

MEHR WETTBEWERB, WENIG AUSNAHMEN

Achtzehntes Hauptgutachten
der Monopolkommission
gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB

– 2008/2009 –

Kurzfassung

Sperrfrist: Frei ab Mittwoch, 14. Juli 2010, 10.30 Uhr

Inhaltsverzeichnis

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik.....	1*
• Mehr Effizienz bei der Bereitstellung von Trinkwasser!	1*
• Wettbewerbsdefizite bei Apotheken im Einzelhandel mit Arzneimitteln.....	2*
• Novellierung des Telekommunikationsgesetzes.....	4*
• Neue Kooperationswege mit dem Statistischen Bundesamt.....	5*
I. Konzentrationsstatistik vor der Modernisierung.....	7*
II. Stand und Entwicklung der Konzentration von Großunternehmen (aggregierte Konzentration).....	9*
III. Internationale personelle Verflechtungen.....	13*
IV. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Fusionskontrolle.....	15*
V. Arbeitsmarkt und Wettbewerb auf Produktmärkten.....	35*
VI. Perspektiven für mehr Wettbewerb und Effizienz in der gesetzlichen Krankenversicherung.....	40*

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik◆ **Mehr Effizienz bei der Bereitstellung von Trinkwasser!**

1.* Die technologisch schwer zu rechtfertigende, teilweise extrem kleinteilige Struktur der deutschen Trinkwasserversorgung lässt vermuten, dass sich durch die Zusammenlegung von Wasserverteilnetzen und/oder Netzverwaltungen erhebliche Größenvorteile heben und weitere Kostendegressionspotenziale ausnutzen lassen. Die kommunalen Gebietskörperschaften üben weitgehenden eigentumsrechtlichen Einfluss auf die Wasserversorgung in ihrem Gebiet aus. In dem Nebeneinander aus privatrechtlicher Preissetzung einerseits und öffentlich-rechtlicher Gebührenfestlegung andererseits erkennt die Monopolkommission ein ernst zu nehmendes Problem der faktischen Ungleichbehandlung an sich gleicher Sachverhalte: Stets wird dasselbe homogene Gut Wasser von wirtschaftlich tätigen Betrieben, den Wasserversorgern, gegen ein Entgelt an Verbraucher abgegeben. Mit der Wahl der Rechtsform durch die zuständige Kommune oder den zuständigen Zweckverband ergeben sich nach der bislang geübten Praxis jedoch erhebliche Unterschiede in den Aufsichtszuständigkeiten. Die Gebührenhöhe wird von der jeweiligen Kommunalaufsicht genehmigt, die Preise der privaten Wasserbetriebe sind der Missbrauchsaufsicht nach dem Wettbewerbsrecht unterworfen. Für die Kommunalaufsicht eines Bundeslandes spielt das Konzept der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung keine oder allenfalls eine untergeordnete Rolle. Stattdessen regulieren Kommunalaufsichten zuallererst nach dem Äquivalenzprinzip und dem Kriterium der Sicherstellung einer nachhaltigen Haushaltsführung bei den Kommunen. In dem hierbei zugrunde gelegten Vollkostenstandard sieht die Monopolkommission die Gefahr einer Akzeptanz von ineffizient hohen Kosten in der Trinkwasserwirtschaft. Allerdings weist die Monopolkommission insbesondere die Verbraucher darauf hin, dass nach bestrittener, doch überzeugender Auffassung auch Gebühren in der Wasserwirtschaft der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht unterliegen.

2.* Die Monopolkommission stellt im Zusammenhang mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs „Wasserpreise Wetzlar“ vom 2. Februar 2010 fest, dass bei der Verfolgung eines Preishöhenmissbrauchs im Bereich der natürlichen Monopole in der deutschen Trinkwasserwirtschaft typischerweise eine Situation untersucht wird, die grundsätzlich nicht für eine kartellrechtliche Problematik spricht. Eine Kartellbehörde kann hier gegenüber einem Wasserversorger nicht durch eine einmalige Entscheidung dauerhaft Abhilfe schaffen, vielmehr müsste sie periodisch wiederkehrend Entgelte auf den Wassermärkten kontrollieren und vergleichen. Das jedoch ist sinnvollerweise Aufgabe einer sektorspezifischen Regulierung.

3.* Die Struktur der deutschen Wasserversorgung ist kurzfristig einer erneuten Überprüfung zu unterziehen. Hierbei muss es um die explizite Ausrichtung der Wasserversorgung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gehen. Im Ergebnis müssen die faktische Ungleichbehandlung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Wasserversorgern im Bundesgebiet abgestellt, Größenvorteile ausgenutzt und die Degression unspezifischer Gemeinkosten bestmöglich umgesetzt werden. Die Monopolkommission empfiehlt der Bundesregierung und den Bundesländern, die deutschen Trinkwasserversorger sodann einer einheitlichen und an der effizienten Bereitstellung von Trinkwasser orientierten sektorspezifischen Regulierung zu unterstellen.

4.* Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass in der Phase der Einführung eines einheitlichen Regulierungsrahmens für die deutsche Trinkwasserversorgung der Bundesnetzagentur zunächst die volle Handlungskompetenz übertragen werden sollte. Die technische Regulierung könnte sich dann auf reine Vorgaben zu Outputgrößen, mithin auf Vorgaben zur Wasserqualität zu beschränken. Die wirtschaftliche Regulierung sollte kurzfristig als Anreizregulierung für alle deutschen Wasserversorger nach einheitlichen Standards vorgenommen

werden. Hierdurch könnten Wasserversorgern Anreize gesetzt werden, bei ineffizient hohen Gemeinkosten ihre Größe durch Fusion mit einem anderen Trinkwasseranbieter zu erhöhen und so die Degression der unspezifischen Gemeinkosten zu verbessern. Hierzu ist nicht notwendigerweise die physische Zusammenlegung von Netzen erforderlich. Auch ein verstärktes Outsourcing bestimmter Aufgaben auf hochspezialisierte, externe Unternehmen kann zu einer Erhöhung der Effizienz auf dem deutschen Wassermarkt beitragen.

5.* Die Monopolkommission regt vor allem gegenüber den Kommunen und Landschaftsverbänden an, vermehrt Ausschreibungswettbewerbe für die Wasserversorgung durchzuführen. Zur Erleichterung des Ausschreibungskonzeptes ist vorstellbar, eine Trennung des Leitungsnetzes vom Betrieb zu erwirken. Während das Leitungsnetz in kommunaler oder privater Hand weiterhin einer Anreizregulierung unterworfen würde, ließe sich der Betrieb in einen Ausschreibungswettbewerb um den Markt einbringen. Die Monopolkommission weist allerdings auch auf mögliche Probleme bei der Umsetzung von Ausschreibungskonzepten dadurch hin, dass insbesondere bei langen Konzessionslaufzeiten Hold-Up durch den Konzessionsinhaber droht.

◆ **Wettbewerbsdefizite bei Apotheken im Einzelhandel mit Arzneimitteln**

6.* Die Monopolkommission hat sich bereits 2006 in ihrem Sechzehnten Hauptgutachten mit dem Wettbewerb zwischen Apotheken und der Regulierung des Einzelhandels mit Arzneimitteln befasst und der damaligen Bundesregierung umfassende Reformvorschläge unterbreitet. Sie hat ihre Analyse und die Handlungsempfehlungen vor dem Hintergrund der Entwicklung in den vergangenen vier Jahren nun aktualisiert.

7.* Auf der Basis der erneuten Analyse erinnert die Monopolkommission an ihre Reformvorschläge aus dem Jahr 2006 und bekräftigt diese. In den Vordergrund rückt sie dabei die folgenden Maßnahmen, welche sie für eine wettbewerbliche Entwicklung des Einzelhandels mit Arzneimitteln als besonders förderlich erachtet. Die Monopolkommission spricht sich ganz bewusst nicht für eine vollständige Deregulierung des Einzelhandels mit Arzneimitteln aus. Sie empfiehlt, einen „sanften“ Preiswettbewerb auch bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln zu ermöglichen durch (a) Wegfall der vorgeschriebenen Zuzahlung bei gesetzlich versicherten Patienten sowie der heute geltenden Packungspauschale von 8,10 EUR (abzüglich 2,30 EUR Rabatt für Verkäufe auf Kosten der gesetzlichen Krankenversicherung) bei (b) gleichzeitiger Übernahme eines durch die Apotheke selbst in Grenzen festzulegenden Entgelts für die Dienstleistung der Apotheke durch die Patienten.

8.* Durch diese Beteiligung der Patienten am Preis der Apothekenleistung kann wirksamer Preiswettbewerb zwischen den Apotheken induziert werden. Die momentanen Zuzahlungen von gesetzlich versicherten Patienten beteiligen diese zwar an den Kosten des Arzneimittels, haben aber wenig Steuerungswirkung. Es sollte berücksichtigt werden, dass (a) der Patient zwar wenig Einfluss auf die Auswahl des verschriebenen Arzneimittels hat, da diese üblicherweise (zu Recht) durch den Arzt erfolgt, (b) der Patient aber die Entscheidung über die besuchte Apotheke eigenständig trifft. Um einen Anreiz zum Besuch einer günstigen Apotheke zu geben, sollte der Patient deshalb nicht an den Gesamtkosten des Arzneimittels, sondern lediglich an den Kosten der Apothekenleistung beteiligt werden.

Eine solche Beteiligung der Patienten an den Kosten der Apothekenleistung schlägt die Monopolkommission nochmals vor. Die bisherige Zuzahlung sollte abgeschafft werden. Stattdessen könnte der Apotheker vom Patienten ein eigenständiges Entgelt erheben, dessen Höhe vom Apotheker variiert werden kann, wobei der Gesetzgeber Ober- und Untergrenzen festset-

zen kann. Außerdem sollte das Fremd- und Mehrbesitzverbot bei Apotheken aufgehoben und das Betreiben von Apotheken durch Kapitalgesellschaften ermöglicht werden unter gleichzeitiger vorübergehender Verschärfung der Fusionskontrolle bei Apotheken zur Verhinderung der Herausbildung regionaler Monopolstellungen. Ein Mehrbesitz von Apotheken sollte auch oberhalb der aktuellen Grenze von vier Apotheken zugelassen werden. Damit wäre eine Kapitalbeteiligung von Nichtapothekern an Apothekenbetrieben möglich und es könnten Apothekenketten von grundsätzlich nicht beschränkter Größe gebildet werden.

9.* Ebenso spricht sich die Monopolkommission dafür aus, dass Apothekern eine selbstständige Berufsausübung auch in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft ermöglicht wird. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum Apotheken nicht in der Form einer Kapitalgesellschaft geführt werden sollten. Zur Sicherung möglicher Schadensersatzansprüche von Patienten ist an eine gesetzliche Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung zu denken. Davon unberührt ist die Regelung, dass jede Apotheke durch einen – möglicherweise angestellten – Apotheker verantwortlich geführt werden muss.

10.* Gegen eine Apothekenkette, die sich im Eigentum von Nichtapothekern befindet, wird manchmal eingewandt, in einem solchen Unternehmen bestehe die Gefahr, dass die berufliche Sorgfalt des Apothekers hinter den Gewinnmaximierungsinteressen der Eigentümer zurückstehen wird. Der Monopolkommission ist allerdings keine Evidenz dafür bekannt, dass Apotheker in geringerem Maße an wirtschaftlicher Prosperität und Wohlstand interessiert wären als andere Mitbürger, d.h. auch der „Apotheker in seiner Apotheke“ hat in der Regel ein Interesse an einem florierenden Geschäft. Zudem führt Profitstreben im Einzelhandel nicht automatisch zu Fehlverhalten, insbesondere dann nicht, wenn mit entsprechenden Sanktionen zu rechnen ist.

11.* Verhindert werden muss allerdings, dass es – insbesondere in der Übergangszeit – durch Bildung von Apothekenketten zu lokalen oder regionalen Monopolen kommt. Dem könnte aber durch eine temporäre Regelung abgeholfen werden, nach der eine fusionskontrollrechtliche Prüfung auf Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erfolgt und Zusammenschlüsse von Apothekenketten auch unterhalb der üblichen Aufgreifschwelle der Fusionskontrolle unterliegen. Diese Sonderregelungen könnten aufgehoben werden, wenn sich intensiver Wettbewerb zwischen Apothekenketten entwickelt hat.

12.* Bei einer räumlichen Integration von Apotheken in andere Geschäfte könnten Apotheken als räumlich unselbständiger Teil eines Drogeriemarktes oder Kaufhauses betrieben werden. Der Verkauf von verschreibungspflichtigen oder besonders beratungsbedürftigen Arzneimitteln sollte aber weiterhin nicht in Selbstbedienung, sondern nur über den Apothekentisch erfolgen, wodurch einem falschen Gebrauch vorgebeugt würde; zudem sollte der Zugang zu den eigentlichen Apothekenbetriebsräumen (Lager, Labor) nur berechtigten Personen gestattet sein. Darüber hinaus müsste auch bei diesen Apotheken ein Notdienst außerhalb der Ladenöffnungszeiten stattfinden. Das im Koalitionsvertrag vorgesehene vollständige Verbot von Pick-up-Stellen sollte nicht umgesetzt werden. Ein solches vollständiges Verbot von Pick-up-Stellen erscheint unverhältnismäßig. Pick-up-Stellen ermöglichen dem Versandhandel alternative Vertriebswege und erhöhen so auch den Wettbewerbsdruck für niedergelassene Apotheken.

13.* Die teilweise geäußerte Befürchtung, dass Versandapotheken als Partner Pick-up-Stellen auswählen, welche keine sachgemäße Lagerung der Arzneimittel gewährleisten oder unseriöse Geschäftspraktiken verfolgen, teilt die Monopolkommission nicht, da dies den Geschäftsinteressen der Versandapotheken selbst zuwiderlaufen würde. Sollte der Gesetzgeber

die geäußerte Befürchtung allerdings teilen, so ist aus Sicht der Monopolkommission eine Regulierung von Pick-up-Stellen bzw. die Vorgabe von Mindeststandards gegenüber einem vollständigen Verbot vorzuzugswürdig und auch dem Problem in der Eingriffstiefe eher angemessen. Eine Regulierung von Pick-up-Stellen könnte sich z.B. auf Anforderungen an die Lagerung von Arzneimitteln und die Schulung des Personals beziehen.

◆ **Novellierung des Telekommunikationsgesetzes**

14.* Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat im März 2010 erste Vorschläge für eine Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vorgelegt. Die Novelle soll der Anpassung des nationalen Rechts an den geänderten europäischen Rechtsrahmen für Telekommunikationsnetze und -dienste dienen sowie Probleme ausräumen, die sich bei der Anwendung des Gesetzes ergeben haben. Die vorgesehenen Änderungen betreffen im Wesentlichen die Rahmenbedingungen für Infrastrukturinvestitionen und Wettbewerb, das Regulierungsinstrumentarium sowie Verfahrensfragen im Zusammenhang mit der Einrichtung eines Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK). Darüber hinaus werden Änderungen zu einer technologieneutralen Ausgestaltung und Flexibilisierung der Frequenznutzung vorgeschlagen und Maßnahmen zur Stärkung der Verbraucherrechte und zum Datenschutz diskutiert.

15.* Die Monopolkommission spricht sich gegen eine grundsätzliche Neuausrichtung der Regulierung aus, da sich der gegenwärtige Rechtsrahmen im Wesentlichen bewährt hat und dazu geeignet ist, den Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten weiter zu fördern sowie Investitionen in neue Infrastrukturen anzuregen. Um Konflikte mit der Europäischen Kommission und die daraus resultierenden Rechtsunsicherheiten für die Marktteilnehmer zu vermeiden, ist bei den zwingend gebotenen Änderungen des Telekommunikationsgesetzes die möglichst enge Orientierung an den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu empfehlen. Darüber hinaus sollte die TKG-Novellierung zeitnah erfolgen, da die Herstellung von Rechtssicherheit eine wichtige Voraussetzung für den von der Bundesregierung angestrebten und volkswirtschaftlich wünschenswerten schnellen Ausbau der mobilen Breitbandnetze in der Bundesrepublik Deutschland ist.

16.* Im Einzelnen steht die Monopolkommission einem Teil der vorgesehenen Änderungen kritisch gegenüber. Das gilt für die Verankerung einer Befugnis zur Definition regionaler Märkte, die unnötig erscheint, weil der Abgrenzung subnationaler Märkte das geltende Recht nicht entgegensteht, und die Verpflichtung zur Berücksichtigung spezifischer Neuerungsrisiken im Rahmen der Entgeltregulierung, für die der Regulierungsbehörde in aller Regel die notwendigen Informationen fehlen. Wenig sinnvoll ist auch die Einführung der funktionalen Trennung als zusätzliches Regulierungsinstrument. Sowohl die späte Marktphase als auch die günstige Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten sprechen gegen die Einführung eines solch restriktiven Instruments. Bei der gleichwohl gebotenen Umsetzung in nationales Recht sollte der Ausnahmecharakter dieses Instruments betont werden.

17.* Positiv zu bewerten ist die geplante gesetzliche Klarstellung, dass die Zugangsregulierung auch auf vorgelagerte Infrastrukturen, wie Leerrohre und die Verkabelung innerhalb von Häusern, anwendbar ist, die Umwandlung der obligatorischen Verpflichtung zur Gewährleistung der Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl in ein fakultatives Instrument der Regulierung sowie die Stärkung der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde durch die Änderung der Vorgaben zur Entlassung des Präsidenten der Behörde. Nicht in den Eckpunkten des Bundeswirtschaftsministeriums adressiert, nach Auffassung der Monopolkommission aber europarechtlich zwingend geboten ist das Verbot jeglicher Weisungen an die Bundesnetzagentur.

Das gilt ausdrücklich auch für Weisungen des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie.

18.* Im Grundsatz positiv ist auch das Vorhaben, dem Horten von Frequenzen durch Bußgelder und die schnellere Widerrufbarkeit der Nutzungsrechte vorzubeugen. Zu bedenken ist aber, dass es durchaus gute Gründe geben kann, Frequenzen temporär nicht zu nutzen, etwa wegen der fehlenden Verfügbarkeit einer Technologie zur Frequenznutzung. Sinnvoll ist die Verbesserung der Rahmenbedingungen für den Verkauf, die Vermietung und die gemeinsame Nutzung von Frequenzen. Eine effiziente Frequenznutzung setzt voraus, dass Nutzungsrechte möglichst unbeschränkt an Dritte übertragen werden können. Denkbar wäre auch, die Veräußerung, Vermietung oder Mitnutzung vorzuschreiben, wenn Frequenzen vom Inhaber der Nutzungsrechte nicht oder nicht fristgerecht im Sinne des mit der Zuteilung verfolgten Zwecks genutzt werden.

◆ Neue Kooperationswege mit dem Statistischen Bundesamt

19.* Bei der Erstellung der Konzentrationsstatistik arbeitet die Monopolkommission weiterhin eng mit dem Statistischen Bundesamt zusammen. Nach ersten positiven Erfahrungen mit der Verwendung des Unternehmensregisters als Datengrundlage für Auswertungen der Unternehmenskonzentration im letzten Hauptgutachten basiert auch die aktuelle Konzentrationsstatistik wieder auf dieser Datenbasis. Erstmals hatte die Monopolkommission die Möglichkeit, mit faktisch anonymisierten amtlichen Mikrodaten zu arbeiten.

20.* Bis zum März dieses Jahres konnte die Monopolkommission in Bezug auf amtliche Daten lediglich an einer kontrollierten Datenfernverarbeitung teilzunehmen. Allein der damit verbundene Kontroll- und Koordinationsaufwand führte jedoch in der Summe zu zeitlichen Verzögerungen, die tiefer gehende wissenschaftliche Analysen verhinderten.

21.* Die Monopolkommission hat diese Situation zum Anlass genommen, erneut einen Zugang zu amtlichen Mikrodaten über Arbeitsplatzrechner des Forschungsdatenzentrums (FDZ) der statistischen Ämter des Bundes und der Länder zu beantragen, welcher einen deutlich komfortableren Umgang mit öffentlichen Daten erlaubt. Ob die Monopolkommission einen derartigen Zugang erhalten kann, hängt entscheidend davon ab, ob sie in den Anwendungsbebereich des § 16 Abs. 6 BStatG fällt. Dies war lange Zeit umstritten.

22.* Das Statistische Bundesamt vertrat in der Vergangenheit die Auffassung, ein Zugang der Monopolkommission zu amtlichen Daten sei abschließend in § 47 GWB geregelt, der insoweit eine Sonderregelung darstelle, welche die Anwendung der allgemeinen Zugangsregelung nach § 16 Abs. 6 BStatG ausschließe. Diese Rechtsauffassung überzeugt indes nicht. Im Fall einer Normenkonkurrenz kann das spezielle Gesetz das allgemeine Gesetz nur dann verdrängen, wenn beide Normen denselben Sachverhalt erfassen und Folgen anordnen, die sich gegenseitig ausschließen. Keine dieser beiden Voraussetzungen ist im hier betroffenen Fall erfüllt. Die Monopolkommission hatte bereits im Siebzehnten Hauptgutachten angeführt, dass ferner insbesondere die Gesetzesbegründung und der Sinn und Zweck des § 47 GWB gegen die Interpretation des Statistischen Bundesamtes sprechen.

23.* Im Dezember 2009 ist die Unterarbeitsgruppe Recht der statistischen Ämter des Bundes und der Länder zu der Auffassung gelangt, dass unter Berücksichtigung der nunmehr ausführlich ausgearbeiteten Rechtsauffassung der Monopolkommission einer Anwendung von § 16 Abs. 6 BStatG nichts mehr im Wege steht. Um hier endgültig Klarheit zu schaffen, könnte der Gesetzgeber bei einer Novellierung des § 47 GWB die im letzten Hauptgutachten vorgeschlagenen Änderungen berücksichtigen. Angesichts des derzeit laufenden Projekts zur Mo-

demisierung der Konzentrationsberichterstattung könnte es jedoch sinnvoll sein, zuvor noch die Empfehlungen des Gutachters diesbezüglich abzuwarten.

24.* Der faktisch seit März 2010 vorhandene Zugang zu Arbeitsplatzrechnern im Forschungsdatenzentrum stellt für die Monopolkommission eine herausragende Verbesserung der Analysemöglichkeiten dar. Die höhere Arbeitseffizienz bei unmittelbarem Datenzugang schafft Freiräume für zusätzliche Untersuchungen und damit eine Verbesserung der Konzentrationsberichterstattung. Positiv anzumerken ist zudem, dass das FDZ am Standort der Monopolkommission in Bonn mit einer Abteilung vertreten ist.

25.* Trotz aller Vorteile, die mit einer Bearbeitung von amtlichen Mikrodaten im Forschungsdatenzentrum verbunden sind, ist darauf hinzuweisen, dass für umfangreiche Analysen weiterhin mit erheblichen finanziellen Aufwendungen zu rechnen ist, da Aufwendungen für Aufbereitungen der öffentlichen Daten zukünftig voraussichtlich nicht mehr weitestgehend vom FDZ übernommen, sondern dem Auftraggeber vollständig in Rechnung gestellt werden. Zudem ist es weiterhin kaum möglich, kurzfristig auf aktuelle Problemstellungen zu reagieren, weil die personellen und materiellen Ressourcen des FDZ häufig bereits über viele Monate für anderweitige wissenschaftliche Projekte ausgebucht sind. Dies kann zu der widersinnigen Situation führen, dass private Forschungsinteressen die Güte der im öffentlichen Interesse stehenden Politikberatung durch die Monopolkommission beeinträchtigen.

26.* Während der kurzen praktischen Zusammenarbeit in den letzten zwei Monaten vor Abgabe dieses Gutachtens offenbart sich bereits, dass die Anforderungen der Monopolkommission zu hohen außerordentlichen Belastungen des FDZ führen, die nicht im Rahmen der üblichen Geschäftsprozesse aufzufangen sind. Besonders der enorme Umfang der benötigten Daten und die hohen Aktualitätsanforderungen stellen für das Forschungsdatenzentrum eine große Herausforderung dar. Das hohe Engagement der Mitarbeiter des FDZ gleicht zwar häufig außerordentliche Zusatzbelastungen aus, mittelfristig ist den gestiegenen Anforderungen jedoch durch eine adäquate Anpassung der Ressourcen Rechnung zu tragen, damit ein reibungsloser Betrieb erhalten bleibt.

