungen erforderlichen Informationen und Daten selbst von den jeweiligen Marktteilnehmern und von der Fachöffentlichkeit einzuholen. Die Praxis des Bundeskartellamts bestätigt diese Einschätzung.

70. Wie die Monopolkommission sieht es die Bundesregierung als uneingeschränkt positiv an, dass ökonomische Konzepte und Analysen inzwischen zum Standardinstrumentarium des Bundeskartellamts gehören. Die Bundesregierung begrüßt es, dass das Bundeskartellamt seine so erarbeitete Expertise Dritten verfügbar macht. Die in der Bekanntmachung „Standards für ökonomische Gutachten“ vom 20. Oktober 2010 enthaltenen Mindestanforderungen an die Qualität von ökonomischen Gutachten gewährleisten, dass die Ergebnisse ökonomischer Analysen in die kartellrechtliche Beurteilung der Sachverhalte einfließen. Dies gilt nicht nur für die bei den

Kartellbehörden geführten Verwaltungsverfahren, in denen regelmäßig ökonomische Gutachten eingereicht werden. Auch in Gerichtsverfahren zur privaten Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen werden fundierte ökonomische Analysen immer wichtiger.

71. Die Bundesregierung hält es zudem für wichtig, dass auch in Gerichtsverfahren in Zivil-, Verwaltungs- und Bußgeldsachen erfahrene Sachverständige für die Erstellung ökonomischer Gutachten gewonnen werden können. Sie hat daher in der im Rahmen des Zweiten Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts (Bundestagsdrucksache 17/11471) bevorstehenden Änderung des Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetzes (JVEG) betont, dass Gutachten zu kartellrechtlichen Sachverhalten an die Qualifikation des Sachverständigen regelmäßig Anforderungen stellen, die der höchsten im JVEG vorgesehenen Honorargruppe entsprechen.

72. Die Bundesregierung hält die Anregung der Monopolkommission, eine Integration von Ökonomen in die Kammern und Senate der Kartellgerichte zu erwägen, für einen interessanten Vorschlag, den sie prüfen wird. Dabei gibt die Bundesregierung zu bedenken, dass die von der Monopolkommission angeführten Beispiele der Beteiligung auf ehrenamtlicher Basis von Handelsrichtern in den Kammern für Handelssachen der Landgerichte und technischer Mitglieder in den Beschwerdesenaten des Bundespatentgerichts eine aktive Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhaltes nicht umfassen. Die von der Monopolkommission geäußerte Erwartung, dass die Einholung von Sachverständigengutachten teilweise verzichtbar und die Verfahrensdauer erheblich abgekürzt würde, könnte durch eine solche ehrenamtliche Tätigkeit nicht eintreten. Der Schaffung von nicht rechtskundigen Berufsrichtern stehen nach geltendem Recht aber bereits gerichtsverfassungsrechtliche Gründe entgegen. Zudem haben die meisten Kartellgerichte nicht ausschließlich kartellrechtliche Sachverhalte zu entscheiden und setzen in erster Linie juristische Expertise voraus. Den Umstand, dass Kartellschadensersatzklagen regelmäßig nicht nur ökonomisch, sondern auch sachlich und rechtlich komplex sind, hat die Bundesregierung veranlasst, im Rahmen der 8. GWB-Novelle in § 95 Absatz 2 Nummer 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes eine Konzentration von Kartellschadensersatzklagen bei den mit drei Berufsrichtern besetzten Zivilkammern der Landgerichte vorzuschlagen. Dies dient auch dem Ziel, bei wenigen spezialisierten Richtern ein Verständnis für ökonomische Fragestellungen zu schaffen, damit sie unter Zuhilfenahme von Sachverständigenrat in angemessener Zeit auch komplexe ökonomische Sachverhalte entscheiden können.

73. Die Monopolkommission betont den immensen volkswirtschaftlichen Schaden von sog. Hardcore-Kartellen (Preiserhöhung, Effizienzverlust, geringe Anreize für Forschung und Entwicklung) (Rn. 477). Die Bundesregierung sieht daher keinen Anlass, eine Absenkung der Bußgeldhöhe zu erwägen. Hohe Bußgelder entfalten eine präventive Wirkung und erhöhen das Unrechtsbewusstsein bei Kartellverstößen. Dies gilt auch für den Kartellschadensersatz.

74. Die Monopolkommission betont die Bedeutung von Verfahren, die gegen Vereinbarungen und Praktiken geführt werden, die im Graubereich erheblicher Wettbewerbsbeschränkungen die Freistellungsvoraussetzungen des § 2 GWB nicht erfüllen (Rn. 460). Die Monopolkommission sieht einen Trend der Konzentration der Praxis des Bundeskartellamts auf diejenigen Kartelle, deren Rechtswidrigkeit auf der Hand liegt. Die Bundesregierung teilt die Auffassung der Monopolkommission, dass sich die Durchsetzung des Kartellverbots nicht auf die Verfolgung von Hardcore-Kartellen verengen sollte.

75. Die Monopolkommission begrüßt daher die parallele Untersuchung von kartellrechtswidriger Koordination der Geschäftspraktiken der Muttergesellschaften bei Gemeinschaftsunternehmen in Fusionskontrollverfahren (Rn. 469). Diese parallele Untersuchung des Bundeskartellamts verhindert auch nach Auffassung der Bundesregierung Schutzlücken bei der Anwendung der nur teilweise deckungsgleichen Schutzbereiche von Kartellverbot und Fusionskontrolle und kommt auch den Unternehmen zugute: Die Gefahr kartellrechtswidrigen Verhaltens wird schon im Ansatz gemindert. Durch eine entsprechende Ausgestaltung des Gemeinschaftsunternehmens können von Beginn an strukturell immanente Verstöße gegen das Kartellverbot ausgeräumt werden.

