

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

Siebzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2006/2007 – Drucksache 16/10140 –

Stellungnahme der Bundesregierung

Inhaltsverzeichnis

	Seite
I. Auftrag der Monopolkommission und kartellrechtliche Schwerpunkte des Siebzehnten Hauptgutachtens	2
II. Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik	3
A. Wettbewerbspolitische Aspekte der Bahnprivatisierung	3
B. Entflechtungsvorschläge der Europäischen Kommission für die Energiewirtschaft	4
C. Übergang von der Regulierung zur Wettbewerbsaufsicht bei der Telekommunikation	5
D. Zusammenarbeit mit dem Statistischen Bundesamt und Gesetzesvorschlag zu § 47 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen	5
E. Akteneinsicht bei der Bundesnetzagentur	6
III. Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration	6
IV. Wettbewerbsrecht	7
A. Missbrauchsaufsicht	7
B. Fusionskontrolle	7
V. Potenziale für mehr Wettbewerb auf dem Krankenhausmarkt	9
VI. Der „more economic approach“ in der europäischen Beihilfenkontrolle	12

I. Auftrag der Monopolkommission und kartellrechtliche Schwerpunkte des Siebzehnten 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. Die Bundesregierung hat das Siebzehnte Hauptgutachten der Monopolkommission vom 30. Juni 2008 dem Deutschen Bundestag (Bundestagsdrucksache 16/10140) und dem Bundesrat (Bundesratsdrucksache 603/08) unverzüglich zugeleitet. Sie legt nunmehr ihre Stellungnahme dazu vor.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat am 23. September 2008 die betroffenen Wirtschaftsverbände sowie Arbeitgeber und Gewerkschaften angehört und ihre Stellungnahmen zum Siebzehnten Hauptgutachten eingeholt. Schwerpunkte im Rahmen der Anhörung waren die wettbewerbspolitischen Aspekte der Bahnprivatisierung, die Entflechtungsvorschläge der Europäischen Kommission für die Energiewirtschaft, mögliche Potenziale für mehr Wettbewerb auf dem Krankenhausmarkt sowie die europäische Beihilfepolitik.

2. Im Kapitel „Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik“ bewertet die Monopolkommission die geplante Privatisierung der Deutsche Bahn Mobility & Logistics AG (DB ML AG) grundsätzlich positiv. Dabei plädiert sie für eine vollständige eigentumsmäßige Separierung des Netzes, kritisiert die vorgesehene integrierte Konzernstruktur und weist auf beihilferechtliche Probleme bei der Verwendung des Privatisierungserlöses hin. Die Bundesregierung begrüßt die grundsätzlich positive Einschätzung der Privatisierung der DB ML AG durch die Monopolkommission, tritt aber deren kritischen Anmerkungen und Forderungen entgegen (siehe im Einzelnen hierzu Nummer 5 f.).

Die Entflechtungsvorschläge der Europäischen Kommission für die Energiewirtschaft beurteilt die Monopolkommission kritisch. Sie lehnt sowohl die von der Europäischen Kommission befürwortete eigentumsrechtliche Entflechtung als auch die Alternative eines unabhängigen Netzbetreibers ab. Die Bundesregierung teilt im Wesentlichen die Einschätzung der Monopolkommission (siehe Nummer 7 f.).

Der Übergang der Telekommunikationsmärkte von der Regulierung in das allgemeine Wettbewerbsrecht sollte nach Ansicht der Monopolkommission ohne weitere gesetzliche Zwischenschritte erfolgen. Eine von der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit unabhängige Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur und deren Tätigkeit als Wettbewerbsbehörde im Telekommunikationsmarkt lehnt die Monopolkommission ab. Die Bundesregierung teilt diese Auffassung und sieht derzeit keinen gesetzlichen Handlungsbedarf (siehe hierzu im Einzelnen Nummer 9 f.).

Wie in vorangegangenen Hauptgutachten thematisiert die Monopolkommission die Zusammenarbeit mit dem Statistischen Bundesamt und macht einen Gesetzesänderungsvorschlag zu § 47 GWB, um bestehende Auslegungsdifferenzen auszuräumen. Außerdem fordert die Monopolkommission im Energie-, Eisenbahn- und Postbereich ein Akteneinsichtsrecht bei der Bundesnetzagentur, wie es im allgemeinen Wettbewerbs- und Telekommunikationsrecht bereits besteht. Alle angeregten gesetzlichen Änderungen verdienen nach Ansicht der Bundesregierung eine nähere Prüfung (siehe Nummer 11 ff.).

3. Vor dem voraussichtlichen Szenario weiter steigenden Kostendrucks im Krankenhausmarkt widmet die Monopolkommission dessen wesentlichen Problemfeldern ein eigenes Kapitel des Hauptgutachtens. Sie bezieht dabei u. a. zur Fusionskontrolle, zum Qualitätswettbewerb, zur Krankenhausplanung und -finanzierung, zu Optionstarifen und zur Anwendung des Wettbewerbsrechts im Krankensektor Stellung.

Die Bundesregierung unterstützt grundsätzlich das Plädoyer der Monopolkommission für mehr wettbewerbliche Elemente im Krankensektor. Sie wird dieses Ziel, unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Krankensektors, auch in Zukunft weiter verfolgen (siehe im Einzelnen hierzu Nummer 23 ff.).

Die Bundesregierung teilt nur teilweise die Handlungsempfehlungen der umfassenden Analyse des Krankensektors durch die Monopolkommission. Eine Absenkung der Aufgreifschwelle für Fusionen im Krankensektor hält die Bundesregierung nicht für erforderlich, da die geltenden Schwellen eine angemessene fusionskontrollrechtliche Begleitung der Marktstrukturentwicklung gewährleisten. Die bestehenden gesetzlichen Anforderungen an die Qualitätssicherung und Transparenz sichern nach Ansicht der Bundesregierung den Qualitätswettbewerb zwischen den Krankenhäusern. Weitere Verbesserungen hinsichtlich verständlicher und vergleichbarer Patienteninformation erwartet die Bundesregierung von der Arbeit des noch zu bestimmenden Instituts für Qualität. Fragen der Krankenhausfinanzierung hat die Bundesregierung vor kurzem im Entwurf eines Krankenhausfinanzierungsreformgesetzes aufgegriffen und dort einen gesetzlichen Entwicklungsauftrag verankert, nach dem von Ländern und Bund Grundsätze und Kriterien für die Ermittlung eines Investitionsfallwertes entwickelt werden sollen. Zudem sind nach diesem Gesetzesentwurf die Selbstverwaltungspartner auf Bundesebene und deren DRG (Diagnosis Related Groups)-Institut gehalten, eine moderne, unternehmerisch orientierte Investitionsfinanzierung auf der Grundlage leistungsorientierter Investitionspauschalen zu erarbeiten. Im Bereich der Krankenhausplanung besteht auch nach Auffassung der Bundesregierung Prüfungsbedarf. Sie hält hier eine Rahmenplanung gegenüber der bestehenden ausdifferenzierten Detailplanung der Länder für vorzugswürdig. Die Bundesregierung teilt die Kritik der Monopolkommission am Differenzierungsgrad des DRG-Fallpauschalensystems nicht. Das entwickelte leistungsorientierte DRG-System ermöglicht eine sachgerechte preisliche Abbil-

derung der akutstationären Krankenhausleistungen. Das differenzierte deutsche DRG-System trifft gerade auch deshalb auf ein hohes internationales Interesse.

4. Die Monopolkommission setzt sich in einem weiteren eigenständigen Kapitel mit dem „more economic approach“ im Rahmen der europäischen Beihilfepolitik auseinander.

Die Bundesregierung begrüßt die ausführliche Analyse des „more economic approach“ in der europäischen Beihilfekontrolle durch die Monopolkommission. Die umfassenden Vorschläge zur Verbesserung der Förderverfahren auf europäischer und nationalstaatlicher Ebene enthalten einige interessante Aspekte. So könnte die vorgeschlagene Einführung eines „Spürbarkeitstests“ in Einzelfällen eine Option zur Klärung der Zuständigkeiten darstellen. Durch einen solchen Tests dürfte allerdings nicht grundsätzlich der erreichte Stand der Kodifizierung des Beihilfenrechts und die hiermit geschaffene Rechtsklarheit in Frage gestellt werden. Auch die vorgeschlagene Festlegung verbindlicher Prüf- und Entscheidungsfristen für die Europäische Kommission im Beihilfungsverfahren, wie sie bereits im Kartellrecht existieren, ist bedenkenswert, weil hierdurch die Dauer der Verfahren verkürzt würde. Allerdings erscheint es zur Konzentration der Beihilfekontrolle auf die im EU-Kontext relevanten Fälle effektiver, die Schwellenwerte für de-minimis-Beihilfen deutlich anzuheben, als das vorgeschlagene Opportunitätsprinzip für die Beihilfenkontrolle einzuführen. Auch die Vorschläge, Beihilfeempfänger und Konkurrenten früher in das Notifizierungsverfahren einzubeziehen, Ermittlungsbefugnisse der Kommission gegenüber Privaten zu schaffen und Klagerechte für Verbände und Konkurrenten zu begründen und zu erleichtern, sind kritisch zu sehen.

Hinsichtlich der Vorschläge der Monopolkommission zur Verbesserung der Steuerung und Kontrolle von nationalen Fördermaßnahmen weist die Bundesregierung darauf hin, dass es in Deutschland bereits viele entsprechende etablierte Mechanismen gibt. Die Vorteile derartiger Kontroll- oder Steuerungsmaßnahmen sollten immer im Verhältnis zum angestrebten Ziel gesehen werden.

Die Bundesregierung konzentriert ihre Stellungnahme auf die wesentlichen Ausführungen der Monopolkommission zum EU-Beihilfenrecht. Eine Stellungnahme zu den hier nicht erwähnten Vorschlägen behält sich die Bundesregierung vor (siehe im Einzelnen hierzu Nummer 32 ff.).

II. Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

A. Wettbewerbspolitische Aspekte der Bahnprivatisierung

5. Die Monopolkommission nimmt in ihrem Hauptgutachten zu der vom Deutschen Bundestag und von der Bundesregierung beschlossenen Beteiligung privaten Kapitals an der DB ML AG Stellung. Sie sieht in der gewählten Struktur einen deutlichen Fortschritt gegenüber den ursprünglichen Privatisierungsplänen der Bundesregierung und begrüßt die sich abzeichnende Privatisierung des Bereichs Verkehr und Logistik der Deutschen Bahn

AG. Sie hält aber an ihrer bereits in einem Sondergutachten aus dem Jahr 2006 geäußerten Auffassung fest, wonach nur eine vollständige eigentumsmäßige Separierung des Netzes geeignet sei, die Leistungsfähigkeit des Bahnsektors innerhalb des gesamten Verkehrssystems zu erhöhen und den Anteil der Eisenbahn an der gesamten Verkehrsleistung zu steigern. Nur hierdurch werde den Interessen von Verladern und Fahrgästen entsprochen und eine Reduzierung der Umweltbelastungen durch den Verkehr erreicht (Tz. 3).

Kritisch sieht die Monopolkommission insbesondere, dass durch die integrierte Konzernstruktur – trotz des verbleibenden staatlichen Einflusses auf die Infrastruktur – Anreize zur Diskriminierung gesetzt würden. Die institutionelle Verflechtung werde zudem durch personelle Verflechtungen verstärkt (Vorstandsdoppelungen). Ziel müsse es sein, das operative Geschäft der DB ML AG weitestgehend von Einflüssen der Muttergesellschaft zu befreien. Kritisch bewertet die Monopolkommission auch die als „Veränderungssperre“ bezeichnete Beschränkung der Kapitalbeteiligung auf 24,9 Prozent, da hierin eine unzulässige Einengung der Möglichkeiten zur Kapitalbeschaffung zu sehen sei. Entsprechende tarifvertragliche Vereinbarungen seien als verfehlt zu betrachten (Tz. 4 bis 10).

Hinsichtlich der Verwendung des Privatisierungserlöses macht die Monopolkommission darauf aufmerksam, dass diese alleine der DB AG Holding als Veräußerer zustehe. Eine auch nur teilweise Auskehrung des Erlöses an die operativen Unternehmen würde eine Wettbewerbsverzerrende Beihilfe nach Artikel 87 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag) darstellen. Die Monopolkommission empfiehlt daher, die Erlöse alleine dem Infrastrukturbereich zum Ausbau von Bahnhöfen und der Schieneninfrastruktur zugute kommen zu lassen (Tz. 11 bis 13).

6. Die Bundesregierung begrüßt die grundsätzlich positive Einschätzung der Privatisierung der DB ML AG durch die Monopolkommission.

Bei ihrem Vorwurf hinsichtlich der weiterhin integrierten Konzernstruktur würdigt die Monopolkommission nicht ausreichend, dass nach der Beteiligung privaten Kapitals an der DB ML AG kein Beherrschungsvertrag zwischen der Konzernmutter DB AG und der DB ML AG mehr bestehen wird. Außerdem stehen wettbewerbs- und eisenbahnrechtliche Regelungen Diskriminierungen entgegen. Weder das EU-Recht noch das nationale Recht schreiben eine vollständige eigentumsmäßige Trennung von Infrastruktur und Betrieb vor. Vorgeschrieben und wettbewerbspolitisch erforderlich ist die Trennung der wesentlichen Funktionen wie sie nach Auffassung der Bundesregierung in Deutschland verwirklicht wurde sowie eine effektive Regulierung des Marktzugangs. Die von der Monopolkommission angesprochenen Doppelmandate beschränken sich auf den Vorstandsvorsitzenden und den Finanzvorstand.

Eine gesetzliche „Veränderungssperre“, zur Festlegung auf einen Privatisierungsanteil von 24,9 Prozent, gibt es

nicht. Die Tarifvertragsparteien haben auf der Grundlage des beschlossenen Modells eine Aufrechterhaltung des internen Arbeitsmarktes im DB AG-Konzern vereinbart.

Hinsichtlich der beihilferechtlichen Bedenken bei der geplanten Verwendung des Privatisierungserlöses verweist die Bundesregierung darauf, dass gemäß Beteiligungsvertrag die Beteiligung privaten Kapitals durch den Verkauf von Anteilen an der DB ML AG und durch die Ausgabe von Anteilen an der DB ML AG erfolgen wird. Der Verkaufserlös aus dem Verkauf von Anteilen an der DB ML AG geht an die Deutsche Bahn AG und wird entsprechend den Festlegungen im Beteiligungsvertrag an den Bund abgeführt. Die DB AG wird der DB ML AG keine Mittel aus diesen Einnahmen zuführen. Die DB ML AG erhält Mittel ausschließlich aus ihrer Kapitalerhöhung. Nach dem im Beteiligungsvertrag niedergelegten Verfahren wird dieser Anteil nicht mehr als ein Drittel des Gesamterlöses der Gesamtaktion entsprechen. Dieses bei Börseneinführungen von Unternehmen übliche Verfahren wurde bereits in vielen Privatisierungsverfahren durchgeführt und ist verfahrenskonform mit europäischem Beihilferecht. Darüber hinaus wird die Gesamttransaktion zu einem marktgerechten Preis erfolgen, so dass sich auch hieraus keine beihilferechtlichen Bedenken herleiten lassen.

Die Bundesregierung geht davon aus, dass die Teilprivatisierung zu einer positiven Entwicklung des intermodalen und intramodalen Wettbewerbs in Deutschland beitragen wird. Bundesregierung und Deutsche Bahn haben jedoch angesichts der gegenwärtigen Unsicherheiten an den Finanzmärkten entschieden, den ursprünglich für den 27. Oktober 2008 vorgesehenen Börsengang der DB ML AG zu verschieben. Die Vorbereitungen werden fortgeführt, um die DB ML AG bei einem günstigeren Marktumfeld erfolgreich an der Börse platzieren zu können.

B. Entflechtungsvorschläge der Europäischen Kommission für die Energiewirtschaft

7. Zum Energiebereich hatte die Monopolkommission bereits in ihrem Sondergutachten zum Energiemarkt Strom und Gas im Jahr 2007 festgestellt, dass auf den europäischen Strom- und Gasmärkten der leitungsgebundenen Energieversorgung noch kein funktionsfähiger Wettbewerb herrscht. Für Deutschland sieht sie die Ursachen insbesondere in den Marktstrukturen, die durch eine Konzentration der Stromerzeugung und des Gasangebots mit horizontalen und vertikalen Verflechtungen gekennzeichnet seien. In ihrer kritischen Bewertung der Entflechtungsvorschläge im Dritten Energiebinnenmarktpaket der Europäischen Kommission für die Energiewirtschaft (Tz. 15 bis 54) teilt die Monopolkommission zwar grundsätzlich deren Bewertung, dass den Wettbewerbsdefiziten durch den Einsatz strukturpolitischer Instrumente begegnet werden kann. Die von der Europäischen Kommission favorisierte eigentumsrechtliche Entflechtung des Netzbetriebs von Erzeugung und Vertrieb lehnt die Monopolkommission aber zum jetzigen Zeitpunkt als unangemessen ab. Sie spricht sich ebenfalls gegen die zweite von der

Kommission vorgeschlagene Alternative, die Schaffung eines unabhängigen Netzbetreibers (ISO, Abgabe des Netzmanagements an unabhängige Netzverwalter), aus. Wie die Bundesregierung in ihren Stellungnahmen zum dritten EU-Energiebinnenmarktpaket rügt auch die Monopolkommission die unzureichende Datenbasis der Europäischen Kommission und deren Folgenabschätzung. Da die Umsetzung der Regulierungsinstrumente aus dem zweiten EU-Energiebinnenmarktpaket in Deutschland mit Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes Mitte 2005 keine Zeit hatte, bis zum Zeitpunkt der Datenerhebung der Europäischen Kommission nachvollziehbare Wirkung zu entfalten, könne eine seriöse Aussage darüber, ob die beiden Optionen die einzigen ursachenadäquaten Instrumente zur Wettbewerbsbelebung seien, nicht getroffen werden (Tz. 19).

Die Monopolkommission begründet ihre ablehnende Haltung ferner mit nicht unerheblichen ökonomischen Risiken für Investitionen und Effizienz in der vertikalen Wertschöpfungskette sowie rechtlichen Problemen einer Enteignung der privaten Energieversorger und mit der unterschiedlichen Behandlung von privat und staatlich geführten Energiekonzernen. Auch könnte eine Enteignung der Energiekonzerne sogar negative Investitionsanreize setzen. Die Monopolkommission empfiehlt statt dessen die Verschärfung und Festigung der geltenden Vorschriften zur rechtlichen, operationellen und informationellen Entflechtung im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG), insbesondere eine konsequente personelle und funktionelle Trennung des Netzbetreibers vom Mutterkonzern. Sie dringt des Weiteren auf eine zügige Umsetzung der Regulierungsvorgaben.

8. Die Bundesregierung teilt die Einschätzung der Monopolkommission. Eine eigentumsrechtliche Entflechtung vertikal integrierter Energiekonzerne kann wegen des Eingriffs in den verfassungsrechtlich verankerten Eigentumsschutz nur als ultima ratio in Betracht gezogen werden. Insbesondere müssen die Erfahrungen mit der Netzregulierung, die erst seit Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes im Juli 2005 Wirkung entfalten konnte, abgewartet werden. Die bisherigen Ergebnisse sind positiv zu bewerten. Auch die Monopolkommission hat in ihrem Energiesondergutachten nicht unerhebliche Fortschritte in Richtung Wettbewerb festgestellt.

Aus diesen Gründen hat sich die Bundesregierung in den Beratungen des dritten EU-Energiebinnenmarktpaketes erfolgreich für die Aufnahme einer gleichberechtigten dritten Option eingesetzt. Diese soll eine vertikale Eigentumsverbindung zwischen Netz- und Versorgungsunternehmen weiterhin ermöglichen, aber eine stärkere Unabhängigkeit des Netzmanagements vom Mutterkonzern einschließlich einer effektiveren Durchsetzbarkeit von Investitionsentscheidungen festlegen. Die im Energierat am 10. Oktober 2008 gefundene politische Einigung auf einen Gemeinsamen Standpunkt des Rates trägt dieser Forderung Rechnung.

Die Bundesregierung teilt ferner die kritische Einstellung der Monopolkommission gegenüber dem Instrument einer eigentumsrechtlichen Entflechtung auf horizontaler

Ebene (Tz. 34). Mit ihr ließe sich zwar das Problem der hohen Konzentration auf Erzeugerseite lösen. Es bestehen aber auch insoweit, wie bei der vertikalen Entflechtung, erhebliche ökonomische und eigentumsrechtliche Risiken. Die Bundesregierung hat deshalb bis zum jetzigen Zeitpunkt Gesetzesvorschläge zur Einführung einer kartellrechtlichen Entflechtungsregel abgelehnt.

