

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Wirtschaft und Energie
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Deutscher Bundestag
19. Wahlperiode
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschussdrucksache 19(9)885(neu)
24. November 2020

ZEW

Prof. Achim Wambach, Ph.D.
Präsident // President
Tel. +49 621 1235-100
achim.wambach@zew.de

Mannheim, 23.11.2020

Stellungnahme zur Anhörung
des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestags am 25. November 2020
zur Zehnten GWB-Novelle („GWB-Digitalisierungsgesetz“)

Diese Stellungnahme ist mit den Mitgliedern der Monopolkommission abgestimmt.

1. Kernaussagen

Das GWB-Digitalisierungsgesetz bezweckt u. a. die Weiterentwicklung der Vorschriften über Marktmachtmissbräuche in der Digitalökonomie. Vorgesehen sind etwa besondere Regeln für Plattformen mit einer „überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb“. Die Monopolkommission begrüßt dieses Bemühen. Das deutsche Recht kann dazu dienen, wichtige Erfahrungen für die Effektivierung der Missbrauchsaufsicht in diesem Bereich zu sammeln. Allerdings sollte langfristig die im GWB vorgesehene besondere Missbrauchsaufsicht hinter einheitliche Regeln für große Plattformen auf Unionsebene, die derzeit von der Europäischen Kommission erarbeitet werden, zurückstehen. Im Übrigen sieht die Monopolkommission weiterhin Probleme bei der Durchsetzung der bestehenden Missbrauchsregeln. Deshalb empfiehlt sie, die Mitwirkungspflichten der Unternehmen zu intensivieren, um das Informationsgefälle zwischen ihnen und den Wettbewerbsbehörden bei der Sachverhaltsermittlung zu verringern und schnellere behördliche Interventionen zu gewährleisten.

Kern der aktuellen Debatte um die Krankenhausstrukturen in Deutschland ist die Sorge, dass qualitätssteigernde und gesundheitspolitisch wünschenswerte Konzentrationsprozesse auf (zu) hohe fusionskontrollrechtliche Hürden stoßen könnten. Vor diesem Hintergrund sieht auch die Monopolkommission gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Hinblick auf die Fusionskontrolle. Sie spricht sich aber gegen die vorgesehene Bereichsausnahme aus und schlägt stattdessen die Einführung eines Effizienzeinwands für Zusammenschlüsse im Krankenhaussektor vor.

Der geplanten Vorschaltung zwingenden (Eil-) Rechtsschutzes gegen die Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes vor die Beantragung einer Ministererlaubnis steht die Monopolkommission kritisch gegenüber. Insbesondere vermengt der Vorschlag die unterschiedlichen Ziele, die mit der Beschwerde gegen die fusionskontrollrechtliche Untersagung des Bundeskartellamtes einerseits und mit dem Antrag auf Erteilung der Ministererlaubnis andererseits verfolgt werden. Auf eine solche Regelung sollte deshalb verzichtet werden.

Die Monopolkommission empfiehlt, die geplante Beschränkung ihres gesetzlichen Auftrags auf die Würdigung *abgeschlossener* kartellbehördlicher Verfahren nicht vorzunehmen. Die Neuregelung wäre ein falsches Signal im Hinblick auf die gesetzlich verankerte Unabhängigkeit der Monopolkommission.

2. Missbrauchsaufsicht in der Digitalökonomie

a) § 19 Abs. 1 GWB-E

Die Vorschrift des § 19 Abs. 1 GWB soll dergestalt angepasst werden, dass „[d]er Missbrauch“ – anstatt bisher – „[d]ie missbräuchliche Ausnutzung“ einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten sein soll. Die Änderung dient nach der Begründung des Gesetzentwurfs u.a. der Klarstellung, dass an einen Marktmachtmissbrauch keine qualifizierten Anforderungen im Sinne einer „strikten Kausalität“ zu stellen sind. Durch die Neufassung soll sich dies nun auf alle Fälle des Ausbeutungsmissbrauchs erstrecken. Die hiermit beabsichtigte Änderung würde jedoch gerade nicht zu einer stärkeren Angleichung an das EU-Recht führen und wäre zudem **ordnungspolitisch fragwürdig**.

Mit Blick auf die Angleichung an das EU-Recht wäre es zielführender, an dem bisherigen, stärker an Art. 102 AEUV orientierten Wortlaut der Vorschrift festzuhalten. Dies würde sicherstellen, dass die maßgebliche unionsrechtliche Auslegung von Art. 102 AEUV vollständig ins deutsche Recht übernommen wird, insbesondere zu der Frage, ob das möglicherweise missbräuchliche Verhalten

eines beherrschenden Unternehmens den unionsrechtlich erforderlichen Wettbewerbsbezug aufweist. Nach der insoweit maßgeblichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verbietet Art. 102 AEUV einem beherrschenden Unternehmen „*insbesondere die Anwendung von Praktiken, die für seine als ebenso effizient geltenden Wettbewerber eine Verdrängungswirkung entfalten und damit seine Stellung stärken, indem andere Mittel als diejenigen eines Leistungswettbewerbs herangezogen werden*“ (EuGH, Urt. v. 27.3.2012, C-209/10 – Post Danmark I, Rz. 21 ff., insb. Rz. 25).