27.* Angesichts der gemäß § 47 Abs. 1 GWB auf amtlichen Daten beruhenden Konzentrationsberichterstattung und der zunehmenden Bedeutung empirischer Auswertungen für ökonomische Analysen, wäre es folglich äußerst sinnvoll, wenn für die Monopolkommission eine offizielle Verbindungsstelle zum Statistischen Bundesamt eingerichtet würde. Davon würde nicht nur die Konzentrationsstatistik profitieren, sondern auch alle anderen Tätigkeitsbereiche der Monopolkommission, da mithilfe einer derartigen Verbindungsstelle auch ohne Programmierkenntnisse spezifische, auf amtlichen Daten basierende Auswertungen erstellt werden könnten. Eine Mitarbeiterstelle wäre bereits geeignet, erhebliche Verbesserungen der quantitativen Arbeiten der Kommission herbeizuführen.

28.* Ferner zeichnet sich bereits jetzt ab, dass auf amtlichen Daten basierende Analysen einen zunehmend größeren Stellenwert innerhalb der wissenschaftlichen Politikberatung im Allgemeinen und für die Konzentrationsstatistik im Besonderen einnehmen werden. Eine Umsetzung allein der von der Monopolkommission bisher angefragten Aufbereitungen ist bereits jetzt nicht mehr im Rahmen der üblichen Arbeitsprozesse beim Forschungsdatenzentrum handhabbar. In der Konsequenz entstehen daraus extrem lange Wartezeiten für die Monopolkommission, bis überhaupt ein Datenzugang tatsächlich bereitgestellt wird. Schließlich hätte die Einrichtung einer Verbindungsstelle den großen Vorteil, die Reaktionszeit, auf aktuelle wettbewerbspolitische Fragestellungen mit evidenzbasierten Analysen zu reagieren, deutlich zu verringern. Organisatorisch könnte eine Verbindungsstelle analog zur Verbindungsstelle

des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung als Stabstelle des Präsidenten des Statistischen Bundesamtes eingerichtet werden oder alternativ als zusätzliche Position im FDZ des Statistischen Bundesamtes.

I. Konzentrationsstatistik vor der Modernisierung

29.* Gemäß dem bestehenden gesetzlichen Auftrag in § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB wurde in enger Zusammenarbeit mit dem Statistischen Bundesamt erneut eine „klassische“ Konzentrationsstatistik erstellt. Der Fokus der aktuellen Konzentrationsberichterstattung liegt indes in der Vorbereitung einer grundlegenden Modernisierung, da die wirtschaftspolitischen Interpretationsmöglichkeiten der „klassischen“ Berichterstattung weiterhin stark begrenzt sind. Hierfür sind in erster Linie zwei Problembereiche verantwortlich, die nicht einfach durch zusätzliche Investitionen in umfangreichere Datenmengen oder ausgeklügeltere Berechnungsmethoden behoben werden können, sondern eine grundlegende Neukonzipierung erfordern.

30.* Dies betrifft im Kern zunächst das Problem unzureichender empirischer Marktabgrenzungen, welches sich im Zuge der Globalisierung stetig verschärft. Die erstmalig vorgenommenen Auswertungen der Monopolkommission zur Bedeutung des EU-Binnenhandels bestätigen dies deutlich. Demnach beteiligten sich im Berichtsjahr 2007 schätzungsweise ca. 50 % der über 3,5 Mio. im amtlichen Unternehmensregister erfassten Unternehmen am EU-Binnenhandel. Die hohe Bedeutung der wirtschaftlichen Globalisierung wird zudem dadurch bestätigt, dass im Jahr 2007 rund 12 % der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in Deutschland in Unternehmen arbeiteten, die von einem ausländischen Eigentümer kontrolliert werden. Vor diesem Hintergrund scheint die Frage berechtigt, inwieweit die Erstellung der auf rein nationalen Angaben beruhenden „klassischen“ Konzentrationstabellen im Anlagenteil der Hauptgutachten noch eine ausreichende Berechtigung hat. Sofern die zugrunde liegende Marktabgrenzung wie bisher ausschließlich über die Klassifikation der Wirtschaftszweige vorgenommen wird, ist die Aussagekraft von Konzentrationsraten und dem HHI äußerst gering. Eine adäquate Marktabgrenzung für alle Branchen vorzunehmen, ist jedoch weder mit der Aufgabe der Monopolkommission vereinbar, noch wäre es mit den ihr zu Verfügung stehenden Ressourcen auch nur annähernd möglich.

31.* Der zweite maßgebliche Grund, eine Neukonzipierung der Konzentrationsstatistik anzustreben, liegt darin begründet, dass sich die Problemlage bei den zur Verfügung stehenden Unternehmensdaten im Vergleich zu früheren Jahren grundlegend verändert hat. Während noch bis zum Sechzehnten Hauptgutachten nahezu alle für die Monopolkommission verfügbaren und relevanten Unternehmensdatenbestände ausgewertet wurden, übersteigt das Angebot relevanter öffentlicher und privater Datenbestände bereits heute bei Weitem die finanziellen und personellen Analysekapazitäten der Monopolkommission. Zudem sind für eine Großzahl an Unternehmen zahlreiche zusätzliche Begleitmerkmale verfügbar, die vielfältige neuartige Analysen ermöglichen. Aufgrund der anhaltenden rasanten Entwicklungen im Datenbereich wächst das neu gewonnene Analysepotenzial zudem stetig an und verschiebt dementsprechend die Tätigkeitsschwerpunkte im Rahmen der Konzentrationsberichterstattung in grundlegend andere Arbeitsgebiete als noch im Jahr 2008 und davor.

32.* Beispielsweise wird die von der Monopolkommission in früheren Jahren durch eigene Berechnungen angestoßene Erfassung der kapitalmäßigen Verflechtungen deutscher Unternehmen in der amtlichen Statistik gemäß EU-Registerverordnung seit dem Jahr 2005 vom Statistischen Bundesamt selbst vorgenommen. Konkret werden im Rahmen von öffentlichen Ausschreibungen die relevanten Daten von privaten Anbietern erworben und mit den amtli-

chen Daten des Amtes verknüpft. Ein Erwerb und Zuspiel zusätzlicher Daten durch die Monopolkommission brächte außer immensen Kosten allenfalls marginale Verbesserungen mit sich, zumal allein die oben erläuterten, sehr viel gravierenderen Probleme einer unzureichenden Marktabgrenzung damit keineswegs auch nur ansatzweise gelöst würden. Im Ergebnis steht der äußerst geringe zu erwartende zusätzliche Erkenntnisgewinn einer Datenausweitung in einer völlig unverhältnismäßigen Relation zu den immensen erwartbaren Kosten. Die Evaluation des derzeit verfügbaren Spektrums an Wirtschaftsdaten hat darüber hinaus wirtschaftspolitisch deutlich relevantere, bis vor ein paar Jahren nicht analysierbare Schwerpunktsetzungen in den Fokus der Betrachtung gerückt.

33.* Angesichts der zahlreichen neu gewonnenen Analysepotenziale sind die Opportunitätskosten einer klassischen Konzentrationsberichterstattung für die Monopolkommission im Vergleich zu früheren Gutachten enorm gestiegen. Solange das Problem unzureichender empirischer Marktabgrenzungen nicht für einen großen Teil der deutschen Unternehmenslandschaft mit einem vertretbaren Aufwand gelöst ist, werden durch die Erstellung der klassischen Konzentrationsstatistik finanzielle und personelle Ressourcen gebunden, die bei Einsatz in anderen Aufgabenbereichen einen deutlich höheren Erkenntnisgewinn erzielen könnten. Um die wettbewerbspolitische Aussagekraft der konzentrationsstatistischen Analysen zu steigern, überlegt die Monopolkommission daher, eine stärkere Fokussierung auf bestimmte einzelne Märkte oder spezifische wettbewerbspolitische Problemstellungen – wie z.B. M&A-Aktivitäten, öffentliche Subventionen, Staatsfonds, internationale Unternehmensverflechtungen, Unternehmensgründungen und -aufgaben, Auslandsverlagerungen oder national dominierende Großunternehmen – vorzunehmen. Eine Fokussierung auf bestimmte Themen oder Sektoren hätte den Vorteil, inhaltlich und methodisch tiefer gehende Analysen vorzunehmen, was in der Regel eine Voraussetzung ist, um wirtschaftspolitisch relevante Aussagen und Handlungsempfehlungen abgeben zu können. Grundsätzlich hält es die Monopolkommission für vorzugswürdig, eher zu einer bestimmten Fragestellung tiefer gehende Analysen zu präsentieren als sehr umfangreiche, aber weniger aussagekräftige Statistiken für eine sehr große Unternehmensanzahl zu erstellen.

34.* Aufgrund der enormen Vielfalt wettbewerbspolitisch relevanter Fragestellungen, die zukünftig analysierbar sind, müssen aus Kapazitätsgründen notwendigerweise Untersuchungen vieler interessanter Themengebiete und Datensätze unterbleiben. Für die Zukunft stellt sich daher verstärkt die Frage, welche Daten beschafft und welche Analysen mit den knappen Mitteln durchgeführt werden sollen. Um die Nutzerorientierung bei der Themenauswahl zu stärken, sind interessierte Leser der Konzentrationsstatistik eingeladen, der Monopolkommission Vorschläge für zukünftige Schwerpunktsetzungen und Untersuchungen spezifischer Themengebiete zu unterbreiten.

35.* Sowohl die genannten Probleme einer adäquaten empirischen Abbildung von Märkten als auch die in den letzten Jahren erheblich gestiegenen Analysepotenziale öffentlicher und privater Datenstände sprechen für eine grundlegende Neuausrichtung der Konzentrationsstatistik. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat diese Situation zum Anlass genommen, dem Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) einen Gutachtenauftrag zu erteilen, der die Entwicklung einer neuen konzeptionellen Grundlage für die zukünftige Konzentrationsberichterstattung zum Ziel hat. Damit ist es gelungen, die für eine solch umfangreiche Aufgabe nötigen personellen und finanziellen Ressourcen sowie das nötige Expertenwissen zu akquirieren. Erste Ergebnisse des ZEW-Gutachtens sollen, wenn möglich, bereits im nächsten Hautgutachten der Monopolkommission Berücksichtigung finden.

36.* Parallel zu den konzeptionellen Arbeiten des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung strebt die Monopolkommission eine Ausweitung der empirischen Auswertungen auf der Basis der nunmehr zugänglichen amtlichen Firmendaten an. Inwieweit hier substanzielle Fortschritte erzielt werden können, hängt jedoch entscheidend von den Kapazitäten der statistischen Ämter des Bundes und der Länder ab, die von der Monopolkommission nicht beeinflusst werden können.

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

37.* Die Berichterstattung der Monopolkommission zur Beurteilung von Stand und Entwicklung der aggregierten Konzentration und zur Verflechtung von Großunternehmen basiert auf der Ermittlung der 100 größten Unternehmen aller Wirtschaftsbereiche nach dem Merkmal der inländischen Wertschöpfung. Die Monopolkommission analysiert ergänzend zu den inländischen Konzernbereichen die weltweite Wertschöpfung der Großunternehmen. Im Rahmen der Untersuchung zu den gemessen an ihrer inländischen Wertschöpfung 100 größten Unternehmen werden ferner Verflechtungsbeziehungen zwischen den Großunternehmen im Hinblick auf Anteilsbesitz, personelle Verbindungen und die Zusammenarbeit über Gemeinschaftsunternehmen ausgewertet. Die Betrachtung der „100 Größten“ wird ergänzt durch die Bestimmung der gemessen an den branchenspezifischen Geschäftsvolumina größten Unternehmen der Wirtschaftsbereiche Produzierendes Gewerbe, Handel, Verkehr und Dienstleistungen sowie des Kredit- und Versicherungsgewerbes. Der Berichtsteil schließt mit der Ermittlung der Beteiligung der „100 Größten“ an den durch das Bundeskartellamt berichteten Unternehmenszusammenschlüssen.

38.* Im Berichtsjahr 2008 wiesen die 100 größten Unternehmen eine inländische Wertschöpfung von rund 263 Mrd. EUR auf. Gegenüber 2006 war ein Rückgang um 6,3 % zu verzeichnen. Die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße erhöhte sich in Deutschland im Berichtszeitraum um 6,6 %. Entsprechend sank der Anteil der betrachteten Großunternehmen an der Gesamtwertschöpfung aller Unternehmen auf 15,8 %, nachdem er im Jahr 2006 vorübergehend auf 18,0 % gestiegen war.

Die zehn größten Unternehmen erwirtschafteten einen Anteil von 39,3 % an der Wertschöpfung aller untersuchten Großunternehmen, der erneut unter dem Wert der Vorperiode (41,0 %) lag. Der Anteil der 20 größten Unternehmen an der Wertschöpfung der „100 Größten“ verminderte sich ebenfalls von 58,9 % im Jahr 2006 auf 56,9 % in 2008. Der Wertschöpfungsrückgang der Unternehmen auf den vorderen 20 Rangpositionen zeichnete für etwa 88 % der absoluten Abnahme der Wertschöpfung der „100 Größten“ zwischen den Berichtsjahren 2006 und 2008 verantwortlich.

39.* Die Analyse der weltweiten Wertschöpfung gibt Anhaltspunkte über die infolge der Globalisierung zunehmende internationale Ausrichtung der Produktions- und Beschaffungsprozesse und die möglicherweise damit verbundene Ausgliederung von Geschäftsbereichen in das Ausland. Auf der Grundlage dieses Vorgehens lässt sich zudem das wirtschaftliche Gewicht der für diese Unternehmen zuständigen Entscheidungszentralen angemessen erfassen. Für die 49 Unternehmen aus dem Untersuchungskreis, deren Konzernobergesellschaft im Inland ansässig war, die in beiden Berichtsperioden 2006 und 2008 zum Kreis der „100 Größten“ zählten und die schwerpunktmäßig den Wirtschaftsbereichen Produzierendes Gewerbe, Handel, Verkehr und Dienstleistungen zugerechnet wurden, ergab sich für beide Jahre eine Inlandsrelation von rund 58,0 %. Der Anteil der inländischen Wertschöpfung an der weltwei-

ten Wertschöpfung der zehn größten Unternehmen erhöhte sich leicht um 1,8 % auf 59,1 %. Die Zunahme der Inlandsrelation lässt sich hierbei nicht auf die Ausweitung der inländischen Wertschöpfung zurückführen, sondern resultiert aus der überproportional gesunkenen durchschnittlichen Wertschöpfung der Gesamtkonzerne.

40.* Soweit die jeweiligen Daten für beide Berichtsjahre 2006 und 2008 vorlagen, wurde die Entwicklung der Großunternehmen auch hinsichtlich der Merkmale Anzahl der Beschäftigten, Sachanlagevermögen und Cashflow analysiert. In die ausbalancierte Untersuchung zu den Beschäftigtenzahlen wurden 90 Unternehmen einbezogen, die in beiden Berichtsjahren dem Untersuchungskreis angehörten. Ihr Anteil an der Anzahl der Beschäftigten aller Unternehmen verringerte sich gegenüber 2006 von 13,6 % auf 12,7 %. Die Bedeutung der Großunternehmen als Arbeitgeber hat sich somit erneut verringert. Die Wertschöpfung pro Arbeitnehmer sank aufgrund der relativ schwächeren Abnahme der Beschäftigtenzahlen um 7,9 % auf durchschnittlich 107,0 Tsd. EUR in 2008. Die gesamtwirtschaftliche Vergleichsgröße betrug 66,6 Tsd. EUR.

Seit dem Berichtsjahr 2006 baut die Monopolkommission eine ergänzende Zeitreihe zu den 100 größten Unternehmen, gemessen an den inländischen Beschäftigtenzahlen, auf. Im Jahr 2008 beschäftigten die 100 größten Arbeitgeber in Deutschland nahezu unverändert 3,481 Mio. Mitarbeiter (2006: 3,523 Mio.).

41.* Neben der Wertschöpfung werden ergänzende branchenspezifische Merkmale zur Beurteilung der Unternehmensgröße herangezogen, um die Bedeutung von Großunternehmen in den einzelnen Wirtschaftszweigen näher zu beleuchten. Im Falle von Industrie-, Verkehrs- und Dienstleistungsunternehmen sowie Handelsunternehmen dient der Umsatz als Größenkriterium. Die Größe von Kreditinstituten wird bevorzugt anhand der Bilanzsumme beurteilt und die der Versicherungsunternehmen anhand ihrer Beitragseinnahmen. Die Wertschöpfung ist jedoch als überlegenes Größenkriterium zu betrachten, da sie im Gegensatz zu den genannten, das Geschäftsvolumen kennzeichnenden alternativen Merkmalen den branchenübergreifenden Vergleich von Unternehmen erlaubt und den Grad ihrer vertikalen Integration widerspiegelt.

Das Wachstum des Geschäftsvolumens der 50 größten Unternehmen des Produzierenden Gewerbes blieb hinter der allgemeinen Marktentwicklung zurück. Ebenso verringerte sich der Anteil des Geschäftsvolumens aller in den Wirtschaftsbereichen Handel, Verkehr und Dienstleistungen sowie im Kreditgewerbe tätigen Unternehmen, der auf die jeweils zehn größten Unternehmen der Branche entfällt. Einzig das Wachstum der Beitragseinnahmen der zehn größten Versicherungskonzerne lag über dem Branchendurchschnitt. Von den untersuchten Wirtschaftszweigen weist die Versicherungsbranche neben dem Kreditgewerbe unverändert die höchste Konzentration auf.

42.* Die Anteilseigner der Großunternehmen werden zum einen hinsichtlich der Anteilseignerstruktur der Unternehmen des Berichtskreises analysiert, zum anderen werden die Kapitalverflechtungen zwischen den „100 Größten“ untersucht. Bei der Mehrzahl der Unternehmen aus dem Untersuchungskreis veränderten sich die Besitzverhältnisse nur unwesentlich. Hinsichtlich der Anteilseignergruppen, die jeweils die Eigenkapitalmehrheit der untersuchten Großunternehmen auf sich vereinen, ergaben sich die folgenden Änderungen. Die Zahl der mehrheitlich in ausländischem Einzelbesitz befindlichen Unternehmen verringerte sich gegenüber 2006 von 28 auf 27 Unternehmen. Die Anzahl der Unternehmen, die sich überwiegend in der Hand von Einzelpersonen, Familien oder Familienstiftungen befanden, erhöhte sich von 21 auf 23. Ebenso stieg die Zahl der Unternehmen, deren Anteilsmehrheit in Streubesitz lag, auf nunmehr 21 (2006: 20 Unternehmen). Unverändert befanden sich 12 Großun-

ternehmen mehrheitlich im Besitz der öffentlichen Hand. In sieben (2006: 12) Fällen konnte das Eigenkapital nicht mehrheitlich einer Anteilseignerkategorie zugeordnet werden. Mit der Volkswagen AG und der Evonik Industries AG befanden sich im Untersuchungszeitraum zwei Unternehmen mehrheitlich im Besitz eines anderen Unternehmens aus dem Kreis der „100 Größten“. In einem weiteren Fall (2006: zwei Fällen) summierten sich die Anteile der „100 Größten“ auf über 50 %.

43.* Im Berichtszeitraum sank die Zahl der verflochtenen Unternehmen von 39 in 2006 auf 37. Betrachtet man die Entwicklung seit der Höchstzahl gegenseitiger Kapitalbeteiligungen im Berichtsjahr 1996, lässt sich eine fortschreitende Tendenz zur Kapitalentflechtung beobachten. Verglichen mit den verbliebenen 37 Unternehmen konnten im Berichtsjahr 1996 noch 62 Unternehmen im Beteiligungsnetzwerk gezählt werden. Dem gleichen Trend folgen die Gesamtzahl der Anteilseigner (1996: 39, 2008: 17) sowie die Anzahl der Beteiligungsunternehmen (1996: 51, 2008: 29). Die Zahl aller Beteiligungsfälle verringerte sich zwischen 1996 und 2008 von 143 auf 47. Im Wesentlichen wurde die Entwicklung durch den Rückzug der Finanzdienstleister im Untersuchungskreis aus dem Netzwerk bedingt. Die Gesamtzahl der Beteiligungen der Finanzdienstleister sank von 103 Beteiligungsfällen in 1996 auf 37 Beteiligungsfälle in 2008. Auch die Gesamtzahl der Beteiligungsfälle von Unternehmen, die nicht dem Banken- oder Versicherungsgewerbe zuzuordnen waren, reduzierte sich im Zeitraum von 1996 bis 2008 um 75,0 % auf zehn Fälle. Der Grad der Interdependenz als Maß für den Anteil der durch Kapitalbeteiligungen kontrollierten Wertschöpfung an der Gesamtwertschöpfung der „100 Größten“ sank im gleichen Zeitraum von 13,3 % auf 7,6 %. Die meisten Beteiligungen an anderen Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ wies mit einem Wert von elf (2006: 16) wie in den Vorjahren die Allianz SE auf. Die Deutsche Bank AG hielt zum Stichtag neun (2006: sechs) Beteiligungen. Der Rückgang der Kapitalverflechtungen lässt sich auf unterschiedliche exogene und endogene Erklärungsfaktoren wie die fortschreitende Globalisierung oder institutionelle Veränderungen im Inland zurückführen. Neben Entflechtungsvorgängen kann die Abnahme des Verflechtungsgrades zum Teil auch durch Zusammenschlüsse zwischen vormals eng verflochtenen Mitgliedern des Kreises der 100 größten Unternehmen erklärt werden.

44.* Bei der Untersuchung der personellen Verflechtungen werden ausschließlich diejenigen Unternehmensverbindungen berücksichtigt, bei denen eine oder mehrere Personen gleichzeitig den Geschäftsführungs- oder Kontrollorganen von mindestens zwei Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ angehören. Im Jahr 2008 haben 33 Unternehmen (2006: 34) aus dem Kreis der „100 Größten“ Mitglieder ihrer Geschäftsführung in die Kontrollorgane von 43 Unternehmen (2006: 44) aus diesem Kreis entsendet. Die Gesamtzahl der Verflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder betrug 76 gegenüber 84 in 2006. Seit dem Berichtsjahr 1996 ist analog zu der Entwicklung der Kapitalverflechtungen eine stetige Auflösung des Netzwerks aus personellen Unternehmensverflechtungen festzustellen, wenngleich beide Verflechtungsformen nur schwach korreliert sind. Seit 1996 ist die Zahl von Unternehmensverflechtungen über Geschäftsführungsmitglieder in den Kontrollgremien um 59,1 % gesunken. Mit einem Rückgang von 35,3 % reduzierte sich allerdings die Zahl der Verbindungen über Geschäftsführer mit externen Kontrollmandaten aus den Wirtschaftsbereichen Produzierendes Gewerbe, Handel sowie Verkehr und Dienstleistungen vergleichsweise wenig. Im Berichtsjahr 2008 wurden 15 der 76 (19,7 %) festgestellten personellen Verflechtungen über Geschäftsführer von einer parallelen Kapitalbeteiligung begleitet. Die Zahl der Unternehmensverbindungen über sonstige gemeinsame Träger von Kontrollmandaten nahm im Zwölfjahreszeitraum um 48,8 % auf 215 Fälle ab. Der Verflechtungsgrad, gemessen an der theoretisch höchstmöglichen Anzahl an Verflechtungen halbierte sich von 8,5 % in 1996 auf 4,3 % in 2008.

45.* Die Analyse der Zusammensetzung der Kontrollorgane nach verschiedenen Gruppen von Mandatsträgern hat ergeben, dass der Anteil externer Geschäftsführer an den Arbeitgebervertretern in den Kontrollgremien der „100 Größten“ 9,2 % (2006: 10,5 %) betrug. 10,7 % (2006: 10,8 %) der Mandatsträger der Anteilseignerseite waren zudem Vertreter der öffentlichen Hand. Die Monopolkommission hat ferner erstmals die Vorsitzenden der erfassten Kontrollgremien aufgrund ihrer herausragenden Stellung tiefer gehend analysiert. 40,6 % (2006: 36,5 %) der Vorsitzenden des jeweiligen Kontrollgremiums haben zuvor mindestens ein weiteres Geschäftsführungs- bzw. Kontrollmandat in Unternehmen aus dem Untersuchungskreis ausgeübt. In 38,5 % (2006: 37,5 %) der Fälle hat der amtierende Vorsitzende des Kontrollgremiums zuvor ein Geschäftsführungsmandat im gleichen Unternehmen bekleidet.