76. Wie die Monopolkommission sieht auch die Bundesregierung derzeit keine Notwendigkeit zu grundlegenden Veränderungen des kartellbehördlichen Verfahrens (Rn. 465).

77. Die Monopolkommission wiederholt die Forderung, das Bundeskartellamt sollte in oligopolistisch strukturierten Branchen die bestehenden vertraglichen und gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen systematisch im Rahmen von Sektoruntersuchungen oder nach Fusionskontrollverfahren prüfen (Rn. 472). Die Bundesregierung begrüßt, dass das Bundeskartellamt das Instrument der Sektoruntersuchungen insbesondere auch auf oligopolistisch strukturierten Märkten verstärkt nutzt.

78. Die Monopolkommission greift das Thema der Berücksichtigung von Compliance bei der Durchsetzung des Kartellrechts auf (Rn. 416 bis 427). Eine stärkere Förderung von Compliance-Bemühungen von Unternehmen stellt die Monopolkommission dabei in den Kontext der „Competition Advocacy“ des Bundeskartellamts: Dieses rückt u.a. durch Presse- und Öffentlichkeitsarbeit, die Organisation von Fachkonferenzen, Stellungnahmen in Gesetzgebungsverfahren oder auch die Durchführung von Sektoruntersuchungen, Geltung und Inhalt des Wettbewerbsrechts in das Bewusstsein der Öffentlichkeit. Als Erweiterung dieser „Competition Advocacy“ regt die Monopolkommission an, dass das Bundeskartellamt in seiner Entscheidungspraxis und in seiner Öffentlichkeitsarbeit das Thema „Compliance“ aufgreift und Unternehmen so zu kartellrechtsmäßigem Verhalten anregt.

79. Die Bundesregierung teilt nicht den Eindruck der Monopolkommission, dass das Bundeskartellamt dieses Thema bislang nicht behandelt habe. Die Bundesregierung begrüßt, dass das Bundeskartellamt in seiner täglichen Arbeit Compliance-Anstrengungen der Unterneh-

men unterstützt, indem es diese auf Kriterien und Aspekte hinweist, die nach seiner Erfahrung bei Compliance-Maßnahmen berücksichtigt werden sollten. Darüber hinaus kann das Bundeskartellamt den Unternehmen nach Auffassung der Bundesregierung durch Vorträge in unterschiedlichen Foren und die Beantwortung von konkreten Einzelfragen hinsichtlich der Anwendung des Kartellrechts umfangreiche Hilfestellung bei der Gestaltung von Compliance-Programmen bieten.

80. Wirksamstes Mittel zur Förderung von Compliance ist nach Auffassung der Bundesregierung die geltende Bonusregelung des Bundeskartellamts: Sie bietet hohe Anreize für die Einführung wirksamer Compliance-Maßnahmen, indem sie die systematische unternehmensinterne Aufklärung von Kartellrechtsverstößen belohnt. Aus Sicht der Bundesregierung würde eine darüber hinausgehende Berücksichtigung von Compliance-Bemühungen bei der Bußgeldbemessung die Gefahr bergen, dass ineffektive Programme belohnt werden. Auch Wiederholungstäter, die eigentlich mit schärferen Sanktionen rechnen müssen, könnten sich auf ihr – nicht wirksames – Compliance-Programm berufen. Eine solche Berücksichtigung wäre daher möglicherweise sogar kontraproduktiv.

B. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen

81. Die Monopolkommission hat in ihrem Achtzehnten Hauptgutachten die Wettbewerbsverhältnisse im Trinkwassersektor eingehend bewertet. Im Neunzehnten Hauptgutachten würdigt die Monopolkommission nunmehr die zunehmenden Aktivitäten der Kartellbehörden der Länder und des Bundeskartellamts in diesem Bereich. Die Monopolkommission erwartet vom Bundesgerichtshof und der 8. GWB-Novelle weitere Klärung in Bezug auf die Anwendung des GWB auf in öffentlich-rechtlicher Form betriebene Wasserversorger.

82. Die Monopolkommission merkt an, dass aus den bisherigen Ermittlungen des Bundeskartellamts bei ca. 40 Wasserversorgern bislang lediglich zwei Verfügungen resultieren. Ferner ließen sich aus der Vorgehensweise des Bundeskartellamts keine Preissetzungsmaßstäbe ableiten.

83. Die Bundesregierung begrüßt, dass es das Bundeskartellamt im Rahmen der Untersuchungen im Wasserbereich auch als ein wichtiges Ziel ansieht, Preissetzungsmaßstäbe zu entwickeln und Klarheit über die Effizienz der anderen befragten Unternehmen zu erhalten. Das Bundeskartellamt hat darauf hingewiesen, dass die Daten der ca. 40 großstädtischen Wasserversorger zu Vergleichszwecken für das Verfahren gegen die Berliner Wasserbetriebe ermittelt wurden und die besondere Komplexität der Materie einen umfangreichen Datenbestand bei der Prüfung auch nur eines einzigen Unternehmens erforderlich macht. Gerade bei den ersten Fällen kann das Bundeskartellamt nicht vorab bereits die geeigneten Vergleichsunternehmen kennen, sondern muss den Kreis der zu befragenden Unternehmen weit ziehen. Die Bundesregierung begrüßt, dass das Bundeskartellamt auf der Basis der bisher erhobenen Daten möglichst zeitnah einen

Sektorbericht für die großstädtische Wasserversorgung in Deutschland für alle Städte ab 200 000 Einwohner erstellen will.