C. Übergang von der Regulierung zur Wettbewerbsaufsicht bei der Telekommunikation

9. Der Übergang von der Regulierung des Telekommunikationssektors ins allgemeine Wettbewerbsrecht sollte nach Auffassung der Monopolkommission ohne gesetzliche Zwischenschritte erfolgen. Sie lehnt sowohl eine von der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit unabhängige Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur als auch deren Tätigkeit als Wettbewerbsbehörde ab, die auf Telekommunikationsmärkten Wettbewerbsrecht anwendet. Dies wäre nach Ansicht der Monopolkommission im Hinblick auf die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung problematisch. Aufgeschlossen steht die Monopolkommission dem Vorschlag gegenüber, bei der Frage nach dem „Wie“ der Regulierung im Telekommunikationsbereich ökonomische Aspekte stärker zu berücksichtigen (Tz. 57 bis 75).

10. Aus Sicht der Bundesregierung sind gesetzliche Zwischenschritte für den Übergang des Telekommunikationssektors von der sektorspezifischen Regulierung ins allgemeine Wettbewerbsrecht, die eine nachträgliche Regulierung von Entgelten nach § 38 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) und die Verfolgung eines missbräuchlichen Verhaltens nach § 42 TKG ohne den Abschluss eines förmlichen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens ermöglichen, derzeit nicht erforderlich. Die Anwendung der §§ 38 und 42 TKG ist zwar nur möglich, wenn vorher das förmliche Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren nach §§ 10 und 11 TKG durchgeführt wurde. Aus diesem Umstand kann aber nicht auf das Vorliegen einer Regelungslücke geschlossen werden. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einer Entscheidung vom 18. April 2007 (BVerwG 6 C 21/06) festgestellt, dass die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 42 TKG nur auf Märkten stattfindet, die die Bundesnetzagentur zuvor in einem Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren gemäß §§ 10 und 11 TKG als regulierungsbedürftig festgelegt hat. Die übrigen Märkte sollen der Missbrauchsaufsicht nach allgemeinem Wettbewerbsrecht, d. h. §§ 19, 20 GWB, unterliegen. Eine Regelungslücke besteht folglich nicht. Würde ein förmliches Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren nach §§ 10 und 11 TKG nicht durchgeführt, kann zwar die Bundesnetzagentur nicht nach §§ 38 und 42 TKG eingreifen. Es ist in diesen Fällen aber ein Eingreifen des Bundeskartellamtes nach den Vorschriften des GWB möglich.

Der Bundesregierung sind keine Fälle bekannt, in denen es zu Lücken bei der Verfolgung missbräuchlicher Verhaltensweisen gekommen ist. Die Bundesregierung hat Gespräche mit der Bundesnetzagentur und dem Bundes-

kartellamt geführt, um sicher zu stellen, dass es nicht zu einer Lücke bei der Verfolgung missbräuchlicher Verhaltensweisen kommt. Beide Behörden haben mitgeteilt, im Hinblick auf eine wirkungsvolle Rechtsanwendungspraxis vor dem Hintergrund der klar abgegrenzten Zuständigkeiten konstruktiv und intensiv zu kooperieren.

Aus diesem Grund hält die Bundesregierung gesetzgeberische Maßnahmen derzeit nicht für erforderlich. Sie wird aber mit Blick auf die deutliche Reduzierung der sektorspezifischen Ex-ante-Regulierung die Behandlung missbräuchlicher Verhaltensweisen weiter beobachten und im Rahmen der Umsetzung des neuen Telekommunikations-Richtlinienpakets eine Evaluierung vornehmen und gegebenenfalls Änderungsoptionen prüfen.

D. Zusammenarbeit mit dem Statistischen Bundesamt und Gesetzesvorschlag zu § 47 GWB

11. Die Monopolkommission betont den konstruktiven Charakter der Zusammenarbeit mit dem Statistischen Bundesamt in den vergangenen zwei Jahren. Zu den gelieferten Daten hebt sie hervor, dass die Bereitstellung des Unternehmensregisters erstmals eine umfassende sektorübergreifende Konzentrationserfassung ermöglicht habe. Für die Berichterstattung der Monopolkommission bedeute dies eine erhebliche Verbesserung. Ein Problem, das allerdings nicht in der Verantwortung des Statistischen Bundesamtes liege, sieht die Monopolkommission jedoch darin, dass einige große Unternehmensgruppen nicht als eine, sondern als zwei oder mehrere Teilgruppen abgebildet seien (Tz. 78). Der späte Zeitpunkt der Datenerlieferung lasse zudem tiefer gehende Analysen nur eingeschränkt zu (Tz. 79).

Die Bundesregierung begrüßt ausdrücklich die konstruktive Zusammenarbeit der Monopolkommission mit dem Statistischen Bundesamt und den statistischen Ämtern, die zu einer umfassenden Konzentrationsberichterstattung geführt hat. Ermöglicht wurde die umfassende sektorübergreifende Konzentrationsberichterstattung durch die in den statistischen Ämtern bereits getroffenen Maßnahmen zur statistischen Erfassung von Unternehmensgruppen und zur Weiterentwicklung des Unternehmensregisters. Eine weitergehende Überprüfung der Strukturen von Unternehmensgruppen, insbesondere die Aufdeckung übergeordneter, einzelner Instanzen, wäre allerdings sehr komplex und aufwändig. Die Bundesregierung unterstützt den Plan der statistischen Ämter des Bundes und der Länder, zur Erhöhung der Aktualität der Registerinformationen unterjährige Verwaltungsdaten zu verwenden. Damit könnte die Zeitdifferenz zwischen Bezugsjahr und Veröffentlichungsjahr von bisher bis zu zwei Jahren um ein halbes Jahr verringert werden. Die Monopolkommission hätte dadurch künftig deutlich mehr Zeit für Analysen.

12. Eine besonders bedeutende Weiterentwicklung in der Wirtschaftsstatistik ist aus Sicht der Monopolkommission der Aufbau einer Datenbank zu multinationalen Unternehmensgruppen im Rahmen des EU-Projektes „EuroGroups Register“. Damit werde erstmals ein Ein-

blick in europäische Marktstrukturen und die wirtschaftliche Verflechtung von Märkten und Unternehmen auf europäischer Ebene ermöglicht. Nur mit dieser Kenntnis könne die Wettbewerbssituation der vielen international agierenden Unternehmen in Deutschland beurteilt werden (Tz. 82). Aus Sicht der Monopolkommission sei ein stärkeres Engagement des Statistischen Bundesamtes in der Aufbauphase der Datenbank von größter Bedeutung, um die Interessen Deutschlands durchzusetzen.

Die Bundesregierung teilt die Kritik der Monopolkommission am Engagement des Statistischen Bundesamtes nicht. Das Statistische Bundesamt beteiligt sich seit mehreren Jahren an der Entwicklung des europäischen Unternehmensgruppenregisters. Es arbeitet im Steuerungsforum mit und hat am Pilotprojekt zum „EuroGroups Register“ teilgenommen. Darüber hinaus wird das Statistische Bundesamt im Jahr 2009 an weiteren Eurostat-Projekten zur vorgezogenen Aufbauphase des „EuroGroups Registers“ teilnehmen. Deutschland ist somit über das Statistische Bundesamt aktiv an der Gestaltung des Registers beteiligt.

13. Die Monopolkommission und das Statistische Bundesamt vertreten wie in der Vergangenheit unterschiedliche Rechtsauffassungen bezüglich der Auslegung des § 47 GWB im Zusammenhang mit § 16 Absatz 6 des Bundesstatistikgesetz (BStatG). Die Monopolkommission möchte zukünftig die Möglichkeit haben, Auswertungen nach § 16 Absatz 6 BStatG vorzunehmen. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift würde die Übermittlung anonymisierter Einzelangaben für die Durchführung wissenschaftlicher Vorhaben ermöglichen und die Analysemöglichkeiten der Monopolkommission erheblich verbessern. Das Statistische Bundesamt schließt – anders als die Monopolkommission – eine Anwendungsmöglichkeit von § 16 Absatz 6 BStatG für die Monopolkommission aus rechtlichen Gründen aus. Monopolkommission und Statistisches Bundesamt sind sich darin einig, dass die unterschiedlichen Auslegungen nur durch eine Gesetzesänderung aufgehoben werden können. Auf der Basis einer weitgehenden Übereinstimmung im Hinblick auf Inhalte und Ziele einer Änderung des § 47 GWB, unterbreitet die Monopolkommission einen Vorschlag zur Gesetzesänderung (Tz. 88).

Die Bundesregierung stimmt im Wesentlichen mit den von der Monopolkommission genannten Inhalten und Zielen (Tz. 87) der vorgeschlagenen Änderung des § 47 GWB überein. Sie wird den Formulierungsvorschlag der Monopolkommission zur Neufassung des § 47 GWB prüfen und bei der nächsten Novellierung des GWB gegebenenfalls einen entsprechenden Gesetzesvorschlag vorlegen.

E. Akteneinsicht bei der Bundesnetzagentur

14. Die Monopolkommission verweist darauf, dass sie aufgrund fehlender gesetzlicher Grundlagen im Post-, Energie- und Eisenbahnbereich die ihr übertragenen Aufgaben nur unvollständig erfüllen könne. Eine umfassende Würdigung der Regulierungspraxis sei aus Sicht der Monopolkommission jedoch nur auf der Basis aller rele-

vanten Informationen möglich. Dies schließe die Akteneinsicht bei der Bundesnetzagentur ein. Daher sei – entsprechend § 46 GWB für die Akteneinsicht beim Bundeskartellamt und § 121 Absatz 2 Satz 3 TKG bei der Bundesnetzagentur für den Telekommunikationsbereich – auch ein Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission für die anderen regulierten Bereiche gesetzlich zu verankern (Tz. 96 bis 100).

Die Bundesregierung unterstützt das Ziel, im Regulierungsrecht einheitliche Standards für alle regulierten Bereiche festzulegen. Das schließt klare Ermächtigungsgrundlagen für die Befugnisse sowohl der Monopolkommission als auch der Bundesnetzagentur ein, womit auch Rechtssicherheit für das Verhältnis zwischen Monopolkommission und Bundesnetzagentur geschaffen würde. Die Bundesregierung wird sich vor diesem Hintergrund dafür einsetzen, dass auch im Allgemeinen Eisenbahngesetz, im EnWG und im Postgesetz ein dem § 46 GWB, § 121 TKG entsprechendes Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission vorgesehen wird.

III. Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration

15. Die Monopolkommission beurteilt im Hauptgutachten, entsprechend des ihr in § 44 GWB erteilten Auftrags, alle zwei Jahre den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Deutschland. Eine hierfür geführte umfassende und kontinuierliche Konzentrationsstatistik erlaubt die Beobachtung allgemeiner Tendenzen der Unternehmenskonzentration in Deutschland. Erstmals setzte sich die Datenbasis, die empirische Grundlage für die Konzentrationsstatistiken ist, aus dem amtlichen Unternehmensregister und kommerziellen Daten zu Unternehmensverflechtungen zusammen. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass Konzentrationsmaße, die ausschließlich für den nationalen Markt nach der Wirtschaftszweigklassifikation bzw. dem Güterverzeichnis für Produktionsstatistiken erhoben werden, die geografisch und sachlich relevanten Märkte nicht adäquat abbilden können. Analysen der Monopolkommission hätten gezeigt, dass in Zeiten der Globalisierung eine auf Deutschland beschränkte Berichterstattung schwer interpretierbar sei. Die Entwicklung der nationalen Angebotskonzentration gebe unter diesen Bedingungen ein verzerrtes Bild ab (Tz. 112). Außerdem würden sich systematische Interpretationsschwierigkeiten ergeben, wenn ein großer Teil der erfassten Unternehmen auf regional begrenzten Märkten aktiv sei, wie z. B. Krankenhäuser, Ver- und Versorgungsunternehmen, Tagespresse oder Kreditinstitute. Hier würden die ausgewiesenen Konzentrationsmaße die auf den relevanten Märkten tatsächlich vorherrschenden Konzentrationen unterschätzen. Über die Wirtschaftsklassifikationen könnten zudem nicht die laufenden Veränderungen, denen die sachlich relevanten Märkte durch technischen Fortschritt oder Produktinnovationen unterlägen, erfasst werden. Konzentrationsmaße seien auch nur ein Indikator neben anderen zur Feststellung der Wettbewerbsintensität in einem Markt (Tz. 107). Weitere Indikatoren, wie beispielsweise potenzielle Wettbewerber oder Markteintrittsbarrieren seien

durch die Statistik nicht erfasst. Um diesen Faktoren Rechnung zu tragen und eine stärker wettbewerbspolitisch relevante Interpretation zu ermöglichen, wertet die Monopolkommission zusätzliche Informationen zu einzelnen Branchen aus, z. B. erstmalig die Außenhandelsverflechtungen. Die Monopolkommission beabsichtigt, Vorschläge für eine verbesserte Konzentrationsberichterstattung zu entwickeln. Sie überlegt, ob die flächendeckende Konzentrationsberichterstattung für alle Branchen zu Gunsten einer tiefer gehenden empirischen Analyse einzelner, besonders problematischer Branchen aufgegeben werden sollte (Tz. 116).

Die Bundesregierung teilt die Auffassung der Monopolkommission, dass der Einsatz des Unternehmensregisters anstelle der bisher verwendeten Investitionserhebung eine wesentlich verbesserte Darstellung der deutschen Unternehmenslandschaft ermöglicht hat. Die Bundesregierung begrüßt auch vor dem Hintergrund der heute zunehmend globalisierten Wirtschaft, die sich erheblich von der Situation bei erstmaliger gesetzlicher Normierung des heute in § 44 GWB enthaltenen Berichtsauftrages im Jahre 1973 unterscheidet, das Vorhaben der Monopolkommission, nach Wegen für eine weitere Verbesserung der Konzentrationsberichterstattung zu suchen. Sie hält die Überlegung der Monopolkommission, besonders problematische Branchen einer tiefer gehenden Analyse zu unterziehen und die umfassende Konzentrationsberichterstattung dafür einzuschränken, für nachvollziehbar und prüfenswert. Die Bundesregierung geht davon aus, dass die Monopolkommission bei ihren Überlegungen und möglichen Vorschlägen die Interessen der verschiedenen Nutzergruppen der Konzentrationsberichterstattung angemessen berücksichtigt.

IV. Wettbewerbsrecht

A. Missbrauchsaufsicht

16. Die Monopolkommission begrüßt, dass mit der am 22. Dezember 2007 in Kraft getretenen letzten Änderung des GWB kartellbehördliche Missbrauchsverfügungen sofort vollziehbar sind (Tz. 464). Bis zu diesem Zeitpunkt war im § 64 Absatz 1 Nummer 1 GWB die aufschiebende Wirkung von Beschwerden gegen kartellbehördliche Missbrauchsverfügungen nach §§ 19 bis 21 GWB ausdrücklich angeordnet. Für Beschwerden gegen Missbrauchsverfügungen auf der Grundlage von Artikel 82 EG-Vertrag galt allerdings keine entsprechende Regelung. Um eine unterschiedliche Regelung des Suspensiveffekts im deutschen und europäischen Recht zu verhindern, hatte der BGH in dem Rechtsbeschwerdeverfahren in Sachen „Soda-Club“ (Entscheidung vom 17. August 2006 Soda-Club, KVR 11/06) für Missbrauchsverfügungen auf der Grundlage von Artikel 82 EG-Vertrag eine analoge Geltung des § 64 Absatz 1 Nummer 1 GWB angenommen.

Die Bundesregierung teilt die Auffassung der Monopolkommission und des BGH, dass bei der Frage des sofortigen Vollzugs von Verfügungen in Missbrauchsverfahren nicht danach unterschieden werden kann, ob ein Verfahren auf europäisches oder deutsches Recht gestützt

wird. Die Bundesregierung hat deshalb im Rahmen der am 22. Dezember 2007 in Kraft getretenen jüngsten Änderung des GWB eine entsprechende Regelung vorgesehen, nach der nunmehr sämtliche kartellbehördliche Missbrauchsverfügungen auf der Grundlage von §§ 19 bis 21 GWB bzw. Artikel 82 EG-Vertrag sofort vollziehbar sind. Diese Regelung ist zudem ein wesentlicher Bestandteil der erfolgten Verschärfung der kartellrechtlichen Preismissbrauchsaufsicht im Lebensmittel- und Energiesektor (u. a. nach § 29 GWB und § 20 Absatz 4 Satz 2 Nummer 3 GWB).

17. Die Monopolkommission unterstützt prinzipiell die Anstrengungen des Bundeskartellamtes, möglichen missbräuchlichen Verhalten im Energiesektor – so z. B. der Abschluss von langfristigen Gaslieferverträgen von Ferngasunternehmen mit Weiterverteilern – nachzugehen (Tz. 492 und 498).

Die erfolgreiche Bekämpfung von missbräuchlichem Verhalten im Energiesektor ist auch ein wesentliches Anliegen der Bundesregierung. Die Bundesregierung würdigt dabei die bisher schon erzielten Erfolge des Bundeskartellamtes, insbesondere den Abschluss der auf der Grundlage u. a. von § 29 GWB eingeleiteten Gaspreismissbrauchsverfahren gegen eine Reihe regionaler Gasversorger, bei denen die Gasversorger freiwillige finanzielle Zusagen zugunsten der betroffenen Verbraucher abgegeben haben. Die bereits für den Beginn der Heizperiode angekündigten teilweise deutlichen Erhöhungen der Gaspreise hätten für die Verbraucher zu erheblichen finanziellen Belastungen geführt. Das konnte vom Bundeskartellamt mit Hilfe des § 29 GWB verhindert werden. Der neu geschaffene § 29 GWB zeigt damit seine ersten positiven Auswirkungen für die Verbraucher. Die entsprechenden Missbrauchsverfahren verdeutlichen, dass einzelne „Preis-Ausreißer“ vom Bundeskartellamt wieder eingefangen werden können. Sie zeigen auch deutliche Preisunterschiede, die einen Versorgerwechsel für die Verbraucher lohnend macht. Die Bundesregierung ist sich allerdings bewusst, dass gegen die Erhöhung der Gasbezugskosten durch die Gasproduzentenländer auch das Bundeskartellamt nicht einschreiten kann. Die Bundesregierung erwartet von den Gasversorgungsunternehmen, dass diese zur Entlastung der Verbraucher die Gaspreise sehr bald im Ausmaß des Preisrückgangs bei den Ölpreisen absenken. Die Bundesregierung begrüßt, dass einige Gasversorger bereits entsprechende Gaspreissenkungen für die nahe Zukunft angekündigt haben.

B. Fusionskontrolle

a) Anwendbarkeit des GWB

18. Die Monopolkommission macht sich die – auch durch den Bundesgerichtshof im Fall Rhön-Klinikum bestätigte – Rechtsauffassung des Bundeskartellamtes zu eigen, dass die Regeln des Wettbewerbsrechts und der Fusionskontrolle nicht durch konkurrierende Normen des Sozialrechts (§ 69 SGB V) oder das Krankenhausplanungsrecht verdrängt werden (Tz. 530 ff.).

Die Bundesregierung teilt diese Einschätzung.

b) Aufgreifkriterien

19. Die Monopolkommission befasst sich ausführlich mit den Aufgreifkriterien der Fusionskontrolle in §§ 35 ff. GWB, die Notifizierungs- und Kontrollpflicht von Zusammenschlüssen auslösen (Tz. 502 bis 533). Sie hält Umsatzschwellenwerte im Ergebnis für ein geeignetes Kriterium, um mit einem einfachen Maßstab, der ein hohes Maß an Rechtssicherheit gewährt, die Anwendung der Fusionskontrolle auf wettbewerblich problematische Fälle zu begrenzen. Sie befürwortet aufgrund dieser Zielsetzung auch, dass über die sog. Verbundklausel in § 36 Absatz 2 GWB sämtliche Umsätze der verbundenen (Konzern-)Gesellschaften zusammengerechnet werden und nicht nur diejenigen, die auf den vom Zusammenschluss betroffenen Märkten erzielt werden (Tz. 507). Die Monopolkommission spricht sich im Zusammenhang mit Zusammenschlüssen unter Beteiligung der öffentlichen Hand dagegen aus, eine Änderung der Verbundklausel in § 36 Absatz 2 GWB vorzunehmen. Bei Unternehmen der öffentlichen Hand, die über eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft verbunden sind, sei somit nur dann von einem Konzern auszugehen, wenn die Merkmale eines Konzerns tatsächlich gemäß § 18 Absatz 1 des Aktiengesetzes (AktG) erfüllt werden. Zwar hält die Monopolkommission es für möglich, dass der Einfluss öffentlich-rechtlicher Beteiligungen auf die Wettbewerbsverhältnisse sich tendenziell schwächer als in der Privatwirtschaft auswirkt. Eine entsprechende Anpassung der Aufgreifkriterien würde aber ein materielles Prüfkriterium einführen, das zusätzliche Rechtsunsicherheit bewirke (Tz. 510).