Der mit dem Gesetzentwurf angestrebte **Verzicht auf einen Ursachenzusammenhang** zwischen beherrschender Stellung und missbräuchlichem Verhalten wird bei Behinderungsmisbräuchen im europäischen Recht bereits praktiziert und ist auch ordnungspolitisch unproblematisch, da die Behinderung von Wettbewerbern durch ein beherrschendes Unternehmen seine Marktstellung im Ergebnis absichert. Auch bei einem kombinierten Ausbeutungs- und Behinderungsmisbrauch, d. h. einem Verhalten, das eine Ausbeutung darstellt und gleichzeitig Behinderungswirkungen entfaltet, würde schon nach bestehendem deutschem Recht Ergebniskausalität ausreichen (BGH, Beschl. v. 23.6.2020, KVR 69/19 – Facebook, Rz. 64 ff., zit. nach Juris). Der Verzicht auf den Ursachenzusammenhang würde sich also vor allem bei reinen Ausbeutungsmisbräuchen auswirken. Bei Ausbeutungsmisbräuchen – die der Gesetzentwurf auch explizit als Ziel der geplanten Änderung benennt – würde der Verzicht auf den Ursachenzusammenhang jedoch zu einer Divergenz gegenüber der Auslegung von Art. 102 AEUV durch den EuGH führen. Außerdem entstünde dadurch **Rechtsunsicherheit, da die Verknüpfung zwischen einer beliebigen unbilligen Verhaltensweise und aufgrund der Marktstruktur geschwächtem Wettbewerb wegfiel**. Die Kartellbehörden bekämen so die Möglichkeit, beliebige Rechtsverstöße als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu verfolgen. **Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, den Wortlaut von § 19 Abs. 1 GWB nicht zu ändern.**

b) § 19a GWB-E

§ 19a GWB-E sieht eine **besondere Missbrauchsaufsicht für (Plattform-) Unternehmen** mit einer „überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb“ vor. Bei der Vorschrift handelt es sich um eine weitreichende Neuerung, die in dieser Form nicht auf die gutachterlichen Vorarbeiten zur 10. GWB-Novelle zurückgeht. Die neue Vorschrift kombiniert einzelne Empfehlungen von Expertenberichten und in der kartellbehördlichen Praxis untersuchte (herkömmliche) Missbräuche von Plattformunternehmen, geht darüber zum Teil aber auch hinaus.

Zur Feststellung eines möglichen Verstoßes nach § 19a GWB-E sind in einem zweistufigen Verfahren erst die „überragende marktübergreifende Bedeutung“ des betreffenden Unternehmens und dann ein etwaiger Missbrauch zu ermitteln. Das Konzept einer „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“ (Abs. 1) ist dem deutschen Missbrauchsrecht bisher unbekannt. Die **Voraussetzungen einer solchen marktübergreifenden Bedeutung** werden in § 19a Abs. 1 GWB-E **durch Kriterien konturiert**, die ebenso für die Feststellung einer beherrschenden Stellung relevant sind. Im Übrigen bleibt es dem Bundeskartellamt überlassen, Kriterien für eine Abgrenzung von herkömmlicher Marktmacht zu entwickeln.

Die Missbrauchsfallgruppen (Abs. 2) sind in dem Gesetzentwurf weit gefasst und adressieren sehr verschiedene Verhaltensweisen. Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wird nunmehr erwogen, einzelne dieser Fallgruppen durch Regelbeispiele zu ergänzen. Dies geschieht offenbar mit Blick auf die aktuellen **Entwicklungen zur Plattformregulierung auf Unionsebene**, namentlich der Überlegungen der Europäischen Kommission für konkrete Verhaltenspflichten für sog. Gatekeeper-Plattformen, die als Teil des *Digital Markets Act* im Dezember 2020 vorgestellt werden

sollen. Eine derartige Konkretisierung ist grundsätzlich sinnvoll. So kann die praktische Handhabbarkeit des § 19a GWB-E durch zusätzliche Regelbeispiele verbessert werden. Da die EU-Regelungen nicht in ihrer endgültigen Form bekannt sind, besteht allerdings die Problematik, dass es dazu kommen kann, dass im deutschen und im EU-Recht **letztlich widersprüchliche Regelungen nebeneinander** stehen. Das ist im Ergebnis unbedingt zu vermeiden, da dies **Rechtsunsicherheit** schaffen würde.