46.* Die Monopolkommission sieht weiterhin erheblichen Forschungsbedarf im Hinblick auf die empirische Analyse der Wirkungen personeller Unternehmensverflechtungen auf wettbewerbspolitisch relevante Parameter sowie aus einer betriebswirtschaftlichen Perspektive zu Fragestellungen der Corporate Governance. Daher wird sie sich künftig verstärkt mit der empirischen Analyse personeller und kapitalmäßiger Verflechtungsbeziehungen auf Unternehmensebene auseinandersetzen.

47.* Die Anzahl der Verflechtungen unter den 20 größten Unternehmen über Gemeinschaftsunternehmen verringerte sich gegenüber 2006 erneut deutlich von 30 auf 19 derartige Unternehmensbeziehungen. Der Verflechtungsgrad als der Anteil der identifizierten Verbindungen an der Gesamtzahl möglicher Kontakte unter den 18 Unternehmen, die in beiden Jahren zu den 20 größten Unternehmen zählten, sank um 5,9 Prozentpunkte auf 9,8 %. Insgesamt wurden 47 (2006: 58) Gemeinschaftsunternehmen gezählt. In einigen Fällen erfolgte der Kontakt zwischen zwei Unternehmen über mehrere Gemeinschaftsunternehmen.

48.* Mit der Untersuchung der Beteiligung der „100 Größten“ an den dem Bundeskartellamt nach § 39 GWB vor dem Vollzug anzumeldenden Unternehmenszusammenschlüssen und an der Zahl der Freigabeentscheidungen betont die Monopolkommission die wettbewerbspolitische Bedeutung des externen Wachstums der betrachteten Großunternehmen. An den 2008/09 insgesamt angemeldeten 2.675 (2006/07: 4.071) Zusammenschlüssen waren Unternehmen aus dem Betrachtungskreis in 483 (2006/07: 602) Fällen beteiligt. Mit einem Anteil von 18,1 % (2006/07: 14,8 %) ergibt sich eine relativ zur Gesamtheit aller Unternehmen erhöhte Zusammenschlussaktivität der betrachteten Großunternehmen. Ebenso stieg der Anteil der „100 Größten“ an den 2.484 Freigabeentscheidungen im Berichtszeitraum 2008/09 auf 16,5 % (2006/07: 14,0 %).

49.* Zusammenfassend ergibt sich im Zeitablauf hinsichtlich des Anteils der Großunternehmen an der Gesamtwertschöpfung der Eindruck einer tendenziell abnehmenden Konzentration, die im Berichtsjahr 2006 vorübergehend unterbrochen wurde. Der Anteil an der gesamtwirtschaftlichen Vergleichsgröße lag 2008 mit 15,8 % deutlich unter dem langjährigen durchschnittlichen Anteil von 18,4 %. Ebenso sank der Anteil der auf die „100 Größten“ entfallenden Beschäftigten im Verhältnis zur Gesamtwirtschaft seit 1994 stetig auf 13,3 %. Hinsichtlich der verschiedenen untersuchten Größenmerkmale in einzelnen Wirtschaftsbereichen konnte eine Zunahme der Konzentration gegenüber der Vorperiode nur im Versicherungsgebiet festgestellt werden.

Seit 1996 wird zudem eine fortschreitende Auflösung des Netzwerks aus wechselseitigen Beteiligungsverflechtungen und personellen Unternehmensverbindungen unter den „100 Größten“ beobachtet. Ebenso verringerte sich im Berichtszeitraum die Anzahl von Verflechtungsbeziehungen über Gemeinschaftsunternehmen. Gegenüber der Vorperiode war eine relative

Zunahme hinsichtlich der Beteiligung der Großunternehmen an den beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlüssen und der Zahl der Freigabeentscheidungen festzustellen.

III. Internationale personelle Unternehmensverflechtungen

50.* Die Monopolkommission hat im Rahmen ihrer Konzentrationsberichterstattung ergänzend zu der in Kapitel II erfolgten Analyse der Konzentration und Verflechtung deutscher Großunternehmen erstmals den Stand und die Bedeutung personeller Verflechtungen zwischen Unternehmen in den Staaten der OECD ausgewertet. Infolge der fortschreitenden Globalisierung und des Zusammenwachsens der Märkte gewinnen Unternehmensverflechtungen über Landesgrenzen hinweg stetig an Bedeutung.

51.* Auf der Grundlage einer Stichprobe zu über 18.000 Unternehmen aus ausgewählten Mitgliedstaaten der OECD wurde zum einen die Intensität personeller Verflechtungen in und zwischen den einzelnen OECD-Staaten ermittelt, um die internationale Bedeutung personeller Verflechtungen zu veranschaulichen. Zum anderen wurden auf Branchenebene internationale und nationale Verflechtungen analysiert, um die Relevanz in unterschiedlichen Wirtschaftszweigen aufzuzeigen.

52.* Mit einem Anteil von über 98 % ist der Großteil der Unternehmen in der Stichprobe an mindestens einem internationalen Börsenplatz gelistet. Zudem handelt es sich bei den in der Stichprobe erfassten Unternehmen in der Regel um Konzernobergesellschaften, von denen rund 72 % im Konzernverbund über 250 Mitarbeiter beschäftigen. Die Beschränkung auf vorwiegend börsennotierte Großunternehmen begründet sich aus den bestehenden weltweit strengeren Publizitätspflichten und der sich daraus ergebenden besseren Datenverfügbarkeit. Rückschlüsse auf die gesamte Unternehmenslandschaft können in den erfassten Staaten aufgrund der vorgenommenen Selektion nicht gezogen werden. In 624 Fällen und einem Anteil von 3,5 % an der Stichprobe liegt der Sitz der Konzernzentrale in Deutschland.

53.* Zum Berichtsstand Januar 2008 wiesen alle der 22 in der Stichprobe vertretenen Mitgliedstaaten der OECD sowohl nationale als auch internationale Verflechtungen auf. Durchschnittlich sind 59,3 % der Unternehmen mit mindestens einem weiteren Unternehmen aus dem Untersuchungskreis personell verflochten. Deutschland liegt mit einem Anteil von 54,6 % im Mittelfeld knapp unter dem internationalen Durchschnitt. Mit einem Anteil von 49,8 % weist rund die Hälfte der beobachteten deutschen Unternehmen eine Verbindung zu mindestens einem weiteren inländischen Unternehmen auf, während 21,3 % der Unternehmen international verflochten sind. Den höchsten Grad der Verflechtung, gemessen an der Zahl der möglichen Kontakte im Netzwerk, weisen deutsche Unternehmen mit Unternehmen aus der Schweiz und den Niederlanden auf.

54.* Für 11.300 Unternehmen aus der Stichprobe konnten personelle Verflechtungen in den Branchen der gewerblichen Wirtschaft auf der Ebene zweistelliger Branchencodes ermittelt werden. Im Falle von Konzernen, deren Geschäftstätigkeit sich in der Regel über mehrere Branchen erstreckt, erfolgte die Branchenzuordnung nach dem entsprechenden Tätigkeitsschwerpunkt. Neben dem Gesamtanteil verflochtener Unternehmen erfolgte eine Unterscheidung personeller Verflechtungen innerhalb und außerhalb eines Wirtschaftszweiges. Die Ergebnisse zeigen, dass Interbranchenverflechtungen mit einem durchschnittlichen Anteil von 64,3 % gegenüber der Intrabrandenverflechtung mit einem Anteil von 15,9 % die dominierende Verflechtungsform darstellen. Dieser Befund spiegelt sich auch bei einer Unterscheidung von nationalen und internationalen Verflechtungen wider, wobei der Anteil internationaler personeller Verflechtungen auf einem deutlich niedrigeren Niveau liegt. Während im

Mittel für 61,1 % der Unternehmen mindestens eine nationale Interbranchenverflechtung besteht, weisen nur 19,5 % der betrachteten Unternehmen internationale Interbranchenverflechtungen auf. Für internationale Intrabranchenverflechtungen ergeben sich durchschnittliche Anteilswerte von 13,7 bzw. 3,4 %.

55.* Die deskriptiven Befunde für die erfassten Unternehmen deuten darauf hin, dass personelle Verflechtungen einen positiven Effekt auf die Wettbewerbsposition der beteiligten Unternehmen haben. In 24 der 29 erfassten Wirtschaftszweige weisen die personell verflochtenen Unternehmen eine gemessen am Median höhere Umsatzrendite auf als die nicht verflochtenen Unternehmen derselben Branche. Da die Unternehmensrenditen durch eine Reihe weiterer Faktoren beeinflusst werden und die Richtung der Kausalität im Rahmen der Untersuchung ungeklärt bleibt, kann der vorgenommene Renditenvergleich nur eingeschränkt als Hinweis auf wettbewerbsrelevante Effekte personeller Verflechtungen gedeutet werden. Dennoch legen die empirischen Befunde nahe, personelle Verflechtungen vertieft zu analysieren, um beispielsweise betriebswirtschaftliche Effekte von Wettbewerbseffekten zu trennen und Kausalverläufe zu entschlüsseln.

56.* Die deskriptive Analyse internationaler personeller Verflechtungen hat gezeigt, dass personelle Unternehmensverflechtungen kein deutsches Phänomen darstellen. Zwar sind personelle Verflechtungen in der Mehrzahl der Branchen stark durch nationale Verbindungen geprägt, im Zuge der fortschreitenden Globalisierung der Wirtschaft ist jedoch von einem Anstieg internationaler Verflechtungen auszugehen. Die Ergebnisse geben daher Anlass, personelle Verflechtungen im internationalen Kontext auch zukünftig zu thematisieren. Um personelle Verflechtungen aus einer Wettbewerbsperspektive zukünftig besser analysieren zu können, sollten idealerweise auf drei verschiedenen Ebenen Erweiterungen der empirischen Untersuchungen vorgenommen werden. Dies betrifft in erster Linie eine Verbesserung der Datenbasis, an die sich eine Ausweitung der Analysemethoden und die Beobachtung der zeitlichen Entwicklung personeller Verflechtungen aus einer internationalen Perspektive anschließen.

57.* Mithilfe einer verbesserten Datenbasis sind auch auf der Ebene der Analysemethoden Erweiterungen möglich, die belastbare Aussagen erlauben. So wäre es von Vorteil, zumindest für alle aktiven Unternehmen in ausgewählten Branchen personelle sowie parallele kapitalmäßige Verflechtungen gleichsam zu erfassen, um einer eher marktbasieren Untersuchung näherzukommen. Die im Rahmen der vorliegenden Erhebung gewonnenen Erkenntnisse über Verflechtungsbeziehungen könnten hierbei als Grundlage für weiterführende Branchenanalysen dienen. Zudem wären ergänzende personenbezogene Begleitmerkmale von Interesse, um die Funktion personeller Verbindungen zwischen Unternehmen besser qualifizieren zu können. Des Weiteren könnte der Einsatz von speziellen Netzwerkanalysen sinnvoll sein, um bedeutende Schlüsselverbindungen oder spezielle Verflechtungsformen wie Dreiecks- und Ringverflechtungen aufzudecken. Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung zukünftiger Analysen zu personellen Verflechtungen ist es in jedem Fall sinnvoll, der zeitlichen Entwicklung ein besonderes Augenmerk zu widmen, da Längsschnittbetrachtungen besonders geeignet sind, kausale Zusammenhänge aufzudecken und Entwicklungstendenzen zu beschreiben. Zukünftigen Studien bleibt es vorbehalten, durch Umsetzung einiger der genannten Punkte Ergebnisse zu liefern, die eine konkrete wettbewerbsbezogene Auswertung personeller Verflechtungen ermöglichen. Da im Zuge der fortschreitenden Globalisierung zudem mit einer Ausweitung personeller und kapitalmäßiger Verflechtungen über Ländergrenzen hinweg zu rechnen ist, plant die Monopolkommission, dieses Thema weiter zu untersuchen und in Zukunft wieder aufzugreifen.

IV. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Fusionskontrolle

58.* Von kartellrechtspolitischer Bedeutung im Berichtszeitraum war die Schaffung eines wettbewerblichen Ausnahmebereichs durch § 17 Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz im Oktober 2008. Diese Ausnahme von allgemeinen kartellrechtlichen Vorschriften kann jedoch nicht weiter reichen als ihr Zweck und umfasst daher lediglich die Erwerbungen des Finanzmarktstabilisierungsfonds. Rückprivatisierungen von in der Krise zu Stabilisierungszwecken erworbenem staatlichen Eigentum unterliegen aus diesem Grund den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

59.* Bislang sind keine krisenbedingten Kartellierungen oder Marktmachtmissbräuche bekannt geworden. Auch Sanierungsfusionen hat das Bundeskartellamt bislang nicht freigeben müssen, obwohl Fusionsbeteiligte sich vermehrt auf diese Rechtsfigur berufen. Die krisenbedingt gesunkene Zahl von Anmeldungen ermöglicht den Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes eine verstärkte Aktivität in den Feldern der Kartellverfolgung und der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen. Die Freigabe der Zusammenschlüsse Deutsche Bank/Postbank, Commerzbank/Dresdner Bank und WGZ Bank/DZ Bank hat zwar die Konzentration im deutschen Bankensektor weiter erhöht, dennoch ist auf den betroffenen Märkten im engeren wirtschaftlichen Sinn weiter wesentlicher Wettbewerb vorhanden.

60.* Insgesamt erinnert die Monopolkommission vor dem Hintergrund der Krise daran, dass funktionierende wettbewerbliche Strukturen der beste Garant für eine schnelle und reibungsarme Anpassung von Wirtschaftsstrukturen an veränderte Rahmenbedingungen sind. Auch in der Krise muss die Erhaltung zukunftsfähiger, selbsttragender und wettbewerblicher Strukturen im Zentrum der Wettbewerbspolitik stehen. Gerade in schwierigen Zeiten muss als Grundprinzip der Ordnungspolitik der Gleichlauf von Eigentum, Verantwortung und Haftung gewahrt bleiben, um ein Funktionieren gesellschaftlichen wie wirtschaftlichen Austauschs nachhaltig zu gewährleisten.

61.* Das mit der Siebten GWB-Novelle 2005 neu eingeführte Instrument der Sektoruntersuchung wird vom Bundeskartellamt ausgiebig genutzt. Im Berichtszeitraum wurden zwei Sektoruntersuchungen in den Märkten für Außenwerbung und für Gastransport abgeschlossen; in den Bereichen Milch, Kraftstoffe, Stromgroßhandel und Stromerzeugung sowie Fernwärme dauern die Untersuchungen noch an. Die im Rahmen der Sektoruntersuchung Außenwerbung angestossenen Veränderungen insbesondere der Vergabe- und Vertragspraxis der Kommunen haben diesen Markt bereits wettbewerblicher gemacht. Die Sektoruntersuchung der Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen ermöglichte dem Bundeskartellamt die Gewinnung neuer Erkenntnisse sowie die Überprüfung von Hypothesen an der Realität und hat bereits Auswirkungen auf die kartellrechtliche Entscheidungspraxis gehabt. Die mit erheblichem personellen und datenverarbeitungstechnischen Aufwand geführte Untersuchung von Stromgroßhandel und Stromerzeugung analysiert sowohl Anreize als auch Möglichkeiten zur missbräuchlichen Ausnutzung von Erzeugermarktmacht auf dem Stromgroßhandelsmarkt. Um die Schwächen rein nachlaufender Missbrauchsaufsicht abzumildern, ist nunmehr entsprechend einer früheren Forderung der Monopolkommission die Implementierung einer unabhängigen Marktüberwachungsstelle vorgesehen, die für den börslichen und außerbörslichen Stromgroßhandel relevante Informationen zeitnah erheben und die Bietstrategien der Börsenteilnehmer auf marktkonformes Handeln und eventuelle Manipulationsversuche hin überprüfen soll. Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Sektoruntersuchung die Ermittlung der strukturellen Wettbewerbshindernisse auf einzelnen Märkten ermöglicht und eine wertvolle Bereicherung des Handlungsarsenals des Bundeskartellamtes darstellt.

62.* Erste Anwendungsfälle zeigen die praktische Umsetzung der ebenfalls 2005 neu eingeführten Handlungsformen des Bundeskartellamtes, vor allem des Instruments der Verpflichtungszusagen. Verhandelte Verpflichtungszusagen können Wettbewerbshindernisse mit geringem Aufwand aus der Welt schaffen sowie darüber hinaus Impulse für die Entstehung von Wettbewerb geben und haben bereits erhebliche Bedeutung in der Kartellamtspraxis erlangt. Zur Veranschaulichung von Funktionsweise, Vorzügen und Nachteilen dieses Instruments wurden zwei Verfahren untersucht: der Versuch, wettbewerbliche Strukturen beim Rundholzvertrieb zu schaffen, sowie Teilerstattungen bzw. Senkungen und Nichterhöhungen missbräuchlich überhöhter Gaspreise. Diese Analyse führt die Monopolkommission zu dem Schluss, dass eine Verfahrensbeendigung mit Verpflichtungszusagen vorrangig für solche Verfahren infrage kommt, die auf einer gesicherten rechtlichen Grundlage basieren. Neue Rechtsfragen und Sachverhalte mit großer Relevanz für weitere Marktteilnehmer sollten demgegenüber verbindlich geklärt und einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden, um die Verhaltensregeln im Markt auch für am Verfahren Unbeteiligte klarzustellen.

63.* In der Praxis des Bundeskartellamtes wie in der anderer moderner Kartellbehörden gewinnt die mehr oder weniger informelle Wirksamkeitssteigerung des Wettbewerbsrechts und des Wettbewerbsgedankens immer stärker an Bedeutung. Unter dem Begriff „Competition Advocacy“ wird einerseits die Erweiterung der Vorfeldwirkung des Kartellrechts durch Öffentlichkeitsarbeit im weitesten Sinne, andererseits die offensive Vertretung des Wettbewerbsgedankens innerhalb der staatlichen Organisationsstrukturen verstanden. Das Spektrum marktbezogener Advocacy-Aktivitäten im klassischen Geltungsbereich des Kartellrechts umfasst etwa die Veröffentlichung von Leitlinien, Merkblättern, Prioritätenlisten, „Vorsitzendenschreiben“, Workshops, Konferenzvorträge, Interviews, (gezielte) Pressearbeit, Veröffentlichung allgemeiner Informationen wie etwa des Tätigkeitsberichts und der Fallberichte. Die staatsbezogene Seite von „Competition Advocacy“ ist weniger etabliert, gewinnt aber mit einer Dynamisierung staatlicher Strukturen und staatlichen Handelns sowie der allgemeineren Einsicht in die Notwendigkeit, bis zu gewissem Grade auch innerhalb der staatlichen Verwaltung das Effizienzgebot zu beachten und die Vorteile von Wettbewerb in Grenzbereichen zwischen Staat und Gesellschaft zu nutzen, an Bedeutung. Hier sind vor allem Initiativ-Stellungnahmen zu Gesetzen und Gesetzgebungsprojekten, die Einbindung in Gesetzgebungsprozesse, der Auftritt als *amicus curiae* vor Gerichten sowie die Einbindung in Verwaltungsvorgänge anderer Behörden bedeutsam. Die Monopolkommission begrüßt die in diesem Bereich bereits erzielten Erfolge und Leistungen des Bundeskartellamtes. Sie empfiehlt dem Gesetzgeber, in die nächste GWB-Novelle die formelle Einbindung des Bundeskartellamtes in Gesetzgebungsverfahren aufzunehmen.

64.* Die Erfassung und Bewertung von Nachfragemacht war im Berichtszeitraum Gegenstand mehrerer Verfahren und nimmt auch in der Praxis anderer Kartellbehörden wie in der wissenschaftlichen Diskussion gegenwärtig an Bedeutung zu. Die Monopolkommission untersucht Nachfragemacht konzeptionell und anhand mehrerer Beispiele: Die Fusion im Fall EDEKA/Tengelmann wurde zur Verhinderung der Entstehung von Nachfragemacht nur unter der aufschiebenden Bedingung bzw. Auflage einer Nichtdurchführung der angestrebten Einkaufskooperation der beiden Handelsunternehmen freigegeben. Die Nachfragemacht der Automobilindustrie wurde im Rahmen der Freigabe der Fusion der Cabriodach-Hersteller Webasto und Edscha eingehend geprüft. Im Rahmen der Sektoruntersuchung Milch wird die Marktmachtverteilung auf den verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette zudem ausführlich analysiert. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die – abstrakte – Bewertung von Nachfragemacht von den Grundannahmen einer Analyse stark abhängt. Die Monopolkommission erinnert vor diesem Hintergrund daran, dass das GWB grundsätzlich unabhängig

von einer Weitergabe erlangter Vorteile vor Ausbeutung schützt, andererseits nicht den Schutz ineffizienter Strukturen bezwecken kann.

65.* Dargestellt und analysiert werden die Grundlagen und einige Anwendungsfälle der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über staatliches Handeln. Wieweit Staatshandeln dem Kartellrecht und der kartellbehördlichen Kontrolle unterliegt, ist in den Einzelheiten noch immer nicht völlig geklärt. Hier wirkt sich das Fehlen einer ausdrücklichen nationalen gesetzlichen Beihilfen- oder Monopolkontrolle wie in Art. 106 ff. AEUV (ex-Art. 86 ff. EGV) ebenso aus wie die praktisch noch immer zu geringe Bedeutung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Wettbewerbsfreiheit. Dennoch besteht über weitreichende Grundlagen Einigkeit.

Neben der Analyse der Wettbewerbsaufsicht in der Trinkwasserversorgung im Einleitungskapitel dieses Gutachtens werden an dieser Stelle drei Anwendungsfälle untersucht: die Bestätigung der Untersagung des Bundeskartellamtes in Sachen „Lottoblock“, die Schaffung von Wettbewerb im früher vielfach kartellhaft organisierten Holzvertrieb der Bundesländer sowie Preismissbrauchsverfahren gegen zwei Bundesländer wegen nicht kostendeckender Entgelte für nicht hoheitliche forstliche Dienstleistungen.

Neben der ausdrücklich festgelegten Anwendung des GWB auf staatliche Unternehmen gilt dies nach den Ergebnissen der Untersuchung für jede nicht genuin hoheitliche staatliche Tätigkeit. Dabei kommt es nicht auf die Handlungsform an, sondern auf den Kern des Handelns. Das gilt grundsätzlich auch in Bereichen, in denen den Staat eine gesetzliche Förderungspflicht trifft; die Erreichung des Förderziels kann zwar Einschränkungen des Wettbewerbs rechtfertigen. Doch je stärker der Wettbewerb beeinträchtigt würde, desto höher sind die Anforderungen an eine klare gesetzliche Grundlage für eine wettbewerbsschädliche Verwirklichung des Förderzwecks.

In jedem Fall setzt deutsches Verfassungsrecht wie europäisches Unionsrecht für ein hoheitlich eingerichtetes Monopol voraus, dass dieses tatsächlich dem es begründenden Anliegen gerecht wird und seinen Zweck in kohärenter und systematischer Weise verfolgt. Zu einer Kontrolle dieser Voraussetzungen im Einzelnen sind das Bundeskartellamt und die Gerichte auch verpflichtet. Zusammenfassend weist die Monopolkommission darauf hin, dass einerseits Restriktionen des freien Wettbewerbs durch Hoheitsträger engen Grenzen unterworfen sind, andererseits das Effizienzgebot und verfassungsmäßige Grundsätze staatliche Stellen zur weitestmöglichen Nutzung von Marktmechanismen verpflichten.

66.* Anders als bei verhaltensbasierten Missbräuchen setzt die Verfolgung preisbasierter Missbräuche oft die genaue Zurechnung von Kosten und die Identifizierung von Vergleichsmärkten voraus, was im Einzelnen fast immer Betroffene und Bundeskartellamt zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen über die Grenzen des Zulässigen kommen lässt. Aus diesen Gründen ist für die Verfolgung preisbasierter Missbräuche die Verfügbarkeit von Kostendaten und die (gesetzliche) Beweislastverteilung in vielen Fällen von entscheidender Bedeutung. Ein klarer Vergleichsmaßstab erleichtert die Einordnung gesetzter Preise als missbräuchlich auch bei preisbasierten Missbräuchen ganz erheblich. Vor diesem Hintergrund untersucht die Monopolkommission im Berichtszeitraum insbesondere vier Verfahren.