Aus Sicht der Bundesregierung ergibt sich die Feststellung, ob bei Fusionen öffentlicher Unternehmen nur die Umsätze der direkt beteiligten Unternehmen bzw. die tatsächlich in einem kommunalen Konzern miteinander verbundenen Unternehmen in die fusionskontrollrechtliche Betrachtung einbezogen werden, im jeweiligen Einzelfall daraus, ob die Voraussetzungen der geltenden Verbundklausel erfüllt sind. Nach deren Wortlaut hat eine Zusammenrechnung zu erfolgen, wenn die Beteiligten abhängige oder herrschende Unternehmen im Sinne von § 17 AktG oder Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG sind. Nur für die Konzernalternative kommt es rechtlich auf die Ausübung einheitlicher Leitung durch die Konzernspitze oder auf das Vorliegen eines Gleichordnungskonzerns an. Für die Alternative des Abhängigkeitsverhältnisses genügt die Möglichkeit, beherrschenden Einfluss auszuüben, ohne dass es auf die tatsächliche Ausübung ankommt. Die Bundesregierung sieht für eine Änderung des § 36 Absatz 2 GWB derzeit keinen konkreten Bedarf. Sie wird die insbesondere von kommunaler Seite vorgebrachten Bedenken im Rahmen einer Novellierung des GWB prüfen.

20. Wegen der Befürchtung, dass Zusammenschlüsse aus der Kontrollpflicht entlassen würden, die zu einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung im Inland beitragen könnten, steht die Monopolkommission auch der Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle in § 35 Nummer 2 GWB sehr kritisch gegenüber (Tz. 529). Die

Monopolkommission sieht darin zwar eine Möglichkeit, die von ihr befürwortete Begrenzung der Kontrolle von Fusionen unter Beteiligung von ausländischen Unternehmen auf Fälle mit qualifiziertem Inlandsbezug zu begrenzen. Sie macht aber darauf aufmerksam, dass im Einzelfall auch Zusammenschlüsse aus dem Anwendungsbereich der Fusionskontrolle entlassen werden, die eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Inland bewirken können.

Der Hinweis der Monopolkommission ist zutreffend. Dennoch ist nach Auffassung der Bundesregierung die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle in der moderaten Höhe von fünf Millionen Euro, wie sie im Regierungsentwurf des Dritten Mittelstandsentlastungsgesetzes vorgesehen ist, berechtigt. Fusionskontrollregeln, die in der Praxis handhabbar sind, lassen sich kaum so formulieren, dass stets alle problematischen Fälle erfasst würden. Es muss immer eine Abwägung zwischen dem Ziel, eine möglichst große Anzahl der problematischen Fälle zu erfassen, und der Gefahr, zu viele wettbewerblich unproblematische Fälle zu prüfen, stattfinden. Dem wird die vorgeschlagene zweite Inlandsumsatzschwelle gerecht. Sie soll auch unter dem Gesichtspunkt einer Entbürokratisierung eingeführt werden und ermöglicht dabei, die Fusionskontrolle noch stärker auf für den deutschen Markt wirtschaftlich bedeutende Sachverhalte zu fokussieren. Die Gefahr, wettbewerblich kritische Fälle aus der Prüfung zu entlassen, wird als gering eingestuft. Eine von der Monopolkommission anstelle einer zweiten Inlandsumsatzschwelle vorgeschlagene stärkere Zusammenarbeit internationaler Kartellbehörden (Tz. 529) erscheint in nächster Zukunft im Bereich der Fusionskontrolle wenig realistisch.

c) Marktabgrenzung

21. Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich die modifizierte Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes in der Elektrizitätswirtschaft mit der Unterscheidung der drei Marktstufen Erzeugung, Distribution und Endkunden (Tz. 551). Jedoch kritisiert sie u. a., dass keine quantitativen ökonomischen Verfahren genutzt wurden, mit der die neue Marktabgrenzung noch besser hätte belegt werden können (Tz. 552).

Auch die Bundesregierung steht einer verstärkten Anwendung quantitativer Methoden positiv gegenüber. Zusätzliche erwartete Erkenntnisse müssen allerdings in einem vernünftigen Verhältnis zu dem dafür erforderlichen erheblichen personellen Aufwand stehen, der für die Anwendung quantitativer Methoden erforderlich ist.

22. Die Monopolkommission begrüßt die Untersagungen der Beteiligungen der Stromerzeuger E.ON und RWE an Stadtwerke in den Fällen E.ON/Stadtwerke Eschwege und RWE/Saar Ferngas durch das Bundeskartellamt (Tz. 67) ausdrücklich. Die mit der fortschreitenden vertikalen Integration verbundene wettbewerblich negative Marktabstottung durch das Duopol werde damit gestoppt.

Kürzlich hat der Bundesgerichtshof die Entscheidung im Fall E.ON/Stadtwerke Eschwege bestätigt. Die Bundesregierung begrüßt diese für die Verbesserung der strukturellen Wettbewerbsbedingungen auf den Energiemärkten wichtige Entscheidung.

V. Potenziale für mehr Wettbewerb auf dem Krankenhausmarkt

23. Aus Sicht der Monopolkommission befindet sich der deutsche Krankenhausmarkt seit einigen Jahren im Umbruch. Zunehmender Kostendruck führe zu stetigen Rationalisierungsbemühungen, zur Privatisierung öffentlicher Krankenhäuser und zu vermehrten Krankenhausfusionen. Die Monopolkommission rechnet damit, dass aufgrund demografischer Einflüsse und durch den technischen Fortschritt zumindest mittelfristig mit einer weiteren Steigerung des Kostendrucks zu rechnen ist (Tz. 799, 800). Diese Steigerung des Kostendrucks wird aus Sicht der Monopolkommission zu einem wirtschaftlichen Problem, da die zur Verfügung stehenden Mittel begrenzt seien und nicht zu erwarten sei, dass die Einnahmen des Gesundheitssystems mit dem Ausgabendruck anwachsen werden. Die aktuellen Entwicklungen auf dem Krankenhausmarkt hat die Monopolkommission zum Anlass genommen, diesem Sektor ein eigenes Kapitel im Hauptgutachten zu widmen. Sie gibt Handlungsempfehlungen zur Fusionskontrolle, zum Qualitätswettbewerb, zur Krankenhausplanung und -finanzierung, zum Fallpauschalensystem, zu Optionstarifen und zur Anwendung des Wettbewerbsrechts im Krankenhaussektor.

24. Die Monopolkommission stellt dar, dass die Krankenhäuser neben Möglichkeiten zur Reorganisation vermehrt die Möglichkeit der Fusion mit anderen Kliniken nutzen, um gegebenenfalls weitere Größen- und Rationalisierungsvorteile auszuschöpfen und ihre lokale Marktposition im Vergleich zu ihren Wettbewerbern zu stärken (Tz. 806). Die Monopolkommission hält es für problematisch, dass eine Vielzahl von Krankenhausfusionen aufgrund der zumeist geringen Größe der beteiligten Kliniken erst gar nicht von den Aufreißschwellen des GWB zur Fusionskontrolle erfasst wird. Wettbewerbsbeschränkungen aus Zusammenschlüssen könnten ihrer Auffassung nach trotz mangelnder Relevanz für den Gesamtmarkt wegen der regional gebundenen Nachfrage im regionalen Umfeld von Bedeutung sein. Die Monopolkommission hält deshalb eine Anpassung der Aufreißschwelle für die Fusionskontrolle im Krankenhaussektor an die Gegebenheiten dieses Sektors für erforderlich. Sie schlägt eine Änderung des § 38 GWB vor, die zur Folge hätte, dass Krankenhausfusionen bereits dann der Fusionskontrolle unterliegen, wenn die beteiligten Kliniken zusammen mehr als 167 Mio. Euro Umsatz (bisher 500 Mio. Euro) haben. Nach ihrer Auffassung würde damit den generell sensiblen Wettbewerbsbedingungen im Krankenhaussektor Rechnung getragen.

Auch nach Auffassung der Bundesregierung ist es ein wichtiges wettbewerbspolitisches Anliegen, die Krankenhausmärkte offen zu halten. Aus Sicht der Bundesregierung gewährleisten die geltenden Schwellenwerte eine

angemessene fusionskontrollrechtliche Begleitung der Marktstrukturentwicklung in diesem Bereich. Beleg dafür ist die hohe Zahl der vom Bundeskartellamt geprüften Zusammenschlussfälle im Krankenhausbereich. Abgesehen davon hält die Bundesregierung weitere punktuelle sektorspezifische Sonderregeln im Bereich der Fusionskontrolle außerhalb der besonderen Regelungen für Presse und Rundfunk für problematisch.

25. Die Monopolkommission hält die Frage für umstritten, inwiefern private Kliniken gegenüber öffentlichen Krankenhäusern im Wettbewerb benachteiligt werden. Eine mögliche Wettbewerbsverzerrung ergäbe sich aus der Betrachtung der unterschiedlichen Besteuerungsmodalitäten für öffentliche, freigemeinnützige und private Krankenträger. Plankrankenhäuser erfüllten durch ihre gemeinnützigen Aufgaben die Voraussetzungen nach den §§ 51 bis 68 der Abgabenordnung (AO) (Steuerbegünstigende Zwecke) und seien von der Gewerbe-, Umsatz- und Grundsteuer befreit. Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft seien zusätzlich von der Körperschaftsteuer befreit. (Tz. 815).

Die Bundesregierung kann sich diesen Ausführungen der Monopolkommission nicht anschließen. Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft sind nicht zwangsläufig besser gestellt. Die juristische Person des öffentlichen Rechts ist mit dem Betrieb eines Krankenhauses (Betrieb gewerblicher Art) gemäß §§ 1 Absatz 1 Nummer 6 i.V.m. § 4 des Körperschaftsteuergesetz (KStG) grundsätzlich körperschaftsteuerpflichtig. Sofern die Voraussetzungen des § 5 Absatz 1 Nummer 9 KStG i.V.m. § 67 AO erfüllt sind, sind Krankenhäuser von der Körperschaftsteuer befreit. Diese Steuerbefreiung steht Krankenhäusern in privater Trägerschaft jedoch gleichermaßen zu. Weiterhin sind auch Krankenhäuser in privater Trägerschaft von der Gewerbesteuer befreit, soweit die Voraussetzungen des § 67 AO erfüllt sind.