84. Die Monopolkommission verweist auf Schwierigkeiten in der Praxis der Landeskartellbehörden und kritisiert, dass nicht zuletzt politische Erwägungen eine stringenter Durchsetzung des Kartellrechts in diesem Bereich behindern. Sie sieht das als Argument für eine sektorspezifische Regulierung dieses Bereichs an. Die Bundesregierung hält eine sektorspezifische Regulierung des Wasserbereichs weiter nicht für zielführend. Anders als in den sonstigen regulierten Sektoren würde eine Regulierung nicht zu einer effizienten Durchleitung von Wasser und damit zu Wettbewerb im Markt führen. Die Durchleitung von Wasser kommt aus technischen und wasserwirtschaftlichen Gründen nicht in Betracht oder wäre nicht wirtschaftlich. Eine Regulierung würde sich daher auf die Endkundenpreise beschränken. Ein solcher Ansatz würde sich nicht kohärent in die bestehende wettbewerbsorientierte Regulierungspolitik der Bundesregierung, die sich vorrangig auf den Netzzugang konzentriert, einfügen.

C. Zusammenschlusskontrolle

85. Die Monopolkommission (Rn. 658 ff., 664) begrüßt, dass das Bundeskartellamt anmeldepflichtige, aber unangemeldet vollzogene Zusammenschlüsse in dem seit Mai 2008 geltenden einstufigem, d. h. ohne vorgeschaltetes Untersuchungsverfahren, Entflechtungsverfahren nachträglich prüft und das Vollzugsverbot mit Augenmaß in Einzelfällen auch mit Bußgeldverfahren durchsetzt.

86. Auch die Bundesregierung begrüßt, dass Verstöße gegen die Anmeldepflichten konsequent sanktioniert werden. Sonst bestünde die Gefahr, dass das Vollzugsverbot ausgehöhlt und eine effektive Fusionskontrolle gefährdet würde. Die Bundesregierung hat aber gesehen, dass in wettbewerblich letztlich unproblematischen Fällen das einstufige Entflechtungsverfahren für die betroffenen Unternehmen Probleme bringt. Die früher gerichtlich anerkannte Heilung der wegen des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot unwirksamen Vollzugsakte durch die nachträgliche Freigabe des Zusammenschlusses ist nicht mehr garantiert, da ohne Untersuchungsverfahren keine Freigabeentscheidung mehr erfolgt. Deshalb soll mit der 8. GWB-Novelle für nach Vollzug angezeigte Zusammenschlüsse, für die das Entflechtungsverfahren eingestellt wurde, eine Ausnahme von der Unwirksamkeitsfolge eingeführt werden.

87. Die Monopolkommission beurteilt die praktische Marktabgrenzung in der Fusionskontrollpraxis durch das Bundeskartellamt wie auch im vorangegangenen Hauptgutachten ganz überwiegend positiv. Weniger Zustimmung findet wiederum die sachliche und räumliche Abgrenzung von Endkundenmärkten im Strom- und Gassektor (Rn. 687 ff.). Die Monopolkommission hatte hierzu in ihrem Sondergutachten zum Energiesektor 2011 eine Überprüfung einzelner Aspekte nahe gelegt.

88. So kritisiert die Monopolkommission, dass das Bundeskartellamt nach wie vor im Strombereich auf Endkun-

denebene zwei getrennte sachliche Märkte abgrenzt, einen für die Belieferung in der Grundversorgung und einen für die Belieferung auf Basis von Sonderverträgen. Diese Differenzierung könne zwar durch eine mögliche Marktmacht der Grundversorger berechtigt sein (Rn. 691). Die Monopolkommission vermisst hierfür aber eine nähere qualitative oder quantitative Begründung (Rn. 691). Diese hält sie insbesondere für erforderlich, da ihre eigene empirische Sonderuntersuchung Energie (vgl. dazu oben Rn. 58 ff.) neue Hinweise ergeben habe, die eher gegen eine Trennung beider Märkte sprächen. Zudem weist sie darauf hin, dass das Bundeskartellamt im Gasbereich weiterhin von einem einheitlichen Endkundenmarkt ausgehe und nicht zwischen der Belieferung von Kunden in der Grundversorgung und solchen mit Sonderverträgen unterscheide. Gründe für diese Unterschiede in der Marktabgrenzung bei Strom- und Gasendkunden seien aber nicht ersichtlich (Rn. 689). Ferner äußert die Monopolkommission Bedenken, dass das Bundeskartellamt bei der räumlichen Marktabgrenzung im Strombereich seit der Entscheidung Integra/Thüga für Stromkunden mit Sonderverträgen von einem bundesweiten Markt ausgehe und nicht mehr netzbezogen abgrenze (Rn. 689, 693). Deshalb würden etwa Minderheitsbeteiligungen eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens an einem städtischen Versorger kartellrechtlich weniger kritisch als früher eingeschätzt werden (Rn. 694).

89. Die Bundesregierung hält grundsätzlich eine quantitative Fundierung der vorgenommenen Marktabgrenzungen für wünschenswert, aber nur soweit sie sich im praktikablen Rahmen hält. Inwieweit externe empirische Untersuchungen für das Bundeskartellamt Anlass für eine Änderung seiner bisherigen Marktabgrenzungspraxis geben, wird entscheidend davon abhängen, wie nachvollziehbar und belastbar diese Analysen sind. Wie auch die Monopolkommission zu Recht betont, darf sich die Marktabgrenzung nicht an wettbewerbspolitischen Zielen etwa im Energiebereich orientieren (Rn. 688, 695). Es muss darum gehen, die tatsächlich im Wettbewerb stehenden Anbieter und Nachfrager möglichst korrekt abzubilden. Eine Entwicklung der Märkte kann dann auch zu Anpassungen der Marktabgrenzung führen, die entsprechend begründet werden. Die Bundesregierung geht davon aus, dass das Bundeskartellamt wie bisher Anregungen der Monopolkommission zur Marktabgrenzung prüfen wird.

