



Sachstand

Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission

Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission

Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 075/16
Abschluss der Arbeit: 6. Juni 2016
Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Umweltschutzrecht,
Verkehr, Bau und Stadtentwicklung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einführung	4
2.	Gesetzliche Aufgabe der Monopolkommission	4
3.	Konzentrationsberichterstattung	6
3.1.	Neuausrichtung	6
3.2.	Übereinstimmung mit den Maßgaben des § 44 Abs. 1 GWB (Aufgaben)	7
3.3.	Übereinstimmung mit den Maßgaben des § 47 Abs. 1 GWB (Übermittlung statistischer Daten)	8

1. Einführung

Gegenstand des vorliegenden Sachstands sind folgende, im Zusammenhang mit der Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission aufgeworfene Fragen:

„War die Monopolkommission nach dem § 44 GWB zur eigenständig vorgenommenen Neuausrichtung der Konzentrationsberichterstattung berechtigt oder nicht? Wie ist es zu bewerten, dass die Monopolkommission für die Konzentrationsberichterstattung gem. § 44 GWB in den letzten Jahren die Datenbasis zum Verflechtungsnetzwerk der Unternehmen drastisch reduziert hat, obwohl ihr aus allgemein zugänglichen Quellen hierfür nahezu vollständige Angaben zur Verfügung stehen und sie nach § 47 GWB verpflichtet ist, dem Statistischen Bundesamt die ihm ggf. fehlenden Daten zu übermitteln?“

Dazu wird im Folgenden zunächst die Aufgabe der Monopolkommission dargestellt und in einem zweiten Schritt die praktische Erfüllung dieser Aufgabe mit den Vorgaben der Vorschriften §§ 44 und 47 GWB überprüft.

2. Gesetzliche Aufgabe der Monopolkommission

Die Monopolkommission wurde im Jahre 1973 mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen¹ eingerichtet. Dabei wurde das Ziel verfolgt, dass die Kommission die Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland sowie die Anwendung der §§ 22 bis 24 a GWB (a.F.) alle zwei Jahre begutachten sollte².

Zu diesem Zweck wurde § 24 b in das GWB (a.F.) eingefügt:

„§ 24 b

- (1) Zur regelmäßigen Begutachtung der Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland und der Anwendung der §§ 22 bis 24 a wird eine Monopolkommission gebildet. Sie besteht aus fünf Mitgliedern, die über besondere volkswirtschaftliche, betriebswirtschaftliche, sozialpolitische, technologische oder wirtschaftsrechtliche Kenntnisse und Erfahrungen verfügen müssen.
- (2) ...
- (3) Die Monopolkommission soll in ihrem Gutachten den jeweiligen Stand der Unternehmenskonzentration sowie deren absehbare Entwicklung unter wirtschafts-, insbesondere wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten beurteilen und die Anwendung der §§ 22 bis 24 a würdigen. Sie soll auch nach ihrer Auffassung notwendige Änderungen der einschlägigen Bestimmungen dieses Gesetzes aufzeigen.
- (4) Die Monopolkommission ist nur an den durch dieses Gesetz begründeten Auftrag gebunden und in ihrer Tätigkeit unabhängig. Vertritt eine Minderheit bei der Abfassung der

1 Verkündet im Bundesgesetzblatt Jahrgang 1973 Teil I Nr. 64, S. 917, ausgegeben zu Bonn am 4. August 1973.

2 Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucksache 6/2520, S. 25.

Gutachten eine abweichende Auffassung, so kann sie diese in den Gutachten zum Ausdruck bringen.