Die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere (Verkauf von Vorprodukten eines Marktbeherrschers an Wettbewerber im nachgelagerten Markt zu Preisen, zu denen diese kein zu den Endproduktpreisen des Marktbeherrschers konkurrenzfähiges Angebot erstellen können) im Telekommunikationssektor führte zu einer Verfahrenseinstellung unter Zugrundelegung der Kosten des Marktbeherrschers.

Die Aufhebung der Kartellamtsentscheidung gegen die Rossmann-Drogeriemarktkette durch das Oberlandesgericht Düsseldorf stellt wie zuvor schon die Monopolkommission heraus, dass für die Berechnung von Einstandspreisen die Zurechnung von Werbekostenzuschüssen nicht gleichmäßig über das gesamte vom bezuschussenden Hersteller bezogene Sortiment verteilt werden muss, sondern lediglich auf die tatsächlich beworbenen Artikel. Diese Respektierung unternehmerischer Entscheidungen macht das 2007 verschärfte Untereinstandspreisverbot faktisch nahezu wirkungslos, was allerdings lediglich die praktischen Grenzen derartiger Preisaufsicht verdeutlicht.

30 vom Bundeskartellamt zugunsten von Verbrauchern mit Verpflichtungszusagen abgeschlossene Verfahren wegen Ausbeutungsmisbräuchen durch überhöhte Gaspreise bei Haushalts- und Gewerbekunden stützten sich auf den 2007 eingeführten § 29 GWB (Preismisbrauchsaufsicht im Energiesektor). Hier konnte das Bundeskartellamt zwar in komplizierten Berechnungen eine Vergleichsgrundlage erstellen. Die Abhilfemassnahme wirkt jedoch faktisch wie ein Kundenbindungs- und Bonusprogramm und dürfte den Wettbewerb kaum beflügelt haben. Werden Preise aufgrund eines kartellbehördlichen Verfahrens abgesenkt, so sinken die Anreize zu Markteintritten. Sinnvoller scheint der Monopolkommission die in einem Fall abgegebene Zusage, das lokale Gasnetz für Wettbewerber transparent zu machen.

Weiter demonstrieren einige Verfahren, in denen Kommunen Gesetzesunklarheiten ausgenutzt hatten, um Wettbewerber der ihnen gehörenden Stadtwerke zu behindern, dass für die Konzessionsabgabenverordnung Novellierungsbedarf besteht.

Schließlich werden die Schwierigkeiten und faktischen Grenzen der Feststellung preisbasierter Missbrauchs durch ein Verfahren im Mobilfunksektor anschaulich illustriert. Dieses zog sich so lange hin, bis Marktveränderungen dazu geführt hatten, dass das ursprünglich problematische Verhalten nur noch geringe Marktwirkungen zeigte.

67.* Die Zahl der Anmeldungen von Zusammenschlüssen beim Bundeskartellamt ist ganz erheblich zurückgegangen; sie beträgt für den gesamten Berichtszeitraum wenig mehr als die Hälfte der vorherigen Periode, im direkten Vergleich des Jahres 2009 zu 2007 sogar weniger als die Hälfte. Dieser Rückgang ist allerdings nur zu einem Teil auf die konjunkturelle Situation zurückzuführen; eine erhebliche Wirkung hat daneben die Einführung einer zweiten Inlandsumsatzschwelle für die Fusionskontrollpflicht. Hauptprüfverfahren wurden im Berichtszeitraum in 44 Fällen eröffnet, davon wurden 20 ohne und neun mit Nebenbestimmungen freigegeben, sieben untersagt und acht zurückgenommen.

68.* Die Anwendung der Fusionskontrollvorschriften auf Unternehmen der öffentlichen Hand ist erneut Gegenstand der Untersuchung der Monopolkommission. Unternehmen in Staats-hand sind ausdrücklich dem Kartellrecht unterstellt. Angesichts der möglichen Auswirkungen auf den Wettbewerb kann dabei nicht die Betätigung der sich zusammenschließenden Einheiten in Handlungsformen des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts über die Fusionskontrollpflichtigkeit der Transaktion entscheiden. Anderenfalls hätten die staatlichen Akteure die Möglichkeit, ihnen gehörende Unternehmen nach Belieben der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle zu entziehen. Insoweit muss festgestellt werden, dass unternehmerische Strukturmaßnahmen dem GWB unterliegen, während allein genuin staatsorganisationsrechtliche Strukturmaßnahmen als inhaltlich hoheitliche Maßnahmen von der Fusionskontrolle ausgenommen sind.

Das gilt ausnahmslos auch für Krankenhäuser, wie der Bundesgerichtshof Anfang 2008 festgestellt hat. Das Oberlandesgericht Düsseldorf stellte weitergehend klar, dass auch die ver-

bindliche Aufnahme der fusionierenden Krankenhäuser als einzelne Gesamtbetriebseinheit in den Krankenhausplan nach Krankenhausfinanzierungsgesetz die Anwendbarkeit der Zusammenschlusskontrolle nicht hindert. Demgegenüber nahm das Oberlandesgericht im Glücksspielmarkt ohne besondere Prüfung der zugrunde liegenden Vorschriften ein rechtmäßiges Monopol an und hob die Untersagung des Bundeskartellamtes für die Übernahme der Lotto Rheinland-Pfalz GmbH durch das Land Rheinland-Pfalz auf. Dabei hat das Oberlandesgericht die ihm aus Unionsrecht obliegende eigene Prüfungspflicht nicht erfüllt; stattdessen verweist der Beschluss auf Urteile anderer Gerichte zu diesen Vorschriften.

Insgesamt kann die Anwendung der Fusionskontrollvorschriften zwar in engen Ausnahmefällen durch verbindliche, den Wettbewerb ausschließende hoheitliche Anordnungen verdrängt sein. Die zugrunde liegenden Vorschriften und Entscheidungen sind aber an Vorgaben des Grundgesetzes und des Unionsrechts zu messen; sie unterliegen – auch bei der Verfolgung öffentlicher Zwecke – strengen Anforderungen in Bezug auf den mit der Monopolanordnung verfolgten Zweck sowie die Geeignetheit, Verhältnismäßigkeit und Kohärenz dieses Mittels. Zu einer Kontrolle dieser Voraussetzungen im Einzelnen sind das Bundeskartellamt und die Gerichte verpflichtet.

69.* Durch das Dritte Mittelstandsentlastungsgesetz wurde den Voraussetzungen der Fusionskontrollpflicht eine zweite Inlandsumsatzschwelle hinzugefügt. Danach ist neben den schon zuvor notwendigen Jahresumsatzerlösen sämtlicher beteiligter Unternehmen von weltweit mehr als 500 Mio. EUR sowie inländischen Jahresumsatzerlösen mindestens eines der beteiligten Unternehmen von mehr als 25 Mio. EUR nunmehr für die Anwendung der Fusionskontrollpflichten erforderlich, dass mindestens ein zweites Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 5 Mio. EUR aufweist. Die Änderung reduziert die durch die Anmeldeerfordernisse den Unternehmen auferlegten Pflichten und vermindert entsprechende Belastungen der Privatwirtschaft sowie Verwaltungskosten. Diese Einsparungen dürften im Regelfall die resultierenden Einschränkungen des Wettbewerbsschutzes aufwiegen. Ein Folgeproblem allerdings bedarf der zeitnahen Nachbesserung: Durch die zweite Inlandsumsatzschwelle sind für Unternehmen Anreize entstanden, zur Vermeidung der deutschen Fusionskontrolle größere Transaktionen mit Auslandsbezug so aufzuteilen, dass jeder einzelne (Teil-)Zusammenschluss nicht mehr durch das GWB erfasst wird. Zur Unterbindung dieser Umgehungspraxis rät die Monopolkommission dringend zur Anfügung einer gesetzlichen Vorschrift für die Zusammenrechnung der Umsätze von zwischen den gleichen Beteiligten innerhalb eines bestimmten Zeitraums getätigten Transaktionen.

70.* Ebenfalls im Zusammenhang mit internationalen Zusammenschlüssen hat das Oberlandesgericht Düsseldorf klargestellt, dass nach dem GWB auch solche Fusionen vollständig untersagt werden können, deren beteiligte Unternehmen nur einen Bruchteil ihrer Umsätze in Deutschland erzielen, wenn die im Ausland veranlasste Wettbewerbsbeschränkung aufgrund konkreter Umstände geeignet ist, den inländischen freien Wettbewerb „unmittelbar und spürbar“ zu beeinträchtigen. Dabei kommt es ausdrücklich nicht auf eine Erheblichkeit der Beeinträchtigung an.

71.* Die bereits wiederholt von der Monopolkommission diskutierte Bagatellmarktklausel hat auch in diesem Berichtszeitraum wieder für erhebliche Unsicherheiten gesorgt. Nicht selten hängt die Anwendung der Fusionskontrollvorschriften von der Frage einer Zusammenrechnung der von den Beteiligten eines Zusammenschlussverfahrens in getrennten, doch benachbarten Märkten getätigten Umsätze ab, was in mehreren Fällen zu teils sehr umfangreichen Rechtsstreitigkeiten geführt hat. Die Monopolkommission analysiert die anerkannten Fallgruppen einer solchen Zusammenrechnung und stellt in Übereinstimmung mit dem Bundes-

gerichtshof fest, dass deren Voraussetzungen auch nach Jahrzehnten weder in der Praxis des Bundeskartellamtes noch in der wissenschaftlichen Diskussion hinreichend geklärt sind. Um diese Unsicherheiten zu reduzieren und zukünftig nutzlose und aufwendige Rechtsstreitigkeiten darüber zu vermeiden, empfiehlt die Monopolkommission die Einführung einer gesetzlichen Zusammenrechnungsvorschrift.

72.* Das GWB verbietet den Vollzug von nicht freigegebenen fusionskontrollpflichtigen Zusammenschlüssen vor Ablauf der Fusionskontrollfristen und sanktioniert Verstöße durch die Nichtigkeit von entsprechenden Rechtsgeschäften und durch eine Bußgeldbewehrung. Der Bundesgerichtshof hat nunmehr klargestellt, dass dieses Vollzugsverbot unmittelbar aus dem Gesetz für alle angemeldeten Zusammenschlüsse gilt, also auch bei einem Streit über die formelle Anwendbarkeit der Fusionskontrollvorschriften und unabhängig vom Vorliegen der formellen und materiellen Voraussetzungen einer Untersagung.

73.* Weiter hat der Bundesgerichtshof die Zuständigkeiten für eine vorläufige Befreiung von Zusammenschlussparteien vom Vollzugsverbot geklärt: Danach hat ab Anfechtung einer Untersagungsverfügung das Beschwerdegericht über die Befreiung vom Vollzugsverbot zu befinden. Damit kehrt der Bundesgerichtshof wieder zu der vor der Sechsten GWB-Novelle geltenden Rechtslage zurück und stellt darüber hinaus klar, dass für eine Freistellung vom Vollzugsverbot nicht allein ernstliche Zweifel am Bestand der angegriffenen Untersagungsverfügung ausreichen. Es kommt vielmehr auf eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einem Schutz der Märkte vor strukturellen Wettbewerbsverschlechterungen und den konkreten schutzwürdigen Interessen betroffener Privater an. Dabei muss die Aufrechterhaltung des generellen Vollzugsverbots für die Beteiligten eine besondere Härte darstellen.

74.* Auf der Grundlage einer Gesetzesänderung im Rahmen der Siebten GWB-Novelle hat das Bundeskartellamt seine Behandlung unangemeldet vollzogener, aber anmeldepflichtiger Zusammenschlüsse umgestellt. Wurde die Anzeige solcher Zusammenschlüsse früher als nachträgliche Anmeldung behandelt und der Zusammenschluss im Fusionskontrollverfahren geprüft, erfolgt nunmehr eine Prüfung unmittelbar im Entflechtungsverfahren. Vor allem wegen der für die betroffenen Unternehmen damit verbundenen Nachteile ist diese neue Praxis nicht unumstritten. Keines der dagegen vorgebrachten Argumente vermag jedoch zu überzeugen. Um dem in der Literatur geführten Streit um diese Frage jeglichen Grund zu entziehen, empfiehlt die Monopolkommission dem Gesetzgeber dennoch, eine Klarstellung in das Gesetz einzufügen.

75.* Wie schon in früheren Hauptgutachten untersucht die Monopolkommission die ökonomischen Effekte und die rechtliche Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen sowie die entsprechende Praxis des Bundeskartellamtes. Aufgrund der Ambivalenz positiver und negativer ökonomischer Auswirkungen der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen lassen sich diese nicht mit einer allgemeinen Formel erfassen; vielmehr muss grundsätzlich jeder einzelne Fall geprüft werden. Allgemein lässt sich lediglich festhalten, dass die koordinierende Wirkung von Gemeinschaftsunternehmen auf das zur Erreichung der möglichen Effizienzen notwendige Mindestmaß beschränkt bleiben sollte. Rechtlich werden die konzentrativen Wirkungen von Gemeinschaftsunternehmen bei Erfüllung der Voraussetzungen durch die Fusionskontrolle, die kooperativen Wirkungen durch das Kartellverbot erfasst. Dabei sind Fusionskontrolle und Kartellverbot grundsätzlich nebeneinander anwendbar. Diese Doppelkontrolle führt dazu, dass Koordinationseffekte sowohl im Fusionskontrollverfahren mit- als auch nachträglich selbständig geprüft werden können. Eine abschließende einheitliche Prüfung in der Freigabeentscheidung ist schon deshalb nicht sinnvoll, weil vielfach die Koordinationswirkungen von Gemeinschaftsunternehmen erst im Verlauf von deren Umsetzung entstehen und oftmals schlecht voraussehbar sind.

Etwa ein Siebtel der Fusionskontrollverfahren des Bundeskartellamtes betreffen Gemeinschaftsunternehmen, in der Kartellsanktionspraxis spielen Gemeinschaftsunternehmen jedoch eine ungleich geringere Rolle. In Fusionskontroll-Freigabeentscheidungen werden gelegentlich das gesamte Vorhaben oder einzelne wettbewerbskritische Bestimmungen der angemeldeten Grundvereinbarung des geplanten Gemeinschaftsunternehmens untersagt. Die Auflösung von Verflechtungen über Gemeinschaftsunternehmen kommt in der Praxis bisweilen vor, ist aber sehr aufwendig.

Aus der Praxis des Bundeskartellamtes untersucht die Monopolkommission in diesem Zusammenhang die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Milchvertrieb sowie die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Discount-Lebensmitteleinzelhandel. Insbesondere das zweite Verfahren demonstriert anschaulich, wie das Bundeskartellamt durch Beeinflussung der Binnenstruktur des Gemeinschaftsunternehmens in der Fusionsfreigabe die Koordinationswirkungen des entstehenden Beziehungsgeflechts deutlich vermindern kann. Entscheidend ist insoweit, dass das Gemeinschaftsunternehmen möglichst nicht als „Informationsbrücke“ und Koordinationsplattform wirken kann.

Weitergehend könnte etwa eine Leitlinien-Mitteilung des Bundeskartellamtes zu den kartellrechtlichen Grenzen und Problemen von Gemeinschaftsunternehmen und Kooperationspraktiken dazu beitragen, Unternehmen die Kartellrechtsrelevanz ihrer strukturellen Kooperationen deutlicher aufzuzeigen, betroffene Manager für ihre daraus folgenden Pflichten und Haftungsrisiken zu sensibilisieren und die Vorfeldwirkung des Kartellverbots insoweit zu stärken.

Schliesslich konstatiert die Monopolkommission, dass die Koordinationseffekte von Gemeinschaftsunternehmen insbesondere in Oligopolmärkten besonders wettbewerbschädlich wirken. Denn dadurch werden Faktoren verstärkt, die die Wahrscheinlichkeit wettbewerbslosen Parallelverhaltens erheblich fördern können: gegenseitige Transparenz und Informationsaustausch, Möglichkeiten zur Sanktionierung abweichenden Verhaltens und die Gleichrichtung der Interessen der Muttergesellschaften. Solche Verflechtungen von Oligopolisten sind in der Praxis durchaus verbreitet. Vor diesem Hintergrund bedauert die Monopolkommission besonders, dass eigenständige Prüfungen von Gemeinschaftsunternehmen losgelöst von Fusionskontrollverfahren kaum zu beobachten sind. Sie regt an, in diesem Bereich dem Kartellverbot mehr Geltung zu verschaffen.

76.* Unter dem Kriterium „wettbewerblich erheblicher Einfluss“ werden von den Fusionskontrollvorschriften solche Unternehmensbeteiligungen erfasst, die unter 25 % Stimmrechtsanteil liegen und über besondere Umstände dennoch signifikanten Einfluss auf die Unternehmenspolitik des Beteiligungsunternehmens vermitteln. Die Monopolkommission analysiert die durch zwanzigjährige Anwendung und Judikatur mittlerweile gefestigten Anwendungsvoraussetzungen dieses Auffangtatbestands und kommt zu dem Ergebnis, dass er auch unter Berücksichtigung der damit einhergehenden Unsicherheitskosten für Unternehmen einen unverzichtbaren Bestandteil der Fusionskontrolle darstellt. Im Berichtszeitraum waren zwei Anwendungen dieser Vorschrift von besonderer Bedeutung:

Das Bundeskartellamt hat, bestätigt vom Oberlandesgericht Düsseldorf, den Erwerb von 13,75 % der Stimmrechtsanteile von A-TEC an der Norddeutschen Affinerie untersagt. Der Erwerb fusionskontrollrechtlich relevanten Einflusses folgte aus der von den Beteiligten vorgesehenen Entsendung dreier Vertreter in den Aufsichtsrat der Norddeutschen Affinerie sowie der Tatsache, dass sämtliche anderen Aktionäre der Norddeutschen Affinerie weder die vertiefte Branchenkenntnis im Kupferbereich der A-TEC aufwiesen noch wie diese langfristi-

ge strategische Interessen verfolgten. Daher war ein erheblicher faktischer Einfluss der A-TEC auf die Geschäfts- und Marktpolitik der Norddeutschen Affinerie zu erwarten.

In einem weiteren Fall ist eine nach dem Kriterium eines wettbewerblich erheblichen Einflusses erfasste Überkreuzbeteiligung zwischen TUI/TUIfly und Air Berlin, ursprünglich in Höhe von 19,9 % angemeldet und aufgrund der Bedenken des Bundeskartellamtes zunächst auf 9,9 % herabgesetzt worden. Damit waren zwar die Fusionskontrollvorschriften nicht mehr anwendbar, die Bedenken des Bundeskartellamtes bestanden aber auf der Grundlage des Kartellverbots weiter, sodass letztlich lediglich eine kartellrechtlich unbedenkliche einseitige Beteiligung von 9,9 % vollzogen wurde.

Solche Minderheitsbeteiligungen unterhalb der Zusammenschlusschwelle werden zwar nicht regelmässig in formellen Verfahren erfasst, können aber ebenso wie diese koordinierend wirken, insbesondere wenn die Verflechtung gegenseitig ist. Die Monopolkommission begrüßt das ausdrückliche Aufgreifen unterschwelliger Überkreuzbeteiligungen durch das Bundeskartellamt, das dem Kartellverbot in schwierigem Terrain zumindest im Sinne einer Signalwirkung wieder mehr Geltung verschafft.

77.* Die Verwendung ökonomischer Methoden für die Marktabgrenzung und teilweise auch für die direkte Einschätzung des Wettbewerbsdrucks nimmt in der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission, ausländischer Kartellbehörden sowie des Bundeskartellamtes immer stärker zu. Die Monopolkommission befürwortet grundsätzlich den Einsatz solcher quantitativer Instrumente in Einzelfällen oder bei Sektoruntersuchungen, wenn entsprechend verwertbare Daten vorliegen oder die Bedeutung des gegenständlichen Marktes den Erhebungsaufwand rechtfertigen. Allerdings ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt aufgrund praktischer Beschränkungen der Aussagekraft solcher Verfahren davon auszugehen, dass sie in den meisten Fällen lediglich als zusätzliche Informationsquelle, aufbauend auf einer konzeptionellen Analyse des Marktes, dienen können. In Einzelfällen, etwa bei vorliegenden verwertbaren Daten und klarer Fragestellung, haben entsprechende Untersuchungen bereits zusätzliche Informationen liefern können und dienen insbesondere zur Erhärtung der auf herkömmlichem Wege gewonnenen Erkenntnisse. Die Monopolkommission befürwortet ausdrücklich den Aufbau von Expertise in diesem Gebiet durch das Bundeskartellamt sowie die Durchführung entsprechender Untersuchungen in geeigneten Fällen. Denn die praktischen Grenzen der Anwendung quantitativer Techniken sind nur durch deren Anwendung und Verbesserung *in praxi* zu verschieben.

78.* In Bezug auf die in Kartellrechtsfällen oft zentral bedeutsame sachliche Marktabgrenzung untersucht die Monopolkommission fünf herausgehobene Zusammenschlussverfahren. Die untersagenden Entscheidungen des Bundeskartellamtes und des Oberlandesgerichts Düsseldorf in der Sache Assa Abloy/Simons Voss beruhen insgesamt auf drei verschiedenen Marktabgrenzungen und sind ungewöhnlich umfangreich. Allerdings erscheint die Situation in diesem Fall auch ohne genaue Marktabgrenzung recht eindeutig. Der absolute Marktführer bei den hergebrachten Schließtechnologien, der über Vertragsnetzwerke und Vertriebsverträge die Absatzkette wesentlich dominiert, wollte den absoluten Marktführer in einem jedenfalls unmittelbar angrenzenden Markt übernehmen; hinzu kam die Konvergenz der beiden betroffenen Produkte. Bei einheitlicher Prüfung einer zu befürchtenden erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung hätte hier die genaue Marktabgrenzung offenbleiben können, da jedenfalls der Wegfall des von dem jeweils anderen ausgehenden potenziellen und Randwettbewerbs die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellungen auf den betroffenen (Einzel-) Märkten wahrscheinlich gemacht hätte. Angesichts des von den Beteiligten in dieser Sache betriebenen erheblichen Aufwands mag eine vertiefte Befassung mit den Einzelheiten der

Marktabgrenzung angezeigt gewesen sein. Auch dürften im Regelfall zusätzliche Untersuchungen genauere Entscheidungen mit höherer Richtigkeitsgewähr ermöglichen. Gleichwohl gibt die Monopolkommission zu bedenken, dass in Fällen wie diesem, wo die langfristige Substituierbarkeit zweier Produkte außerordentlich hoch ist und die von den Zusammenschlussbeteiligten bereits ausgeschöpften und infolge des Zusammenschlusses weiter verstärkten Netzwerk- und Skaleneffekte eine entscheidende Rolle spielen, lange Marktabgrenzungserörterungen durch den Nachweis des Entfallens erheblichen potenziellen Wettbewerbs entbehrlich werden können.

79.* Im Zusammenschlussverfahren EDEKA/Tengelmann geht das Bundeskartellamt von einem einheitlichen sachlichen Markt im Lebensmitteleinzelhandel bei abgestuftem Wettbewerbsdruck der unterschiedlichen Vertriebslinien (SB-Warenhäuser, Vollsortimenter, Soft-Discounter und Hard-Discounter) untereinander aus. Die Monopolkommission begrüßt die einheitliche Marktabgrenzung mit der differenzierten Untersuchung abgestufter Wettbewerbsverhältnisse. Weder die Annahme nach Vertriebslinien sachlich getrennter Märkte noch eine undifferenzierte Betrachtung des Wettbewerbsdrucks im einheitlichen Lebensmitteleinzelhandelsmarkt hätten die Marktverhältnisse ausreichend detailliert abzubilden vermocht. Die Entscheidung stellt nach Ansicht der Monopolkommission ein gutes Beispiel für die differenzierende Würdigung unterschiedlich stark wirkenden Wettbewerbs innerhalb eines einheitlichen Marktes dar.