26. Die Monopolkommission hat die auf dem Krankenhausmarkt wirkenden Wettbewerbsparameter untersucht. Sie hat festgestellt, dass gegenwärtig kein spürbarer Preiswettbewerb existiert, sondern im Krankenhausmarkt der Standort des Krankenhauses und die Qualität des Dienstleistungsangebots die entscheidenden Wettbewerbsparameter bilden. Sie kommt zu der Einschätzung, dass auch der Qualitätswettbewerb zwischen den Krankenhäusern aufgrund der fehlenden Transparenz über das Leistungsgeschehen eingeschränkt ist. Nach Auffassung der Monopolkommission ist Qualitätstransparenz in weiten Teilen weder für Fachleute noch für Patienten als relevante Zielgruppe gegeben (Tz. 820). Die gesetzlichen Verpflichtungen zur Offenlegung bestimmter Qualitätsindikatoren entfalten ihre Wirkungen gegenwärtig vor allen Dingen auf professioneller Ebene. Damit auch Patienten in stärkerem Maße die Qualitätsinformationen nutzen könnten, sei darauf zu achten, dass leicht verständliche und für Vergleiche geeignete Informationsangebote zur Qualität von Krankenhausbehandlungen vorbereitet würden. Die Bildung eines systematischen Qualitätsregisters für Krankenhausbehandlungen könne hilfreich sein.

Die Bundesregierung verweist im Hinblick auf den Vorwurf fehlender Qualitätstransparenz auf die gesetzlichen Anforderungen an die Qualitätssicherung wie auch an die Transparenz, die immer weiter ausgebaut wurden. Die strukturierten Qualitätsberichte, in denen die Krankenhäuser den Stand der Qualitätssicherung dazulegen haben, sind von den Krankenkassen zu veröffentlichen. Eine weitergehende Verbreitung wird derzeit im Gemeinsamen Bundesausschuss diskutiert. Die Bundesregierung teilt die Auffassung der Monopolkommission, dass Patienten zukünftig stärker als bisher Qualitätsinformationen nutzen können sollten und dass dazu verständliche und für Vergleiche geeignete Informationsangebote zur Qualität von Krankenhausbehandlungen entwickelt werden müssen. Daher wird gemäß § 137a des Fünften Buches Sozialgesetzbuch (SGB V) ein noch zu bestimmendes Institut beauftragt, die Qualitätsergebnisse in einer für die Allgemeinheit verständlichen Form zu veröffentlichen. Vor diesem Hintergrund und in Anbetracht der bereits existierenden vielfältigen Maßnahmen zur Qualitätssicherung und ihrer Transparenz, hält die Bundesregierung darüber hinausgehende Maßnahmen zum jetzigen Zeitpunkt nicht für erforderlich. Die Umsetzung der gesetzlichen Aufträge und die Wirksamkeit dieser Maßnahmen werden zu einem späteren Zeitpunkt geprüft.

27. Die Monopolkommission hat die gegenwärtige Finanzierung der Krankenhausversorgung und die damit verbundenen Anreizwirkungen untersucht. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass die gegenwärtige duale Finanzierung aus mehreren Gründen ökonomisch problematisch ist (Tz. 827 ff). Sie setze triftige Nachfrageprognosen durch staatliche Planung voraus, führe außerdem zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen dem ambulanten und dem stationären Versorgungsbereich und benachteilige bestimmte Vertragsformen. Weiterhin sei die duale Finanzierung fragwürdig, da sie die Investitionsentscheidungen verzerre. In der dualen Krankenhausfinanzierung werde die Kostenseite von der Ertragsseite losgelöst, da die Kapitalkosten nicht angemessen in die Investitionsentscheidungen eingingen und auch die notwendigen finanziellen Mittel nicht auf dem Kapitalmarkt beschafft werden müssten. Aus Sicht der Monopolkommission sei ein überlegenswerter Schritt, den Krankenhausmarkt erneut einem monistischen Finanzierungssystem zu unterwerfen, in dem sämtliche Betriebsausgaben und Investitionen aus Fallpauschalen gedeckt würden. Einen Ausgleich des bestehenden Investitionsstaus bei den Krankenhausinvestitionen der Länder vor Einführung der Monistik hält die Monopolkommission aus wettbewerbsökonomischer Sicht nicht für zwingend (Tz. 846). Für den Fall des Scheiterns einer Überführung der Krankenhausfinanzierung in ein vollmonistisches System sei zumindest über die Einführung einer teilmonistischen Finanzierung nachzudenken.

Aus Sicht der Bundesregierung wird die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser durch eine Finanzierung gewährleistet, bei der der notwendige Investitionsbedarf der Krankenhäuser kontinuierlich und in ausreichendem Umfang gedeckt wird. Die Fördermittel sind nach Maßgabe des Krankenhausfinanzierungsgesetzes und des

jeweiligen Landesrechts so zu bemessen, dass sie die förderungsfähigen und unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze notwendigen Investitionskosten der Krankenhäuser decken. Es liegt in der Verantwortung der Länder, die Krankenhäuser angemessen mit Finanzmitteln für Investitionen auszustatten. Eine dauerhafte wirtschaftliche Finanzausstattung der Krankenhäuser könnte auch durch eine monistische Finanzierung gewährleistet werden, bei der der Investitionsbedarf der Krankenhäuser neben den Betriebskosten aus einer Hand finanziert wird. Eine Voraussetzung für die Einführung der Monistik wäre jedoch, dass der Bund von den Ländern eine finanzielle Kompensation in Höhe der sich ergebenden Mehrbelastungen erhalte. Die Bundesregierung hält aus wettbewerblicher und effizienzorientierter Sicht grundsätzlich die Empfehlung der Monopolkommission für verständlich, zu einem monistischen Krankenhaus-Finanzierungssystem zurückzukehren. Mit den derzeit für die Investitionsfinanzierung zuständigen Ländern konnte jedoch keine Einigung über in diese Richtung gehende Schritte erreicht werden.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zu einem Krankenhausfinanzierungsreformgesetz vom 24. September 2008 enthält nunmehr einen gesetzlichen Entwicklungsauftrag. Für eine Reform der Investitionsfinanzierung der Krankenhäuser durch leistungsorientierte Investitionspauschalen ab dem Jahr 2012 sollen Grundsätze und Kriterien für die Ermittlung eines Investitionsfallwertes auf Landesebene entwickelt werden. Das Recht der Länder, das bisherige System der Krankenhausinvestitions-Finanzierung beizubehalten, bleibt unberührt. Parallel dazu ergeht ein gesetzlicher Entwicklungsauftrag an die Selbstverwaltungspartner auf Bundesebene und deren DRG-Institut, um statt der bisherigen antragsbasierten Investitionsfinanzierung der Krankenhäuser eine moderne, unternehmerisch orientierte Investitionsfinanzierung auf der Grundlage leistungsorientierter Investitionspauschalen zu ermöglichen.

28. Die Monopolkommission sieht in der von den Ländern geleisteten zentralen Krankenhausplanung und der damit verbundenen Investitionsförderung für Plankrankenhäuser ein wichtiges Hemmnis für Innovationen und Wirtschaftlichkeit im Krankensektor. Sie plädiert stattdessen für eine Krankenhausplanung, die nicht länger die Gewährleistung einer allumfassenden Krankenhausversorgung auf dem Gebiet eines jeden Landes im Blick hat, sondern auf die Sicherstellung lediglich einer unbedingt erforderlichen Mindestversorgung gerichtet ist. Für alle übrigen Bereiche müsse ein Finanzierungssystem gefunden werden, das es den Krankenhäusern erlaubt, ihr Angebot im Wettbewerb an dem durch die Krankenkassen und Patienten geäußerten lokalen Bedarf auszurichten und stetig fortzuentwickeln (Tz. 830).

Die Bundesregierung sieht grundsätzlich den Sicherstellungsauftrag der Länder für die ordnungsgemäße Krankenhausversorgung der Bevölkerung am ehesten geeignet, eine flächendeckende und soweit notwendig auch wohnortnahe Versorgung zu gewährleisten. In Bezug auf den Regelungsumfang der sehr unterschiedlich ausge-

prägen Krankenhausplanung der Länder sieht die Bundesregierung hingegen Prüfungsbedarf. Eine ausdifferenzierte Detailplanung der Länder (Bezugsgröße ist überwiegend immer noch die Bettenzahl) ist mit einem DRG-Preissystem und einer immer stärkeren wettbewerblichen Ausrichtung der Krankenhäuser nicht vereinbar. Eine Hinwendung zu einer Rahmenplanung, bei der z. B. nur Festlegungen von Versorgungsregionen mit medizinischen Fachgebieten (auch zur Vermeidung von Unterversorgung) erfolgen, ist deshalb anzustreben. Insoweit besteht auch grundsätzliche Übereinstimmung mit den Ländern. Die Rahmenplanung der Länder sollte sich künftig auf die Festlegung von Standorten, die medizinischen Fachgebiete und die Gesamtbettenzahl beschränken.

29. Die Monopolkommission hat das Vergütungssystem über Fallpauschalen bei Krankenhausleistungen und seine Auswirkungen auf finanzielle Anreize zur Patientenselektion, auf die Einführung innovativer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, auf die Qualitätsentwicklung und auf die Anreize zu Kosten sparendem Verhalten untersucht (Tz. 831 ff.). Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass durch die detaillierte Ausdifferenzierung der Fallpauschalen die Vergütung immer stärker den Charakter einer Einzelleistungsvergütung annimmt. Sie hält die Wirkung des gegenwärtigen Finanzierungssystems auf die Angebotsqualität für ambivalent und ist zudem der Meinung, dass die Fallpauschalenentwicklung Innovationsanreize hemmen könnte. Die Monopolkommission empfiehlt, die weitere Ausdifferenzierung des DRG-Vergütungssystems zumindest zu stoppen, wenn nicht zurückzuführen, auch um neue Gestaltungsspielräume bei der Entwicklung und Umsetzung innovativer Behandlungen zu eröffnen (Tz. 876).