90. Die Monopolkommission widmet sich ausführlich dem Thema Nebenbestimmungen in der Fusionskontrolle (Rn. 726 ff.). Nebenbestimmungen umfassen Zusagen der Unternehmen zu Maßnahmen, die die kritische Verschlechterung der Marktstruktur durch den Zusammenschluss wirksam verhindern sollen, um so nach § 36 Absatz 1 GWB eine Untersagung abzuwenden. Nach § 40 Absatz 3 Satz 2 GWB sind Nebenbestimmungen verboten, die die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle unterstellen würden. Die Monopolkommission hält zutreffender Weise nur solche Zusagen für zulässig, die zwar auf ein Verhalten abstellen, aber durch ihren Wirkmechanismus bereits eine effektive Gewähr für ihre Einhaltung mit sich bringen (Rn. 729). Nach Auffas-

sung der Monopolkommission sind dementsprechend die vom Bundeskartellamt in jüngster Zeit angenommenen, sich „selbst durchsetzenden“ Verpflichtungen zur Lizenzierung, zur diskriminierungsfreien Ausgestaltung von Geschäftsbedingungen oder allgemeiner zur Offenheit von Plattformen und zur Marktöffnung bei entsprechender Gestaltung wirksame und geeignete Mittel (Rn. 729 ff.). Die Monopolkommission begrüßt innovative Marktöffnungszusagen, sofern sie die strukturellen Wettbewerbsverschlechterungen zumindest prima facie zu kompensieren vermögen (Rn. 750).

91. Die Bundesregierung steht reinen Verhaltenszusagen, soweit diese einen zusätzlichen Kontrollaufwand für die laufende Überwachung der Einhaltung der Zusagen voraussetzen, weiterhin sehr kritisch gegenüber. Die vom Deutschen Bundestag beschlossene 8. GWB-Novelle enthält jedoch eine Klarstellung, dass auch nach deutschem Recht Verhaltenszusagen, die ebenso geeignet und wirksam sind wie strukturelle Zusagen, neben diesen dann zulässig sind, wenn sie nicht eine laufende Verhaltenskontrolle erfordern.

V. Wettbewerb und Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel

92. Vor dem Hintergrund aktueller Diskussionen in Politik und Wissenschaft zur Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel greift die Monopolkommission dieses Thema erneut auf (Rn. 1001 bis 1004). Sie gibt insbesondere einen breiten Überblick über kartellrechtliche Fragen des Lebensmitteleinzelhandels, den aktuellen Diskussionsstand und eine fundierte Einschätzung zu vielen Einzelfragen. Die Bundesregierung begrüßt dies ausdrücklich, da hierzu bislang kaum empirische Analysen vorliegen.

93. Die Monopolkommission beschäftigt sich zunächst mit dem Wettbewerb auf der Handelsstufe des Lebensmitteleinzelhandels und setzt sich zentral mit der Frage einer engen oder weiten sachlichen Marktabgrenzung auseinander (Rn. 1018 bis 1054). Sie kommt zu dem Ergebnis, dass zwar die Konzentration im Lebensmitteleinzelhandel zugenommen hat, ein spürbares Nachlassen der Wettbewerbsintensität auf der Handelsstufe aber nicht festzustellen ist (Rn. 1051, 1216). Dies resultiert vor allem daraus, dass die Monopolkommission eine weitere Marktabgrenzung vornimmt, als sie das Bundeskartellamt in seiner Entscheidungspraxis zugrunde legt: Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, bei der Konzentrationsanalyse den gesamten funktionalen Einzelhandel mit Lebensmitteln, einschließlich der Umsätze des Lebensmittel-Facheinzelhandels, des Lebensmittelhandwerks und des üblichen Randsortiments an Non-food-Artikeln, zu berücksichtigen (Rn. 1042 ff.). Das Bundeskartellamt geht demgegenüber von einer engen Marktabgrenzung aus, die diese Umsätze unberücksichtigt lässt. Diese Entscheidungspraxis entspricht der Fallpraxis der Europäischen Kommission und anderer Wettbewerbsbehörden. Auch die unterschiedliche Bewertung der wettbewerblichen Einheit von Einzelhandelsgruppen mit unterschiedlichen Vertriebslinien (Vollsortiment vs. Discount) führt

die Monopolkommission zu einer Beurteilung der Wettbewerbsintensität im Lebensmitteleinzelhandel, die von der Praxis des Bundeskartellamtes abweicht.

94. Die Bundesregierung begrüßt, dass sich die Monopolkommission mit der Frage nach der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes für den Lebensmitteleinzelhandel und dem „richtigen“ Verfahren zur Berechnung von Konzentrationsraten auseinandersetzt. Das Bundeskartellamt unterzieht seine Kriterien sowohl in Einzelverfahren als auch im Rahmen der laufenden Sektoruntersuchung im Lebensmitteleinzelhandel einer fortlaufenden Überprüfung. Das bietet die Möglichkeit für das Bundeskartellamt auf die Einschätzung der Monopolkommission in diesem Kontext einzugehen.