80.* In Tankstellenmärkten geht das Bundeskartellamt entgegen seiner bisherigen Entscheidungspraxis und der aktuellen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission nunmehr von sachlich getrennten Märkten beim Tankstellenvertrieb von Otto- und von Dieselmotorkraftstoff aus. Weitergehend ließen sich die Märkte wohl noch weiter nach dem sonstigen Sortiment der Tankstelle (Kleinsupermarkt, Bistro, Café, Werkstattbetrieb, Waschanlage etc.) aufgliedern; der Aufwand für die Erhebung der Wettbewerbsparameter dürfte dadurch jedoch erheblich steigen. Die Monopolkommission begrüßt zwar grundsätzlich die Steigerung der Differenziertheit von Marktabgrenzungen. In diesem Fall jedoch stellt sich die Frage, ob der Mehraufwand der Erhebung vor dem Hintergrund der tatsächlichen Wettbewerbssituation und deren praktischer Erfassbarkeit tatsächlich eine unterschiedliche Marktabgrenzung in Tankstellenfusionen sinnvoll scheinen lässt.

81.* Die geplante Übernahme der Poelmeyer Holding durch die Käserei Loose hat das Bundeskartellamt unter Zugrundelegung eines eigenständigen sachlichen Marktes für Sauermilchkäse untersagt. Denn Sauermilchkäse ist, wie sich aus umfangreichen Erhebungen und insbesondere einer umfangreichen quantitativen Datenanalyse ergab, aus Verbrauchersicht aufgrund seiner besonderen Eigenschaften nicht mit anderen (Weich-)Käsesorten austauschbar; auch eine Produktionsumstellungsflexibilität ist nicht gegeben. Der die Kartellamtsentscheidung bestätigende Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf stellt entscheidend auf die eigene Lebenserfahrung der Mitglieder des erkennenden Senats ab, die ihnen die Feststellung ermögliche, dass Sauermilchkäse aufgrund der beschriebenen Besonderheiten aus Sicht des Endverbrauchers nicht mit anderen Weichkäsesorten austauschbar sei. Insoweit komme es auf die vom Bundeskartellamt durchgeführte, umfangreiche quantitative Datenanalyse nicht entscheidend an, zumal diese die bereits aufgrund eigener Sachkunde des Gerichts festgestellte Marktabgrenzung bestätige. Zudem stellte das Oberlandesgericht fest, dass das Bundeskartellamt über die durchgeführten Ermittlungen hinaus nicht gehalten gewesen sei, zusätzlich eine Verbraucherbefragung durchzuführen. Für eine Verbraucherbefragung bestehe nur in Ausnahmefällen Veranlassung, in denen durch andere Methoden keine belastbaren Aussagen zu einer funktionellen Austauschbarkeit zu erlangen sind. Auch sei das Bundeskartellamt nicht

gehalten gewesen, die Ergebnisse der von den Beteiligten durchgeführten Verbraucherbefragungen ausschlaggebend zu berücksichtigen, da diese keine belastbaren Ergebnisse beinhalten, insbesondere weder eine repräsentative Personengruppe erfassen noch die Befragungsmethodik die Gewähr für ein objektives, unbeeinflusstes Befragungsergebnis bieten würden. Schließlich sei das Bundeskartellamt nicht an die in früheren Fällen vorgenommenen, eventuell abweichenden Marktabgrenzungen gebunden. Die Monopolkommission bedauert, dass das Oberlandesgericht sich nicht mit der vom Bundeskartellamt durchgeführten Regressionsanalyse auseinandergesetzt hat, zumal im vorliegenden Fall mit sog. Scannerdaten aus Kassensystemen von Handelsunternehmen eine besonders verlässlich erscheinende Datengrundlage bestand.

82.* Die Übernahme des Lexikongeschäfts von Brockhaus durch Bertelsmann wurde freigegeben, obwohl dadurch auf den beiden vorrangig betroffenen Märkten für Universal- und Themenlexika Marktanteile von mehr als 90 % bzw. 60 bis 75 % entstehen. Grund dafür ist zum einen, dass die betroffenen Märkte nach einem dramatischen Umsatzrückgang in den letzten Jahren Bagatellmärkte darstellen und so nicht mehr der Fusionskontrolle unterliegen. Zum anderen wurde erheblicher Wettbewerbsdruck seitens gratis online verfügbarer Lexika festgestellt. Deren Einbeziehung in die Marktabgrenzung gestaltet sich mangels Umsätzen oder anderer operabler Vergleichsgrößen schwierig, konnte hier aber offenbleiben.

83.* In der Energiewirtschaft sind anstelle der Integration von Stadtwerken durch die großen Versorger zunehmend Zusammenschlüsse und Kooperationen von kleineren Versorgern zu beobachten, insbesondere Einkaufs- und Vertriebskooperationen. Bei deren Würdigung sollten nach Auffassung der Monopolkommission die wettbewerblichen Wirkungen von Einkaufs- und Vertriebskooperationen unterschieden werden: Während Einkaufskooperationen weitgehend unkritisch scheinen, können Vertriebskooperationen zu einer Beschränkung potenziellen Wettbewerbs führen. Die Monopolkommission regt daher an, insoweit eine sehr genaue Abschätzung der Kooperationsmotive und -wirkungen vorzunehmen.

84.* Die Stadtwerktochter des E.ON-Konzerns, Thüga, wurde von einem Konsortium von Stadtwerken übernommen, die teilweise selbst zu den Beteiligungsunternehmen zählen. Der Freigabeentscheidung legt das Bundeskartellamt eine differenzierende Betrachtung der Stromkleinkunden zugrunde. In Abweichung von der bisherigen einheitlichen Marktbetrachtung für diese nicht leistungsgemessenen Letztverbraucher wird hier nunmehr zwischen der Belieferung von Stromkleinkunden zu allgemeinen Preisen (Grundversorgungsmarkt) und der Belieferung von Stromkleinkunden außerhalb von allgemeinen Preisen mit Haushaltsstrom (Sondervertragsmarkt) differenziert, was – verkürzt dargestellt – die Wechselwilligkeit sowie die Attraktivität der Kunden für bundesweite (Discount-)Anbieter abbilden soll. Weiter wird ein Markt für Heizstrom abgegrenzt.

85.* Im Zusammenschlussverfahren RWE/Exxon Mobil stellt das Bundeskartellamt zum ersten Mal Grundsätze zur Marktabgrenzung im Fernwärmesektor auf: Fernwärmeversorger sind sowohl auf ihren sachlichen als auch auf ihren räumlichen Märkten für die Versorgung von Endkunden und Weiterverteilern mit Fernwärme Monopolanbieter, da weder Durchleitungswettbewerb möglich, noch Fernwärme nach einer getroffenen Systementscheidung mit anderen Heizmitteln substituierbar ist. Dabei wird wegen unterschiedlicher Versorgungsbedingungen und Verwendungszwecke weiter zwischen Haushalts- und Industriekunden unterschieden.

86.* Die räumliche Marktabgrenzung war im Berichtszeitraum insbesondere im Lebensmittelhandel und im Tankstellenmarkt bedeutsam. Der Freigabe der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens zwischen EDEKA und Tengelmann lag – entsprechend der regelmäßi-

gen Entscheidungspraxis – die Annahme von im Bundesgebiet insgesamt 345 Regionalmärkten mit einem Radius von 20 km bzw. mit einer Fahrtzeit von 20 Autominuten um das sie prägende, regionale Oberzentrum zugrunde. In diesem Verfahren erfolgte erstmals systematisch die zusätzliche Betrachtung der Marktverhältnisse auf den benachbarten Regionalmärkten, sodass auch sog. Cluster zusammenhängender Regionalmärkte mit erheblichen Marktanteilen der Beteiligten in die wettbewerbliche Würdigung einbezogen wurden. Auf diese Weise wird räumlicher Randwettbewerb, vor allem aber die Absicherung von Marktbeherrschung über erhebliche Marktpräsenz in räumlich angrenzenden Regionalmärkten mit erfasst. So lassen sich auch nach Auffassung der Monopolkommission Verstärkungseffekte, die von einem Zusammenwirken der Marktstärke von Zusammenschlussbeteiligten auf benachbarten, aber getrennten Regionalmärkten ausgehen, auch quantitativ und damit nachprüfbar würdigen.

87.* Die schon bisher übliche regionale Marktabgrenzung im Tankstellenmarkt wurde im Berichtszeitraum weiter verfeinert. Das Bundeskartellamt wendet nunmehr das sog. Erreichbarkeitsmodell des Bundesamtes für Bauwesen und Raumordnung an, das für Zwecke der Raumplanung entwickelt wurde. Grundlage sind die tatsächlichen Gegebenheiten der örtlichen Straßeninfrastruktur. Ausgehend von jeder vom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Tankstelle hat das Bundeskartellamt auf diese Weise jeweils diejenigen Tankstellen ermittelt, die innerhalb einer bestimmten Fahrtzeit erreicht werden können. Ausgehend von einer maximalen Fahrtzeit von 60 bzw. 30 Minuten berücksichtigt das Bundeskartellamt die Umsätze umliegender Tankstellen gewichtet nach der jeweils notwendigen Fahrtzeit. Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich die verfeinerte Marktabgrenzung, weist aber auf so nicht erfasste erhebliche andere Wettbewerbsparameter hin.

88.* Die Marktbeherrschungskriterien in Oligopolmärkten analysiert die Monopolkommission anhand zweier Grundsatzurteile des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs sowie einiger Fusionskontrollentscheidungen. Entscheidend ist insoweit die Reaktionsverbundenheit zwischen den in einem Markt tätigen Unternehmen, die ohne nach dem Kartellverbot verbotene explizite Verhaltenskoordination auskommt. Solches Parallelverhalten infolge strategischer Interdependenz kann erhebliche Wohlfahrtsverluste mit sich bringen und die Dynamik der betroffenen Märkte stark einschränken. Auch aus diesen Gründen erleichtert das GWB die Feststellung kollektiver Marktbeherrschung mit einer Vermutungsregelung, die nach drei Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf eine echte Beweislastumkehr darstellt. Obwohl in Fusionskontrollverfahren nur sehr selten auf die Beweislast abgestellt werden muss, ist von einer erheblichen Signalwirkung dieser Entscheidungen des Oberlandesgerichts auszugehen.

89.* In mehreren Fusionskontrollverfahren stellte das Bundeskartellamt eine gemeinsame Marktbeherrschung der Unternehmen BP/Aral, ConocoPhillips/Jet, ExxonMobil/Esso, Shell und Total im Einzelhandel mit Kraftstoff über Tankstellen fest; diese – regional in Einzelheiten differenzierte – Einschätzung hat sich auch im Verlauf der Sektoruntersuchung Kraftstoffe bestätigt. Insbesondere auf den vorgelagerten Marktstufen finden sich Strukturmerkmale, die stark dämpfend auf den Binnen- und den Außenwettbewerb insgesamt und damit auch auf die Endverbrauchermärkte (Tankstellen) wirken, indem einerseits eine hohe Transparenz erzeugt sowie ein hohes Vergeltungspotenzial eröffnet und andererseits die überragende Marktstellung der marktbeherrschenden Unternehmen gefestigt wird. Als besonders bedeutsam erscheinen der Monopolkommission in diesem Markt die vielfältigen Verflechtungen der Oligopolisten sowie deren durchgängige vertikale Integration, die einerseits die bestehende Transparenz vergrößern und Sanktionspotenziale schaffen, andererseits über die daraus folgende Symmetrie und die multiplen Kontakte der gleichen Unternehmen auf einer Vielzahl

unterschiedlicher Märkte den Anreiz zu wettbewerbslosem Parallelverhalten stark erhöhen. Vor diesem Hintergrund regt die Monopolkommission eine umfassendere wettbewerbliche und kartellrechtliche Analyse dieser Verflechtungen an.

90.* Verflechtungen fördern auch die Reaktionsverbundenheit im ohnehin wettbewerbsarmen Zuckermarkt. Auch angesichts der Marktanteile der Oligopolisten hätte das Bundeskartellamt im Zusammenschlussverfahren Nordzucker/Danisco ohne die erfolgte eingehende Prüfung der Marktbedingungen von der Oligopolmarktbeherrschungsvermutung ausgehen können; der Gegenbeweis bestehenden wesentlichen Wettbewerbs wäre den Beteiligten kaum gelungen. Allerdings sind die umfassenden Ausführungen in der bedingten Freigabeentscheidung insoweit von Bedeutung, als sie die Grundlage für weitere Missbrauchs- und Kartellverfahren in diesem wenig wettbewerblichen Markt darstellen können. Schließlich zeigt dieses Verfahren exemplarisch, wie Marktregulierungen mit anderen Zielen als Wettbewerb oftmals die Marktstrukturen in einer Weise beeinflussen, dass funktionierender Wettbewerb stark eingeschränkt wird. Vor diesem Hintergrund weist die Monopolkommission erneut auf die Ordnungskraft eines funktionierenden Wettbewerbs hin und fordert den europäischen wie den deutschen Gesetzgeber auf, wettbewerbsschädliche Regelungen soweit wie möglich zu vermeiden.

91.* In einem ersten Fusionskontrollverfahren im Markt für Cabrio-Dachsysteme hat das Bundeskartellamt die Übernahme von Edscha durch Webasto und damit die Reduktion des Oligopols von vier auf drei Marktteilnehmer zugelassen. Vor dem Hintergrund, dass sich aus den bestehenden Wettbewerbsverhältnissen keine Hinweise auf Kollusion innerhalb des Oligopols ergaben, sei zu erwarten, dass sich daran auch bei einer Verengung des Marktes auf drei Anbieter nichts ändere; es sei nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen, dass der Zusammenschluss zu einer Beschränkung der Wettbewerbsverhältnisse führen werde. Eine darüber hinausgehende Verengung des Oligopols durch einen weiteren Zusammenschluss wurde bereits in diesem Beschluss als nach derzeitigen Erkenntnissen wettbewerblich bedenklich beschrieben. Entsprechend dieser frühen Einschätzung wurde in der Folgezeit das angemeldete Zusammenschlussvorhaben zwischen Magna und Karmann untersagt. Hierdurch würde nicht nur die Zahl der Wettbewerber auf zwei schrumpfen. Die beiden verbleibenden Wettbewerber hätten auch aufgrund ähnlich starker Marktanteile und einer vergleichbaren Unternehmensgröße besondere Anreize zu stillschweigend kollusivem Verhalten. Bei dieser Analyse stützt sich das Bundeskartellamt auch auf die Erkenntnisse der experimentellen Industrieökonomik, nach denen die Effizienz von Dyopolen regelmäßig erheblich hinter der von Dreier-Oligopolen zurückbleibt. Der Monopolkommission erscheint jedoch auch unter Berücksichtigung dieser Forschungsergebnisse, der Einzelheiten der relevanten Ausschreibungsverfahren und der zuversichtlichen, überwiegend eine gewisse Konsolidation der Anbieterseite befürwortenden Nachfrager bereits die Reduktion eines Vierer- auf ein Dreier-Oligopol bedenklich. Denn in Märkten mit einem hohen Konzentrationsgrad genügt schon eine geringfügige Beeinträchtigung des verbliebenen oder potenziellen Wettbewerbs, um Wettbewerbsbedenken zu begründen.

92.* Zweiseitige Märkte stellen Plattformen dar, auf denen ein Anbieter zwei unterschiedliche Kundengruppen zusammenführt, etwa eine Zeitung Leser- und Anzeigenkunden, ein Kreditkartenunternehmen Akzeptanzstellen und Kreditkarteninhaber oder ein Auktionshaus Käufer und Einlieferer. Die besonderen Merkmale zweiseitiger Märkte haben erheblichen Einfluss auf Wahrscheinlichkeit und Erfolgsaussichten eines Marktzutritts. So können etwa selbst für ein überlegenes Produkt unüberwindliche Markteintrittsbarrieren bestehen, wenn das Nutzerverhalten faktisch zu einer Sättigung des Marktes führt. Im Berichtszeitraum demonstrierten insbesondere zwei Untersagungen die Funktionsweise einer durch Netzwerkeffekte zwei-

seitiger Märkte gefestigten Marktbeherrschung: ein Zusammenschlussvorhaben zweier Verlage für Kosmetikfachzeitschriften, die gleichzeitig Kosmetikmessen ausrichten, und die geplante Übernahme einer lokalen Tageszeitung durch einen Konzern, der selbst Tageszeitungen in angrenzenden Gebieten herausgibt.

93.* Dieser letzte Fall demonstriert wie ein anderes analysiertes Zusammenschlussvorhaben von Tageszeitungen, wie potenzieller Wettbewerb wirkt und kartellrechtlich zu bewerten ist. Die Umbrüche in der Medienlandschaft insbesondere durch das Internet führen zu einer erhöhten Anzahl von Zusammenschlüssen im Pressebereich. Dabei spielt die Berücksichtigung potenziellen Wettbewerbs regelmäßig eine entscheidende Rolle, meist, weil entweder eine marktbeherrschende Stellung durch Wegfall eines potenziellen Wettbewerbers verstärkt würde oder weil kein potenzieller Wettbewerb feststellbar ist. In einem weiteren Fall wurde ein Zusammenschluss auch deshalb freigegeben, weil aufgrund konkreter Umstände der Markteintritt eines Wettbewerbers zu erwarten war.

94.* Nach dem GWB ist ein Zusammenschluss zu untersagen, wenn zu erwarten ist, dass durch ihn eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Eine Abstufung nach dem Grad der Verschlechterung ist insoweit nicht vorgesehen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt – anders als für Kartellwirkungen – in der Fusionskontrolle keine spürbare Beeinträchtigung voraus, sondern fordert lediglich eine aufgrund konkreter Umstände feststellbare Verstärkungswirkung, die in Abhängigkeit von bestehendem Restwettbewerb sehr gering ausfallen kann. So kann bereits die Absicherung einer marktbeherrschenden Stellung ohne konkrete Marktanteilszuwächse eine fusionskontrollrechtliche Untersagung rechtfertigen. Im Berichtszeitraum erinnerte der Bundesgerichtshof ausdrücklich an die geringen Voraussetzungen an die Verstärkungswirkung, während die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes in dieser Hinsicht in einem Fall nicht ganz eindeutig war.

95.* Abhilfemaßnahmen sind diejenigen Modifikationen eines angemeldeten Zusammenschlusses, die zur Ausräumung von wettbewerblichen Bedenken des Bundeskartellamtes als rechtlich verbindliche Nebenbestimmungen zu einer Fusionsfreigabe vorgenommen werden. Diese sind möglich als Bedingungen und Auflagen. Dem europäischen Vorbild folgend hat das Bundeskartellamt 2008 Mustertexte für Nebenbestimmungen veröffentlicht, die von den einzelnen Beschlussabteilungen in ihren Freigabeverfügungen zugrunde gelegt und für den Einzelfall angepasst werden. Daneben war im Berichtszeitraum erneut die Abgrenzung zwischen strukturell wirkenden Auflagen, Verhaltensaufgaben und laufender Verhaltenskontrolle von Bedeutung. Schließlich wurden in einem Fall zur Sicherung des Status quo entflechtungsvorbereitende Maßnahmen beschlossen, nachdem die auflösend bedingte Freigabe weggefallen war, was auch ein Schlaglicht auf die Probleme auflösender Bedingungen wirft.

96.* Die europäische Fusionskontrolle war im Berichtszeitraum 2008/2009 aufgrund der globalen Finanzkrise besonderen Anforderungen ausgesetzt. Aufkommenden Forderungen nach einer Absenkung der fusionskontrollrechtlichen Prüfungsstandards erteilte die Europäische Kommission erfreulicherweise schon früh eine Absage. Bei der Untersuchung von Einzelfällen reagierte sie allerdings flexibel, z.B. im Hinblick auf die Freistellung vom Vollzugsverbot. In der Praxis der europäischen Fusionskontrolle sind – jedenfalls bisher – nur wenige unmittelbare Auswirkungen der Finanzkrise zu spüren. Zum einen sank die Zahl der Anmeldungen in den Jahren 2008/2009 (606) im Vergleich zum vorangegangenen Berichtszeitraum (758) um etwa 20 %. Zum Zweiten sind im Verhältnis zum letzten Berichtszeitraum deutlich mehr Anmeldungen zurückgenommen worden (21 statt 14). Ferner kam es in einigen Fällen zu sehr zügigen Entscheidungen der Europäischen Kommission, vornehmlich im Rahmen der ersten Verfahrensphase.

97.* Einen Schwerpunkt der Entscheidungspraxis in den Jahren 2008/2009 bilden vertikale Zusammenschlüsse, also Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Stufen der Lieferkette tätig sind. Die Europäische Kommission entschied diese Fälle auf der Grundlage ihrer Leitlinien zu nicht horizontalen Zusammenschlüssen, die sie Ende 2007 erlassen hat. Besondere Aufmerksamkeit verdient daneben die Entscheidung der Europäischen Kommission in dem Fall ABF/GBI. Hier äußerte die Wettbewerbsbehörde nach längerer Abstinenz erstmals wieder Wettbewerbsbedenken aufgrund koordinierter Effekte und gab den Zusammenschluss nur unter Bedingungen und Auflagen frei. In diesem Zusammenhang ist auch das Urteil Bertelsmann und Sony/Impala zu nennen, mit dem der Europäische Gerichtshof unter anderem die Voraussetzungen für die Feststellung koordinierter Effekte verdeutlichte. Auffällig ist ferner die Zunahme der Zusammenschlussverfahren, in denen die Fusionsparteien Effizienzgesichtspunkte geltend gemacht haben. Im Berichtszeitraum legte die Europäische Kommission außerdem ihre überarbeitete Mitteilung zu zulässigen Abhilfemaßnahmen vor, in der sie eine strengere Haltung gegenüber Zusagen einnimmt. Dieser Ansatz schlug sich auch in der konkreten Fallpraxis nieder. Schließlich hat sich die Rechtsprechung in den Verfahren MyTravel/Kommission sowie Kommission/Schneider Electric erneut mit Schadensersatzansprüchen in der Fusionskontrolle auseinandergesetzt. In legislativer Hinsicht ist neben den bereits erwähnten Leitlinien zu zulässigen Abhilfemaßnahmen auf den Bericht der Europäischen Kommission zur Zuständigkeitsverteilung hinzuweisen.

98.* Die Europäische Kommission hat in dem Verfahren Friesland/Campina eine Marktabgrenzung nach den aktuellen „Arbeitsgebieten“ der Zusammenschlussbeteiligten abgelehnt. Auch nach Auffassung der Monopolkommission kommt es in erster Linie darauf an, ob die Wettbewerbsbedingungen innerhalb benachbarter Regionen homogen sind. Aktuelle Lieferbeziehungen sollten regelmäßig nur den Ausgangspunkt der räumlichen Marktdefinition bilden, entscheidend sind jedoch die tatsächlichen Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die aktuelle Ausdehnung der jeweiligen Arbeitsgebiete auch Spiegelbild des herrschenden Wettbewerbsdrucks oder von stillschweigender Kollusion sein kann.

99.* In dem Verfahren StatoilHydro/ConocoPhillips hat die Europäische Kommission aufgrund der qualitativen Analyse nationale Märkte für den Vertrieb von Benzin und Diesel an Tankstellen definiert, obgleich ihre ökonomischen Untersuchungen auf der Betrachtung von lokalen bzw. regionalen Clustern um bestimmte Tankstellen basieren. Nach Ansicht der Monopolkommission können empirische Untersuchungen in Zusammenschlussverfahren durchaus sinnvoll sein. Die Wettbewerbsbehörden müssen jedoch darauf achten, Unstimmigkeiten zwischen qualitativer und quantitativer Analyse zu vermeiden. Die Marktabgrenzung hat zudem aufgrund der tatsächlichen ökonomischen Gegebenheiten zu erfolgen. Liegen aus ökonomischer Sicht lokale oder regionale Märkte vor, muss die Europäische Kommission dies feststellen und ausdrücklich begründen, warum die untersuchten Märkte einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes im Sinne des Art. 2 Abs. 2 und 3 der Fusionskontrollverordnung (FKVO) darstellen, sodass ihre Zuständigkeit begründet ist.

100.* Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich die differenzierte Auseinandersetzung der Europäischen Kommission mit der Marktabgrenzung im Energiesektor. Sie unterstützt die vorsichtige Haltung der Europäischen Kommission in Bezug auf die behördliche Feststellung größerer als der traditionell abgegrenzten Märkte. Eine zu weite Marktabgrenzung birgt die Gefahr, dass die Marktmacht der Unternehmen auf ihren relevanten Märkten unterschätzt wird. Die Monopolkommission sieht eine zunehmende Konzentration der Energieerzeugung auf der europäischen Ebene mit Besorgnis. Eine zu großzügige Anwendung der fusionskon-

trollrechtlichen Vorschriften könnte zu einer Situation führen, die länderübergreifend der aktuellen Lage in Deutschland mit einer hohen Konzentration auf der Erzeugerebene bzw. einer Konzentration des Gasangebots auf wenige Unternehmen entspricht.