Kritik und Zielsetzung der von der Monopolkommission angeregten verminderten Ausdifferenzierung des Entgeltssystems teilt die Bundesregierung nicht. Die seit dem Jahr 2003 erfolgte Ausdifferenzierung des DRG-Vergütungssystems durch die Selbstverwaltungspartner (Gesetzliche Krankenkassen, Private Krankenversicherung, Deutsche Krankenhausgesellschaft) erfolgte im Bestreben, eine sachgerechte preisliche Abbildung von Krankenhausleistungen zu erreichen. Die von den Selbstverwaltungspartnern vorgenommene Differenzierung des Entgeltssystems ist nachvollziehbar und nicht als System mit dem „Charakter einer Einzelleistungsvergütung“ zu kritisieren. Hinzuweisen ist, dass die von der Monopolkommission unterstellten mutmaßlichen negativen Auswirkungen des ausdifferenzierten deutschen DRG-Systems auch im internationalen Kontext nicht geteilt werden. Vielmehr erfreut sich das deutsche DRG-System auf Grund der erreichten hohen Sachgerechtigkeit der Leistungsabbildung – trotz Pauschalierung – eines hohen internationalen Interesses.

30. Die Monopolkommission schlägt zudem vor, den Wettbewerb im Krankenhausbereich dadurch zu beleben, dass den gesetzlichen Krankenkassen die Möglichkeit gegeben wird, spezielle Optionstarife für die Krankenhausversorgung anzubieten. Innerhalb dieser freiwillig von

den Versicherten abschließbaren Optionstarife sollen bei unverändertem Leistungsumfang die Möglichkeiten der Patienten zur Krankenhauswahl begrenzt und die Steuerungsmöglichkeiten der Krankenkassen ausgeweitet werden (Tz. 856 ff.). Die geeignete Ausgestaltung eines solchen Optionsmodells hält die Monopolkommission für geeignet, die wettbewerbliche Öffnung des Krankenhausmarktes weiter voranzutreiben, den Qualitätswettbewerb zu intensivieren und erste Schritte in Richtung eines Preiswettbewerbs zwischen den Krankenhäusern einzuleiten.

Im Grundsatz teilt die Bundesregierung das in diesem Zusammenhang geführte Plädoyer der Monopolkommission für mehr wettbewerbliche Elemente im Krankenhausbereich. Deshalb hat sich die Bundesregierung bei der Diskussion um die Ausgestaltung des ordnungspolitischen Rahmens nach Abschluss der Einführungsphase des DRG-Vergütungssystems dafür eingesetzt, bei bestimmten planbaren Krankenhausleistungen die Möglichkeit für selektive Verträge zwischen Krankenhäusern und Krankenkassen zu eröffnen. Eine gesetzliche Umsetzung war allerdings u. a. angesichts des Widerstandes der Länder nicht möglich.

31. Nach Auffassung der Monopolkommission gebietet die Einführung eines Optionsmodells die – ohnehin überfällige – Klärung des Verhältnisses von Sozialrecht und Wettbewerbsrecht in der Beziehung zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern. Die Funktionsfähigkeit des Vertragswettbewerbs zwischen den Krankenkassen erfordere, die Nachfragemacht marktbeherrschender Krankenkassen der Wettbewerbsaufsicht zu unterwerfen (Tz. 870). Für den Krankenhausmarkt gelangt die Monopolkommission zu der Auffassung, dass die vertraglichen Vereinbarungen zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und den Krankenhäusern in vollem Umfang wettbewerbsrechtlichen Regelungen und kartellrechtlicher Kontrolle zu unterwerfen seien. Gleichzeitig solle nach ihrer Auffassung die Bereichsausnahme des § 69 SGB V auch für alle übrigen Beziehungen der gesetzlichen Krankenkassen zu den Leistungserbringern im Gesundheitswesen einer kritischen Überprüfung im Hinblick auf eine stärker wettbewerbliche Ausrichtung des Gesundheitsmarktes insgesamt unterzogen werden (Tz. 871).

Die Bundesregierung ist die von der Monopolkommission geforderte „überfällige Klärung“ des Verhältnisses von Sozialrecht und Wettbewerbsrecht angegangen. Mit dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz wurde geregelt, dass die §§ 19 bis 21 GWB auf die einzelvertraglichen Beziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern entsprechend anzuwenden sind. Eine missbräuchliche Ausnutzung von Marktmacht durch gesetzliche Krankenkassen ist damit verboten. Dies stellt einen ersten wichtigen Schritt zur Verbesserung der Position der Vertragspartner von gesetzlichen Krankenkassen dar.

Im Rahmen des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) hat die Bundesregierung darüber hinaus ein wettbewerbliches Rahmenkonzept für die Vertragsbeziehungen zwischen gesetzlichen Krankenver-

sicherungen und Leistungserbringern erarbeitet. Ziel der Neuregelungen ist es, zum einen den differenzierten Bedürfnissen von Krankenkassen und Versorgungseinrichtungen bei ihren sozialpolitischen Aufgaben einer flächendeckenden qualitativ hochwertigen Versorgung der Versicherten gerecht zu werden, andererseits aber auch den berechtigten Interessen der Gesundheitswirtschaft an wirksamen wettbewerbs- und vergaberechtlichen Rahmenbedingungen zu genügen.

Als Ergebnis dieser Arbeiten sind mit dem GKV-OrgWG Regelungen zur Anwendung des Vergaberechts auf Einzelverträge in der gesetzlichen Krankenversicherung getroffen worden. Das Regelungspaket ordnet durch eine Änderung von § 69 SGB V die Anwendbarkeit des materiellen Vergaberechts auf Einzelverträge der gesetzlichen Krankenkassen an und sieht die Durchführung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens vor den Vergabekammern vor. Darüber hinaus werden die Landessozialgerichte als Beschwerdegerichte für die Überprüfung von Entscheidungen der Vergabekammern bestimmt, soweit Rechtsbeziehungen nach § 69 SGB V betroffen sind. Eine Beschleunigung des Verfahrens vor den Landessozialgerichten erfolgt durch die entsprechende Anwendung der Verfahrensvorschriften des GWB. Mit diesen Änderungen werden die bestehenden Rechtsunsicherheiten bei der Ausschreibung und Vergabe von Einzelverträgen der gesetzlichen Krankenkassen beseitigt und allen Beteiligten ein Verfahren zur Verfügung gestellt, das eine zügige Überprüfung durch sowohl vergabe- als auch sozialrechtlich kompetente Spruchkörper gewährleistet.

VI. Der „more economic approach“ in der europäischen Beihilfenkontrolle

32. Kartellrecht und Beihilfenkontrolle sind die zwei Teile des europäischen Wettbewerbsrechtes zum Schutz des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt. Denn Wettbewerbsbeschränkungen können nicht nur durch Unternehmen und Marktteilnehmer sondern auch durch Beihilfen staatlicher Hoheitsträger herbeigeführt werden. Die Monopolkommission analysiert in einem eigenständigen Kapitel die Rolle der europäischen Beihilfenkontrolle und setzt sich mit dem Ziel der Europäischen Kommission auseinander, bei der Reform der europäischen Beihilfenkontrolle einen stärker ökonomisch fundierten Ansatz (more economic approach) zur Anwendung zu bringen. Dabei hebt sie hervor, dass dieser neue Ansatz mit dem im europäischen Kartellrecht seit längerem diskutierten und angestrebten „more economic approach“ nicht identisch ist (Tz. 888 ff.).

33. Die Monopolkommission empfiehlt, im Beihilfieverfahren die objektive Eignung einer Beihilfe zur spürbaren Wettbewerbsverfälschung und zur spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handel innerhalb des Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag zu prüfen. Dazu sollte insbesondere ein Spürbarkeitstest eingeführt und die Beihilfenkontrolle stärker an das europäische Kartellverfahren angepasst werden. Insgesamt sollte die Beihilfenkontrolle rechtlich und ökonomisch greifbarer und damit transparenter gestaltet werden. Sie betont, dass ihre Emp-

fehlungen zur Reduzierung der europäischen Beihilfenkontrolle auf Seiten der Europäischen Kommission und der Stärkung der nationalen Kompetenzen nur als Paket zu betrachten sind und sich gegenseitig bedingen (Tz. 937 bis 958).

Die Bundesregierung begrüßt, dass die Monopolkommission sich im Hauptgutachten ausführlich mit der europäischen Beihilfepolitik auseinandersetzt. Sie teilt die Analyse der Monopolkommission hinsichtlich der tatsächlichen Reichweite der europäischen Beihilfenkontrolle. Die europäische Beihilfenkontrolle hat auf Grund der Auslegung des Beihilfebegriffs durch die Europäische Kommission und den Europäischen Gerichtshof einen sehr weiten Geltungsbereich erlangt. Im Hauptgutachten stellt die Monopolkommission zutreffend fest, dass es in der Praxis kaum eine Rolle spielt, ob und wie weit eine Maßnahme tatsächlich den Wettbewerb spürbar verfälscht oder den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigt. Für die Annahme einer Beihilfe reicht es, dass die bloße Möglichkeit einer Wettbewerbsverzerrung besteht. Eine solche Möglichkeit ist aber fast nie auszuschließen. Vor dem Hintergrund der weiten Auslegung des Beihilfebegriffs beeinflussen die beihilferechtlichen Vorgaben der Europäischen Kommission faktisch fast jede Fördermaßnahme der öffentlichen Hand.

34. Der Vorschlag der Monopolkommission, eine Prüfung der Spürbarkeit einer Wettbewerbsverzerrung und der Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels einzuführen, wird grundsätzlich begrüßt. Nach dem Vorschlag müsste die Europäische Kommission zunächst den von der Förderung betroffenen sachlich und räumlich relevanten Markt definieren, um dann anhand von ökonomischen Kriterien, wie beispielsweise Marktanteilschwellen oder dem Konzentrationsgrad im relevanten Markt, die Frage zu klären, ob eine im EU-Kontext spürbare Wettbewerbsverfälschung vorliegt. Hierdurch würde die Zahl der Fördermaßnahmen, welche der EU-Beihilfenkontrolle unterliegen, reduziert. Durch die Einführung eines solchen Tests dürfte aber nicht der erreichte Stand der Kodifizierung des Beihilfenrechts und die hiermit geschaffene Rechtsklarheit in Frage gestellt werden. Die in den letzten Jahren erfolgte weitgehende Freistellung aller wesentlichen Beihilfearten unterhalb bestimmter Schwellenwerte von der sonst geltenden Anmelde- und Genehmigungspflicht durch Kommissionsentscheidungen und -verordnungen hat eine erhebliche Verfahrenserleichterung für die hierunter fallenden Maßnahmen gebracht. Soweit sich die Fördereinrichtungen an die Vorgaben der Freistellungsregelungen halten, besteht faktisch ein hohes Maß an Sicherheit, dass die betreffende Förderung beihilferechtskonform ist, auch wenn es hierfür keine Rechtsverbindlichkeit gibt. Für die Förderinstitutionen wird es aus Gründen der Arbeitsökonomie und der Rechtssicherheit meistens einfacher sein, diese Vorgaben der Europäischen Kommission zu nutzen, statt umfangreiche ökonomische Prüfungen zur Wettbewerbsrelevanz der Förderung anzustellen.