95. Kritisch betrachtet die Monopolkommission die Wettbewerbsverhältnisse auf regionalen Märkten des Lebensmitteleinzelhandels (Rn. 1052 bis 1054, 1217, 1218). Dort könnten Fusionen unter Beteiligung von führenden Handelsunternehmen in der Regel nur unter der Bedingung genehmigt werden, dass in den betroffenen Regionen Filialen veräußert werden. Die Monopolkommission ist der Auffassung, Bedingungen und Auflagen der Fusionskontrolle hätten bei Handelsfusionen allerdings nur begrenzt dekonzentrierte Effekte, da zwar die Marktherrschaft der Zusammenschlussparteien vermieden werde, es aufgrund der Veräußerung von Standorten an Unternehmen der Spitzengruppe aber dennoch zu einer Beschränkung des Wettbewerbs komme. Denn ein Erwerber könne nur dann abgelehnt werden, wenn er nicht seinerseits eine marktbeherrschende Stellung innehatte oder mit dem Erwerb erreiche.

96. Der Bundesregierung ist diese Problematik bewusst. Sie geht aber davon aus, dass mit dem Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle ein rechtlicher Rahmen geschaffen wird, mit dem das Bundeskartellamt in Zukunft die Nebenbestimmungen im Lebensmitteleinzelhandel noch effektiver zum Schutz des Wettbewerbs gestalten kann. Das Untersagungskriterium des GWB wird dem Test der europäischen Fusionskontrollverordnung angeglichen, so dass in Zukunft darauf abzustellen ist, ob durch einen Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde. Dieses neue Untersagungskriterium wird das Bundeskartellamt auch bei der Umsetzung von Nebenbestimmungen im Lebensmitteleinzelhandel berücksichtigen und so die Problematik der Übernahme von Standorten durch Unternehmen der Spitzengruppe entschärfen können.

97. Die Monopolkommission setzt sich ausführlich mit dem Thema Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel auseinander. Sie stellt übersichtlich Studien und Initiativen auf nationaler und europäischer Ebene zu diesem Thema vor und fasst diese inhaltlich zusammen. Darüber hinaus wirft die Monopolkommission auch einen Blick auf das europäische Ausland und stellt Untersuchungen zur Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel aus anderen EU-Mitgliedstaaten vor. Sie weist aber zutreffend darauf hin, dass bislang auch international wenige empirische Analysen zum Thema Nachfragemacht existieren, noch seltener solche, die sich auf den Lebensmitteleinzel-

handel beziehen. Die bisherigen Befunde deuteten zwar auf die Existenz von Nachfragemacht hin. Es sei jedoch bislang nicht gelungen, negative Effekte von Nachfragemacht nachzuweisen (Rn. 1072 bis 1144).

98. Die Bundesregierung begrüßt, dass die Monopolkommission die mit diesem Thema zusammenhängenden schwierigen Fragen breit und sachkundig aufbereitet und einen grundsätzlichen Aufriss zu Ursachen und Wirkungen von Nachfragemacht und damit verbundenen möglichen negativen Wettbewerbseffekten liefert.

99. Die Bundesregierung teilt die Auffassung der Monopolkommission, dass die beste Grundlage für eine umfassende Analyse die Daten sind, die eine Wettbewerbsbehörde mit den ihr zur Verfügung stehenden Instrumenten erheben kann. Dies bezeugt die Sektoruntersuchung Milch, deren Endbericht das Bundeskartellamt im Januar 2012 vorgelegt hat, und deren Ergebnisse auf das Vorhandensein von Nachfragemacht hindeuten, die allerdings keine missbräuchliche Ausübung nachweisen können.

100. Die Bundesregierung begrüßt vor diesem Hintergrund die laufende Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel des Bundeskartellamtes. Zu den Fragen ob, wo und in welchem Ausmaß es im Lebensmitteleinzelhandel konkret Nachfragemacht gibt, wird diese Untersuchung nach § 32e GWB eine fundierte Aussage treffen können. Da eine vertiefte Analyse des komplexen Phänomens der Nachfragemacht im Rahmen der engen Fristen eines Fusionskontrollverfahrens nicht möglich ist, wird die Sektoruntersuchung insbesondere eine differenzierte wettbewerbsökonomische Analyse des Problems der Nachfragemacht ermöglichen und zur Entwicklung eines konsistenten kartellrechtlichen Prüfungsrasters beitragen.

101. Die Bundesregierung sieht wie die Monopolkommission in diesem Instrument die Chance, für den deutschen Markt aktuelle fundierte empirische Aussagen über das Vorliegen und die eventuelle Ausübung von Nachfragemacht im Lebensmitteleinzelhandel zu erhalten. Sie verspricht sich von den Ergebnissen dieser Analyse der Wettbewerbsbedingungen weitere Erkenntnisse über die aktuellen Machtverhältnisse zwischen Handel und herstellender Industrie sowie über deren Auswirkungen auf die Beschaffungs- und Absatzmärkte. Gleichzeitig verspricht sie sich davon eine verbesserte Tatsachengrundlage für zukünftige Entscheidungen des Bundeskartellamtes in dieser Branche.

102. Die Monopolkommission beschäftigt sich mit der Bedeutung von Einkaufskooperationen unter Beteiligung der führenden Handelsunternehmen im Lebensmitteleinzelhandel und legt dar, inwiefern diese Kooperationen Teil des Konzentrationsprozesses auf den Handelsmärkten sein können (Rn. 1060 bis 1063, 1071, 1156 bis 1158). Nach Auffassung der Bundesregierung spricht für eine solche Wirkung auch, dass nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes Handelsunternehmen für ihre Kooperationspartner oftmals nicht nur die Grundkonditionen verhandeln, sondern für eine Vielzahl von Lieferanten das Mandat für die gesamte Konditionenverhandlung übernehmen. Es wird daher in Zukunft eine wichtige Aufgabe

des Bundeskartellamts bleiben, im Rahmen der Fusionskontrolle nicht nur konzentrierte Aspekte, sondern auch solche kooperativen Aspekte einer Zusammenarbeit von Unternehmen umfassend zu würdigen.