101.* In dem Verfahren Friesland/Campina hat die Europäische Kommission erstmals auf der Grundlage des SIEC-Tests eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung ausgeschlossen, obwohl sie zuvor die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung angenommen hatte. Sie begründete dieses Ergebnis damit, dass es sich bei den Zusammenschlussparteien um Genossenschaften handelt. Nach Ansicht der Monopolkommission bestehen Zweifel an der Feststellung der Europäischen Kommission, die Genossenschaften nähmen eine marktbeherrschende Stellung gegenüber ihren Lieferanten ein. Die personelle Identität von Lieferanten und Genossen, die maßgeblichen Einflussmöglichkeiten der Lieferanten auf die Geschäftsführung der Genossenschaft sowie die genossenschaftliche Zielsetzung sprechen dafür, bereits die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung gegenüber den Genossenschaftsmitgliedern zu verneinen. In diesem Sinn hat auch das Bundeskartellamt in einem ähnlich gelagerten Fall entschieden. Der Vergleich der beiden Entscheidungen verdeutlicht, dass auf der Grundlage des Marktbeherrschungstests kein anderes Ergebnis erzielt worden wäre.

102.* In dem Verfahren KLM/Martinair hielt der Erwerber bereits vor dem Zusammenschluss eine Beteiligung an Martinair. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Europäische Kommission dennoch eine fundierte Prüfung vornimmt und negative Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens nicht pauschal ablehnt. Eine im Vorfeld bestehende Beteiligung kann sich unterschiedlich auswirken und muss jeweils anhand der konkreten Vertrags- und Marktverhältnisse eingeschätzt werden. In dem Fall Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex berücksichtigte die Europäische Kommission – jedenfalls inzident – eine Art Bagatellmarktgrenze bei der wettbewerblichen Analyse. Die Monopolkommission erinnert daran, dass die Fusionskontrollverordnung keine Bagatellmarktschwelle enthält, auf deren Grundlage von einer Prüfung kleiner Märkte abgesehen werden kann. Gemeinsame Marktanteile in Höhe von 70 bis 80 %, wie auf einem der betroffenen Märkte festgestellt, sollten daher eine eingehende Untersuchung seitens der Europäischen Kommission auslösen.

103.* Ende 2007 veröffentlichte die Europäische Kommission Leitlinien zu nicht horizontalen, d.h. vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen. Die Monopolkommission bekräftigt ihre Überzeugung, dass in der Praxis vor allem auf Märkten mit heterogenen Gütern Schwierigkeiten bestehen können, zwischen horizontalen und nicht horizontalen Fusionen zu unterscheiden. Deshalb sollten auch bei der Untersuchung nicht horizontaler Zusammenschlüsse Marktstrukturkriterien beachtet werden. Die Monopolkommission unterstützt den Ansatz der Europäischen Kommission, positive und negative Anreize zur Marktabschottung zu untersuchen. Sie lehnt es jedoch ab, bereits zum Zeitpunkt des Fusionskontrollverfahrens zu berücksichtigen, inwieweit die Anreize zu Missbrauchspraktiken durch drohende Sanktionen effektiv beeinflusst bzw. vermindert werden. Auf der Grundlage der genannten Leitlinien hat sich die Europäische Kommission im Berichtszeitraum erkennbar häufiger und detaillierter mit den vertikalen Auswirkungen von Zusammenschlüssen befasst. In mehreren Fällen eröffnete sie die zweite Verfahrensphase, gab nach Abschluss der Prüfung allerdings sämtliche Vorhaben bedingungslos frei. Die wettbewerbliche Einschätzung in den Verfahren TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq hält die Monopolkommission teilweise für kritikwürdig.

104.* Der Großteil der angemeldeten Zusammenschlussvorhaben wirkte sich in erster Linie auf den Angebotswettbewerb aus. Vereinzelt, z.B. in den Fällen ABF/GBI und Rewe/Adeg, hat die Europäische Kommission allerdings auch zur Nachfragemacht auf Beschaffungsmärkten

ten bzw. zur gegengewichtigen Nachfragemacht Stellung genommen. Von besonderem Interesse sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen der Europäischen Kommission, wonach das Bestehen von gegengewichtiger Nachfragemacht nur in Rechnung gestellt werden darf, sofern diese sämtliche Abnehmer vor negativen Auswirkungen eines Zusammenschlusses schützt. Es genügt also nicht, wenn einige starke Nachfrager sich gegen Preiserhöhungen oder Qualitätseinbußen seitens der neuen Unternehmenseinheit wehren können. Da starke Nachfrager eher selten Anreize zum Schutz ihrer kleineren Wettbewerber haben dürften, ist davon auszugehen, dass die Europäische Kommission das Bestehen von Nachfragemacht künftig nur dann als Gegengewicht zur Marktmacht beachtet, wenn der Abnehmermarkt monopolistisch strukturiert ist, sämtliche Abnehmer in der Lage sind, Nachfragemacht auszuüben oder keine Fähigkeit der Anbieter zur Preisdiskriminierung besteht.

105.* Die Europäische Kommission konzentrierte sich während des Berichtszeitraums – wie in den vergangenen Jahren – überwiegend auf die nicht koordinierten Effekte von Zusammenschlüssen. Nur vereinzelt äußert sie Wettbewerbsbedenken aufgrund von koordinierten Wirkungen. Lediglich in dem Verfahren ABF/GBI hat die Europäische Kommission ausschließlich koordinierte Effekte zum Anlass genommen, um eine vertiefte Prüfung vorzunehmen. Positiv ist zu werten, dass nach einer längeren Phase der Zurückhaltung wieder Fälle mit koordinierten Effekten aufgegriffen werden. Mit ursächlich hierfür dürfte die Entscheidung Bertelsmann und Sony/Impala des Europäischen Gerichtshofs gewesen sein, mit der die vom Gericht erster Instanz in seinem Airtours-Urteil aufgestellten Kriterien für den Nachweis koordinierter Effekte bestätigt und wichtige Fragen zum Beweismaßstab und zum Beurteilungsspielraum der Europäischen Kommission geklärt wurden.

106.* Bemerkenswert ist ferner, dass die Zusammenschlussparteien in sieben von insgesamt 17 Zweite-Phase-Fällen Effizienzgesichtspunkte geltend gemacht haben. Die Europäische Kommission hat das Vorliegen berücksichtigungsfähiger Effizienzgewinne in keinem horizontalen Zusammenschluss, sondern nur bei zwei vertikalen Zusammenschlüssen bestätigt. In keinem Fall war der Effizienzeinwand entscheidungserheblich. Von besonderem Interesse ist die Verfügung Lufthansa/SN Airholding, in der eine Abwägung zwischen der Wettbewerbsbeeinträchtigung einerseits und den Effizienzen andererseits stattfindet.

107.* In den vertikalen Fällen TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq erklärt die Europäische Kommission ausdrücklich, dass die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen im Rahmen einer Gesamtanalyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses, die sowohl die wettbewerbsbeeinträchtigenden als auch die wettbewerbsfördernden Effekte umfasst, zu erfolgen hat. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Europäische Kommission in beiden Fällen auf mögliche Effizienzgewinne einging, obwohl sie zuvor bereits die Fähigkeit und/oder Anreize zur Marktabschottung verneint hatte. Die Monopolkommission hält eine zweistufige Prüfung – der möglichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen einerseits und der Effizienzgewinne andererseits – im Rahmen der Fusionskontrolle für vorteilhaft. Ob bestimmte Effizienzen die Wettbewerbsbeschränkungen eines Zusammenschlusses aufheben, lässt sich erst erkennen, nachdem das Ausmaß dieser Beschränkungen abgeschätzt wurde. Die Wettbewerbssituation nach dem Zusammenschluss beeinflusst außerdem die Frage, in welchem Umfang die Weitergabe von Effizienzvorteilen an die Verbraucher zu erwarten ist. Darüber hinaus müssen die Effizienzvorteile gerade den durch die Fusion ausgelösten Wettbewerbsbeeinträchtigungen begegnen. Schließlich stellt eine solche Vorgehensweise einen effizienten Ressourceneinsatz aufseiten der Wettbewerbsbehörde sicher. In Fällen, in denen schon keine Wettbewerbsbedenken auftreten, ist eine Befassung mit möglichen Effizienzgesichtspunkten daher zu unterlassen.

108.* Die Europäische Kommission gewinnt die für die Beurteilung von Zusammenschlüssen notwendigen Informationen üblicherweise aus der Anmeldung der Zusammenschlussparteien sowie aus Befragungen von Konkurrenten und Marktteilnehmern auf vor- und nachgelagerten Marktstufen. Während des Berichtszeitraums hat die Europäische Kommission zudem vermehrt Verbraucherbefragungen durchgeführt, z.B. in den Verfahren KLM/Martinair und StatoilHydro/ConocoPhillips. Zum Teil erscheint die Erforderlichkeit bzw. Zielgerichtetheit der durchgeführten Befragungen zweifelhaft. Eine wichtige Rolle spielten darüber hinaus interne Unterlagen der Fusionsbeteiligten. In den Fällen Thomson/Reuters und Arsenal/DSP gelang es der Europäischen Kommission mittels solcher Dokumente, die Argumente der Beteiligten im fusionskontrollrechtlichen Verfahren zu entkräften. Im Rahmen der Effizienzbeurteilung bemängelte die Europäische Kommission hingegen wiederholt das Fehlen interner Unterlagen aus der Zeit vor dem Zusammenschlussverfahren, in denen Bezug auf die geltend gemachten Effizienzgewinne genommen wurde. Dokumenten, die ausschließlich für die Zwecke des Fusionskontrollverfahrens erstellt wurden, misst die Wettbewerbsbehörde in diesem Zusammenhang geringeren Beweiswert bei. Zu beobachten ist schließlich, dass im Berichtszeitraum vermehrt ökonomische Studien und quantitative Analysen zum Einsatz kamen. Wie bislang werden solche Studien und Analysen überwiegend von den Zusammenschlussparteien oder der Europäischen Kommission in das fusionskontrollrechtliche Verfahren eingeführt. Dies erfolgte z.B. in den Fällen Arjowiggins/M-Real Zanders Reflex, Arsenal/DSP, TomTom/Tele Atlas und Nokia/Navteq. Vereinzelt legen aber auch Dritte, wie im Verfahren Rewe/Adeg, entsprechende Dokumente vor, um ihren Standpunkt zu untermauern.

109.* Die Europäische Kommission hat während des Verfahrens Friesland/Campina verschiedene ökonomische Analysen, insbesondere eine Schätzung der Nachfrageelastizitäten, durchgeführt. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Vorgehen der Europäischen Kommission zu begrüßen. Die Wettbewerbsbehörde informierte die Parteien über die Berechnungsmethoden und Ergebnisse ihrer Analysen mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte und gab diesen somit ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme. Durch die Wahrung der in Art. 18 Abs. 3 FKVO verankerten Verteidigungsrechte auch im Hinblick auf ihre quantitative Argumentation vermied die Kommission nicht nur diesbezügliche Verfahrensfehler. Die von den Parteien geäußerte Kritik gab ihr darüber hinaus Gelegenheit, ihre Vorgehensweise inhaltlich zu korrigieren, was die Wahrscheinlichkeit einer gerichtlichen Auseinandersetzung im Anschluss an die Kommissionsentscheidung deutlich senkt. Zudem sorgt die detaillierte Dokumentation des Verfahrensablaufs und der Analyseergebnisse für mehr Transparenz. Gleichzeitig zeigt der Vorgang, dass die beteiligten Unternehmen durchaus erfolgreich gegen die quantitativen Analyseergebnisse der Wettbewerbsbehörde argumentieren können.

110.* Das Gericht erster Instanz hat in dem Verfahren Omya/Kommission die Ermittlungsbefugnisse der Europäischen Kommission gestärkt. Auch nach Ansicht der Monopolkommission ist in diesem Zusammenhang auf eine Ex-ante-Betrachtung, also auf die Erkenntnislage der Europäischen Kommission zum Zeitpunkt des Informationsverlangens, abzustellen. Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass die Wettbewerbsbehörde sämtliche für ihre Entscheidungsfindung erforderlichen Informationen erhalten kann.

111.* Im Oktober 2008 hat die Europäische Kommission eine überarbeitete Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen vorgelegt. Die neue Mitteilung weist einen restriktiveren Ansatz gegenüber Zusagenangeboten auf, was z.B. in umfangreichen Informations- und Nachweispflichten der Zusammenschlussparteien zum Ausdruck kommt. Daneben wird die Vorzugswürdigkeit von strukturellen Abhilfemaßnahmen, insbesondere von Veräußerungsverpflichtungen betont. Schließlich unterstreicht die Europäische Kommission die Bedeutung

von Up-front-buyer- und Fix-it-first-Lösungen und erklärt alternative Verpflichtungsangebote für notwendig, sofern die Durchführung der zunächst offerierten Zusage ungewiss ist. Soweit ersichtlich, kommt diese strengere Einstellung der Europäischen Kommission auch in ihrer Entscheidungspraxis zum Ausdruck. Im Berichtszeitraum nahm die Europäische Kommission hauptsächlich Veräußerungszusagen entgegen, die allenfalls durch verhaltensorientierte Verpflichtungen ergänzt wurden. Zusagen, die ein Veräußerungsangebot enthalten, sind nach Auffassung der Monopolkommission grundsätzlich positiv zu bewerten. Derartige Zusagen sind struktureller Natur und daher am besten geeignet, die aus einem Zusammenschluss resultierenden strukturellen Wettbewerbsbedenken zu beseitigen. Sie werden in der Regel innerhalb kurzer Fristen umgesetzt und bedürfen danach keiner weiteren Kontrolltätigkeit seitens der Wettbewerbsbehörde. Trotz dieser grundsätzlich positiven Einstellung zu Veräußerungsverpflichtungen gaben nach Auffassung der Monopolkommission einige der angenommenen Zusagen während des Berichtszeitraums Anlass zu Zweifeln an ihrer Wirksamkeit, z.B. in den Fällen ABF/GBI und Thomson/Reuters.

112.* Die Monopolkommission hat sich in ihrem letzten Hauptgutachten ausführlich zu den Problemen geäußert, die mit den gängigen Verpflichtungen im Passagierluftverkehr verbunden sind. Sie begrüßt deshalb, dass die Europäische Kommission nunmehr z.B. in den Verfahren Lufthansa/Austrian Airlines und Lufthansa/SN Airholding selbst Mängel in der vergangenen Zusagepraxis einräumt und bestrebt ist, diese Defizite zu beseitigen. Nach Ansicht der Monopolkommission verbleiben allerdings weiter erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit der angenommenen Zusagen, die sich auf die Übertragung von Großvaterrechten und die Möglichkeit von Codesharing-Abkommen beziehen. Positiver schätzt die Monopolkommission die Auswirkungen von entsprechenden Abhilfemaßnahmen nur dort ein, wo bereits ein aktiver Wettbewerber der Zusammenschlussparteien vorhanden ist, dessen Stellung gestärkt wird.

113.* Die Europäische Kommission hat während des Berichtszeitraums in aller Regel nur ergänzend auf verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen zurückgegriffen. Hier sind insbesondere Lieferpflichten des Veräußerers oder eines Dritten gegenüber dem künftigen Erwerber zu nennen. Für die Beurteilung solcher Lieferverpflichtungen kommt es nach Auffassung der Monopolkommission auf die konkrete Ausgestaltung im Einzelfall an. Problematisch sind in diesem Zusammenhang vor allem langfristige Lieferbeziehungen, die dauerhaft Abhängigkeiten des Erwerbers schaffen, dem Veräußerer langfristig Einblicke in Produktionsprozesse und Kosten seines Wettbewerbers ermöglichen und kontinuierlich Diskriminierungspotenzial – etwa bezüglich Lieferfristen und Qualität – bergen. In der Entscheidungspraxis gibt die Ausgestaltung der Lieferpflichten vereinzelt Anlass zu Kritik. Verhaltensorientierte Zusagen wurden ebenfalls im Verfahren KLM/Martinair angeboten, von der Europäischen Kommission jedoch zurückgewiesen. Die Ablehnung der vorgelegten Zusageangebote, die eine sehr komplexe Regelung zur Begrenzung der Preishöhe enthalten, ist zu begrüßen.

114.* Des Weiteren hat die Europäische Kommission in einigen Verfahren auf alternative Zusageangebote oder Up-front-buyer- und Fix-it-first-Lösungen bestanden. Sie hat zu Recht alternative Verpflichtungen gefordert, wenn die Erfüllung der zunächst angebotenen Zusagen von Dritten abhing und somit von der Europäischen Kommission nicht durchsetzbar war. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, dass die Europäische Kommission in Fällen, in denen die Erfüllung einer Zusage von dem Verhalten eines Dritten abhängt, zwingend den vorherigen Zusagenvollzug sicherstellen bzw. eine alternative Abhilfemaßnahme verlangen muss.

115.* In dem Verfahren Arsenal/DSP ging die letzte Fassung des Entscheidungsentwurfs mit geänderten Zusagen erst zwei Arbeitstage vor der Sitzung des Beratenden Ausschusses bei den nationalen Wettbewerbsbehörden ein. Wie die Monopolkommission bereits anlässlich vergleichbarer Fälle in der Vergangenheit festgestellt hat, ist unter diesen Voraussetzungen eine fundierte Prüfung seitens der nationalen Wettbewerbsbehörden kaum mehr möglich. Die Monopolkommission vertritt die Auffassung, dass der Zeitdruck im fusionskontrollrechtlichen Verfahren nicht einseitig zulasten der gesetzlich festgelegten Mitwirkungsrechte der Mitgliedstaaten gehen darf. Vielmehr ist die Europäische Kommission gehalten, Termine so zu setzen, dass die nationalen Behörden – vor dem Hintergrund der zum Teil sehr umfangreichen Zusagenpakete – angemessen beteiligt werden können.

116.* Drei Urteile des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz aus den Jahren 2008/2009 sind von besonderem Interesse, nämlich Bertelsmann und Sony/Impala, MyTravel/Kommission und Kommission/Schneider Electric. Mit dem Urteil Bertelsmann und Sony/Impala nimmt der Gerichtshof zu einer Reihe wichtiger Fragen der materiellen Fusionskontrolle sowie des Verfahrensrechts Stellung. Zu nennen sind in erster Linie die Ausführungen zur kollektiven Marktbeherrschung, zur Rechtsnatur und Funktion der Mitteilung der Beschwerdepunkte sowie zur Begründungspflicht und zum Beweismaßstab im Fusionskontrollverfahren. Die Ausführungen des Gerichtshofs zu den Beweisanforderungen im fusionskontrollrechtlichen Verfahren, insbesondere die Klarstellung, dass sowohl für Freigaben- und Untersagungsentscheidungen als auch für unterschiedliche Arten von Zusammenschlüssen dieselben Beweisanforderungen gelten, sind zu begrüßen. Auch die Feststellung, dass es sich bei der Vorschrift des Art. 10 Abs. 6 FKVO um eine Ausnahmeregelung handelt, ist positiv zu bewerten. Der Gerichtshof erteilt damit Forderungen, das Instrument der Genehmigungsfiktion regelmäßig anzuwenden, um auf diesem Wege Drittklagen zu verhindern, eine deutliche Absage. In dem Verfahren Kommission/Schneider Electric weist der Gerichtshof die finanziellen Risiken eines vorzeitigen Zusammenschlussvollzugs den Parteien zu. Die Monopolkommission unterstützt diese Auffassung, da anderenfalls der Grundsatz der präventiven Fusionskontrolle gefährdet wäre. Sie begrüßt außerdem, dass mit dem nun vorliegenden Urteil für fusionswillige Unternehmen Klarheit über die möglichen Konsequenzen eines vorab vollzogenen Zusammenschlusses besteht.

117.* Die Mitteilung der Europäischen Kommission zu zulässigen Abhilfemaßnahmen stößt weitgehend auf Zustimmung der Monopolkommission. Sie unterstützt die positive Haltung der Europäischen Kommission zu Veräußerungszusagen und teilt ihre Skepsis in Bezug auf verhaltensorientierte Verpflichtungen. Die Monopolkommission bezweifelt jedoch, dass die Europäische Kommission die mit Zugangsverpflichtungen verbundenen Nachteile, insbesondere das Diskriminierungspotenzial der Zusammenschlussparteien, ausreichend berücksichtigt hat. Dass Zurückhaltung bei der Entgegennahme derartiger Zusagen geboten ist, zeigen eindrücklich die Ergebnisse der Studie aus dem Jahr 2005, wonach Zugangsverpflichtungen die am wenigsten erfolgreiche Art der Abhilfemaßnahme darstellen. Zustimmung verdient die Europäische Kommission, soweit sie die Bedeutung des künftigen Erwerbers für den Erfolg der Abhilfemaßnahme betont. Positiv bewertet die Monopolkommission außerdem die Absicht, in Zukunft verstärkt auf Up-front-buyer- und Fix-it-first-Zusagen zu bestehen. Sie hat bereits früher gefordert, die vorangehende Veräußerung von Vermögensteilen zur Bedingung des Zusammenschlussvollzugs zu machen. Beide genannten Lösungen gewährleisten, dass ein Zusammenschluss nur dann durchgeführt werden darf, wenn sich überhaupt ein wettbewerbsfähiger Erwerber für die zur Veräußerung stehenden Vermögensteile interessiert. In der Vergangenheit war dies nicht immer der Fall. Außerdem stellt sowohl die Up-front-buyer- als auch die Fix-it-first-Lösung sicher, dass die Fusionsparteien sich ernsthaft bemühen, einen

geeigneten Erwerber zu finden und den Erwerbsprozess möglichst unkompliziert und zügig durchzuführen.

118.* Darüber hinaus bekräftigt die Monopolkommission ihre Forderung, dass die Europäische Kommission künftig regelmäßig über die Durchführung und Wirksamkeit der von ihr auferlegten Abhilfemaßnahmen berichten soll. Wie die Studie aus dem Jahr 2005 verdeutlicht, trägt eine solche Nachschau wesentlich dazu bei, Defizite aufzuspüren und notwendige Reformprozesse in Gang zu setzen. Diese Überlegung hat um so mehr Gewicht, als die Europäische Kommission in der jüngeren Vergangenheit weitgehend auf Untersagungen verzichtete und stattdessen darauf setzte, problematische Fälle mit teilweise umfangreichen Abhilfemaßnahmen zu lösen. Im Zusammenhang mit der nunmehr geltenden Mitteilung der Europäischen Kommission zu zulässigen Abhilfemaßnahmen ist darüber hinaus von besonderem Interesse, inwieweit die dort aufgestellten Grundsätze in der Entscheidungspraxis Berücksichtigung finden und die Wirksamkeit der auferlegten Verpflichtungen erhöhen. Aus künftigen Erfahrungsberichten ließe sich ferner ablesen, ob und in welchen Bereichen weiterer Reformbedarf besteht.

119.* Im Juli 2009 legte die Europäische Kommission einen Bericht über die Zuständigkeitsverteilung vor und stellte unter anderem Reformbedarf hinsichtlich der Zwei-Drittel-Regel in Art. 1 Abs. 2 FKVO fest. Die Monopolkommission hat bereits vor dem Hintergrund des Zusammenschlusses E.ON/Ruhrgas eine Änderung dieser Bestimmung angeregt. Sie kritisierte vor allem, dass die Vorschrift an die in der Vergangenheit erzielten Umsätze anknüpft und damit einer rein statischen Betrachtungsweise folgt, ohne die absehbare europäische Dimension eines Zusammenschlusses zu berücksichtigen. Als problematisch wurde dies vor allem in Fällen angesehen, in denen bislang abgeschottete Märkte betroffen sind und die Internationalisierung der Unternehmenstätigkeit noch nicht oder gerade erst begonnen hat. Den Aspekt der Mehrfachanmeldung thematisiert die Europäische Kommission sowohl im Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 3 FKVO als auch mit Art. 4 Abs. 5 FKVO. Sie favorisiert eine automatische Verweisung nach Brüssel in Fällen, in denen ansonsten mindestens drei nationale Wettbewerbsbehörden befassen wären und greift damit alte Pläne wieder auf. Die Monopolkommission spricht sich erneut gegen eine automatische Verweisung bei Mehrfachanmeldungen aus. Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass mit der zwischenzeitlichen Einführung von Art. 4 Abs. 5 FKVO im Zuge der zweiten FKVO-Reform die Möglichkeit der Verweisung auf Initiative der beteiligten Unternehmen existiert. Diese Option entschärft die vorgetragenen Probleme mit Mehrfachanmeldungen deutlich.