35. Auch im Bereich der Einzelanmeldungen ist zu bezweifeln, ob die Einführung eines Spürbarkeitstests eine

wesentlich stärkere Fokussierung der Tätigkeit der Europäischen Kommission auf die relevanten Fälle bewirken kann. Einzelanmeldungspflichten bestehen ohnehin nur für höhere Beihilfen, bei denen eine Wettbewerbsbeeinträchtigung wahrscheinlicher ist. Auch ist zu befürchten, dass die Darlegungslast für das Vorliegen einer spürbaren Wettbewerbsbeeinträchtigung im Ergebnis auf die betroffenen Unternehmen abgewälzt würde, da die Europäische Kommission die erforderlichen Daten zu Marktanteilen, Marktkonzentration etc. von den Mitgliedstaaten bzw. den betroffenen Unternehmen abfragen würde. Da bei den bestehenden wichtigsten Einzelanmeldungspflichten bereits jetzt Darlegungspflichten zu entsprechenden Marktdaten zur Beurteilung der Rechtfertigung bestehen, gäbe es dann faktisch keinen Unterschied zum Status Quo.

Insgesamt könnte die Einführung eines Spürbarkeitstests in Einzelfällen eine Option für die Mitgliedstaaten darstellen, um zu klären, ob eine Förderung der Beihilfenkontrolle der Europäischen Kommission unterfällt. Weiterhin wäre er für die Europäische Kommission eine Möglichkeit, um die Verfolgung von Bagatellfällen, beispielsweise bei Beschwerdeverfahren, abzulehnen. Der Test müsste einfach strukturiert sein, sich auf allgemein zugängliche Daten stützen und verbindliche Grundlage der Feststellung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung für Europäische Kommission und Mitgliedstaaten sein.

Eine effektive und weniger aufwändige Methode zur Konzentration der europäischen Beihilfekontrolle auf die im EU-Kontext relevanten Fälle wäre eine deutliche Anhebung des Schwellenwertes für de-minimis-Beihilfen.

36. Die Einführung des Opportunitätsprinzips bei Fällen von geringer Bedeutung wäre eventuell eine Maßnahme, um eine Fokussierung der Arbeit der Europäischen Kommission zu erreichen. Da die Monopolkommission jedoch ein Aufgreifermessen nur für Fälle von geringer Bedeutung (< 1 Mio. Euro/Unternehmen) vorsieht und diese Fälle zudem sehr eng eingrenzt (nur tätigkeitsbezogene Beihilfen, Beihilfeintensität < 30 Prozent, Vergabe in offenem, transparentem Verfahren), erscheint der Aufwand für das gewünschte Ergebnis zu hoch. Die gleiche Wirkung könnte einfacher durch eine deutliche Anhebung des de-minimis-Schwellenwertes von derzeit 200 000 Euro/3 Jahre erreicht werden.

37. Der Vorschlag zur Beschleunigung des europarechtlichen Verfahrens durch die Vorgabe verbindlicher Prüf- und Entscheidungsfristen ist zu begrüßen. Zwar sind Verfahrensverzögerungen in der Praxis oftmals nicht oder nicht allein der Arbeitsweise der Europäischen Kommission geschuldet. Dennoch würde die Festlegung verbindlicher Prüf- und Entscheidungsfristen disziplinierend auf alle Beteiligten wirken und ist daher bedenkenswert.

38. Die Vorschläge zur früheren Einbeziehung von Beihilfeempfänger und Konkurrenten in das Notifizierungsverfahren, die Schaffung von Ermittlungsbefugnissen der Europäischen Kommission gegenüber Privaten und die Schaffung und Erleichterung von Klagerechten für Verbände und Konkurrenten sind dagegen kritisch zu sehen.

Die Beihilfeempfänger sind de facto bereits jetzt von Anfang an intensiv in das Notifizierungsverfahren einbezogen. Konkurrenten haben ab der Eröffnung des Hauptprüfverfahrens die Möglichkeit, im Verfahren Stellung zu nehmen und können auch gegen Kommissionsentscheidungen klagen. Verbände können schon jetzt mittelbar Beschwerden unterstützen und teilweise auch selbst klagen. Eine Ausweitung der Verfahrensrechte und Klagemöglichkeiten würde voraussichtlich zwar eine Zunahme der Zahl der Klagen, inhaltlich aber kaum mehr Klärung bringen. Die Einräumung direkter Ermittlungsbefugnisse der Europäischen Kommission würde dem im EG-Vertrag angelegten, bipolaren Konzept des Beihilfeverfahrens als Verfahren zwischen Europäischer Kommission und Mitgliedstaat widersprechen.

39. Im Hinblick auf die Vorschläge der Monopolkommission zur Verbesserung der Steuerung und Kontrolle von nationalen Fördermaßnahmen wird darauf hingewiesen, dass es bereits viele entsprechende etablierte Mechanismen gibt.

Für die Bekanntmachung der vorhandenen Förderangebote existiert mit der Förderdatenbank des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie und beispielsweise dem Internetauftritt der KfW Bankengruppe eine Plattform für gewerbliche Unternehmen. Bezüglich der Transparenz von durchgeführten Fördermaßnahmen besteht für die gewerbliche Förderung aus den EU-Strukturfonds in der Förderperiode 2007 bis 2013 die Verpflichtung, in einem Verzeichnis die begünstigten Unternehmen, die betroffenen Vorhaben und die gewährten Beträge auf den Internetseiten der für die Programmdurchführung zuständigen Behörden zu veröffentlichen. Eine entsprechende Veröffentlichung erfolgt auch für Beihilfen, die aus Mitteln der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ (GRW) vergeben werden. Umfassende Evaluierungen werden bereits u. a. für die EU-Strukturfondsprogramme vorgenommen. Für die ERP- und KfW-Förderprogramme erarbeiten KfW, Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und Bundesministerium der Finanzen zur Zeit gemeinsam Evaluierungsansätze. Die Förderung beispielsweise aus den Finanzierungsprogrammen des Bundes ist bereits befristet und teilweise – insbesondere bei Bürgschaften für Betriebsmittelkredite – degressiv ausgestaltet.

Der Vorschlag der Monopolkommission, Beihilfen im Rahmen von Steuererklärungen beantragen zu können und dann in Form einer Steuersenkung zu gewähren (Tz. 952), wird von der Bundesregierung abgelehnt. Abgesehen davon, dass die Finanzverwaltung weder mit dem dafür benötigten Personal noch mit dem erforderlichen – den diversen Fördermaßnahmen verschiedener Ressorts zugrunde liegenden – Rechtswissen ausgestattet ist, die vorgeschlagene Verbindung der Bearbeitung von Förderantrag und Steuererklärung auszuführen, stehen dem auch die im März 2006 beschlossenen subventionspolitischen Leitlinien der Bundesregierung (vgl. 21. Subventionsbericht, S. 9 – hier auszugsweise zitiert) entgegen: „Neue Subventionen werden vorrangig als

Finanzhilfen gewährt und sind durch Einsparungen an anderer Stelle zu finanzieren.“

Ob die Einrichtung eines zentralen Subventionskontrollgremiums praktikabel ist, erscheint angesichts der föderalen Ordnung der Bundesrepublik zweifelhaft. Eine Ex-ante-Prüfung durch ein eigens hierfür eingerichtetes Gremium würde auf jeden Fall zusätzliche Bürokratie bedeuten, die sich in höheren Programmkosten und in Verzögerungen bei der Einführung neuer Programme niederschlagen würde.

Insbesondere die Praxis aus dem Bereich der EU-Strukturfonds zeigen, dass umfassende Anforderungen an Verwaltung, Kontrolle, Evaluierung und Transparenz einen ganz erheblichen Verwaltungsaufwand und entsprechende Kosten erzeugen. Die Vorteile derartiger Kontroll- oder Steuerungsmaßnahmen sollten immer im Verhältnis zum angestrebten Ziel gesehen werden. Im Interesse einer Reduzierung der Verwaltungskosten sollten die Förderverfahren daher nicht mit weiteren Prüfungen oder Kontrollinstanzen befrachtet, sondern administrativ entschlackt werden.

40. Eine Pflicht zur Vergabe aller Beihilfen in einem Verfahren analog dem öffentlichen Auftragswesen birgt die Gefahr, dass zumindest in einigen Bereichen unnötig

bürokratische Lasten geschaffen werden. Anders als im Bereich des öffentlichen Auftragswesens besteht bei der Förderung in vielen Fällen keine Vielzahl von möglichen Investoren, die mit einer öffentlichen Vergabe angesprochen werden sollen. Die Investoren werden im Gegenteil teilweise aktiv von den Wirtschaftsfördereinrichtungen angesprochen. In solchen Fällen wäre die Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht sinnvoll.

41. Nach der derzeitigen Rechtslage erscheint es nicht erforderlich, ein bundeseinheitliches Rückforderungsgesetz zu schaffen. Das allgemeine Verfahrensrecht bietet ausreichende Möglichkeiten, eine Rückforderungsentscheidung der Europäischen Kommission gemeinschaftsrechtskonform umzusetzen. Auch in Fällen, in denen die Beihilfe im Rahmen eines zivilrechtlichen Vertrages gewährt worden ist, kann die Rückforderung nach dem jetzigen Stand der Rechtsprechung per Verwaltungsakt angeordnet werden. Damit ist auf Grundlage der bestehenden Regelungen im deutschen Recht eine gemeinschaftsrechtlich gebotene sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Rückforderungsentscheidung möglich. Gegen ein bundeseinheitliches Rückforderungsgesetz für alle Arten von Beihilfen bestehen darüber hinaus kompetenzrechtliche Bedenken (die Regelung des Verwaltungsverfahrens gehört zu den Aufgaben der Länder).