103. Im Zusammenhang mit der 8. GWB-Novelle kritisiert die Monopolkommission, dass der Gesetzgeber – aus ihrer Sicht nicht erforderliche – Eingriffe in Marktaktivitäten fortschreibt. Sie stellt die Vertragsfreiheit in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen zu § 20 Absatz 3 GWB (Rn. 1178 bis 1183, 1222, 1223) wie auch zum Verbot von Verkäufen unter Einstandspreis (Rn. 1184, 1188, 1224). Die Monopolkommission befürchtet durch die 2007 eingeführte und zunächst auf fünf Jahre befristete Ausdehnung des Schutzbereichs des § 20 Absatz 3 GWB auf große Unternehmen eine Einschränkung des Wettbewerbs durch zu starke behördliche Eingriffsmöglichkeiten in die Konditionengestaltung. Auch dem ebenfalls 2007 eingeführten und auf fünf Jahre befristeten generellen Verbot von Verkäufen unter Einstandspreisen gemäß § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 GWB steht die Monopolkommission ablehnend gegenüber. Sie sieht in Verkäufen unter Einstandspreisen weniger eine wettbewerbswidrige Verdrängungsstrategie als einen Ausdruck von Wettbewerb, der allen Einzelhändlern offen stehe (Rn. 1185). Es sei unklar, auf welche Weise ein striktes Verbot von Untereinstandspreisverkäufen Herstellerunternehmen vor ungerechtfertigten Konditionenforderungen schützen soll. Die Monopolkommission weist außerdem auf die Anwendungsprobleme hin, die sich nach dem Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf im Fall Rossmann aus dem Jahr 2009² ergeben (Rn. 1187). Das Oberlandesgericht hatte bestätigt, dass Werbekostenzuschüsse nicht nur dem gesamten Bezugssortiment, sondern auch einzelnen Produkten zugeordnet werden können, so dass Einstandspreise fast beliebig reduziert werden können.

104. Die Bundesregierung teilt die Auffassung der Monopolkommission, dass es vorrangiges Ziel sein muss, wettbewerbsliche Strukturen zu schützen und wettbewerbsbeschränkende Praktiken von Unternehmen von vornherein zu verhindern. Eine wirksame Missbrauchsaufsicht über wettbewerbswidrige Verhaltensweisen bleibt immer nur die zweitbeste Lösung. Allerdings ist die Bundesregierung der Überzeugung, dass sowohl die Ausweitung des Schutzbereichs von § 20 Absatz 3 GWB auf große Unternehmen als auch das Verbot von Verkäufen unter Einstandspreis erforderlich sind, um die wettbewerbslichen Strukturen zu schützen. Daher sieht die 8. GWB-Novelle in der vom Deutschen Bundestag beschlossenen Fassung eine Entfristung der Ausweitung des Schutzbereichs von § 20 Absatz 3 GWB vor. Das Verbot von Verkäufen unter Einstandspreis soll bis Ende 2017 verlängert werden. Nach Einschätzung der Bundesregierung kann aus der geringen Anzahl von eingeleiteten Untereinstandspreis-Verfahren nicht geschlossen werden, dass die Norm in der Praxis keine Bedeutung hätte. Dem Verbot des auch nur gelegentlichen Verkaufs von Lebens-

mitteln unter Einstandspreis kommt vielmehr eine hohe präventive Vorfeldwirkung zu. Dies gilt insbesondere für die Vertragsbeziehungen zwischen dem hoch konzentrierten Lebensmitteleinzelhandel und der herstellenden Industrie sowie den landwirtschaftlichen Erzeugern.

105. Die Monopolkommission steht auch anderen Instrumenten, die diskutiert werden, um Nachfragemacht zu kontrollieren, kritisch gegenüber. So spricht sie sich insbesondere dagegen aus, bestimmte Einkaufspraktiken per se zu untersagen. Hinsichtlich auf europäischer Ebene diskutierter Maßnahmen wie der Einführung eines Verhaltenskodexes, der Einrichtung einer Transparenzstelle oder der Schaffung einer Schiedsstelle begegnet die Monopolkommission mit Vorsicht hinsichtlich der Wirksamkeit solcher Instrumente (Rn. 1189 bis 1212, 1225 bis 1230).

106. Die Bundesregierung hat Bedenken, ob weitere Vorgaben, die die Möglichkeiten der Vertragsgestaltung einschränken, tatsächlich geeignet sind, die Verhandlungsmacht strukturell zu verschieben. In Bezug auf die Schaffung neuer Beschwerde- oder Transparenzstellen stimmt sie der Monopolkommission zu, dass im Vorfeld viele grundlegende Fragen hinsichtlich der Befugnisse und der Ausstattung einer solchen Stelle zu klären wären, bevor konkrete Überlegungen angestellt werden können. Eine mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattete Ombudsstelle könnte beispielsweise kaum das Grundproblem lösen, dass betroffene Unternehmen bei Behinderungen durch marktstarke Unternehmen diese aus Angst vor Repressionen nicht nennen. Denn allein die Angaben eines Ombudsmanns reichen den Kartellbehörden oder den Gerichten als Nachweis in der Regel nicht aus.