Ungeachtet dieser Bedenken gegenüber dem Ansatz des § 19a GWB-E verkennt die Monopolkommission nicht, dass die Vorschrift eine Möglichkeit eröffnet, um **praktische Erfahrungen mit der Durchsetzung neuer Regelungen für Plattformökosysteme** zu sammeln. Das erscheint zumindest für den Zeitraum vertretbar, bis auf Unionsebene Regelungen eingeführt werden. Dort, wo der Anwendungsbereich des § 19a GWB-E über die bestehende Missbrauchsaufsicht hinausgeht, wird sich zeigen, ob die Neuregelung geeignet ist, vorhandene und bisher gegebenenfalls unerkannte Regelungslücken effektiv zu schließen. Insofern könnte der deutsche Gesetzgeber das positive Signal senden, die Missbrauchsaufsicht effektivieren und negative Entwicklungen bei dem Wettbewerb in der Plattformökonomie adressieren zu wollen. Damit könnte der neue § 19a GWB-E auch der EU-Gesetzgebung zusätzlichen Schub geben. **Es sollte aber eine Pflicht zur Evaluierung des § 19a GWB-E, und zwar spätestens drei Jahre nach seinem Inkrafttreten, in das Gesetz aufgenommen werden, um die Auswirkungen der Vorschrift beurteilen zu können.**

Um den Wettbewerbsbezug einzelner Verhaltenspflichten des § 19a Abs. 2 GWB-E zu stärken, eine handhabbare Untersagung ausschließlich von Behinderungspraktiken zu gewährleisten und gleichzeitig sicherzustellen, dass die kartellbehördlichen Eingriffsmöglichkeiten nicht überschießend wirken, schlägt die Monopolkommission ferner Anpassungen an der Norm vor. **Aus ihrer Sicht ist es wichtig, klarzustellen, dass die Untersagung eines Verhaltens nur dann in Betracht kommt, wenn es den Wettbewerb behindern kann.** Regelungsbedarf besteht danach insbesondere bei den folgenden Tatbeständen des § 19a Abs. 2 GWB-E (Änderungen in **Rot** und im Vergleich zum Regierungsentwurf):

„(2) Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Absatz 1 dem Unternehmen untersagen,

[...]

*3. durch die Nutzung wettbewerbsrelevanter Daten [...] Marktzutrittsschranken zu errichten oder zu erhöhen oder andere Unternehmen in sonstiger Weise **erheblich** zu behindern oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Nutzung zulassen;*

[...]

*5. andere Unternehmen unzureichend über den Umfang, die Qualität oder den Erfolg der erbrachten oder beauftragten Leistung zu informieren oder ihnen in anderer Weise eine Beurteilung des Wertes dieser Leistung zu erschweren **und damit den Wettbewerb zu behindern.***

Diesen Anpassungsvorschlägen liegen die folgenden Erwägungen zugrunde:

Zu **Nr. 3**: Die Ergänzung stellt klar, dass keine einfache Behinderungswirkung für ein Eingreifen des Bundeskartellamtes genügt, sondern nur eine solche, die erheblich ist und damit spürbare und nachweisbare Auswirkungen im Markt hat. Damit würde auch vermieden, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift, bei deren Anwendung nur eingeschränkt auf früheren Erfahrungen aufgebaut werden kann, unverhältnismäßig weit aufgefasst wird. Der aktuelle Wortlaut der Vorschrift erscheint insbesondere deshalb problematisch, weil danach im Grunde jede Erhöhung von Marktzutrittsschranken – und sei sie mit Blick auf ihre Auswirkungen noch so sehr zu vernachlässigen – eine

kartellbehördliche Untersagung des in Bezug genommenen Verhaltens begründen kann. Die Einfügung einer „**Erheblichkeitsschwelle**“ erscheint auch deshalb geboten, weil die nachteiligen Wirkungen der Sammlung von Daten für den Wettbewerb bislang weder theoretisch noch empirisch hinreichend belegt sind. Dagegen kann ein solches Verhalten zu Effizienzen für die Verbraucher führen.

Zu **Nr. 5**: Die Ergänzung stellt klar, dass eine kartellbehördliche Untersagung nur dann in Betracht kommt, wenn das in Bezug genommene Verhalten geeignet ist, den **Wettbewerb zu behindern**. Auch in § 19a Abs. 2 Nr. 5 GWB-E ist eine Behinderungswirkung Voraussetzung für ein Eingreifen des Bundeskartellamtes; die Ergänzung dient mithin der Angleichung der beiden Ziffern.

Auch mit Blick auf die nunmehr zusätzlich erwogene Möglichkeit der Untersagung von Praktiken, welche die Behandlung von Angeboten von der Gewährung von Vorteilen abhängig machen, die in keinem angemessenen Verhältnis zur Vermittlungsleistung der Plattform stehen, sollte durch eine Ergänzung klargestellt werden, dass ein kartellbehördliches Eingreifen davon abhängt, dass das in Bezug genommene Verhalten jedenfalls auch geeignet ist, den **Wettbewerb zu behindern**. Um den Anwendungsbereich der Vorschrift nicht zu weit zu fassen, sollte eine Untersagung von hohen Eingriffsvoraussetzungen abhängen.

c) § 20 Abs. 3a GWB-E

Die Vorschrift des § 20 Abs. 3a GWB-E richtet sich **gegen strukturelle Wettbewerbsverzerrungen**, zu denen es kommen kann, wenn durch bestimmte nachfrageseitige Größenvorteile eines Plattformunternehmens der Markt an einer bestimmten Schwelle „kippt“. Werden Wettbewerber von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht daran gehindert, selbst Größenvorteile zu erzielen, so sollen diese Verhaltensweisen als unbillige Behinderung verfolgt werden. Das soll die Märkte offenhalten und marktbeherrschenden Stellungen vorbeugen. Die neue Regelung in § 20 Abs. 3a entspricht im Grundsatz einer Empfehlung des Gutachtens zur „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ (Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Endbericht v. 29.8.2018).