- (5) Die Monopolkommission erstellt alle zwei Jahre bis zum 30. Juni, erstmals nach Ablauf des zweiten vollen Kalenderjahres nach Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ein Gutachten, das sich auf die Verhältnisse in den letzten beiden abgeschlossenen Kalenderjahren erstreckt. Darüber hinaus kann sie nach ihrem Ermessen zusätzliche Gutachten erstellen. Die Bundesregierung kann die Monopolkommission mit der Erstattung zusätzlicher Gutachten beauftragen. Die Monopolkommission leitet die Gutachten unverzüglich der Bundesregierung zu und veröffentlicht sie. Zu den Gutachten nach Satz 1 nimmt die Bundesregierung gegenüber den gesetzgebenden Körperschaften Stellung. Der Bundesminister für Wirtschaft und Finanzen kann auch in Einzelfällen, die ihm nach § 24 Abs. 3 zur Entscheidung vorliegen, eine gutachtliche Stellungnahme der Monopolkommission einholen.
- (6) ...“

Mit dem Sechsten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen³ wurde das GWB neu strukturiert. Die Regelungen zur Arbeit der Monopolkommission erhielten einen eigenen Abschnitt. Ihre Aufgaben sind seither in § 44 GWB geregelt:

„Achter Abschnitt

Monopolkommission

§44

Aufgaben

- (1) Die Monopolkommission erstellt alle zwei Jahre ein Gutachten, in dem sie den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland beurteilt, die Anwendung der Vorschriften über die Zusammenschlußkontrolle würdigt sowie zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung nimmt. Das Gutachten soll die Verhältnisse in den letzten beiden abgeschlossenen Kalenderjahren einbeziehen und bis zum 30. Juni des darauffolgenden Jahres abgeschlossen sein. Die Bundesregierung kann die Monopolkommission mit der Erstattung zusätzlicher Gutachten beauftragen. Darüber hinaus kann die Monopolkommission nach ihrem Ermessen Gutachten erstellen.
- (2) Die Monopolkommission ist nur an den durch dieses Gesetz begründeten Auftrag gebunden und in ihrer Tätigkeit unabhängig. Vertritt eine Minderheit bei der Abfassung der Gutachten eine abweichende Auffassung, so kann sie diese in dem Gutachten zum Ausdruck bringen.
- (3) ...“

3 Verkündet im Bundesgesetzblatt Jahrgang 1998 Teil I Nr. 59, S. 2546, ausgegeben zu Bonn am 2. September 1998.

Wie bereits in § 24 b Abs. 3 Satz 1 GWB (a.F.) ist der Monopolkommission auch in § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB⁴ als Hauptaufgabe übertragen worden, alle zwei Jahre den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland zu begutachten.

3. Konzentrationsberichterstattung

3.1. Neuausrichtung

Die im Hauptgutachten vorzunehmende Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission bestand bis einschließlich des 2012 vorgelegten XIX. Hauptgutachtens im Wesentlichen aus zwei Teilen: Zum einen aus der Berechnung von deutschlandweiten Konzentrationsmaßen auf Basis der Wirtschaftszweigklassifikation für viele Branchen, insbesondere des produzierenden Gewerbes, zum anderen aus einer Analyse der Wertschöpfung und Verflechtung der 100 größten Unternehmen in Deutschland.⁵

Aus Sicht der Monopolkommission brachte diese Art der Konzentrationsberichterstattung einige Probleme mit sich, welche die Aussagekraft der Ergebnisse belasteten. Wichtige Einflussfaktoren, wie beispielsweise Markteintrittsbarrieren, die neuen Unternehmen den Marktzugang erschweren oder unmöglich machen, wurden durch die klassischen Konzentrationsstatistiken nicht abgebildet. So ließen sich anhand der traditionellen Konzentrationsmaße keine zuverlässigen Schlussfolgerungen im Hinblick auf das Bestehen von Marktmacht ableiten⁶. Um diesen Problemen zu begegnen und die wirtschaftspolitische Aussagekraft der Konzentrationsstatistik zu erhöhen hat die Monopolkommission bereits in ihren XVII. und XVIII. Hauptgutachten die Überlegung angestellt, die flächendeckende Konzentrationsberichterstattung durch weniger umfangreiche, jedoch tiefer gehende empirische Analysen zu ersetzen^{7, 8}.