VI. Einfluss des Planungsrechts auf den Wettbewerb im (Lebensmittel-) Einzelhandel

107. Die planerische Steuerung von Einzelhandelsansiedlungen hat in den vergangenen Jahren national wie international erneut an Bedeutung gewonnen. Die Bundesregierung begrüßt daher, dass die Monopolkommission die damit aktuell auftretenden Fragen in ihrem Hauptgutachten ausführlich für den Einzelhandel in Deutschland aufgreift. Die Bundesregierung ist allerdings der Auffassung, dass das Planungsrecht in seiner Rolle als Instrumentarium für eine nachhaltige und integrierte Stadtentwicklungspolitik betrachtet werden muss. Dem Einzelhandel kommt in diesem Zusammenhang eine entscheidende stadtgestalterische und soziale Funktion zu. Dort, wo er weg bricht, leidet nicht nur die Versorgungssituation, sondern auch Wohnen, Arbeiten, Kultur- und Freizeitgestaltungsmöglichkeiten.

108. Die Monopolkommission kritisiert, dass planungsrechtliche Anstrengungen zur gezielten Beschränkung der Ansiedlung von Einzelhandelsstandorten mit kleinteiligen Vorgaben de facto bestehende Einzelhandelsansiedlungen vor eintrittswilligen Wettbewerbern schützen (Rn. 1246). Sie erkennt auf sämtlichen Ebenen der planungsrechtlichen Regelungskaskade deutliche Beschränkungen für die Ansiedlung bzw. Erweiterung von Einzel-

² OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. November 2009, VI-2 Kart 9/08 OWI.

handelsstandorten, die in der Regel durch gemeindliche Bebauungspläne oder Einzelhandels- und Zentrenkonzepte konkretisiert werden (Rn. 1255). Die planungsrechtliche Beschränkung von Markteintritten bzw. Erweiterungen wirkt dabei veränderungsfeindlich auf vorhandene Strukturen (Rn. 1258). Insbesondere den baurechtlichen Bestandsschutz und die Bauleitplanung, die bestehende Einzelhandelsbetriebe schützen, macht die Monopolkommission als Barrieren für wettbewerbssteigernde Markteintritte aus (Rn. 1275).

109. Die Bundesregierung sieht die von der Monopolkommission ausgemachte Grundspannung, die zwischen planerischer Beeinflussung zukünftiger Entwicklungen und wettbewerblicher Ordnung besteht, und die nicht ganz aufzulösen ist (Rn. 1274). Die Bundesregierung weist jedoch darauf hin, dass die unterschiedliche Bebaubarkeit von Grundstücken auf Grund planungsrechtlicher Vorgaben Sinn und Zweck einer Planung ist; dies hat zwangsläufig Auswirkungen auf den Wirtschaftsraum im Planungsgebiet. Auch bekennt sich die Bundesregierung ausdrücklich zu dem Ziel der Stärkung der Innenstädte: Städte ohne einen funktionierenden Handel sind ebenso unattraktiv wie ein Handel ohne Städte mit einer geordneten städtebaulichen Entwicklung. Weil Städte nicht nur Handelszentren, sondern zugleich Dienstleistungs-, Kultur- und Freizeitstätten sind, wächst ihre Anziehungskraft nur durch eine wechselseitige Verstärkung der Attraktivität all dieser Bereiche.

110. Die Bundesregierung geht davon aus, dass im Interesse der Wahrung historisch gewachsener Städte und eines ausgewogenen, gegliederten Siedlungssystems eine gewisse Steuerung der Einzelhandelsansiedlung erforderlich ist. Ihr geht es dabei um den Schutz vor nachteiligen städtebaulichen und raumordnerischen Auswirkungen. Steuernde Eingriffe dürfen gleichwohl nicht dazu führen, dass vorhandene Einzelhandelsbetriebe besonders geschützt oder Konkurrenz verhindert werden. Bei der Anwendung der gesetzlichen Vorgaben des Raumordnungsgesetzes (ROG), welche keine Gewichtungsvorgaben zulasten der Ansiedlung neuer Betriebe enthalten, sieht die Bundesregierung keinen grundsätzlichen Schutz von Bestandsbetrieben. Im Rahmen der Raumordnung geht es allenfalls darum, die Ansiedlung des großflächigen Einzelhandels außerhalb von Zentren einzuschränken, um die Zentren lebensfähig zu halten.

111. Die raumordnerischen und städtebaulichen Regelungen zur Steuerung des großflächigen Einzelhandels dienen auch den von der EU anerkannten Zielen einer verbrauchernahen Versorgung, der Vermeidung von Verkehr, der schonenden Nutzung von Flächen und dem Schutz vor Zersiedelung, dem Umwelt- und Klimaschutz und der nachhaltigen Entwicklung insgesamt.

112. Die Monopolkommission geht im Bereich des Bauplanungsrechts insbesondere auf die Regelung des § 11 Absatz 3 Satz 3 BauNVO ein (Rn. 1250, 1263), nach der schädliche Auswirkungen von großflächigen Einzelhandelsbetrieben auf zentrale Versorgungsbereiche widerleglich vermutet werden. Derartige Betriebe sind daher regelmäßig nur in Kerngebieten und eigens festge-

setzten Sondergebieten zulässig. Die Monopolkommission fürchtet, dass der Schutz städtebaulicher Belange auf Grundlage dieser Norm nicht selten zu einem faktischen Konkurrentenschutz führt, weil Wettbewerbern ihre Expansion erschwert werde (Rn. 1263). Die Monopolkommission fordert deshalb zumindest eine Anpassung der Vorschrift.

113. Die BauNVO verfolgt städtebauliche Zielsetzungen. Aufgrund des § 11 Absatz 3 BauNVO erhalten die Gemeinden die Möglichkeit, im Wege der Bauleitplanung die Ansiedlung großflächiger Einzelhandelsbetriebe zu steuern; verhindert wird die ungesteuerte Ansiedlung an städtebaulich unerwünschten Standorten, nicht die Ansiedlung als solche. Welche Betriebsinhaber z. B. innerhalb der zentralen Versorgungsbereiche miteinander in Wettbewerb treten, bleibt von der Regelung unberührt.