Die Monopolkommission begrüßt die Regelung des § 20 Abs. 3a GWB grundsätzlich. Allerdings muss vor allem das Problem eines rechtzeitigen, schnellen und effektiven Eingreifens gelöst werden, um die **Vorschrift praktisch handhabbar zu machen**. Dazu enthält der Regierungsentwurf noch keine Regelungen. Zwar sieht der Regierungsentwurf eine Stärkung einstweiliger Maßnahmen gemäß § 32a GWB vor. Eine offene Frage ist jedoch, was die Behörden tun können, wenn sie den richtigen Zeitpunkt für ein Eingreifen verpassen und der Markt permanent zugunsten der entsprechenden Plattform kippt. Eine Antwort darauf ist sehr schwierig. Das Monopolisierungsverbot in § 2 des U.S. Sherman Act, das einen weiteren Anwendungsbereich hat, gilt ebenfalls als nur schwer handhabbar. Anderes gilt nur für den SIEC-Test, der allerdings in einem präventiven Verfahren (Fusionskontrolle) angewendet wird, während die Missbrauchsaufsicht etwaige Verstöße nachträglich ahndet. Daher wird es wichtig sein zu sehen, ob sich die deutsche Regelung in der Weise bewährt, dass die Kartellbehörden ein Kippen des Marktes praktisch werden verhindern können.

Die für das deutsche Recht vorgeschlagene Regelung könnte eingesetzt werden, um gegen in Deutschland tätige europäische Plattformunternehmen vorzugehen, deren Verhalten das Kippen betroffener Märkte fördern kann. **Insofern empfiehlt die Monopolkommission, auch bei § 20 Abs. 3a GWB-E die Erfahrungen mit der vorgeschlagenen Regelung zu beobachten und für etwaige**

Regelungen auf Unionsebene, die zurzeit von der Europäischen Kommission erarbeitet werden, fruchtbar zu machen.

d) **Zur Stärkung der Mitwirkungspflichten der Unternehmen bei der Sachverhaltsermittlung**

Die Erfahrungen in Verfahren gegenüber großen digitalen Plattformen haben die **Notwendigkeit schnellerer Interventionen** gezeigt. Die Regierungskoalition hat sich im Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode deshalb zum Ziel gesetzt, *„die Verfahren im allgemeinen Wettbewerbsrecht spürbar [zu] beschleunigen, ohne dabei rechtsstaatliche Garantien einzuschränken“* (Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 2018, Tz. 2756 ff.). Auch die Europäische Kommission prüft Möglichkeiten zu schnelleren Interventionen, unter anderem durch gesetzliche Beweiserleichterungen für die Zwecke kartellbehördlicher Verwaltungsverfahren.

Die Wettbewerbsbehörden verfügen zwar über umfassende Auskunftsbefugnisse zur Aufklärung (mutmaßlich) missbräuchlicher Verhaltensweisen im Digitalbereich. Allerdings wird der Einsatz dieser Befugnisse dadurch erschwert, dass sich die Marktverhältnisse im Digitalbereich schnell ändern und dass die Marktteilnehmer ihr Verhalten laufend an die sich ändernden Verhältnisse anpassen. Das macht es für die Behörden schwierig, bei der Sachverhaltsermittlung mit dem Verhalten der Plattformunternehmen und der anderen Marktteilnehmer Schritt zu halten (*moving target*). Es kann den Behörden folglich selbst dann, wenn sie alle aus ihrer Sicht für die Fallbeurteilung erforderlichen Daten erheben, schwerfallen, aus den Daten die für die rechtliche Bewertung erforderlichen Informationen abzuleiten. Mit Blick auf ein **solches Informationsgefälle zwischen Plattformunternehmen und ermittelnden Behörden** besteht ein zusätzlicher Regelungsbedarf.