120.* Eine Absage erteilt die Monopolkommission den im vorliegenden Bericht angedeuteten Bestrebungen der Europäischen Kommission, die nationalen Fusionskontrollrechte zu harmonisieren. Um das Ziel eines „level playing field“ zu erreichen, schlägt die Europäische Kommission die Anpassung der verschiedenen nationalen Regeln untereinander und im Verhältnis zur Fusionskontrollverordnung vor. Dieser Vorschlag bezieht sich in erster Linie auf Verfahrensfragen, umfasst aber auch materiell-rechtliche Aspekte. Nach Auffassung der Monopolkommission ist stattdessen eine Harmonisierung vonseiten der einzelnen Mitgliedstaaten vorzuziehen. In diesem Zusammenhang ist an die geplante Achte GWB-Novelle zu erinnern, bei der der deutsche Gesetzgeber unter anderem über eine Neujustierung der Aufgreifschwelle und über eine Anpassung der materiell-rechtlichen Kriterien der deutschen Fusionskontrolle entscheiden wird.

V. Arbeitsmarkt und Wettbewerb auf Produktmärkten

121.* Die Monopolkommission hat sich bereits in ihrem Zehnten Hauptgutachten 1992/1993 mit der Kartellstruktur auf den Märkten für abhängige Arbeit beschäftigt. Allerdings lag der Fokus damals auf den Beschäftigungswirkungen institutioneller Regelungen des Arbeitsmarktes. In dem hier vorgelegten Kapitel liegt indes das Hauptaugenmerk auf den wettbewerblichen Auswirkungen des deutschen Tarifsystems auf die nachgelagerten Produktmärkte. Dabei zieht die Monopolkommission die grundrechtlich verbürgte Koalitionsfreiheit nicht in Zweifel.

122.* Konkret werden zum einen die Auswirkungen von Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz sowie die Festsetzung von Mindestlöhnen gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz auf Produktmärkte untersucht. Bei den Allgemeinverbindlicherklärungen handelt es sich um tarifvertragliche Regelungen, die auf ganze Branchen erstreckt werden; das Mindestarbeitsbedingungengesetz erlaubt die Festsetzung staatlicher Mindestlöhne in einem Wirtschaftszweig. Wettbewerbliche Probleme ergeben sich hierbei in Form der Schaffung bzw. Ausweitung branchenweiter Lohnkartelle, wodurch etablierten Unternehmen eines Marktes die Möglichkeit offeriert wird, Wettbewerber, insbesondere Newcomer, mittels Steigerung derer Personalkosten aus dem Markt zu drängen. Zum anderen untersucht die Monopolkommission das Phänomen der Spartengewerkschaften, welches wettbewerbspolitisch aufgrund grob unverhältnismäßiger Streikforderungen und Tarifabschlüsse zulasten Dritter von Bedeutung ist.

123.* In der deutschen Tariflandschaft werden drei Gewerkschaftstypen unterschieden: Einheitsgewerkschaften, Berufs- bzw. Spartengewerkschaften und christliche Gewerkschaften. Während auf der einen Seite große Einheitsgewerkschaften mit pluralistischer Mitgliederstruktur ihre Mitglieder verlieren, ist andererseits ein vermehrter Tarifwettbewerb durch erstarkende Sparten- und christliche Gewerkschaften zu beobachten. Diese setzen zunehmend eigene Tarifverträge durch, woraus sich eine Fragmentierung der deutschen Tariflandschaft ergibt.

124.* Der Nettoorganisationsgrad der Gewerkschaften (Anteil der anhängig beschäftigten Gewerkschaftsmitglieder an allen Arbeitnehmern) und auch die Tarifbindung der Beschäftigten (alle Arbeitnehmer, auf die der Tarifvertrag unabhängig von der Gewerkschaftszugehörigkeit Anwendung findet) sind in Deutschland insgesamt rückläufig. Dies resultiert jedoch nicht in erster Linie aus dem Verlust gewerkschaftlicher Organisationsmacht, der in ähnlicher Form auch in anderen Ländern zu beobachten ist. Der Unterschied ist in Deutschland vielmehr, dass es – anders als in den meisten EU-Ländern – bisher kaum eine wirkungsvolle politische Unterstützung zur Stabilisierung und Ausweitung der Flächentarifbindung gegeben hat. So bewirkt beispielsweise das noch in Schweden, Finnland und Dänemark vorkommende Genter System, bei dem die Gewerkschaften die Arbeitslosenversicherung verwalten, eine hohe Tarifbindung und einen vergleichsweise hohen gewerkschaftlichen Organisationsgrad von jeweils über 70 %. Überdies ist außerhalb Skandinaviens eine hohe Verbreitung des Instruments der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen der wichtigste Erklärungsfaktor für eine hohe Tarifbindung.

125.* Das deutsche Tarifsystem ist durch zwei gegenläufige Entwicklungslinien gekennzeichnet. Einerseits kann ein Aufbrechen des Flächentarifsystems konstatiert werden. Am deutlichsten wird dies durch die in der Praxis aufkeimende Tarifpluralität. Aktuell hat sich der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Beschlüssen vom 23. Juni 2010 der vom Vierten Senat im Anfragebeschluss vom 27. Januar 2010 dargelegten Rechtsauffassung angeschlossen

und den Grundsatz „ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ aufgegeben. Danach können nunmehr auch nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in einem Betrieb mehrere Tarifverträge für unterschiedliche Berufsgruppen anwendbar sein. Ein Aufbrechen des Tarifsystems zeigt sich auch anhand von Öffnungsklauseln, mit denen tariflich geregelte Arbeitsbedingungen flexibilisiert werden können. Dies bedingt zwar auf der einen Seite eine Stabilisierung der äußeren Struktur des Tarifsystems, ist aber auf der anderen Seite eine weitverbreitete Flexibilisierungsoption zur individuelleren Ausformung des Tarifsystems, um einem vom Markt ausgehenden Anpassungsdruck nachgeben zu können. Neben dem Aufbrechen des Tarifsystems zeigen sich andererseits gegenläufige Maßnahmen, die einer Stabilisierung und Restabilisierung des klassischen Flächentarifsystems dienlich sind. Hierzu zählen Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß Tarifvertragsgesetz und in jüngerer Zeit auch gemäß Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Mindestlöhne gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz, die Fortgeltung und Nachwirkung von Tarifverträgen, die strikten, von den Arbeitsgerichten entwickelten Anforderungen an die Tariffähigkeit, der vormals vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Grundsatz der Tarifeinheit oder das einstige kategorische Verbot tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln durch das Bundesarbeitsgericht. Besonders in jüngerer Zeit versucht der Gesetzgeber verstärkt, der zunehmenden Erosion des deutschen Flächentarifsystems mit neuen bzw. neu gefassten Gesetzen entgegenzuwirken (Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Mindestarbeitsbedingungengesetz). Damit kann er zwar höhere Tarifbindungen bzw. eine Bindung an staatliche Mindestlöhne forcieren, begibt sich aber in direkte Regelungskonkurrenz zu den Tarifvertragsparteien und schwächt insofern die Tarifautonomie.

126.* Betrachtet man Arbeits- und Produktmärkte aus wettbewerbsökonomischer Sicht, dann erscheinen folgende Voraussetzungen auf Produktmärkten problematisch, welche oftmals auch in Kombination auftreten: (1) fehlender oder mangelnder Wettbewerb auf dem inländischen Produktmarkt bei gleichzeitig geringer Preiselastizität der Nachfrage, (2) Missbrauchsmöglichkeit eines tariflichen Branchenmindestlohns im Falle differierender Produktivitätsniveaus der Unternehmen eines Marktes sowie (3) das Auftreten verhandlungsstarker Spartengewerkschaften. Zu (1): Fehlender oder mangelnder Wettbewerb sowie eine geringe Preiselastizität der Nachfrage auf dem Produktmarkt geben den Unternehmen Anreize, Produktpreise abzusprechen. Unternehmen, die auf monopolistisch geprägten Absatzmärkten agieren, realisieren überdies nicht nur höhere Kapitalerträge, sondern zahlen in der Regel auch Löhne über dem markträumenden Niveau. Wie weit die Löhne über dem markträumenden Niveau liegen, ist abhängig von der Höhe der Monopolrenten und der relativen Verhandlungsmacht der Tarifvertragsparteien. Zu (2): Handelt es sich um einen Markt, auf dem zwischen den Unternehmen große Produktivitätsunterschiede bestehen, dann kann ein von produktiveren Unternehmen mit der Arbeitnehmerschaft ausgehandelter tariflicher Mindestlohn als effektive Markteintrittsbarriere missbraucht werden. Weniger produktive Unternehmen, also in der Regel Newcomer, sind nicht in der Lage, den tariflich ausgehandelten Mindestlohn zu zahlen. Sie werden so durch die Verteuerung des Produktionsfaktors Arbeit in ihrer Wettbewerbsfähigkeit geschwächt oder müssen den Markt verlassen. Zu (3): Mächtige Spartengewerkschaften haben den Vorteil, dass sich ihre Mitglieder im Wirtschaftsprozess oftmals an strategisch wichtigen Knotenpunkten befinden und sie dadurch im Streikfall große wirtschaftliche Schäden anrichten können; man denke etwa an die Streiks der Lokführer- oder Ärztegewerkschaften. Als problematisch erachtet die Monopolkommission hierbei die missbräuchliche Ausübung von Verhandlungs- und Arbeitskämpfmacht zulasten Dritter (Konsumenten, verhandlungsschwache Gewerkschaften, aber auch Arbeitgeber und Arbeitslose).

127.* Im Rahmen der aktuellen Entwicklungen in der deutschen Tariflandschaft haben drei Themen wettbewerbspolitisch besondere Relevanz: Allgemeinverbindlicherklärungen gemäß

Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Mindestlöhne gemäß Mindestarbeitsbedingungengesetz sowie Spartengewerkschaften. Die Instrumente „Allgemeinverbindlicherklärung“ und „staatlicher Mindestlohn“ stellen staatliche Eingriffe in die Koalitionsfreiheit dar. Das Phänomen der Spartengewerkschaften ist hingegen eine Folge der Neugestaltung der Rahmenbedingungen auf den Produktmärkten. Spartengewerkschaften konzentrieren sich in Deutschland auf Unternehmen des Verkehrs- und Gesundheitssektors (Luftverkehr, Bahn, Krankenhäuser), treten also folglich auf Produktmärkten auf, auf denen lange Zeit monopolartige Strukturen herrschten.

128.* Den immer stärker werdenden politischen Einfluss auf die Lohnfestlegung sieht die Monopolkommission vor dem Hintergrund des Tarifvorrangs generell mit Sorge. Sie weist insoweit darauf hin, dass die Allgemeinverbindlicherklärung gemäß Tarifvertragsgesetz und Arbeitnehmer-Entsendegesetz eine erhebliche staatliche Regelungskonkurrenz für die Koalitionen darstellt und somit zu einer Schwächung der Tarifautonomie führen kann. Die Monopolkommission spricht sich insbesondere aufgrund der Möglichkeit einer erheblichen Beschränkung des Produktmarkt Wettbewerbs sowie verfassungsrechtlicher Bedenken dagegen aus, dass bestehende Tarifverträge durch Rechtsverordnung verdrängt werden dürfen. Es ist kein Zufall, dass das Arbeitnehmer-Entsendegesetz und das Mindestarbeitsbedingungengesetz zeitgleich novelliert wurden, denn beide Gesetze standen von Beginn an im Zentrum der gesetzgeberischen Debatte, wenn es um das politische Ziel der Einführung von Mindestlöhnen ging. Mindestlöhne sind indes auch deshalb ökonomisch nicht unproblematisch, weil sie erhebliche negative Auswirkungen auf den nachgelagerten Produktmarkt haben können. Die Monopolkommission erachtet die Anwendung der Allgemeinverbindlicherklärung für besonders problematisch bei eingeschränktem oder nicht vorhandenem Wettbewerb auf betroffenen Produktmärkten, bei geringer Nachfrageelastizität sowie differierenden Produktivitätsniveaus der Unternehmen eines betroffenen Produktmarktes. Die Allgemeinverbindlicherklärung ist dazu geeignet, dass produktivere Unternehmen hohe Tarifabschlüsse strategisch dazu nutzen, weniger produktive Unternehmen mittels eines Branchenmindestlohns wettbewerbslich zu behindern. Allgemeinverbindlicherklärungen können so eine größere Unternehmenskonzentration auf dem betroffenen Produktmarkt bedingen.

129.* Aufgrund der erheblichen wettbewerbslichen Missbrauchsgefahr dieses Instruments befürwortet die Monopolkommission aus ordnungspolitischer Sicht eine starke Einschränkung der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen. Auf jeden Fall sollte eine Untersuchung absehbarer wettbewerbslicher Folgen von Allgemeinverbindlicherklärungen vor deren Anordnung stattfinden. Insoweit befürwortet die Monopolkommission, wie bereits in ihren beiden Post-Sondergutachten aus den Jahren 2007 und 2009 sowie in ihrem 2010 veröffentlichten Sondergutachten zur Unternehmensentflechtung, die geplante Implementierung eines generellen Stellungnahmerechts des Bundeskartellamtes im Gesetzgebungsverfahren. Die Ausübung eines solchen Rechts durch eine fachlich unabhängige und ausschließlich dem Wettbewerbsschutz verpflichtete Behörde würde die möglichen Auswirkungen auf den Produktmarkt transparenter machen und die Entscheidungsgrundlage erheblich verbessern. Die Monopolkommission geht davon aus, dass sich die Berücksichtigung wettbewerbslicher Aspekte im Gesetzgebungsprozess positiv auswirken wird. Sie verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass derzeit bereits einer ganzen Reihe nationaler Wettbewerbsbehörden (z.B. in Frankreich, Großbritannien, Italien und Spanien) die Aufgabe einer wettbewerbslichen Folgenabschätzung gesetzlich übertragen ist.

130.* Problematisch vor dem Hintergrund der Tarifautonomie ist bei der Möglichkeit der Festsetzung von Mindestlöhnen nach Mindestarbeitsbedingungengesetz auch die Regelungs-

konkurrenz für die Tarifvertragsparteien. Dass es in einem Wirtschaftszweig eine geringe tarifliche Bindungsquote gibt, ist lediglich eine Ausprägung der Koalitionsfreiheit und nicht zwangsläufig reformbedürftig. Der Eingriff wird dadurch intensiviert, dass nicht nur die unterste Grenze der Entgelte in einem Wirtschaftszweig festgelegt wird, sondern dabei nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Regionen differenziert werden kann. Insofern fungiert der Mindestlohn nicht als generelle, einheitliche Existenzsicherung, sondern als „angemessener Lohn“ für die jeweilige Tätigkeit. Mittels eines Mindestlohns auf der Basis des Mindestarbeitsbedingengesetzes wird eine Erhöhung der Arbeitskosten in dem jeweiligen Wirtschaftszweig bewirkt. Dies hat insbesondere für Newcomer eine Schwächung ihrer Wettbewerbsfähigkeit auf dem Produktmarkt zur Folge. Dieses Instrument zielt insofern, genau wie das Instrument der Allgemeinverbindlichkeit, auf eine Beschränkung des Lohn- und Produktwettbewerbs und ist aus wettbewerblicher Perspektive abzulehnen.

131.* Die Monopolkommission sieht keinerlei Notwendigkeit für ein solches Konkurrenzkonstrukt zur Regelungsautonomie der Tarifvertragsparteien. Insbesondere ist die Verdrängung bereits bestehender Tarifverträge vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich gewährten positiven und negativen Koalitionsfreiheit abzulehnen. Die Monopolkommission befürwortet daher eine Abschaffung der Möglichkeit, Mindestarbeitsentgelte nach dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen festsetzen zu können.

132.* Erfolgreiche Spartengewerkschaften besitzen eine größere Verhandlungsmacht als eine große heterogene Einheitsgewerkschaft. Insofern ist es für verhandlungsstarke Berufsgruppen rational, separate Lohnverhandlungen mit dem Arbeitgeber bzw. dem Arbeitgeberverband zu führen. Das zu beobachtende vermehrte Aktivwerden von Spartengewerkschaften ist indes mit einer ganzen Reihe von Problemen verbunden. Angesprochen sei der komplementäre Tarifwettbewerb zulasten verhandlungsschwächerer Arbeitnehmergruppen. Der Sinn kollektiver Lohnverhandlungen liegt jedoch gerade darin, Verhandlungsschwächen bestimmter Arbeitnehmergruppen im Vergleich zur Arbeitgeberseite zu kompensieren. Überdies scheint es kein Zufall zu sein, dass sich Spartengewerkschaften vornehmlich auf Märkten des Verkehrs- und Gesundheitssektors konzentrieren, also auf Märkten, auf denen lange Zeit monopolartige Strukturen herrschten. Auf Märkten mit subventionierten Unternehmen (etwa SPNV-Unternehmen) oder einer generellen Versicherungspflicht, wie der Krankenversicherungspflicht im Gesundheitssektor, taucht überdies das Problem auf, dass sich höhere Löhne über höhere Subventionsforderungen oder höhere Krankenkassenbeiträge leicht überwälzen lassen. In derartigen Bereichen der Daseinsvorsorge können also höhere Löhne gleichsam automatisch einfach an schutzlose Dritte weitergereicht werden. Zu befürchten sind darüber hinaus als Ergebnisse von Tarifpluralität Überbietungswettbewerbe diverser Konkurrenzgewerkschaften in den Verhandlungen, ein Dominoeffekt auf andere gewerkschaftlich vertretene Berufsgruppen sowie im Falle eines stärkeren Gewerkschaftswettbewerbs auf eine mögliche Zunahme der Streiks.

133.* Wenngleich Tarifpluralität mit Problemen verbunden ist, stellt aus verfassungsrechtlicher Perspektive die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit einen höchst problematischen Eingriff in die durch Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz geschützte Koalitionsfreiheit dar. Aufgrund dieses grundrechtlichen Gebots konnte der richterrechtliche Grundsatz „ein Betrieb - ein Tarifvertrag“ nicht aufrechterhalten werden und es erfolgte höchstrichterlich eine Abkehr hiervon. Dringliche Aufgabe des Gesetzgebers und der Arbeitsgerichtsbarkeit ist die Entwicklung von Instrumenten zur Einhegung der faktisch bereits wirksamen Tarifpluralität. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit muss mit den verfassungsrechtlich geschützten Interessen Dritter in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Die Monopolkommission kann

nicht voraussehen, inwieweit sich die Problematik des Auftretens von Spartengewerkschaften zukünftig vermehrt zuspitzen wird. Sie äußert sich daher hinsichtlich möglicher Handlungsempfehlungen vorsichtig und hat für die Problematik der Spartengewerkschaften fünf verschiedene Vorschläge erörtert.

134.* Um die aus den ungleichen gewerkschaftlichen Machtverhältnissen resultierenden Nachteile zu verringern, besteht eine Option in verbindlichen, zeitlich synchronisierten Tarifverhandlungen. Diese Lösung belässt den Tarifparteien ihre inhaltliche Unabhängigkeit und fordert eine zeitliche Koordination. Somit wird das Verhandeln einer starken Spartengewerkschaft zulasten einer anderen Gewerkschaft erschwert und Streikaktivitäten werden gebündelt, sodass zeitlich versetzte fortlaufende Streikaktivitäten verschiedener Gewerkschaften unterbunden werden. Für eine zeitliche Koordination von Tarifverhandlungen müssten auch die Laufzeiten der Tarifverträge einheitlich bzw. müsste zumindest das Ende der Tarifverträge identisch sein. Zumindest müsste solange eine Friedenspflicht für die eine Gewerkschaft gelten, wie der Tarifvertrag der anderen Gewerkschaft noch Gültigkeit hat. Positiv ist an diesem Instrument, dass die Eingriffsintensität in die Tarifautonomie nicht sehr stark ist. Allerdings ist der Erfolg einer zeitlichen Koordination von Tarifverhandlungen einzelner Gewerkschaften letztlich ungewiss.

135.* Kooperationspflichten bedeuten einen stärkeren Eingriff in die Tarifautonomie als die zeitliche Koordination von Tarifverhandlungen. Im Falle verbindlicher Kooperationspflichten müssten sich alle beteiligten Gewerkschaften bereits im Vorfeld der Tarifverhandlungen bzw. während der Tarifverhandlungen untereinander auf gemeinsame Forderungen verständigen und am Ende auch einigen. Damit kann ebenfalls das Verhandeln einer starken Spartengewerkschaft zulasten einer anderen Gewerkschaft erschwert und Streikaktivitäten können gebündelt werden. Allerdings handelt es sich bei diesem Instrument um ein „Zwangskartell“, eine „Zwangstarifgemeinschaft“, sodass ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG wahrscheinlich ist. Auch bei diesem Instrument ist das Ergebnis ungewiss. Fraglich ist auch, welche Folgen an den Fall geknüpft werden sollten, dass es zu keiner Einigung zwischen den Tarifpartnern kommt.

136.* Eine weitere Lösungsmöglichkeit ist ein umfassendes Aussperrungsrecht. Hierbei wird dem Arbeitgeber die Möglichkeit gegeben, neben der Aussperrung von Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseitern auch in anderen Gewerkschaften organisierte Arbeitnehmer aussperren zu dürfen. Dies ermöglicht einen großen Druck derjenigen auf die streikende Gewerkschaft, die aufgrund der Aussperrung keinen Lohnanspruch haben, von dem Arbeitskampf in keiner Weise profitieren und von ihrer Gewerkschaft keine Streikunterstützung erhalten. Positiv erscheint an diesem Instrument der deutliche Druck durch anders oder nicht gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer auf die streikende Spartengewerkschaft. Grundsätzlich ist eine umfassende Aussperrung nach der (wenngleich umstrittenen) Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bereits möglich. So steht es dem Arbeitgeber unabhängig von der wirtschaftlichen Zumutbarkeit frei, ob er einen bestreikten Betrieb oder Betriebsteil vorübergehend stilllegt oder nicht. Kritisch einzuwenden ist indes, dass das Mittel der Aussperrung in der Praxis schon seit Längerem nicht mehr verwendet worden ist, da hiermit für den Arbeitgeber erhebliche finanzielle Risiken verbunden sind. Überdies wollen Arbeitgeber eine mögliche Solidarisierung verschiedener Gewerkschaften vermeiden. Ungeklärt ist auch, ob eine über den Kreis der Streikenden hinausgehende Aussperrung mit der arbeitsrechtlichen Friedenspflicht konfligiert.

137.* Ein weiterer Vorschlag ist ein für die Gewerkschaften im Falle eines drohenden Streiks zwingend vorzuschaltendes Schlichtungsverfahren. Das mindert insbesondere die angespro-

chenen Probleme auf den Verkehrs- und Gesundheitsmärkten, auf denen nicht nur erhebliche Streikschäden auftreten, sondern Lohnzuwächse wie ein Automatismus durch höhere Subventionen und/oder Krankenkassenbeiträge aufgefangen werden können. Gestreikt werden darf gemäß dieser Handlungsempfehlung erst dann, wenn der Schlichtungsspruch gefallen und abgelehnt worden ist. Ein solches Schlichtungsverfahren erscheint besonders in Bereichen der Daseinsvorsorge sinnvoll, da hier eine außerordentliche Betroffenheit der Allgemeinheit herrscht, die aufgrund eines oft unvollständigen Wettbewerbs im öffentlichen Dienst häufig nicht auf andere Anbieter ausweichen kann. Umstritten ist allerdings, ob eine solche Änderung des Arbeitskampfrechts umsetzbar ist. Überdies dürfte auch die Beantwortung der Frage einer adäquaten Lohnforderung eine schwierige Aufgabe darstellen.

138.* Die Einhegung der durch Tarifpluralität entstandenen Machtpotenziale ist ferner durch eine Missbrauchsaufsicht denkbar. In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission darauf hin, dass bereits heute nach – allerdings bestrittener – Auffassung die kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften die Erhebung und Durchsetzung grob unverhältnismäßiger Streikforderungen und Tarifabschlüsse verbieten. Anders als für das verwandte, doch bislang ineffektive arbeitsrechtliche Prinzip der Arbeitskampfpärität könnte für die Durchsetzung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots auch die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig sein. Vor dem Hintergrund, dass die Besetzung von Arbeitsgerichten teilweise im Einvernehmen mit Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden erfolgt, kann eine solche Zuweisung an die auch sonst für die Beurteilung von Wettbewerbsfragen zuständigen Gerichte als sachgemessen erscheinen.