114. § 11 Absatz 3 BauNVO verfolgt die städtebauliche Zielsetzung, urbane und kompakte Siedlungsstrukturen lebendig zu erhalten, eine verbrauchernahe Versorgung zu sichern und negative Auswirkungen großflächiger Handelsbetriebe auf die städtebauliche Entwicklung und Verwirklichung von Zielen der Raumordnung zu vermeiden. Sofern die Monopolkommission eine weniger schematische und situationsabhängige Orientierung des Planungsermessens für denkbar hält (Rn. 1264), verweist die Bundesregierung darauf, dass § 11 Absatz 3 Satz 3 BauNVO den Genehmigungsbehörden eine Regelvermutung zur Verfügung stellt, gleichzeitig aber auch vorgibt, bei Vorliegen welcher Anhaltspunkte diese Vermutung gerade nicht gelten soll.

115. Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass sich die in § 11 Absatz 3 BauNVO enthaltene Verweisung großflächiger Einzelhandelsbetriebe und Einkaufszentren in Kerngebiete und Sondergebiete mit entsprechender Zweckbestimmung durch Bebauungspläne bewährt und maßgeblich zur Vermeidung städtebaulicher Fehlentwicklungen beigetragen hat. Die Bundesregierung hat diese Vorschrift daher mit dem am 4. Juli 2012 beschlossenen Gesetzentwurf zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts unverändert beibehalten. Sie dient dem Schutz zentraler Versorgungsbereiche und schützt damit die – auf gute Erreichbarkeit auch für nicht motorisierte Bevölkerungsgruppen ausgerichtete – Versorgungsstruktur in den Städten und Gemeinden. Zur weiteren Verbesserung des planerischen Instrumentariums sieht der Regierungsentwurf zudem ausdrücklich vor, dass im Flächennutzungsplan auch die Ausstattung des Gemeindegebiets mit zentralen Versorgungsbereichen dargestellt werden kann.

116. Die Monopolkommission kritisiert weiterhin, dass der Gebrauch der Steuerungsinstrumente durch die Gemeinden zur Errichtung absoluter Markteintrittsbarrieren führe (Rn. 1252). Diese Auffassung teilt die Bundesregierung nicht. Die Einschätzung der Monopolkommission stellt im Grundsatz die Planungshoheit der Gemeinden in Frage. Es ist jedoch das verfassungsrechtlich garantierte Recht und zugleich die Aufgabe der Gemeinden, die bauliche Nutzung im Gemeindegebiet zu regeln; es gibt hin-

gegen keine Verpflichtung, eine Nutzung im gesamten Gemeindegebiet zuzulassen oder neue Flächen für eine bestimmte Nutzung vorzusehen, wenn dies der beabsichtigten städtebaulichen Entwicklung nicht entspricht. Zutreffend ist, dass städtebauliche Regelungen faktisch Auswirkungen auf die Ansiedlungsmöglichkeit haben können. Die unterschiedliche Bebaubarkeit von Grundstücken hat zwangsläufig Auswirkungen auf den Wirtschaftsraum im Planungsgebiet. Vor diesem Hintergrund sind nach Auffassung der Bundesregierung bei städtebaulichen Regelungen Gewerbefreiheit und Schutz des Wettbewerbs in die Abwägung mit einzubeziehen.

117. Die Bundesregierung schließt sich dem Hinweis der Monopolkommission an, dass möglichste Wettbewerbsneutralität auch bei integrierter Planungs- und Förderpolitik, die städtebauliche Ziele anreizkompatibel umzusetzen versucht, geboten ist. Die Monopolkommission spricht sich für eine anreizkompatible Umsetzung planerischer Ziele aus. Hierunter versteht sie eine weitere Öffnung des Planungsrechts und planerischer Vorgaben in Bezug auf positive Elemente der Planzielverfolgung und insbesondere den Einsatz möglichst wettbewerbsneutral ausgestalteter positiver Anreize (Rn. 1287). Die Bundesregierung begrüßt die bereits von vielen Kommunen

praktizierte integrierte Stadtentwicklung, in der Bedürfnisse des Städtebaus, der Wohnungs-, Verkehrs-, Umwelt-, Sozial- und Wirtschaftspolitik ineinander greifen. Sie ermutigt Städte und Gemeinden, eine anreizkompatible Ausgestaltung der städtebaulichen Instrumente weiter zu fördern.

118. Schließlich mahnt die Monopolkommission an, auch städtebauliche Fördermaßnahmen so auszugestalten, dass Wettbewerbsverzerrungen möglichst vermieden werden (Rn. 1269, 1286). Sie schließt aus der Förderung der Innenstadt bzw. bestimmter Stadtteile die Benachteiligung nicht zentral angesiedelter Einzelhandelsbetriebe. Der Bundesregierung ist es ein wichtiges Anliegen, dass städtebauliche Fördermaßnahmen möglichst wettbewerbsneutral gestaltet werden. Zentrale Zielsetzung der Städtebauförderung ist aber Förderung städtebaulicher Maßnahmen zur Schaffung öffentlicher Güter, die der Markt ohne Eingriffe nicht bereit stellen würde. Die Mittel dienen dabei primär den in den Programmen beschriebenen städtebaulichen Zielen. Es werden öffentliche Güter gefördert. Gemeinden, die die Empfänger der Fördermittel sind, setzen diese nicht mit Marktbezug, sondern im Rahmen ihres staatlich-hoheitlichen Aufgabenbereichs ein.