Zwar trägt schon die bestehende Rechtslage etwaigen Nachweisschwierigkeiten der Kartellbehörden Rechnung. Nach § 26 Abs. 2 VwVfG *„[sollen] die Beteiligten [...] bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken. Sie sollen insbesondere ihnen bekannte Tatsachen und Beweismittel angeben.“* Diese **Mitwirkungspflicht reduziert die Ermittlungspflichten der Kartellbehörden**. Dies kann insbesondere in Fällen eines Ausbeutungsmissbrauchs relevant werden. Denn das beherrschende Unternehmen hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in diesen Fällen *„der Kartellbehörde die Daten aus seinem Einwirkungsbereich zu übermitteln, die sich die Behörde nicht auf anderem zumutbarem Wege beschaffen kann“* (BGH, Beschl. v. 14.7.2015, KVR 77/13, Rz. 30, zit. nach Juris). Obwohl auf EU-Ebene eine mit § 26 Abs. 2 VwVfG vergleichbare Regelung fehlt, erscheint es auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht völlig ausgeschlossen, dass zugunsten der Kartellbehörde bei einer gerichtlichen Überprüfung, *„nicht unerheblich[e] und gelegentlich sehr groß[e] Schwierigkeiten bei der Feststellung [relevanter Tatsachen] in Rechnung“* zu stellen sind (EuGH, Urt. v. 14.2.1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, Rz. 248/257).

Allerdings sind diese nach geltendem Recht theoretisch verfügbaren Erleichterungen in der kartellbehördlichen Praxis kaum relevant. Die Kartellbehörden stützen sich in ihren Verfahren typischerweise allein auf die eigenen Ermittlungsbefugnisse und müssen dem Gericht im Fall einer gerichtlichen Überprüfung dann eine umfassende eigene Sachverhaltsermittlung nachweisen. Haben die Behörden alle zumutbaren Ermittlungsanstrengungen unternommen und legen Unternehmen in solchen Fällen Informationen nicht von sich aus offen, können letztere – ohne dass das unionsrechtliche Selbstbelastungsverbot eingreift – die Ermittlung tatsachenbezogener Beweismittel verhindern. Die Behörden sollten für solche Fälle ermächtigt werden, **aus einer fehlenden Mitwirkung im Rahmen ihrer freien Beweiswürdigung Schlussfolgerungen zu ziehen**. Das GWB-Digitalisierungsgesetz sollte zum Anlass genommen werden, eine ausdrückliche und an

der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs orientierte ausführlichere Regelung im GWB zu verankern. Eine solche Regelung könnte auch Vorbildfunktion für die EU-Ebene haben.

Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, § 59 Abs. 2 GWB, der die Auskunftspflichten bei kartellbehördlichen Auskunftsverlangen betrifft, um folgende Sätze zu ergänzen:

„Sie haben der Kartellbehörde innerhalb der in dem Auskunftsverlangen gesetzten Frist auch solche Informationen aus ihrem Einwirkungsbereich zu übermitteln, die sich die Behörde nicht auf anderem zumutbarem Wege beschaffen kann. Bei Versäumung der Frist kann die Kartellbehörde daraus im Rahmen der freien Beweiswürdigung Schlüsse ziehen und nach Lage der Sache ohne Berücksichtigung der nicht beigebrachten Informationen entscheiden.“

3. Fusionskontrolle im Krankenhaussektor

Der Regierungsentwurf sieht die Einführung einer **Bereichsausnahme** von der Fusionskontrolle für den Krankenhaussektor vor. Die §§ 35 bis 41 sollen künftig auf bestimmte Zusammenschlüsse im Krankenhausbereich nicht mehr anwendbar sein. Dies soll für Zusammenschlüsse gelten, die bis zum 31. Dezember 2025 vollzogen werden. Ein derartiger Zusammenschluss ist dem Bundeskartellamt künftig nach Vollzug anzuzeigen. Außerdem ist eine Evaluierung der Regelung vorgesehen. Mit der Ergänzung des § 186 um einen neuen Absatz 9 sollen laut Gesetzesbegründung gesundheitspolitisch besonders wünschenswerte Zusammenschlussvorhaben im Sinne des § 11 Absatz 1 Nummer 2 KHSFV, mit denen die gesundheitspolitischen Ziele einer Spezialisierung und Zentrenbildung zugunsten einer patienten- und bedarfsgerechten wohnortnahen Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen und wirtschaftlichen Krankenhäusern verfolgt werden, wettbewerbsrechtlich privilegiert und für die Laufzeit des Strukturfonds befristet aus dem Anwendungsbereich der Fusionskontrolle ausgenommen werden.

Kern der aktuellen Debatte um die Krankenhausstrukturen in Deutschland ist die Sorge, dass qualitätssteigernde und gesundheitspolitisch wünschenswerte Konzentrationsprozesse auf (zu) hohe fusionskontrollrechtliche Hürden stoßen könnten. Vor diesem Hintergrund sieht auch die Monopolkommission gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Hinblick auf die Fusionskontrolle. Sie **spricht sich aber gegen die vorgesehene Bereichsausnahme aus** und schlägt stattdessen die **Einführung eines ausdrücklichen Effizienzeinwands für Zusammenschlüsse im Krankenhaussektor** vor.

Die Monopolkommission erkennt bei der Zusammenschlusskontrolle im Krankenhaussektor wesentliche Unterschiede zu anderen Branchen. Krankenhäuser stehen in keinem spürbaren Preiswettbewerb zueinander, der entscheidende Wettbewerbsparameter ist vielmehr die Qualität des Dienstleistungsangebots. Zahlreiche empirische Studien belegen die **positive Wirkung des Wettbewerbs auf die Qualität im Krankenhaussektor**. Daher geht die Untersagung eines Krankenhauszusammenschlusses durch das Bundeskartellamt regelmäßig auch mit der Erwartung einher, dass sich durch diesen Zusammenschluss die Behandlungsqualität zulasten der Patienten reduzieren würde.