VI. Perspektiven für mehr Wettbewerb und Effizienz in der gesetzlichen Krankenversicherung

139.* Die Monopolkommission hat das System der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) und die Bedingungen für den Wettbewerb zwischen gesetzlichen Krankenkassen untersucht. Festzustellen ist, dass einerseits bereits Grundlagen für ein aktives Wettbewerbsgeschehen in den vergangenen Jahren geschaffen wurden, andererseits jedoch an verschiedenen Stellen schwerwiegende Hindernisse für selbiges aufrechterhalten geblieben sind. Diese Hindernisse schränken die aktive Wettbewerbsentwicklung im System der gesetzlichen Krankenversicherung und ihre effizienzsteigernden Wirkungen jedoch ganz erheblich ein.

140.* Die Bedeutung von mehr Wettbewerb und Effizienz im System der gesetzlichen Krankenversicherung wird besonders deutlich vor dem Hintergrund der aktuellen und zukünftigen Entwicklungen im deutschen Gesundheitswesen. Insbesondere der medizinisch-technische Fortschritt führt zu nachhaltigen Kostensteigerungen im Gesundheitssektor. Gleichzeitig deutet eine Analyse von OECD-Indikatoren an, dass Deutschland vergleichsweise viel Geld in sein Gesundheitssystem investiert, ohne damit eine gleichermaßen hohe Ergebnisqualität zu erzielen. Eine stärkere Wettbewerbsorientierung im Gesundheitswesen kann hingegen dazu beitragen, dass Innovationen im Hinblick auf eine effiziente und hochwertige Versorgung mehr Raum erhalten. Auch kostensenkende Innovationen sollen auf das Gesundheitssystem wirken können, Kassen sollen mehr Leistungsanreize erhalten und Leistungserbringer stärker leistungsbezogen entlohnt werden. Der Wettbewerb ist deshalb ein geeignetes Instrument, um das deutsche Gesundheitswesen ganzheitlich leistungsfähiger zu machen.

141.* Wettbewerb und Solidarität im Gesundheitswesen schließen sich nicht gegenseitig aus. Das GKV-spezifische Solidarprinzip ist Grundlage eines Krankenversicherungssystems, das stets einen Ausgleich zwischen schwachen und starken Gruppen bzw. Individuen der Gesell-

schaft leisten soll. Auf der Basis dieses Ausgleichs sind jedoch alle Maßnahmen zu treffen, die notwendig sind, damit der Wettbewerb die gewünschten Wirkungen entfalten kann. Die von der Monopolkommission vorgeschlagenen Maßnahmen setzen dabei eine grundlegende Solidarität in der gesetzlichen Krankenversicherung stets voraus. Darauf aufbauend erfordert der Wettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung verschiedene konstitutive Elemente, die konsequent und zielgerichtet umzusetzen sind. Dazu gehört einerseits Regulierung, wo Fehlwirkungen des Koordinationsinstruments „Markt“ korrigiert werden können, und Freiheiten, wo der Wettbewerb erst dazu führen soll, innovative Lösungen für Probleme im Gesundheitswesen zu entwickeln.

142.* Im Gesundheitswesen sind verschiedene Märkte betroffen. Die Kassen müssen auf dem Versicherungsmarkt um Versicherte konkurrieren, während sie möglichst effizient die Leistungen auf dem Leistungsmarkt bei Ärzten, Krankenhäusern, Pharmaunternehmen und anderen Leistungserbringern einkaufen sollen, die die versicherten Patienten ihrerseits auf dem Behandlungsmarkt in Anspruch nehmen. Der Wettbewerb soll die Kassen und Leistungserbringer auf allen betroffenen Märkten anreizen, sich effizient zu verhalten. Versäumnisse bei den Wettbewerbsbedingungen auf einem Markt führen zu Effizienzverlusten auf allen betroffenen Märkten. Auf den von der Monopolkommission untersuchten Feldern – den Leistungen in der ärztlichen Versorgung, der Preisregulierung beim Krankenkassenbeitrag und dem wettbewerbsrechtlichen Rahmen – sollte der Gesetzgeber deshalb unbedingt gleichermaßen die notwendigen Bedingungen für einen wirksamen Wettbewerb im System der gesetzlichen Krankenversicherung schaffen.

143.* Auf der Leistungsseite bestehen nur wenige individuelle Anreize für Kassen und Leistungserbringer, die Versorgung in jedem Bereich effizient zu organisieren. Alle Kassen gewähren Leistungen nach Maßgabe des Sozialgesetzbuchs V in den in § 11 SGB V genannten Leistungsbereichen. Im Bereich der ärztlichen Versorgung werden die Leistungen jedoch nicht durch die Kassen individuell eingekauft, sondern zu wesentlichen Teilen im Rahmen kollektiver Verträge zwischen allen Krankenkassen und allen Leistungserbringern. Kollektivverträge lassen den Krankenkassen nur wenig Raum zur Differenzierung. Auch ein aktiver Wettbewerb der Krankenkassen untereinander kann nur wenig Auswirkungen auf eine positive Entwicklung von Kosten und Qualität in der ärztlichen Versorgung haben, wenn alle Kassen ihre Leistungen nach einheitlichen Standards beziehen.

144.* Durch Kollektivverträge in der ambulanten Versorgung kaufen die Kassen insbesondere die Leistungen niedergelassener Ärzte ein. Da alle Ärzte mit Kassenzulassung gleichermaßen durch die Kollektivverträge kontrahiert werden, gelten für sie im Wesentlichen auch einheitliche Standards zur Bestimmung der Vergütung. Die Spitzenverbände der Krankenkassen und die kassenärztlichen Vereinigungen vereinbaren zu diesem Zweck eine Gesamtvergütung für alle Leistungen eines Kalenderjahres. Die Ausschüttung der Gesamtvergütung nach abgerechneten Leistungen erfolgt durch die kassenärztlichen Vereinigungen. Seit einer grundlegenden Reform der Vergütungsbestimmung schwankt die Gesamtvergütung nicht mehr ausschließlich mit externen bzw. politisch vorgegebenen Faktoren, sondern auch mit dem Behandlungsaufkommen. Damit ist das Risiko eines zunehmenden Behandlungsaufkommens von den Ärzten auf die Kassen übergegangen. Dies ist insoweit sachgerecht, als das Behandlungsaufkommen allein durch veränderte Morbidität und nicht durch Fehlabbrechnungen oder Ineffizienzen verursacht wird, die durch die Leistungserbringer zu verantworten sind. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, in Konsequenz auch die Aufgabe der Abrechnung der erbrachten Leistungen von den kassenärztlichen Vereinigungen auf die Krankenkassen zu verlagern. Die Kassen sollten zudem das Recht erhalten, die Patienten über die abgerechneten

Leistungen zu informieren. Auf diese Weise erhalten die Kassen wichtige Instrumente, um selbst auch die sachliche Korrektheit der Abrechnungen sicherzustellen.

145.* Der Schlüssel zu mehr Wettbewerb in der ärztlichen Versorgung findet sich in selektivvertraglichen Leistungsbereichen. Mittels Selektivverträgen können Kassen einzelne Leistungserbringer oder Gruppen solcher unter Vertrag nehmen. Selektivverträge lassen den Kassen weitreichende Freiheiten, sowohl die Leistungserbringung als auch die Vergütung der Leistungen effizient zu organisieren. Die dadurch entstehende Heterogenität bei der Organisation des hoheitlichen Versorgungsauftrags führt dazu, dass sich die Kassen, die hierbei die besten Ideen entwickeln, am Markt durchsetzen können. Selektivverträge setzen gleichfalls Anreize aufseiten der Leistungserbringer, da diese nicht mehr einheitlich entlohnt werden, sondern im Wettbewerb um lukrative Verträge stehen. Bereits heute kennt das Sozialgesetzbuch V verschiedene Bereiche, in denen einzelne Kassen selektiv Verträge mit Leistungserbringern schließen können. Ein besonders vielversprechender Bereich ist der der integrierten Versorgung. Dabei schließt die Kasse Verträge mit regionalen Netzwerken von Ärzten, Krankenhäusern und anderen Leistungserbringern, die entweder zur Behandlung spezifischer Indikationen oder zur Vollversorgung eines Patienten zusammenarbeiten. Durch die pauschale Vergütung der Versorgungsleistungen haben die Leistungserbringer starke Anreize, eine optimal abgestimmte Versorgung des Patienten sicherzustellen. Im Innovationspotenzial von Integrationsverträgen liegt eine vielversprechende Chance, die Versorgung qualitativ zu verbessern und/oder Kosten zu senken.

146.* Für die Entwicklung verschiedener selektivvertraglicher Leistungsbereiche tun sich heute jedoch vor allem zwei schwerwiegende Hürden auf. Ein Problem betrifft die zugelassene Vertragsstruktur. In vielen Versorgungsformen, beispielsweise im Bereich der hausarztzentrierten Versorgung, ist eine Zusammenarbeit der Vertragspartner auf beiden Seiten ausdrücklich vorgesehen. Während eine begrenzte Kooperation – z.B. im Bereich der integrierten Versorgung – durchaus nutzenstiftend sein kann, kann eine unkontrollierte Zusammenarbeit hingegen zu einer Vermachtung beider Marktseiten führen. Auf diese Weise kann der Wettbewerb sowohl vonseiten der Kassen als auch vonseiten der Leistungserbringer unterlaufen werden und damit an Effektivität verlieren. Kooperationen in selektivvertraglichen Leistungsbereichen sind deshalb nicht pauschal zuzulassen, sondern nur, soweit sie den Wettbewerbszielen in der Versorgung nicht entgegenstehen. Die Monopolkommission fordert deshalb, die gesetzliche Möglichkeit einer Kooperation der Vertragspartner zu streichen und damit klarzustellen, dass – wie in anderen Branchen – jede Form der Kooperation von Vertragspartnern nur im Rahmen der geltenden kartellrechtlichen Regelungen zulässig ist.

147.* Ein zweites ganz grundsätzliches Problem für den Wettbewerb durch Selektivverträge ist das des Budgetausgleichs. Kassen sollen dann auf individuelle Versorgungskontrakte zurückgreifen, wenn sich auf diese Weise eine effizientere, weil günstigere oder hochwertigere Versorgungsalternative gegenüber der Regelversorgung bietet. Dem steht jedoch die Systematik der Kollektivverträge entgegen, nach der die Kassen zur ambulanten Versorgung ihrer Patienten jährlich ein Gesamtbudget an die kassenärztlichen Vereinigungen abführen müssen. Dieses Gesamtbudget muss um solche Leistungen bereinigt werden, die nach dem Abschluss eines Selektivvertrags einzelvertraglich kontrahiert werden. Erst seit dem Jahr 2009 erfolgt theoretisch eine exakte Bereinigung des Kollektivbudgets. Wie hoch die Bereinigung für einen beliebigen Kollektivvertrag ausfällt, ist jedoch einzeln zu verhandeln. Die Kassen können sich dadurch nie sicher sein, wie hoch die Kosten der Regelversorgung sind, die sie einsparen, wenn sie die Versorgung künftig im Rahmen von Selektivverträgen organisieren. Diese bremsende Wirkung auf die Entwicklung der integrierten Versorgung wird auch aus den

zuletzt abgeschlossenen Verträgen ersichtlich. Nach dem Auslaufen einer Anschubfinanzierung ist der Abschluss neuer Integrationsverträge erheblich zurückgegangen.

148.* Die Monopolkommission schlägt vor, die Bedingungen zur Budgetbereinigung zu standardisieren, um den Krankenkassen kalkulierbare Voraussetzungen für den Abschluss von Selektivverträgen in der ärztlichen Versorgung zu bieten. Dazu sollten von einer staatlichen Stelle standardisierte Abschläge vom Kollektivbudget berechnet werden, die dem Behandlungsbedarf nach den Maßstäben zur Berechnung der kollektiven Gesamtvergütung entsprechen, der durch einen Selektivvertrag wegfällt. Die standardisierten Abschläge sind morbiditätsorientiert pro Patient festzulegen. Die Zahl der an der selektivvertraglichen Versorgung teilnehmenden Patienten ist zunächst zu schätzen. Die morbiditätsorientierte Gesamtvergütung sollte dann ex ante stets um den geschätzten reduzierten Behandlungsbedarf bereinigt werden. Ex post werden die tatsächlichen Werte bestimmt und der saldierte Betrag mit einer zukünftigen Gesamtvergütung verrechnet.

149.* Wirksamer Wettbewerb zwischen den Kassen setzt nach Auffassung der Monopolkommission voraus, dass die Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung die relative Leistungsfähigkeit von Kassen und Versorgungstarifen auch am Beitrag für den Versicherungsschutz erkennen können. Die Monopolkommission ist deshalb der Ansicht, dass der Preis ein unverzichtbarer Wettbewerbsparameter ist, der den Kassen für das Angebot ihrer Versicherungsleistung vollumfänglich zur Verfügung stehen muss. Der Beitragsatz muss den Versicherten deshalb einen möglichst transparenten und einfachen Überblick über den Versicherungspreis zwischen verschiedenen Kassen und zwischen verschiedenen Tarifen ermöglichen. Das heutige Beitragssystem ist dazu jedoch nur bedingt geeignet. Der Versicherungspreis einer Kasse für die Regelversorgung ergibt sich heute aus einem einkommensabhängigen und einheitlichen Beitragsatz und einem kassenindividuellen Zusatzbeitrag bzw. einer Prämienzahlung. Der einkommensindividuelle Beitragsatz fließt zunächst an einen Fonds als Sammelstelle und wird dann in Form von morbiditätsgewichteten Auszahlungen pro Versicherten an die Krankenkassen ausgeschüttet. Aufseiten der Mitglieder drücken sich Beitragsunterschiede zwischen den Kassen nicht durch den allgemeinen Beitragsatz, sondern allein durch Unterschiede in den Zusatzbeiträgen bzw. Prämien aus. Dieser kassenindividuelle Beitragsbestandteil wird jedoch durch eine Überforderungsklausel gemäß § 242 Abs. 1 Satz 2 und 3 SGB V beschränkt. Übersteigt der mögliche Zusatzbeitrag einen Betrag von 8 EUR pro Monat, so muss die Kasse prüfen, ob dieser Beitrag 1 % der beitragspflichtigen Einnahmen eines Mitglieds überschreitet, da dieser Anteil die gesetzliche Höchstgrenze darstellt. Die Klausel in ihrer heutigen Form begrenzt den preispolitischen Handlungsspielraum der Kassen und entfaltet zudem wettbewerbsschädliche Wirkungen, da den Kassen Anreize gegeben werden, möglichst solche Mitglieder zu werben, die über ein hohes beitragspflichtiges Einkommen verfügen.

Daneben erfasst der Zusatzbeitrag bzw. die Prämie einer Kasse nicht grundsätzlich solche Beitragsunterschiede, die durch Wahl spezieller Tarife ausgelöst werden. Wird der Preis für die Versorgung bei einer Kasse in einem Tarif in verschiedene Bestandteile aufgeteilt, senkt dies die Preistransparenz für den Versicherten. Bietet eine Kasse z.B. neben der Regelversorgung auch andere, selektiv kontrahierte Versorgungsformen gemäß § 53 Abs. 3 SGB V an, dann hat sie die Möglichkeit, dafür eine Prämienzahlung oder Zuzahlungsermäßigungen vorzusehen. Diese sind wiederum gemäß § 53 Abs. 8 Satz 3 SGB V nach dem Einkommen der Versicherten zu gewichten.

150.* Vorschläge, die heutige Form der Beitragserhebung zu verändern, zielen häufig darauf ab, die im Wesentlichen einkommensabhängigen Beiträge durch einen einkommensunabhän-

gigen Zusatzbeitrag pro Versicherten zu ersetzen. Da auf diese Weise der solidarische Einkommensausgleich bei der Beitragserhebung wegfiel, wird vorgeschlagen, diesen durch einen Steuertransfer zu ersetzen. Für diesen Vorschlag gibt es im Wesentlichen zwei Argumente. So ist es allokationstheoretisch sachgerecht, einen sozialen Einkommensausgleich nicht allein aus den beitragspflichtigen Einkommen der gesetzlich Krankenversicherten zu finanzieren. Vielmehr ist die gesundheitliche Absicherung von Einkommensschwachen eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe, die durch alle Mitglieder der Gesellschaft und unabhängig von der Art ihres Einkommens zu leisten ist. Ein Sozialausgleich ist deshalb, ökonomisch sachgerecht, aus dem Steuer-Transfer-System zu finanzieren. Ein zweites wettbewerbliches Argument für eine einkommensunabhängige Beitragserhebung ergibt sich aus den transparenten Preissignalen die mit in Euro angegebenen Preisen für die Versicherungsleistung verbunden werden. Dabei wird davon ausgegangen, dass Europreise die Deutlichkeit von Beitragsunterschieden verbessern und damit den Wettbewerbsdruck auf die Kassen erhöhen.

151.* Die Monopolkommission sieht in der Erhebung einkommensunabhängiger Beiträge ökonomische Vorteile gegeben. Allerdings erfordert die Umstellung auf vollständig einkommensunabhängige Beiträge zum einen erhebliche Steuertransfers für den Sozialausgleich, zum anderen ist der Verwaltungsaufwand dafür zu berücksichtigen. Die Monopolkommission schlägt deshalb vor, sich zunächst auf die wettbewerblichen Vorteile eines einkommensunabhängigen Beitragsanteils zu konzentrieren. Der heutige Zusatzbeitrag kann ebenso die wettbewerblichen Vorteile von Pauschalbeiträgen generieren. Dazu sind jedoch die Hindernisse aufzulösen, die sich aus der heutigen Regulierung der Beitragserhebung ergeben.

152.* Die Monopolkommission schlägt vor, die Zusatzbeiträge so zu gestalten, dass die Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung bei der Wahl ihrer Krankenkasse und eines Versorgungstarifs nur noch einen einzigen Preis in Form des Zusatzbeitrags vergleichen müssen. Dazu sollte der zusätzliche Arbeitnehmeranteil am allgemeinen Beitragssatz von 0,9 Prozentpunkten entfallen, um auf diese Weise den Wettbewerb über Zusatzbeiträge anzukurbeln und die intransparente Preisdifferenzierung zwischen unterschiedlichen Prämien, Zusatzbeiträgen und fehlenden Prämien oder Beiträgen aufzulösen. Die Überforderungsklausel, nach der ein Zusatzbeitrag über 8 EUR 1 % der beitragspflichtigen Einnahmen eines Mitglieds nicht überschreiten darf, ist durch ein wettbewerbskonformes solidarisches Ausgleichssystem mit reduzierten Beiträgen zu ersetzen. Für jedes Mitglied einer Kasse, das zu dem reduzierten Beitrag versichert ist, sollte der Unterschiedsbetrag zum vollen Beitragssatz aus Steuermitteln aufgestockt werden. Für die freiwillige Teilnahme des Mitglieds einer Kasse an einem Wahltarif nach § 53 Abs. 3 SGB V sollten die Kassen die Möglichkeit erhalten, abweichende Zusatzbeiträge zu verlangen. § 53 Abs. 8 Satz 3 SGB V, der die Höhe der Beitragsveränderung bei Wahlтарifen an die absolute Beitragshöhe eines Mitglieds koppelt, ist nicht mit ökonomischen Effizienzerwägungen begründbar und sollte nach Auffassung der Monopolkommission vollständig entfallen.

153.* Als Rahmen für eine neue wettbewerbliche Ordnung in der gesetzlichen Krankenversicherung sind die Wettbewerbsprozesse zudem vor Beschränkungen zu schützen. In anderen Märkten wird dieser Schutz durch das Wettbewerbsrecht gewährleistet. Im GKV-Bereich ist ein vergleichbarer Schutz des Wettbewerbs jedoch nicht ausreichend gegeben. Dafür sind insbesondere drei Faktoren verantwortlich. Zum einen besteht sowohl nach europäischer als auch nach deutscher Rechtsprechung Unklarheit darüber, inwieweit Krankenkassen unternehmerisch am Markt auftreten. Die Unternehmenseigenschaft der Krankenkassen ist jedoch Voraussetzung für die Anwendung des Wettbewerbsrechts. Ein zweites Problem betrifft die Bereichsausnahme des § 69 SGB V, nach der Teile der Rechtsbeziehungen zwischen Kran-

kenkassen und Leistungserbringern von der Anwendung des deutschen Wettbewerbsrechts ausgenommen werden. Drittens enthält das Sozialgesetzbuch V verschiedene Kooperationspflichten, die wettbewerblichen Aktivitäten der Krankenkassen entgegenstehen. Herauszustellen ist die Pflicht zur engen Zusammenarbeit gemäß § 4 Abs. 3 SGB V. Die Aufsichtsbehörden legen diese Pflichten so aus, dass es den Krankenkassen z.B. untersagt ist, sich zur Abgabe von Kündigungserklärungen bevollmächtigen zu lassen. Formalitäten eines Anbieterwechsels dürfen den Mitgliedern der Kassen somit nicht durch die Wettbewerber abgenommen werden, wie dies auf anderen Märkten der Fall ist.

154.* Die Monopolkommission schlägt vor, die Vorgaben an ein Leitbild anzupassen, wonach ein wettbewerbliches Verhältnis der Kassen so lange die Regel ist, wie der besondere Versorgungsauftrag der Kassen keine spezifischen Ausnahmen gebietet. Dazu sollte in § 4 SGB V zwischen Absatz 1 und 2 ein neuer Absatz aufgenommen werden, der wie folgt lauten könnte:

„Das Handeln der Krankenkassen ist unternehmerisches Handeln im Sinne des GWB. Ausnahmen sind solche Bereiche, in denen die Kassen zur Erfüllung ihres Versorgungsauftrags zu kollektivem Handeln verpflichtet sind. Dies gilt insbesondere für Verträge zwischen Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsamsregelung gilt.“

Gleichzeitig sind § 69 SGB V und § 87 Abs. 1 Satz 3 GWB zu streichen. Die allgemeine Kooperationspflicht nach § 4 Abs. 3 SGB V sollte ebenfalls gestrichen werden. Sofern die Kassen besondere Kooperationserfordernisse im Zusammenhang mit besonderen Pflichten ihres Versorgungsauftrags geltend machen können, sind diese Ausnahmen im Einzelnen im SGB V zu regeln.

155.* Die Monopolkommission hält es weiterhin für wünschenswert, das Gesundheitssystem um ein Element einer zwingenden Beteiligung von Patienten an den von ihnen verursachten Kosten zu ergänzen. Dies erscheint notwendig, um eine kostenorientierte marktconforme Entscheidungsfindung bei den Patienten zu ermöglichen. Demgegenüber treffen Patienten heute ihre Entscheidungen über die Inanspruchnahme von Behandlungsleistungen weitgehend unabhängig von Kostenerwägungen. Die Wahltarife nach § 53 Abs. 1 und 2 SGB V, die darauf abzielen, durch die Einführung von Eigenbeteiligungen eine Steuerungswirkung im Bezug auf das Nachfrageverhalten der Patienten zu erreichen, sind dazu jedoch ungeeignet. Eigenbeteiligungen, die ausschließlich im Rahmen von Wahlтарифen erhoben werden, haben eine Selbstselektionswirkung zur Folge, da insbesondere solche Patienten in diese Tarife optieren, deren Bedarf oder Neigung, die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung in Anspruch zu nehmen, ohnehin gering ist. Die Monopolkommission schlägt vor, diese Wahlтарифe zu streichen. Sofern eine geeignete Steuerungswirkung auf das Nachfrageverhalten der Patienten erzielt werden soll, sind hingegen allgemein verpflichtende Eigenbeteiligungen, in Form eines relativen Anteils an der Arztrechnung, ein geeignetes Instrument. Für die Rechnungsstellung sollten die Krankenkassen verantwortlich sein. Die Monopolkommission weist ausdrücklich darauf hin, dass im Falle der Einführung von verpflichtenden Eigenbeteiligungen auch soziale Ausgleichssysteme notwendig werden, die den Anforderungen des Solidarprinzips für diesen Fall Rechnung tragen.