Vor diesem Hintergrund beauftragte das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) das Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH (ZEW), die wettbewerbspolitische Relevanz der bisherigen Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission zu bewerten und Verbesserungsmöglichkeiten für ihre empirischen Analysen

4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 203), abrufbar unter <http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/index.html>.

5 *Haucap* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), Kartellrecht Kommentar, 3. Auflage 2016, § 47 GWB Rn. 7.

6 XVII. Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drucksache 16/10140, S. 100, Tz. 195 sowie XVIII. Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drucksache 17/2600, S. 69, Tz. 90.

7 XVII. Hauptgutachten der Monopolkommission, a.a.O.; XVIII. Hauptgutachten der Monopolkommission, a.a.O., S. 86, Tz. 156.

8 Vgl. zu allem *Holthoff-Frank*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Band 2 (§§ 35 – 131 GWB), 2014 § 44 Rn. 11.

aufzuzeigen. In seinem 2011 veröffentlichten Endbericht zur Modernisierung der Konzentrationsberichterstattung⁹ hat das ZEW dargelegt, dass es in der bisherigen Konzentrationsberichterstattung keinen nützlichen Indikator der wettbewerbspolitisch relevanten Unternehmenskonzentration sehe. Es hat ferner festgestellt, dass der geringe Beitrag der Konzentrationsberichterstattung zur wettbewerbspolitischen Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen und anderen wettbewerbspolitisch relevanten Fragestellungen insgesamt nicht den erheblichen Erstellungsaufwand dieser Statistik rechtfertige¹⁰.

Die Monopolkommission nahm sodann in ihrem XIX. Hauptgutachten zum Endbericht des ZEW Stellung und kündigte eine Neuausrichtung der Konzentrationsberichterstattung an¹¹, in deren Folge sie keine „klassischen“ Konzentrationstabellen in den Anlagen mehr veröffentlichten würde¹².

Dieser Ankündigung folgend hat die Monopolkommission in ihrem im Juli 2014 der Bundesregierung vorgelegten XX. Hauptgutachten¹³ die Neuausrichtung bereits umgesetzt und von der „klassischen“ Konzentrationsberichterstattung abgesehen.

3.2. Übereinstimmung mit den Maßgaben des § 44 Abs. 1 GWB (Aufgaben)

Zur Frage, ob die Monopolkommission nach § 44 GWB berechtigt war, die Neuausrichtung der Konzentrationsberichterstattung eigenständig vorzunehmen, lässt sich folgendes festhalten:

Wie oben angesprochen, ist die Aufgabe der Monopolkommission in § 44 Abs. 1 GWB gesetzlich geregelt. Sie hat demnach in erster Linie ein so genanntes Hauptgutachten zu erstellen (Sätze 1 und 2), in dem der Stand der Unternehmenskonzentration wirtschafts- und wettbewerbspolitisch beurteilt und rechtlich gewürdigt wird (Konzentrationsberichterstattung)¹⁴. Weitere Aufgaben sind die Erstellung von Sondergutachten. Darunter fallen Gutachten, die von der Bundesregierung in Auftrag gegeben werden (Auftragsgutachten, Satz 3) und Gutachten, welche die Monopolkommission nach eigenem Ermessen erstellen kann (Ermessensgutachten, Satz 4).

9 *Hunold/Laitenberger u.a.*, Modernisierung der Konzentrationsberichterstattung - Endbericht zum Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, Mannheim 2014, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Mediathek/publikationen.did=471118.html>.

10 *Hunold/Laitenberger u.a.*, a.a.O., S. 13.