Vor allem auf Krankenhausmärkten kann ein **Zusammenschluss aber auch zu Qualitätsverbesserungen** führen. Ein Beispiel für eine direkte Qualitätswirkung ist etwa die Auswirkung einer höheren Fallzahl auf die Behandlungsqualität, wenn im Rahmen eines Zusammenschlusses Fachabteilungen zusammengelegt werden. Hier sind etwa positive Effekte aufgrund einer besseren Behandlungsroutine denkbar. Als Qualitätswirkung lässt sich darüber hinaus das Erreichen der gesundheitspolitischen Anforderungen einordnen. Ein Zusammenschluss könnte z. B. zur Erfüllung dieser Anforderungen beitragen, wenn nur dadurch eine hinreichende Versorgungsqualität in einer Region möglich wäre. Fasst man diese Effekte unter den Begriff der

auf die Qualität wirkenden Synergieeffekte bzw. Effizienzen zusammen, so lässt sich außerdem feststellen, dass im Falle direkter Qualitätsvorteile auch die Verbraucher bzw. Patienten von diesen profitieren. Auch hier erkennt die Monopolkommission einen erheblichen Unterschied zu anderen Branchen, in denen zusammenschlussbedingte Effizienzen vorwiegend in Form von Kostensenkungen auftreten und die Verbraucherbeteiligung weitaus weniger eindeutig gegeben ist.

Auch nach Auffassung der Monopolkommission sollte den dargestellten spezifischen Charakteristika von Krankenhausmärkten in der Fusionskontrolle stärker Rechnung getragen werden als bisher. Die im Regierungsentwurf vorgesehene Bereichsausnahme für den Krankenhaussektor **schließt allerdings bestimmte Fallkonstellationen vollständig von der Fusionskontrolle** aus. Damit ist die pauschale Annahme verbunden, dass die zusammenschlussbedingten Vorteile in entsprechenden Fällen mögliche wettbewerbliche Bedenken überwiegen. Eine solche pauschale Annahme kann jedoch die einzelfallbezogene Prüfung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt nicht ersetzen. Je weiter der Ausnahmereich gefasst wird, desto eher kommt es zu **Fehlern zulasten des Wettbewerbs und der von ihm angereizten Qualitätsfortschritte** im Krankenhaussektor.

Die Monopolkommission hält es deshalb für vorteilhafter, Krankenhauszusammenschlüsse auch künftig zu kontrollieren, dabei aber die durch Veränderungen des Wettbewerbs hervorgerufenen **Qualitätswirkungen und die zusammenschlussbedingten und gesundheitspolitischen Qualitätsvorteile in jedem Einzelfall abzuwägen**. Nach gegenwärtiger Rechtslage ist allerdings unklar, ob das Bundeskartellamt derartige Effizienzen bei der Prüfung von Zusammenschlüssen berücksichtigen darf; anders als die europäische Fusionskontrollverordnung enthalten die deutschen Fusionskontrollregeln keinen ausdrücklichen Effizienzeinwand.

Die Monopolkommission empfiehlt daher, die Ausnahmen vom Untersagungstatbestand in § 36 Abs. 1 Satz 2 durch eine neue Nr. 4 zu ergänzen und so die Abwägung der wettbewerblichen Wirkungen mit anderen Qualitätseffekten – begrenzt auf den Krankenhaussektor – ausdrücklich zu eröffnen:

„(4) wenn die beteiligten Unternehmen bei einem Zusammenschluss von Krankenhäusern nachweisen, dass von dem Zusammenschluss ausgehende Qualitätsvorteile und positive Auswirkungen auf Versorgungssicherungsziele der zuständigen Landesbehörden die Behinderung des Wettbewerbs überwiegen.“

In der Gesetzesbegründung sollte zum einen deutlich werden, dass die Einführung der Regelung die Möglichkeit der Erfassung von Effizienzen **„jedenfalls in den dargestellten Fällen“** klarstellen soll. Auf diese Weise wird ausgeschlossen, dass es zu einem Umkehrschluss für die grundsätzliche Frage der Effizienzberücksichtigung in der Fusionskontrolle kommen kann.

Zum zweiten sollte in der Begründung deutlich gemacht werden, dass das Bundeskartellamt sich zur **Beweiswürdigung eines Sachverständigen** (§ 57 Abs. 2 GWB i. V. m. § 411 ZPO) bedienen kann, wenn in einem schwierigen Fall in einem Hauptprüfverfahren Effizienzen zu berücksichtigen sind. Es ist anzunehmen, dass synergiebedingte Qualitätsvorteile bei Krankenhäusern auch aus einer Vielzahl kleiner Veränderungen der Arbeitsabläufe resultieren können, die sich vor allem in ihrer Gesamtwirkung qualitativ einordnen, aber im Einzelnen nicht gut herleiten und insbesondere für fachfremde Personen nicht hinreichend darstellen lassen. Die Aufgabe des Sachverständigengutachtens wäre darauf begrenzt, die von den anmeldenden Unternehmen vorgebrachten Belege für synergiebedingte Qualitätsvorteile des Zusammenschlusses in Bezug auf ihre Fusionspezifität, ihre Eintrittswahrscheinlichkeit und ihr Gewicht zu bewerten. Der Sachverständige soll auch die Versorgungsziele des jeweiligen Bundeslandes in seine Bewertung der Qualitätseffekte einfließen lassen. Das Bundeskartellamt kann dann auf Basis der zusätzlich

gewonnenen Informationen die Abwägung der Qualitätsvorteile mit den wettbewerblichen Qualitätswirkungen vornehmen und zudem über den Bedarf qualitätssichernder Nebenbestimmungen entscheiden.

4. Anpassungen im Ministererlaubnisverfahren

Zukünftig soll ein Antrag auf die Erteilung einer Ministererlaubnis nur noch möglich sein, wenn die rechtliche Bewertung des Bundeskartellamts zuvor – zumindest im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes – gerichtlich bestätigt worden ist. Damit soll das Verfahren zur Entscheidung über einen **Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis auf die entscheidungsrelevanten Aspekte fokussiert** werden, namentlich das Vorliegen überwiegender Gemeinwohlgründe. Insbesondere im Ministererlaubnisverfahren Miba/Zollern im Jahr 2019 hatte sich ein wesentlicher Teil des Vortrags der Antragsteller auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zusammenschlusses, insbesondere die Marktabgrenzung und die Feststellung von Bagatellmärkten bezogen.

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt ist grundsätzlich nicht Gegenstand des Ministererlaubnisverfahrens. Vielmehr sind der Bundesminister für Wirtschaft und Energie und die Monopolkommission an die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen des Bundeskartellamtes gebunden. Im Ministererlaubnisverfahren könnte die Fusionskontrollentscheidung des Bundeskartellamtes allenfalls dann nicht als feststehend betrachtet werden, wenn sie „offensichtlich rechtswidrig“ ist. Soweit die Betroffenen etwa die Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte für fehlerhaft halten, steht es ihnen offen, Beschwerde gegen die Entscheidung des Bundeskartellamtes einzulegen.

Die Monopolkommission steht der geplanten Änderung kritisch gegenüber. **Der Vorschlag vermengt die unterschiedlichen Ziele**, die mit der Beschwerde gegen die fusionskontrollrechtliche Untersagung des Bundeskartellamtes einerseits und mit dem Antrag auf Erteilung der Ministererlaubnis andererseits verfolgt werden. Während es in dem Rechtsmittelverfahren vor dem Beschwerdegericht um die Frage geht, ob das Bundeskartellamt das Zusammenschlussvorhaben untersagen durfte, prüft der Minister, ob etwaige Gemeinwohlvorteile die vom Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen überwiegen. Nach dem vorliegenden Vorschlag wären die an dem Zusammenschluss beteiligten **Unternehmen gezwungen, ein Eilverfahren in Bezug auf die Wettbewerbsbeschränkung anzustreben, obgleich sie unter Umständen lediglich eine Entscheidung über das Vorliegen vorrangiger Gemeinwohlgründe begehren.** Da der Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis ausschließlich bei einer Ablehnung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung möglich sein soll, müssten die an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zudem darauf hoffen, dass ihr Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung von dem Beschwerdegericht abgelehnt wird. Würde der Antrag vom Beschwerdegericht im Eilverfahren nicht abgelehnt, kann ein Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis nicht gestellt werden, obwohl nicht auszuschließen ist, dass das Gericht im Hauptsachverfahren zu einer anderen Einschätzung kommen kann.

Davon abgesehen kann die geplante Gesetzesänderung nicht verhindern, dass die Antragsteller das Ministererlaubnisverfahren auch zukünftig mit Vortrag zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung befrachten, dann möglicherweise mit dem Argument, im Eilverfahren sei ihr Vortrag nicht ausreichend gewürdigt worden, weil es sich eben nur um ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes handele.

Die Monopolkommission empfiehlt, § 42 Abs. 1a GWB-E zu streichen.

5. Vorschriften über die Monopolkommission

Der Regierungsentwurf sieht in § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB-E vor, dass die Monopolkommission „den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland beurteilt, **die Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften anhand abgeschlossener Verfahren würdigt** sowie zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung nimmt.“ Die Erweiterung des gesetzlichen Auftrags auf die „Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften“ stellt klar, dass die Monopolkommission sich nicht nur zu fusionskontrollrechtlichen Fragen äußert, sondern auch zu Missbrauchs- und Kartellfällen sowie zu kartellbehördlichen Sektoruntersuchungen.