11 XIX. Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drucksache 17/10365, S. 89 ff.

12 XIX. Hauptgutachten der Monopolkommission, a.a.O., S. 93, Tz. 198.

13 XX. Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drucksache 18/2150.

14 Vgl. *Bechtold/Bosch*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 8. Auflage 2015, § 44 Rn. 2.

Dabei ist weder in § 44 GWB selbst, noch in der Begründung zum Gesetzentwurf der Sechsten GWB-Novelle¹⁵ bzw. in der Begründung zum Gesetzentwurf der Zweiten GWB-Novelle zur Einrichtung der Monopolkommission¹⁶ aufgezeigt, wie das Gutachten inhaltlich aufgebaut bzw. strukturiert sein soll.

Die Tatsache, dass die Monopolkommission die Konzentrationsberichterstattung in der bisherigen Form in die jeweiligen Hauptgutachten integriert hatte, begründet jedoch nicht die Pflicht, es zukünftig auch in dieser Weise fortzuführen.

Die Monopolkommission ist vielmehr gemäß § 44 Abs. 2 Satz 1 GWB nur an den durch das Gesetz begründeten Auftrag gebunden und ansonsten in ihrer Tätigkeit unabhängig. Ihre institutionelle Unabhängigkeit zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass die Monopolkommission in der Wahl ihrer Untersuchungsmethoden, der Feststellung der Untersuchungsergebnisse und der Entscheidung, ob und welche Empfehlungen sie ausspricht, frei ist¹⁷. Einflussnahmen auf die im Rahmen des gesetzlichen Auftrags ausgeübte Tätigkeit sind demnach unzulässig¹⁸.

Ist die Monopolkommission der Ansicht, dass die Konzentrationsberichterstattung in der früheren Form unzureichend sei, handelt sie demgemäß innerhalb ihrer Befugnisse, wenn sie die Konzentrationsberichterstattung eigenständig neu ausrichtet und modernisiert.

Demgemäß hat auch die Bundesregierung bekundet, dass es für die Neuausrichtung der Konzentrationsberichterstattung keiner Änderung des gesetzlichen Auftrags bedürfe¹⁹.

Dem entgegengesetzte Stimmen sind in der einschlägigen rechtswissenschaftlichen Literatur nicht zu finden.

3.3. Übereinstimmung mit den Maßgaben des § 47 Abs. 1 GWB (Übermittlung statistischer Daten)

Die Monopolkommission verfügt über keine Auskunftsbefugnisse gegenüber Einzelunternehmen²⁰. Nachdem § 47 Abs. 1 GWB [a.F.] der Monopolkommission lediglich die Möglichkeit eröffnete, vom Statistischen Bundesamt und den Statistischen Ämtern der Länder

15 Vgl. BT-Drucksache 13/9720, S. 61.

16 Vgl. BT-Drucksache 6/2520, S. 25 und 33.

17 Vgl. *Holthoff-Frank* (o. Fn. 8), § 44 Rn. 23.

18 Vgl. *Juliane Scholl*, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) §§ 1-96, 130, 131, 2. Auflage 2015, § 44 Rn. 21.

19 Vgl. die Stellungnahme der Bundesregierung zum XIX. Hauptgutachten der Monopolkommission mit der Maßgabe, dass der Gesetzgeber nie die Veröffentlichung von Konzentrationsmaßen gefordert habe, BT-Drucksache 17/12940, S. 8, Rn. 53.

20 Vgl. *Bechtold/Bosch*, (o.Fn. 14), § 47 Rn. 1.

bestimmte zusammengefasste Einzelangaben über die jeweils größten Unternehmen zu erhalten, wurde § 47 Abs. 1 Satz 1 GWB durch das Gesetz zur Einführung einer Dienstleistungstatistik und zur Änderung statistischer Rechtsvorschriften²¹ dahingehend geändert, dass aus der bisherigen Kann-Vorschrift („dürfen ... übermittelt werden“) eine Soll-Vorschrift wurde²²:

„§ 47 Übermittlung statistischer Daten

(1) Für die Begutachtung der Entwicklung der Unternehmenskonzentration werden der Monopolkommission vom Statistischen Bundesamt aus Wirtschaftsstatistiken (Statistik im Produzierenden Gewerbe, Handwerksstatistik, Außenhandelsstatistik, Steuerstatistik, Verkehrsstatistik, Statistik im Handel und Gastgewerbe, Dienstleistungstatistik) und dem Statistikregister zusammengefasste Einzelangaben über die Vomhundertanteile der größten Unternehmen, Betriebe oder fachlichen Teile von Unternehmen des jeweiligen Wirtschaftsbereichs

- a) am Wert der zum Absatz bestimmten Güterproduktion,
- b) am Umsatz,
- c) an der Zahl der tätigen Personen,
- d) an den Lohn- und Gehaltssummen,
- e) an den Investitionen,
- f) am Wert der gemieteten und gepachteten Sachanlagen,
- g) an der Wertschöpfung oder dem Rohertrag,
- h) an der Zahl der jeweiligen Einheiten

übermittelt. Satz 1 gilt entsprechend für die Übermittlung von Angaben über die Vomhundertanteile der größten Unternehmensgruppen. Für die Zuordnung der Angaben zu Unternehmensgruppen übermittelt die Monopolkommission dem Statistischen Bundesamt Namen und Anschriften der Unternehmen, deren Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe sowie Kennzeichen zur Identifikation. Die zusammengefassten Einzelangaben dürfen nicht weniger als drei Unternehmensgruppen, Unternehmen, Betriebe oder fachliche Teile von Unternehmen betreffen. ...“²³

Aufgrund der Gesetzesänderung ist das Statistische Bundesamt nunmehr dazu verpflichtet, von der Monopolkommission angeforderte Angaben zu Unternehmen gemäß § 47 Abs. 1 Satz 1 und Unternehmensgruppen gemäß § 47 Abs. 1 Satz 2 GWB bei der Begutachtung der Unternehmenskonzentration zu unterstützen²⁴.

21 Verkündet im Bundesgesetzblatt Jahrgang 2000 Teil I Nr. 56, S. 1765, ausgegeben zu Bonn am 22. Dezember 2000.

22 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zum Gesetzesentwurf, BT-Drucksache 14/4459, S. 8.

23 Hervorhebungen nicht im Original.

24 Vgl. *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014, § 47 GWB, Rn. 6 f.; *Scholl* (o. Fn. 18), § 47 Rn. 8; *Holthoff-Frank*, (o. Fn. 8), § 47 Rn. 4.

Gemäß § 47 Abs. 1 Satz 3 GWB ist die Monopolkommission unter der Maßgabe des Abs. 4 gehalten, dem Statistischen Bundesamt

„... Namen und Anschriften der Unternehmen, deren Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe sowie Kennzeichen zur Identifikation ...“

zu übermitteln. Für die Einhaltung der Übermittlungspflicht des Statistischen Bundesamts ist demgemäß ein kooperatives Zusammenwirken zwischen der Monopolkommission und dem Statistischen Bundesamt erforderlich²⁵.

Aus der vom Gesetzgeber für die beiden Absätze gewählten Formulierung lässt sich allerdings keine Verpflichtung der Monopolkommission herauslesen, bei der Erstellung ihrer Gutachten auf die Daten des Statistischen Bundesamts zurückgreifen zu müssen. Im Gegenteil, nach dem Wortlaut ist die Monopolkommission nicht daran gehindert, auf die Daten des Statistischen Bundesamts zu verzichten.

Demgemäß handelt die Monopolkommission nicht rechtswidrig, wenn sie für ihre Analysen verstärkt auf private Datenanbieter zurückgreift und für die Analyse der Entwicklung und Verflechtung der 100 größten Unternehmen in Deutschland eigene Erhebungen durchführt.

- Ende der Bearbeitung -

25 Vgl. Scholl (o. Fn. 18), § 47 Rn. 11.