Soweit der Regierungsentwurf in § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB-E den gesetzlichen Auftrag der Monopolkommission zur Würdigung der Anwendung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften auf *abgeschlossene* behördliche Verfahren begrenzt, besteht das Risiko eines Normverständnisses, dass künftig auch die **Möglichkeit zur Analyse von aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen erschwert**. Zwar wird in der Gesetzesbegründung klargestellt, dass der gesetzliche Auftrag, zu aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung zu nehmen, von der Änderung unberührt bleibt. Zwischen den verschiedenen Aufgaben der Kommission – hier die Würdigung der wettbewerbsrechtlichen Anwendungspraxis, dort die Stellungnahme zu aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen – ist allerdings keine trennscharfe Abgrenzung möglich. Nicht auszuschließen sind in diesem Zusammenhang auch **Probleme bei der praktischen Durchführung der Arbeit** der Monopolkommission, etwa aufgrund von Verzögerungen bei der Ausübung des Akteneinsichtsrechts der Kommission bei den Kartellbehörden, wenn es um die Einsicht in laufende Verfahren zum Zweck der Analyse aktueller wettbewerbspolitischer Fragen geht.

Stellungnahmen zu aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen im Zusammenhang mit der Kartellrechtsanwendung müssen aber auch künftig dann uneingeschränkt möglich sein, wenn entsprechende behördliche Verfahren noch nicht abgeschlossen sind. Dies ist vor allem auch deshalb notwendig, weil in Kartell- und Missbrauchsverfahren sowie in Sektoruntersuchungen zwischen Verfahrenseinleitung und Verfahrensabschluss oft mehrere Jahre vergehen. In Folge der vorgeschlagenen Neuregelung wäre nicht hinreichend deutlich, dass eine **Beratung der Bundesregierung und der gesetzgebenden Körperschaften** durch die Monopolkommission auf der Grundlage aktueller Entwicklungen, wie sie dem Adressateninteresse entspricht, **künftig weiterhin vollumfänglich gewährleistet ist**.

Eine Begrenzung der Würdigung auf behördlich abgeschlossene Verfahren ist auch nicht begründet. Die Monopolkommission hat in der Vergangenheit weder im Rahmen der Würdigung der Anwendungspraxis noch bei der Erfüllung ihrer sonstigen Aufgaben in die Entscheidungsfindung der Kartellbehörden in laufenden Verfahren eingegriffen. Die Neuregelung sendet zudem ein falsches Signal im Hinblick auf die **gesetzlich verankerte Unabhängigkeit der Monopolkommission**. Bislang hat der Gesetzgeber der Monopolkommission die Auswahl überlassen, welche kartellrechtlichen Fragestellungen und (Fehl-)Entwicklungen der Anwendungspraxis sie einer kritischen Würdigung unterzieht. Die Kommission hat diese Auswahl immer nach gründlicher Abwägung getroffen und dabei neben Umfang und Gewicht absehbarer Fehlentwicklungen stets die Interessen der Kartellbehörden an einem ungestörten Verfahrensgang berücksichtigt.

Die Monopolkommission empfiehlt, in § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB- E den Passus „**anhand abgeschlossener Verfahren**“ zu streichen. Satz 1 würde dann lauten:

„Die Monopolkommission erstellt alle zwei Jahre ein Gutachten, in dem sie den Stand und die absehbare Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Bundesrepublik Deutschland beurteilt,

die Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften würdigt sowie zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung nimmt.“

6. Weitere Empfehlungen der Monopolkommission

Die Monopolkommission hatte in der jüngeren Vergangenheit eine Reihe weiterer Empfehlungen für gesetzliche Anpassungen gemacht, die bislang nicht aufgegriffen worden sind, an die sie jedoch im Zusammenhang mit der aktuellen GWB-Novelle erinnern möchte. Hierzu zählen etwa:

- die **Einführung eines Umsatzmultiplikators für Zusammenschlüsse mit regionalem Schwerpunkt**, um hier eine gezieltere Fusionskontrolle zu ermöglichen (Policy Brief Nr. 4, Januar 2020, S. 8);
- die **Ergänzung der Gründe für die Wiederaufnahme eines mit Verpflichtungszusagen abgeschlossenen Verfahrens** um die Möglichkeit der Kartellbehörde, die Zusageentscheidung mit einem Widerrufsvorbehalt zu erlassen (XXIII. Hauptgutachten, 2020, Tz. 531);
- die **Erweiterung der widerleglichen Vermutung für das Vorliegen eines Kartellschadens** auf Fälle, in denen Preisalgorithmen zu wettbewerbsrechtlichen Verstößen im Sinne einer impliziten Koordinierung eingesetzt werden (XXIII. Hauptgutachten, 2020, Tz. 124);
- ein **Antragsrecht von Verbraucherschutzverbänden für kartellbehördliche Untersuchungen**, wonach Verbraucher gegen etwaige Nachteile durch algorithmische Kollusion besser geschützt werden könnten (XXII. Hauptgutachten, 2018, Tz. 236); und
- die Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung für Verbraucher durch die **Einführung einer allgemeinen Gruppenklage** (XXII. Hauptgutachten, 2018, Tz. 899).

* * *